



## **ÓRGANO DE APELACIÓN**

### **INFORME ANUAL CORRESPONDIENTE A 2019-2020**

**JULIO DE 2020**

**El Órgano de Apelación acogerá con agrado las observaciones  
y preguntas sobre este informe anual  
en la siguiente dirección:**

Secretaría del Órgano de Apelación  
Organización Mundial del Comercio  
Rue de Lausanne 154  
CH-1211 Ginebra 2, Suiza

<[https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/appellate\\_body\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/appellate_body_s.htm)>

## ÍNDICE

<b>PRÓLOGO .....</b>	<b>7</b>
<b>1 INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>10</b>
<b>2 COMPOSICIÓN DEL ÓRGANO DE APELACIÓN .....</b>	<b>13</b>
<b>3 APELACIONES .....</b>	<b>15</b>
3.1 Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación) (párrafo 5 del artículo 21 - UE)</i> , WT/DS353/AB/RW .....	17
3.2 Informe del Órgano de Apelación, <i>Corea - Prohibiciones de importación, y prescripciones en materia de pruebas y certificación relativas a los radionúclidos</i> , WT/DS495/AB/R.....	47
3.3 Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Medidas en materia de derechos compensatorios sobre determinados productos procedentes de China - Recurso de China al párrafo 5 del artículo 21 del ESD</i> , WT/DS437/AB/RW .....	58
3.4 Informe del Órgano de Apelación, <i>Corea - Derechos antidumping sobre las válvulas neumáticas procedentes del Japón</i> , WT/DS504/AB/R.....	79
3.5 Informe del Órgano de Apelación, <i>Ucrania - Medidas antidumping sobre el nitrato de amonio</i> , WT/DS493/AB/R .....	108
3.6 Informe del Órgano de Apelación, <i>Marruecos - Medidas antidumping sobre determinado acero laminado en caliente procedente de Turquía</i> , WT/DS513/AB/R .....	119
3.7 Informe del Órgano de Apelación, <i>Rusia - Medidas que afectan a la importación de equipo ferroviario y sus partes</i> , WT/DS499/AB/R.....	120
3.8 Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Medidas compensatorias sobre el papel supercalandrado procedente del Canadá</i> , WT/DS505/AB/R.....	133
3.9 Informes del Órgano de Apelación, <i>Australia - Determinadas medidas relativas a las marcas de fábrica o de comercio, indicaciones geográficas y otras prescripciones de empaquetado genérico aplicables a los productos de tabaco y al empaquetado de esos productos</i> , WT/DS435/AB/R, WT/DS441/AB/R.....	137
<b>4 PARTICIPANTES Y TERCEROS PARTICIPANTES EN APELACIONES.....</b>	<b>165</b>
<b>5 CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO PLANTEADAS EN LAS APELACIONES .....</b>	<b>165</b>
5.1 Acumulación de procedimientos de apelación .....	165
5.2 Trato de la información confidencial .....	165
5.3 Trato de comunicaciones presentadas de manera tardía .....	168
5.4 Plazos para la presentación de comunicaciones escritas.....	169
5.5 Solicitudes relativas a la celebración de la audiencia .....	169
5.6 Transición.....	171
5.7 Motivos que justifican la prórroga del plazo para la distribución de los informes del Órgano de Apelación .....	172
5.8 Desistimiento de una apelación .....	172
5.9 Comunicaciones <i>amici curiae</i> .....	172
<b>6 ARBITRAJES DE CONFORMIDAD CON EL PÁRRAFO 3 C) DEL ARTÍCULO 21 DEL ESD .....</b>	<b>172</b>
6.1 <i>Ucrania - Medidas antidumping sobre el nitrato de amonio</i> , WT/DS493/RPT .....	173
<b>7 OTRAS ACTIVIDADES .....</b>	<b>178</b>
7.1 Registro Digital de Solución de Diferencias (RDSD)/Aplicación de Registro en Línea de Diferencias (DORA) .....	178
7.2 El concurso de simulación judicial John H. Jackson sobre derecho de la OMC.....	179
7.3 Actividades de asistencia técnica .....	180

<b>ANEXO 1 .....</b>	<b>182</b>
<b>ANEXO 2 .....</b>	<b>186</b>
<b>ANEXO 3 .....</b>	<b>190</b>
<b>ANEXO 4 .....</b>	<b>194</b>
<b>ANEXO 5 .....</b>	<b>197</b>
<b>ANEXO 6 .....</b>	<b>199</b>
<b>ANEXO 7 .....</b>	<b>201</b>
<b>ANEXO 8 .....</b>	<b>203</b>
<b>ANEXO 9 .....</b>	<b>205</b>

**ABREVIATURAS UTILIZADAS EN ESTE INFORME ANUAL**

<b>Abreviatura</b>	<b>Descripción</b>
Acuerdo MSF	Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias
Acuerdo OTC	Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio
Acuerdo SMC	Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias
Acuerdo sobre la OMC	Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio
Acuerdo sobre las MIC	Acuerdo sobre las Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio
Acuerdo sobre los ADPIC	Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio
AFA	hechos desfavorables de que se tenga conocimiento
AGCS	Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios
ALADI	Asociación Latinoamericana de Integración/Associação Latino-Americana de Integração
ASG	advertencias sanitarias gráficas
B&O	negocios y actividades
Catalyst	Catalyst Paper Corporation
CKD	CKD Corporation
CLEEN	reducción continua de energía, emisiones y ruido
CMCT	Convenio Marco para el Control del Tabaco (2003)
Comisión	Comisión Intergubernamental de Comercio Internacional de Ucrania
Convenio de París (1967)	Acta de Estocolmo del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial de 14 de julio de 1967
Declaración de Doha	Declaración de Doha relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública
DORA	Aplicación de Registro en Línea de Diferencias
ECOACC	Europa Central y Oriental, Asia Central y el Cáucaso
ELSA	Asociación Europea de Estudiantes de Derecho
EMCL	edad mínima para la compra legal
ESD	Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias
EuroChem	JSC MCC EuroChem
EVE/IET	empresas de ventas en el extranjero/ingresos extraterritoriales
FAA	Administración Federal de Aviación
FBO	Organización rusa dependiente del presupuesto federal
FDNPP	central nuclear de Fukushima Dai-ichi
GATT de 1994	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994
ICC	información comercial confidencial
ICSS	información comercial sumamente sensible
IR&D	investigación y desarrollo independientes
IRB	bonos industriales
Irving	Irving Paper Ltd
ITAR	Reglamento sobre el tráfico internacional de armas
ITC	Control Internacional del Tabaco
KCC	KCC Co., Ltd.
KTC	Comisión de Comercio de Corea
LCA	grandes aeronaves civiles
Ley TMA	Ley Modificatoria relativa a las Marcas de Fábrica o de Comercio (Empaquetado Genérico del Tabaco) de 2011 (Cth)
Ley TPP	Ley relativa al Empaquetado Genérico del Tabaco de 2011 (Cth)
Ministerio	Ministerio de Desarrollo Económico y Comercio de Ucrania

Abreviatura	Descripción
MOSF	Ministerio de Estrategia y Hacienda de Corea
NADP	nivel adecuado de protección
Normas de Conducta	Normas de Conducta para la aplicación del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias
NTPPTS	Encuesta nacional de seguimiento del empaquetado genérico de los productos
OCTG	productos tubulares para campos petrolíferos
OMC	Organización Mundial del Comercio
OMS	Organización Mundial de la Salud
OSD	Órgano de Solución de Diferencias
OTI	Oficina de Investigaciones Comerciales de la Comisión de Comercio de Corea
PHP	Port Hawkesbury Paper LP
Procedimientos de trabajo	Procedimientos de trabajo para el examen en apelación
RDSD	Registro Digital de Solución de Diferencias
RDT&E	investigación, desarrollo, prueba y evaluación
Reglamento TPP	Reglamento relativo al Empaquetado Genérico del Tabaco de 2011 (Cth), modificado por el Reglamento Modificadorio relativo al Empaquetado Genérico del Tabaco de 2012 (Nº 1) (Cth)
Resolute	Resolute FP Canada Inc.
RPC	República Popular China
SMC	SMC Corporation
SSD	sistema de solución de diferencias
TIPRA	Ley de Prevención del Aumento de Impuestos y Conciliación
TPC	TPC Mechatronics Corporation
Tratado de la UEEA	Tratado de la Unión Económica Euroasiática
Unión Aduanera	Unión Económica Euroasiática establecida de conformidad con el Tratado de la Unión Económica Euroasiática de 29 de mayo de 2014 (antigua Unión Aduanera de la República de Belarús, la República de Kazajstán y la Federación de Rusia)
USDOC	Departamento de Comercio de los Estados Unidos
USDOD	Departamento de Defensa de los Estados Unidos
VIF	factores de inflación de la varianza

## PRÓLOGO

El presente informe anual abarca los asuntos concluidos por el Órgano de Apelación en el año 2019 y el primer semestre de 2020.

En este período fueron objeto de apelación ocho informes de grupos especiales relativos a siete asuntos<sup>1</sup>, además de haber 13 apelaciones arrastradas a 2019.<sup>2</sup> En total, en este período el Órgano de Apelación tuvo ante sí 21 apelaciones; en 2019 se distribuyeron informes del Órgano de Apelación sobre seis de ellas<sup>3</sup> y en el primer semestre de 2020 sobre otras cuatro.<sup>4</sup> Las apelaciones pendientes en el Órgano de Apelación en este período plantearon una amplia gama de cuestiones en el marco de numerosos acuerdos abarcados, en particular el GATT de 1994, el AGCS, el Acuerdo Antidumping, el Acuerdo SMC, el Acuerdo sobre Salvaguardias, el Acuerdo OTC, el Acuerdo MSF, el Acuerdo sobre los ADPIC, el Acuerdo sobre Valoración en Aduana y el ESD.

Las apelaciones concluidas por el Órgano de Apelación en este período plantearon cuestiones diversas y sensibles. Entre ellas hubo cuestiones derivadas de medidas y planteadas en el marco de acuerdos abarcados que han sido objeto de un procedimiento de solución de diferencias en la OMC frecuentemente, como las subvenciones prohibidas y recurribles en el marco del Acuerdo SMC (un asunto), las investigaciones en materia de derechos compensatorios y antidumping y la imposición de tales derechos en el marco del Acuerdo Antidumping (dos asuntos) y el Acuerdo SMC (dos asuntos). Además, en dos de las apelaciones concluidas por el Órgano de Apelación en 2019 y 2020 se plantearon cuestiones sensibles relacionadas con la protección de la salud pública. El asunto *Corea - Radionúclidos* se refería a las medidas de importación impuestas por Corea a determinados productos pesqueros procedentes del Japón a raíz del accidente ocurrido en la central nuclear de Fukushima Dai-ichi. Otra diferencia concluida por el Órgano de Apelación que alcanzó gran difusión fue la de *Australia - Empaquetado genérico del tabaco*, en la que, entre otras cosas, se plantearon cuestiones relativas a los derechos de los Miembros a aplicar políticas de salud pública compatibles con sus obligaciones en virtud del Acuerdo OTC, el Acuerdo sobre los ADPIC y el ESD. Además, en *Rusia - Equipo ferroviario*, el Órgano de Apelación examinó por primera vez las obligaciones de los Miembros en relación con sus procedimientos para evaluar la conformidad con los reglamentos técnicos o las normas en el marco del Acuerdo OTC.

La mayoría de las apelaciones examinadas por el Órgano de Apelación durante este período también fueron notorias por su complejidad y su magnitud. La primera diferencia sobre la que se distribuyó un informe del Órgano de Apelación en este período fue *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación) (párrafo 5 del artículo 21 - UE)*, que fue excepcionalmente voluminosa y compleja y requirió gran parte de los recursos del Órgano de Apelación y su Secretaría a principios de 2019. En esta apelación, el Órgano de Apelación examinó las constataciones del Grupo Especial sobre el cumplimiento relativas a la compatibilidad con el Acuerdo SMC de un gran número de supuestas

<sup>1</sup> En 2019 fueron objeto de apelación los siguientes informes de grupos especiales: *Tailandia - Cigarrillos (Filipinas) (párrafo 5 del artículo 21 - Filipinas)*; *Tailandia - Cigarrillos (Filipinas) (párrafo 5 del artículo 21 - Filipinas II)*; *Estados Unidos - Tubos y tuberías (Turquía)*; *Estados Unidos - Método de fijación de precios diferenciales*; *Estados Unidos - Energía renovable*; *India - Medidas relacionadas con la exportación*; y *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (párrafo 5 del artículo 21)*. El número de apelaciones de 2019 también incluye el informe del grupo especial en *Estados Unidos - Acero al carbono (India) (párrafo 5 del artículo 21 - India)*, respecto del cual los Estados Unidos notificaron su decisión de apelar, pero no presentaron un anuncio de apelación ni una comunicación del apelante porque no podía establecerse una sección del Órgano de Apelación para que entendiera en la apelación (WT/DS436/22).

<sup>2</sup> A comienzos de 2019 estaban pendientes las siguientes apelaciones: *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación) (párrafo 5 del artículo 21 - UE)*; *Corea - Radionúclidos*; *Estados Unidos - Medidas compensatorias (China) (párrafo 5 del artículo 21 - China)*; *Corea - Válvulas neumáticas (Japón)*; *Australia - Empaquetado genérico del tabaco (Honduras)*; *Australia - Empaquetado genérico del tabaco (República Dominicana)*; *Ucrania - Nitrato de amonio*; *Rusia - Equipo ferroviario*; *Estados Unidos - Papel supercalandrado*; *UE - Paquete energético*; *Colombia - Textiles (párrafo 5 del artículo 21 - Colombia)/Colombia - Textiles (párrafo 5 del artículo 21 - Panamá)*; *Marruecos - Acero laminado en caliente (Turquía)*; e *India - Productos de hierro y acero*.

<sup>3</sup> En 2019 se distribuyeron los siguientes informes del Órgano de Apelación: *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación) (párrafo 5 del artículo 21 - UE)*; *Corea - Radionúclidos*; *Estados Unidos - Medidas compensatorias (China) (párrafo 5 del artículo 21 - China)*; *Corea - Válvulas neumáticas (Japón)*; *Ucrania - Nitrato de amonio*; y *Marruecos - Acero laminado en caliente (Turquía)*.

<sup>4</sup> Los informes del Órgano de Apelación con fecha de distribución en 2020 correspondían a los siguientes informes de grupos especiales: *Ucrania - Nitrato de amonio*; *Rusia - Equipo ferroviario*; *Australia - Empaquetado genérico del tabaco (Honduras)*; *Australia - Empaquetado genérico del tabaco (República Dominicana)*.

medidas de subvención, entre ellas contratos de compra, diversas medidas fiscales, medidas de investigación y desarrollo (I+D) y medidas relacionadas con bonos públicos. El último informe del Órgano de Apelación distribuido en este período correspondió a las apelaciones relativas al asunto *Australia - Empaquetado genérico del tabaco*, que también fueron excepcionalmente voluminosas y complejas. En ellas hubo tres participantes y 35 terceros participantes, y el expediente del grupo especial incluyó más de 1.300 pruebas documentales, docenas de informes periciales y un informe del grupo especial de aproximadamente 1.000 páginas. Estas apelaciones requirieron una porción significativa de los recursos del Órgano de Apelación y de su Secretaría a lo largo de 2019 y 2020. En ellas, el Órgano de Apelación examinó las constataciones del Grupo Especial relativas a la compatibilidad con el Acuerdo OTC y el Acuerdo sobre los ADPIC de las medidas de Australia que exigían el empaquetado genérico de los productos de tabaco.

Además de las dos diferencias mencionadas, el Órgano de Apelación trabajó en la ultimación de otros siete informes del Órgano de Apelación sobre numerosos asuntos, cada uno de los cuales planteó cuestiones y desafíos únicos y complejos. Por ejemplo, en *Estados Unidos - Medidas compensatorias (China) (párrafo 5 del artículo 21 - China)*, el Órgano de Apelación examinó las resoluciones del grupo especial sobre el cumplimiento relativas a 12 determinaciones de la existencia de subvenciones susceptibles de derechos compensatorios realizadas por la autoridad investigadora de los Estados Unidos, en particular la interpretación que hizo el Grupo Especial de la expresión "organismo público" en el sentido del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC, y las determinaciones sobre el beneficio y la especificidad en el marco del apartado d) del artículo 14 y el párrafo 1 c) del artículo 2, respectivamente. En *Corea - Válvulas neumáticas (Japón)*, entre otras cosas el Órgano de Apelación aclaró las complejas relaciones entre los efectos del dumping en el marco de los párrafos 2 y 4 del artículo 3 del Acuerdo Antidumping y la relación causal en el marco del párrafo 5 del artículo 3. En *Ucrania - Nitrato de amonio*, examinó las constataciones del Grupo Especial relativas a la compatibilidad del uso de costos distintos de los basados en los registros mantenidos por el exportador/productor investigado a efectos de determinar los valores normales reconstruidos de conformidad con el párrafo 2.1.1 del artículo 2 del Acuerdo Antidumping. El Órgano de Apelación también aclaró la relación entre el párrafo 2.1.1 del artículo 2 y el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo Antidumping en lo que respecta a la determinación de la existencia de dumping. En medio de esta labor incesante en torno a los procedimientos de apelación, la Secretaría del Órgano de Apelación también ayudó al Árbitro Ricardo Ramírez-Hernández a determinar el plazo prudencial para la aplicación de las resoluciones y recomendaciones del OSD respecto al asunto *Ucrania - Nitrato de amonio*.

La labor del Órgano de Apelación en 2019 y el primer semestre de 2020 coincidió con la reducción de su número de Miembros. En concreto, el Órgano de Apelación, que normalmente debería estar compuesto por siete Miembros, solo tuvo tres Miembros durante gran parte de 2019.<sup>5</sup> Además, el 10 de diciembre de 2019 terminaron los mandatos de los Sres. Ujal Singh Bhatia y Thomas R. Graham como Miembros del Órgano de Apelación. Como consecuencia, el Órgano de Apelación se quedó con un solo Miembro, la Sra. Hong Zhao, por debajo del número requerido (tres) para entender en una apelación de conformidad con el párrafo 1 del artículo 17 del ESD. Los procesos de selección para el nombramiento de nuevos Miembros del Órgano de Apelación siguieron debatiéndose en las reuniones del OSD durante todo 2019 y 2020, pero los Miembros de la OMC no lograron llegar a un consenso para iniciarlos y cubrir las vacantes pendientes.<sup>6</sup> En vista de la

<sup>5</sup> Además, los Sres. Peter Van den Bossche and Shree Baboo Chekitan Servansing, cuyos mandatos como Miembros del Órgano de Apelación expiraban el 11 de diciembre de 2017 y el 30 de septiembre de 2018, respectivamente, siguieron trabajando para terminar la sustanciación de las apelaciones que se les habían asignado antes de terminar su mandato de conformidad con la Regla 15 de los Procedimientos de trabajo para el examen en apelación (hasta la distribución del informe de *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación) (párrafo 5 del artículo 21 - UE)* el 28 de marzo de 2019 en el caso del Sr. Peter Van den Bossche y hasta la distribución del informe de *Australia - Empaquetado genérico del tabaco* el 9 de junio de 2020 en el caso del Sr. Shree Baboo Chekitan Servansing).

<sup>6</sup> En concreto, no fue posible llegar a un consenso para iniciar los procesos de selección en las reuniones del OSD celebradas en 2019 y el primer semestre de 2020 debido a una serie de preocupaciones sistémicas en relación con el funcionamiento del Órgano de Apelación. Los Miembros de la OMC mantuvieron debates sobre esas preocupaciones sistémicas durante todo el período, en particular en un proceso informal emprendido bajo los auspicios del Consejo General por el Embajador David Walker de Nueva Zelanda, que actuó como Facilitador. A este respecto, el Embajador Walker celebró diversas consultas y buscó elementos de convergencia acerca de las preocupaciones de los Miembros y la manera específica de abordarlas en las reuniones que el Consejo General celebró en julio (véanse los documentos WT/GC/M/179 y JOB/GC/220), octubre (véanse los documentos WT/GC/M/180 y JOB/GC/222) y diciembre de 2019 (véanse los documentos WT/GC/M/181 y JOB/GC/225). Sobre la base de esos elementos de convergencia, el Embajador Walker



situación, el Presidente del OSD declaró en la reunión del OSD celebrada el 3 de diciembre de 2019 que las secciones encargadas de cada una de las apelaciones pendientes en esa fecha cuyas audiencias ya hubieran tenido lugar (*Australia - Empaquetado genérico del tabaco* [DS435, DS441], *Rusia - Equipo ferroviario* [DS499] y *Estados Unidos - Papel supercalandrado* [DS505]) continuarían su labor hasta que concluyeran los procesos de apelación.<sup>7</sup> Las secciones que entendían en todas las demás apelaciones pendientes comunicaron que habían decidido suspender sus trabajos a partir del 10 de diciembre de 2019, al terminar los mandatos de los Sres. Bhatia y Graham. En consecuencia, la labor del Órgano de Apelación está en suspenso desde el 10 de diciembre de 2019, excepto la concerniente a los informes distribuidos en el primer semestre de 2020, y desde entonces el Órgano de Apelación no ha podido ni podrá entender en ninguna apelación pendiente o futura hasta que el OSD acuerde iniciar el proceso de selección para cubrir las vacantes pertinentes. A pesar de estas circunstancias extraordinarias, en 2019 y el primer semestre de 2020 el Órgano de Apelación distribuyó diez informes en los que se resolvieron numerosas apelaciones.

La labor del Órgano de Apelación en 2019 y el primer semestre de 2020 demuestra su determinación de seguir resolviendo las diferencias de manera eficaz y eficiente incluso en las circunstancias más críticas. El Órgano de Apelación ha sido un logro fundamental de la Ronda Uruguay, y confiamos en que los Miembros de la OMC tengan en cuenta este logro al deliberar sobre el camino a seguir.

---

preparó un proyecto de decisión del Consejo General sobre el funcionamiento del Órgano de Apelación que se presentó para su adopción en la reunión del Consejo General celebrada los días 9 y 10 de diciembre de 2019. Sin embargo, los Miembros no lograron llegar a un consenso para adoptar el proyecto de decisión (WT/GC/M/181).

<sup>7</sup> WT/DSB/M/437.

**ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO  
ÓRGANO DE APELACIÓN****INFORME ANUAL CORRESPONDIENTE A 2019-2020****1 INTRODUCCIÓN**

En el presente informe anual se resumen las actividades realizadas por el Órgano de Apelación y su Secretaría en el año 2019 y el primer semestre de 2020.

La solución de diferencias en la Organización Mundial del Comercio (OMC) está regulada por el Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD), que figura en el Anexo 2 del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (Acuerdo sobre la OMC). En el párrafo 2 del artículo 3 del ESD se identifican el objetivo y la función del sistema de solución de diferencias de la siguiente manera: "[e]l sistema de solución de diferencias de la OMC es un elemento esencial para aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio". En esa disposición se establece también que el sistema de solución de diferencias "sirve para preservar los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de los acuerdos abarcados y para aclarar las disposiciones vigentes de dichos acuerdos de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público". La administración del sistema de solución de diferencias está a cargo del Órgano de Solución de Diferencias (OSD), integrado por todos los Miembros de la OMC.

Todo Miembro de la OMC puede recurrir a las normas y procedimientos previstos en el ESD cuando "considere que cualesquiera ventajas resultantes para él directa o indirectamente de los acuerdos abarcados se hallan menoscabadas por medidas adoptadas por otro Miembro".<sup>8</sup> Los procedimientos del ESD son aplicables a las diferencias surgidas en el marco de cualquiera de los acuerdos abarcados que se enumeran en el Apéndice 1 del ESD, que incluyen el Acuerdo sobre la OMC y todos los Acuerdos multilaterales anexos a él, relativos al comercio de mercancías<sup>9</sup>, el comercio de servicios<sup>10</sup> y la protección de los derechos de propiedad intelectual<sup>11</sup>, así como el propio ESD. Con arreglo al párrafo 2 del artículo 1 del ESD, las normas y procedimientos especiales o adicionales enumerados en el Apéndice 2 del ESD prevalecen sobre los previstos en el ESD en la medida en que exista una incompatibilidad. La aplicación del ESD a las diferencias que se planteen en el marco de los acuerdos comerciales plurilaterales anexos al Acuerdo sobre la OMC<sup>12</sup> depende de que las partes en cada uno de esos acuerdos adopten una decisión en la que se establezcan las condiciones de la aplicación del ESD al acuerdo de que se trate.<sup>13</sup>

El procedimiento previsto en el ESD se lleva a cabo en etapas. En la primera etapa, los Miembros están obligados a celebrar consultas con miras a llegar a una solución mutuamente convenida de la cuestión en litigio.<sup>14</sup> Si en esas consultas no se alcanza una solución de mutuo acuerdo, la diferencia puede pasar a la etapa de carácter resolutivo, en la que el Miembro reclamante solicita al OSD el establecimiento de un grupo especial para que examine el asunto.<sup>15</sup> Los integrantes de los grupos especiales son elegidos por acuerdo entre las partes, sobre la base de las candidaturas propuestas por la Secretaría.<sup>16</sup> Sin embargo, si las partes no logran llegar a un acuerdo, cualquiera de ellas podrá solicitar al Director General de la OMC que establezca la composición del grupo especial.<sup>17</sup> Los grupos especiales estarán formados por personas muy competentes, funcionarios gubernamentales o no, que tengan competencia técnica en derecho mercantil internacional o política comercial internacional.<sup>18</sup> En el ejercicio de su función resolutoria, el grupo especial debe "hacer una evaluación objetiva del asunto que se le haya sometido, que incluya una evaluación objetiva de los hechos, de la aplicabilidad de los acuerdos abarcados pertinentes y de la conformidad con estos y

<sup>8</sup> Párrafo 3 del artículo 3 del ESD.

<sup>9</sup> Anexo 1A del Acuerdo sobre la OMC.

<sup>10</sup> Anexo 1B del Acuerdo sobre la OMC.

<sup>11</sup> Anexo 1C del Acuerdo sobre la OMC.

<sup>12</sup> Anexo 4 del Acuerdo sobre la OMC.

<sup>13</sup> Apéndice 1 del ESD.

<sup>14</sup> Artículo 4 del ESD.

<sup>15</sup> Artículo 6 del ESD.

<sup>16</sup> Párrafo 6 del artículo 8 del ESD.

<sup>17</sup> Párrafo 7 del artículo 8 del ESD.

<sup>18</sup> Párrafo 1 del artículo 8 del ESD.

formular otras conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en los acuerdos abarcados".<sup>19</sup> El procedimiento del grupo especial incluye la presentación de comunicaciones escritas por las partes principales y también por los terceros que hayan notificado al OSD su interés en la diferencia. Normalmente los grupos especiales celebran dos reuniones con las partes, una de las cuales incluye también una sesión con los terceros. Los grupos especiales exponen sus constataciones fácticas y jurídicas en un informe provisional sobre el que las partes pueden formular observaciones. El informe definitivo se comunica en primer lugar a las partes y se distribuye después a todos los Miembros de la OMC en los tres idiomas oficiales de la Organización (español, francés e inglés), momento en el que también se publica en el sitio web de la OMC.

El artículo 17 del ESD establece un Órgano Permanente de Apelación. El Órgano de Apelación está integrado por siete Miembros, nombrados cada uno por un mandato de cuatro años, que puede renovarse una vez. Las fechas de expiración de los mandatos se escalonan para asegurar que no todos los Miembros inicien y concluyan sus respectivos mandatos al mismo tiempo. Los Miembros del Órgano de Apelación deben ser personas de prestigio reconocido, con competencia técnica acreditada en derecho, en comercio internacional y en la temática de los acuerdos abarcados en general. No estarán vinculadas a ningún gobierno. Además, los integrantes del Órgano de Apelación serán representativos en términos generales de la composición de la OMC. Los Miembros del Órgano de Apelación eligen un presidente para un único mandato, prorrogable una sola vez. El Presidente tiene a su cargo la dirección general de los asuntos del Órgano de Apelación. Una sección integrada por tres Miembros del Órgano de Apelación entiende en cada apelación. El proceso de selección de las secciones está destinado a garantizar los principios de selección aleatoria, imprevisibilidad de la selección y oportunidad de actuar de todos los Miembros con independencia de su origen nacional. Con objeto de garantizar la uniformidad y coherencia en la adopción de decisiones, antes de finalizar los informes del Órgano de Apelación las secciones intercambian opiniones con los otros Miembros de dicho Órgano. El Órgano de Apelación recibe asistencia jurídica y administrativa de su Secretaría. La conducta de los Miembros y de los funcionarios del Órgano de Apelación se rige por las Normas de Conducta para la aplicación del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias<sup>20</sup> (Normas de Conducta). Dichas normas subrayan que los Miembros del Órgano de Apelación serán independientes e imparciales y evitarán todo conflicto de intereses directo o indirecto, además de mantener la confidencialidad de los procedimientos en apelación.<sup>21</sup>

Cualquiera de las partes en una diferencia, con excepción de los Miembros de la OMC que hayan intervenido en calidad de terceros en la etapa del grupo especial, puede apelar ante el Órgano de Apelación el informe de un grupo especial. Estos terceros, no obstante, pueden participar en el procedimiento de apelación y presentar comunicaciones escritas y formular declaraciones orales. La apelación tiene únicamente por objeto las cuestiones de derecho tratadas en el informe del grupo especial y las interpretaciones jurídicas formuladas por este. El examen en apelación se lleva a cabo con arreglo a los procedimientos establecidos en el ESD y los Procedimientos de trabajo para el examen en apelación<sup>22</sup> (Procedimientos de trabajo), elaborados por el Órgano de Apelación en consulta con el Presidente del OSD y con el Director General de la OMC y comunicados a los Miembros de la OMC. El procedimiento de apelación conlleva la presentación de comunicaciones escritas por los participantes y los terceros participantes, así como la celebración de una audiencia. El informe del Órgano de Apelación debe distribuirse en un plazo de 90 días contados a partir de la fecha en que se haya iniciado la apelación, y se publica en el sitio web de la OMC inmediatamente después de su distribución a los Miembros. En su informe, el Órgano de Apelación puede confirmar, modificar o revocar las constataciones y conclusiones jurídicas del grupo especial.

Los informes de los grupos especiales y del Órgano de Apelación deben ser adoptados por los Miembros de la OMC obrando colectivamente por conducto del OSD. De conformidad con la regla del consenso en contrario, un informe se considera adoptado a menos que el OSD decida por consenso no adoptarlo.<sup>23</sup> Una vez adoptados, el informe del Órgano de Apelación y el informe del grupo especial (modificado por el Órgano de Apelación) son vinculantes para las partes.

---

<sup>19</sup> Artículo 11 del ESD.

<sup>20</sup> Las Normas de Conducta, adoptadas por el OSD el 3 de diciembre de 1996 (WT/DSB/RC/1), han sido incorporadas a los Procedimientos de trabajo para el examen en apelación (WT/AB/WP/6) como anexo II. (Véanse los documentos WT/DSB/RC/2 y WT/AB/WP/W/2).

<sup>21</sup> Los antiguos Miembros del Órgano de Apelación y los funcionarios y pasantes de su Secretaría están sujetos a directrices aplicables después de la separación del servicio que facilitan el cumplimiento de las obligaciones de conducta pertinentes tras un período de servicio (WT/AB/22).

<sup>22</sup> Procedimientos de trabajo para el examen en apelación, WT/AB/WP/6, 16 de agosto de 2010.

<sup>23</sup> Párrafo 4 del artículo 16 y párrafo 14 del artículo 17 del ESD.

El párrafo 3 del artículo 21 del ESD dispone que, una vez que el OSD ha adoptado un informe de un grupo especial o del Órgano de Apelación que incluya una constatación de incompatibilidad de una medida del Miembro demandado con las obligaciones que le corresponden en el marco de la OMC, el Miembro demandado debe, en principio, cumplir inmediatamente. Sin embargo, cuando el cumplimiento inmediato "no sea factible", el Miembro demandado dispondrá de un "plazo prudencial" para aplicar las recomendaciones y resoluciones del OSD. El "plazo prudencial" puede ser determinado por el OSD, establecido por las partes de común acuerdo o fijado mediante arbitraje vinculante en virtud del párrafo 3 c) del artículo 21 del ESD. En dicho arbitraje, una directriz para el árbitro es que el plazo prudencial para la aplicación de las recomendaciones del grupo especial o del Órgano de Apelación no deberá exceder de 15 meses contados 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. Los árbitros han indicado que el plazo prudencial será el plazo más breve posible en el marco del ordenamiento jurídico del Miembro que ha de proceder a la aplicación.

En caso de desacuerdo entre las partes "en cuanto a la existencia de medidas destinadas a cumplir ... o a la compatibilidad de dichas medidas con un acuerdo abarcado", la cuestión puede someterse al grupo especial que haya entendido inicialmente en el asunto, en virtud del procedimiento sobre el cumplimiento previsto en el párrafo 5 del artículo 21 del ESD. En el marco de ese procedimiento, el grupo especial emite un informe que puede ser objeto de apelación ante el Órgano de Apelación. Una vez adoptados por el OSD, los informes emitidos por el grupo especial y el Órgano de Apelación en el marco del procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 sobre el cumplimiento son vinculantes para las partes.

Si el Miembro demandado no pone la medida declarada incompatible con las normas de la OMC en conformidad con las obligaciones que le corresponden en virtud de los acuerdos abarcados dentro del plazo prudencial, el Miembro reclamante puede solicitar la celebración de negociaciones con el Miembro demandado con miras a llegar a un acuerdo sobre la compensación como alternativa temporal y voluntaria al pleno cumplimiento. La compensación está supeditada a la aceptación del Miembro reclamante y debe ser compatible con los Acuerdos de la OMC. Si no se conviene en una compensación satisfactoria, el Miembro reclamante puede solicitar la autorización del OSD, de conformidad con el artículo 22 del ESD, para suspender la aplicación al Miembro demandado de concesiones u otras obligaciones resultantes de los Acuerdos de la OMC. El nivel de la suspensión de concesiones u otras obligaciones autorizado por el OSD será equivalente al nivel de anulación o menoscabo resultante del incumplimiento de las recomendaciones y resoluciones del OSD. El Miembro demandado puede solicitar un arbitraje de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del ESD si impugna el nivel de la suspensión propuesta o considera que no se han seguido los principios y procedimientos relativos a la suspensión de concesiones u otras obligaciones. En principio, la suspensión de concesiones u otras obligaciones debe referirse al mismo sector comercial o acuerdo que la medida declarada incompatible. Sin embargo, si ello resulta impracticable o es ineficaz para el Miembro reclamante y las circunstancias son suficientemente graves, el Miembro reclamante puede solicitar autorización para suspender concesiones con respecto a otros sectores o acuerdos. El arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 estará a cargo del grupo especial que haya entendido inicialmente en el asunto, si estuvieran disponibles sus miembros. La compensación y la suspensión de concesiones u otras obligaciones son medidas temporales; ninguna de ellas se ha de preferir a la aplicación plena de una recomendación de poner una medida en conformidad con los acuerdos abarcados.<sup>24</sup>

Las partes en una diferencia pueden solicitar, en cualquier etapa del procedimiento, los buenos oficios, la conciliación o la mediación como métodos alternativos de solución de diferencias.<sup>25</sup> Además, de conformidad con el artículo 25 del ESD, los Miembros de la OMC pueden recurrir al arbitraje como alternativa a los procedimientos habituales previstos en el ESD.<sup>26</sup> El recurso al arbitraje, con inclusión del procedimiento por el que se registrará, está sujeto al acuerdo mutuo de las partes.<sup>27</sup>

<sup>24</sup> Párrafo 1 del artículo 22 del ESD.

<sup>25</sup> Artículo 5 del ESD.

<sup>26</sup> Solo se ha recurrido una vez al artículo 25 del ESD, y no fue en sustitución de los procedimientos del grupo especial o del Órgano de Apelación, sino que el objetivo de ese arbitraje fue fijar una cuantía de compensación hasta el pleno cumplimiento por parte del Miembro demandado. (Véase el laudo arbitral, *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor (artículo 25)*).

<sup>27</sup> Los artículos 21 y 22 del ESD son aplicables *mutatis mutandis* a las decisiones de los árbitros.

## 2 COMPOSICIÓN DEL ÓRGANO DE APELACIÓN

El Órgano de Apelación es un órgano permanente integrado normalmente por siete Miembros nombrados por el OSD para un mandato de cuatro años que puede renovarse solo una vez por otro período de cuatro años.

En enero de 2019, el Órgano de Apelación estaba compuesto por tres Miembros.<sup>28</sup> El 10 de diciembre de 2019, expiró el mandato de dos Miembros del Órgano de Apelación, los Sres. Ujal Singh Bhatia y Thomas R. Graham. Los procesos de selección para el nombramiento de nuevos Miembros del Órgano de Apelación se debatieron en las reuniones del OSD a lo largo de 2019 y hasta la fecha en 2020<sup>29</sup>, pero los Miembros de la OMC no lograron llegar a un consenso para iniciarlos y cubrir las vacantes pendientes.

En la totalidad de las 11 reuniones ordinarias del OSD celebradas en 2019 y las tres reuniones ordinarias del OSD celebradas durante el primer semestre de 2020 (hasta la reunión del OSD celebrada el 29 de junio de 2020, incluida), se presentaron y examinaron varias versiones revisadas<sup>30</sup> de la propuesta relativa a los procesos de selección de Miembros del Órgano de Apelación, presentada por primera vez en la reunión del OSD celebrada el 22 de noviembre de 2017 en nombre de 52 Miembros de la OMC.<sup>31</sup> Todas las versiones de estas propuestas eran esencialmente iguales, en tanto en cuanto preveían procesos de selección para nombrar Miembros del Órgano de Apelación para cubrir las cuatro vacantes pendientes desde principios de 2019 (estas vacantes habían surgido como consecuencia de la expiración de los mandatos de los Sres. Ricardo Ramírez-Hernández, Peter Van den Bossche y Shree Baboo Chekitan Servansing y la renuncia del Sr. Hyun Chong Kim). Además, surgió una quinta y una sexta vacante como consecuencia de la expiración de los segundos mandatos de los Sres. Ujal Singh Bhatia y Thomas R. Graham el 10 de diciembre de 2019. La propuesta relativa a los procesos de selección de Miembros del Órgano de Apelación presentada el 24 de junio de 2019 y subsiguientemente preveía procesos de selección para nombrar Miembros del Órgano de Apelación en sustitución de los Sres. Ujal Singh Bhatia y Thomas R. Graham, además de cubrir las cuatro vacantes pendientes. Las propuestas se presentaron en nombre de un número creciente de proponentes, ya que 52 Miembros de la OMC apoyaron la primera propuesta en la reunión del OSD celebrada el 22 de noviembre de 2017, cifra que aumentó a 71 Miembros en la reunión del OSD del 28 de enero de 2019<sup>32</sup>, a 118 Miembros en la reunión del OSD del 18 de diciembre de 2019<sup>33</sup>, y a 122 Miembros en la reunión del OSD del 28 de febrero de 2020.<sup>34</sup> Los proponentes de las propuestas subrayaron que las vacantes "afectan[] gravemente [el] funcionamiento [del Órgano de Apelación] y el sistema de solución de diferencias en general en perjuicio de los intereses de [los] Miembros" y que los "Miembros de la OMC tienen la obligación de salvaguardar y defender al Órgano de Apelación, el sistema de solución de diferencias y el sistema multilateral de comercio". A continuación, propusieron iniciar procesos de selección para todas las

<sup>28</sup> El segundo mandato del Sr. Peter Van den Bossche terminó el 11 de diciembre de 2017. El 24 de noviembre de 2017, el Presidente del Órgano de Apelación notificó por carta al Presidente del OSD que, de conformidad con la Regla 15 de los Procedimientos de trabajo para el examen en apelación (Procedimientos de trabajo), el Órgano de Apelación había autorizado al Sr. Van den Bossche a terminar la sustanciación de las apelaciones que se le habían asignado antes de terminar su mandato. La última apelación en que participó el Sr. Van den Bossche, en virtud de la Regla 15 (*Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (párrafo 5 del artículo 21 - UE)) concluyó con la distribución del informe del Órgano de Apelación el 28 de marzo de 2019.

El mandato del Sr. Shree Baboo Chekitan Servansing terminó el 30 de septiembre de 2018. El 28 de septiembre de 2018, el Presidente del Órgano de Apelación notificó por carta a la Presidenta del OSD que, de conformidad con la Regla 15 de los Procedimientos de trabajo para el examen en apelación, el Órgano de Apelación había autorizado al Sr. Servansing a terminar la sustanciación de las apelaciones que se le habían asignado antes de que terminara su mandato el 30 de septiembre de 2018. El Sr. Servansing llevó a cabo sus tareas en virtud de la Regla 15 a lo largo de 2019.

<sup>29</sup> Véanse, por ejemplo, los documentos WT/DSB/M/425, WT/DSB/M/426, WT/DSB/M/428, WT/DSB/M/429, WT/DSB/M/430, WT/DSB/M/431, WT/DSB/M/433, WT/DSB/M/434, WT/DSB/M/436, WT/DSB/M/437, WT/DSB/M/438, WT/DSB/M/440 y WT/DSB/M/441 (29 de junio de 2020).

<sup>30</sup> Las versiones revisadas de la propuesta examinada en las reuniones del OSD en 2019 y el primer trimestre de 2020 figuran en los siguientes documentos: WT/DSB/W/609/Rev.7, WT/DSB/W/609/Rev.8, WT/DSB/W/609/Rev.10, WT/DSB/W/609/Rev.11, WT/DSB/W/609/Rev.12, WT/DSB/W/609/Rev.13, WT/DSB/W/609/Rev.14, WT/DSB/W/609/Rev.15, WT/DSB/W/609/Rev.16, WT/DSB/W/609/Rev.17 y WT/DSB/W/609/Rev.18.

<sup>31</sup> WT/DSB/M/404 y WT/DSB/W/609.

<sup>32</sup> WT/DSB/M/425.

<sup>33</sup> WT/DSB/W/609/Rev.15.

<sup>34</sup> WT/DSB/W/609/Rev.17.

vacantes, establecer un Comité de Selección, permitir que los Miembros presentaran candidaturas y solicitar al Comité de Selección que formulara una recomendación en un plazo determinado. Sin embargo, no fue posible llegar a un consenso para iniciar los procesos de selección en las reuniones del OSD celebradas a lo largo de 2019 y durante el primer trimestre de 2020. Durante ese período, los Miembros también examinaron varias preocupaciones sustantivas y sistémicas en relación con el funcionamiento del Órgano de Apelación, inclusive a través del proceso informal llevado a cabo bajo los auspicios del Consejo General con el Embajador David Walker de Nueva Zelanda como Facilitador.<sup>35</sup>

Como consecuencia de lo anterior, en 2019 el Órgano de Apelación estuvo compuesto por tres Miembros hasta la expiración de los segundos mandatos de los Sres. Ujal Singh Bhatia y Thomas R. Graham el 10 de diciembre de 2019. Posteriormente, estuvo compuesto por un Miembro restante durante el resto del año, como se muestra en el cuadro 1 *infra*:

**Cuadro 1: Composición del Órgano de Apelación en 2019 y el primer semestre de 2020**

Nombre	Nacionalidad	Mandato(s)
Ujal Singh Bhatia*	India	2011-2015 2015-2019
Thomas R. Graham*	Estados Unidos	2011-2015 2015-2019
Hong Zhao	China	2016-2020

\* El mandato de los Sres. Ujal Singh Bhatia y Thomas R. Graham como Miembros del Órgano de Apelación finalizó el 10 de diciembre de 2019. De conformidad con la Regla 15 de los Procedimientos de Trabajo, fueron autorizados a terminar la sustanciación de las apelaciones que se les habían asignado mientras eran Miembros del Órgano de Apelación y respecto de las cuales se celebraron audiencias antes de que expiraran sus mandatos.<sup>36</sup>

El 12 de diciembre de 2018, de conformidad con el párrafo 1 de la Regla 5 de los Procedimientos de Trabajo, los Miembros del Órgano de Apelación eligieron a la Sra. Zhao Hong para desempeñar el cargo de Presidenta del Órgano de Apelación desde el 1º de enero de 2019 hasta el 30 de junio de 2019, y al Sr. Thomas R. Graham para desempeñar el cargo de Presidente desde el 1º de julio de 2019 hasta diciembre de 2019.<sup>37</sup> El 13 de diciembre de 2019, el Órgano de Apelación comunicó que la Sra. Zhao Hong ha sido elegida para desempeñar el cargo de Presidenta del Órgano de Apelación desde el 1º de diciembre de 2019 hasta el 30 de noviembre de 2020, de conformidad con el párrafo 1 de la Regla 5 de los Procedimientos de Trabajo.<sup>38</sup>

En el anexo 3 se incluye información biográfica sobre los Miembros del Órgano de Apelación. El anexo 4 contiene una lista de los antiguos Miembros y Presidentes del Órgano de Apelación.

El Órgano de Apelación recibe asistencia jurídica y administrativa de su Secretaría, de conformidad con el párrafo 7 del artículo 17 del ESD. Al 31 de diciembre 2019, la Secretaría estaba integrada por 19 juristas, un ayudante administrativo y cuatro funcionarios de apoyo, con el Sr. Werner Zdouc como Director.

<sup>35</sup> Las preocupaciones examinadas figuran en los siguientes documentos de la OMC: WT/DSB/M/425, WT/DSB/M/426, WT/DSB/M/428, WT/DSB/M/429, WT/DSB/M/430, WT/DSB/M/431, WT/DSB/M/433, WT/DSB/M/434, WT/DSB/M/436, WT/DSB/M/437, WT/DSB/M/438, WT/DSB/M/440 y WT/DSB/M/441 (29 de junio de 2020). Los informes del Embajador Walker acerca del proceso informal sobre cuestiones relativas al funcionamiento del Órgano de Apelación llevado a cabo bajo los auspicios del Consejo General figuran en los siguientes documentos de la OMC: WT/JOB/215, WT/JOB/217, WT/JOB/220, WT/JOB/222 y WT/JOB/225. Como resultado del proceso informal, se preparó un proyecto de decisión del Consejo General sobre el funcionamiento del Órgano de Apelación, que se presentó para su adopción en la reunión del Consejo General celebrada los días 9 y 10 de diciembre de 2019. Sin embargo, los Miembros no pudieron llegar a un consenso para adoptar el proyecto de decisión (WT/GC/M/181).

<sup>36</sup> El 3 de diciembre de 2019, el Presidente del Órgano de Apelación notificó por carta al Presidente del OSD que, de conformidad con la Regla 15 de los Procedimientos de trabajo para el examen en apelación, el Órgano de Apelación había autorizado a los Sres. Messrs Ujal Singh Bhatia y Thomas R. Graham a terminar la sustanciación de las apelaciones que se les habían asignado antes de que expiraran sus mandatos el 10 de diciembre de 2019 y respecto de las cuales se habían celebrado audiencias antes de esa fecha. Posteriormente, se informó de ello a los participantes y terceros participantes en esas apelaciones.

<sup>37</sup> WT/DSB/77.

<sup>38</sup> WT/DSB/78.

### 3 APELACIONES

De conformidad con el párrafo 1 de la Regla 20 de los Procedimientos de trabajo, y con arreglo al párrafo 4 del artículo 16 del ESD, la apelación la inicia una parte en la diferencia mediante una notificación por escrito al OSD y la presentación de un anuncio de apelación ante la Secretaría del Órgano de Apelación. El párrafo 1 de la Regla 23 de los Procedimientos de trabajo prevé la posibilidad de que cualquier parte en la diferencia distinta del apelante inicial se sume a la apelación, o apele sobre la base de otros supuestos errores, presentando un anuncio de otra apelación en un plazo de cinco días contados a partir de la fecha de la presentación del anuncio de apelación.

En 2019 y el primer semestre de 2020 se apelaron ocho informes de grupos especiales sobre siete asuntos.<sup>39</sup> Se completó la labor del Órgano de Apelación sobre una apelación presentada en 2017, y su labor sobre tres apelaciones presentadas en 2018 continuó a lo largo de 2019 y durante el primer trimestre de 2020. Cuatro de las apelaciones presentadas en este período se referían a procedimientos sobre el cumplimiento, y las restantes se referían a procedimientos iniciales. En dos de las ocho nuevas apelaciones se presentó "otra apelación" de conformidad con el párrafo 1 de la Regla 23 de los Procedimientos de trabajo. En el cuadro 2 figura información adicional sobre las apelaciones presentadas y pendientes en 2019 y el primer semestre de 2020. En el anexo 5 puede consultarse información adicional sobre el número de apelaciones presentadas cada año desde 1996.

El porcentaje de informes de grupos especiales objeto de apelación entre 1996 y el primer semestre de 2020 es de aproximadamente el 67%. En el anexo 6 se indica el porcentaje de informes de grupos especiales que han sido objeto de apelación cada año.

**Cuadro 2: Apelaciones pendientes**

Informes de grupos especiales apelados	Fecha de la apelación	Apelante <sup>a</sup>	Signatura	Otro apelante <sup>b</sup>	Signatura
<i>UE - Paquete energético</i>	21 de septiembre de 2018	UE	WT/DS476/6	Rusia	WT/DS476/7
<i>Colombia - Textiles (párrafo 5 del artículo 21 - Colombia)/Colombia - Textiles (párrafo 5 del artículo 21 - Panamá)</i>	20 de noviembre de 2018	Panamá	WT/DS461/28	Colombia	WT/DS461/29
<i>India - Productos de hierro y acero</i>	14 de diciembre de 2018	India	WT/DS518/8	Japón	WT/DS518/9
<i>Tailandia - Cigarrillos (Filipinas) (párrafo 5 del artículo 21 - Filipinas)</i>	9 de enero de 2019	Tailandia	WT/DS371/27	---	---
<i>Tailandia - Cigarrillos (Filipinas) (párrafo 5 del artículo 21 - Filipinas)</i>	9 de septiembre de 2019	Tailandia	WT/DS371/30	---	---
<i>Estados Unidos - Tubos y tuberías (Turquía)</i>	25 de enero de 2019	Estados Unidos	WT/DS523/5	Turquía	WT/DS523/6
<i>Estados Unidos - Método de fijación de precios diferenciales</i>	4 de junio de 2019	Canadá	WT/DS534/5	---	---
<i>Estados Unidos - Energía renovable</i>	15 de agosto de 2019	Estados Unidos	WT/DS510/5	India	WT/DS510/6

<sup>39</sup> Entre ellos, el informe del Grupo Especial encargado del asunto *Estados Unidos - Acero al carbono (India) (párrafo 5 del artículo 21 - India)* (DS436), respecto del cual el 18 de diciembre de 2019 los Estados Unidos notificaron su decisión de apelar de conformidad con el artículo 16 del ESD (WT/DS436/21). El 14 de enero de 2020, la India y los Estados Unidos comunicaron conjuntamente al OSD que, a pesar de la decisión de los Estados Unidos de apelar, los Estados Unidos no presentaron un anuncio de apelación ni una comunicación del apelante porque no podía establecerse una sección del Órgano de Apelación para que entendiera en la apelación en el momento de la comunicación. Por este motivo, la India y los Estados Unidos comunicaron conjuntamente que entendían que los Estados Unidos presentarán un anuncio de apelación y una comunicación del apelante en cuanto pueda establecerse una sección, y que la India podrá presentar su propia apelación en ese momento (WT/DS436/22).



Informes de grupos especiales apelados	Fecha de la apelación	Apelante <sup>a</sup>	Signatura	Otro apelante <sup>b</sup>	Signatura
<i>India - Medidas relacionadas con la exportación</i>	19 de noviembre de 2019	India	WT/DS541/7	---	---
<i>CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (párrafo 5 del artículo 21 - UE)</i>	6 de diciembre de 2019	UE	WT/DS316/43	---	---
<i>Estados Unidos - Acero al carbono (India) (párrafo 5 del artículo 21 - India)<sup>c</sup></i>	18 de diciembre de 2019	Estados Unidos	WT/DS436/21	---	---

a De conformidad con el párrafo 1 de la Regla 20 de los Procedimientos de trabajo.

b De conformidad con el párrafo 1 de la Regla 23 de los Procedimientos de trabajo.

c Los Estados Unidos han notificado su intención de apelar el informe del Grupo Especial en este asunto pero no presentaron un anuncio de apelación ni una comunicación del apelante porque en este momento no puede establecerse una sección del Órgano de Apelación para que entienda en esta apelación (WT/DS436/22).

### Informes del Órgano de Apelación

En 2019 y el primer semestre de 2020 se distribuyeron 10 informes del Órgano de Apelación sobre 9 asuntos cuyos detalles se resumen en el cuadro 3. Hasta el final del primer semestre de 2020 el Órgano de Apelación había distribuido en total 169 informes.<sup>40</sup>

### Cuadro 3: Informes del Órgano de Apelación distribuidos entre el comienzo de 2019 y el primer semestre de 2020

Asunto	Signatura	Fecha de distribución	Fecha de adopción por el OSD
<i>Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación) (párrafo 5 del artículo 21 - UE)</i>	WT/DS353/AB/RW	28 de marzo de 2019	11 de abril de 2019
<i>Corea - Radionúclidos</i>	WT/DS495/AB/R	11 de abril de 2019	26 de abril de 2019
<i>Estados Unidos - Medidas compensatorias (China) (párrafo 5 del artículo 21 - China)</i>	WT/DS437/AB/RW	16 de julio de 2019	15 de agosto de 2019
<i>Corea - Válvulas neumáticas</i>	WT/DS504/AB/R	10 de septiembre de 2019	30 de septiembre de 2019
<i>Ucrania - Nitrato de amonio</i>	WT/DS493/AB/R	12 de septiembre de 2019	30 de septiembre de 2019
<i>Marruecos - Acero laminado en caliente</i>	WT/DS513/AB/R	10 de diciembre de 2019	8 de enero de 2020
<i>Rusia - Equipo ferroviario</i>	WT/DS499/AB/R	4 de febrero de 2020	5 de marzo de 2020
<i>Estados Unidos - Papel supercalandrado</i>	WT/DS505/AB/R	6 de febrero de 2020	5 de marzo de 2020
<i>Australia - Empaquetado genérico del tabaco (Honduras)</i>	WT/DS435/AB/R	9 de junio de 2020	29 de junio de 2020
<i>Australia - Empaquetado genérico del tabaco (República Dominicana)</i>	WT/DS441/AB/R	9 de junio de 2020	29 de junio de 2020

<sup>40</sup> En el Anexo 8: Cuadro II puede consultarse más información sobre los informes distribuidos del Órgano de Apelación, por año de distribución.



En el cuadro 4 se indican los Acuerdos de la OMC abordados en los informes del Órgano de Apelación distribuidos en 2019 y el primer semestre de 2020.

**Cuadro 4: Acuerdos de la OMC abordados en los informes del Órgano de Apelación distribuidos entre el comienzo de 2019 y el primer semestre de 2020**

Asunto	Signatura	Acuerdos de la OMC abordados
<i>Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación) (párrafo 5 del artículo 21 - UE)</i>	WT/DS353/AB/RW	Acuerdo SMC ESD
<i>Corea - Radionúclidos</i>	WT/DS495/AB/R	Acuerdo MSF ESD
<i>Estados Unidos - Medidas compensatorias (China) (párrafo 5 del artículo 21 - China)</i>	WT/DS437/AB/RW	Acuerdo SMC ESD
<i>Corea - Válvulas neumáticas</i>	WT/DS504/AB/R	Acuerdo Antidumping ESD
<i>Ucrania - Nitrato de amonio</i>	WT/DS493/AB/R	Acuerdo Antidumping ESD
<i>Marruecos - Acero laminado en caliente*</i>	WT/DS513/AB/R	---
<i>Rusia - Equipo ferroviario</i>	WT/DS499/AB/R	Acuerdo OTC ESD
<i>Estados Unidos - Papel supercalandrado</i>	WT/DS505/AB/R	Acuerdo SMC ESD
<i>Australia - Empaquetado genérico del tabaco (Honduras)</i>	WT/DS435/AB/R	Acuerdo OTC Acuerdo sobre los ADPIC ESD
<i>Australia - Empaquetado genérico del tabaco (República Dominicana)</i>	WT/DS441/AB/R	

\* En Marruecos - Acero laminado en caliente, se desistió de la apelación y el informe del Órgano de Apelación describe las constataciones del Grupo Especial y resume los antecedentes procesales del asunto, pero no aborda las cuestiones jurídicas sustantivas planteadas en la apelación.

Las constataciones y conclusiones formuladas en los informes del Órgano de Apelación distribuidos en 2019 y el primer semestre de 2020 se resumen a continuación.

**3.1 Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación) (párrafo 5 del artículo 21 - UE), WT/DS353/AB/RW**

Este asunto se refería a la diferencia sobre el cumplimiento que surgió a partir de una impugnación planteada hace más de 10 años por la Unión Europea contra las subvenciones otorgadas por los Estados Unidos respecto de grandes aeronaves civiles (LCA), a saber, LCA de Boeing. El grupo especial inicial y el Órgano de Apelación se pronunciaron en favor de muchas de las alegaciones de la Unión Europea, y esos informes fueron adoptados por el OSD en marzo de 2012. Los Estados Unidos debían cumplir esas resoluciones a más tardar el 23 de septiembre de 2012. A raíz de una reclamación presentada por la Unión Europea, un grupo especial sobre el cumplimiento constató, en un informe distribuido el 9 de junio de 2017, que los Estados Unidos seguían causando efectos desfavorables en forma de pérdida significativa de ventas y una amenaza de obstaculización, en el sentido del apartado c) del artículo 5 y los apartados a)- c) del párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (Acuerdo SMC) en el mercado de LCA de pasillo único en el período posterior a la aplicación (después de septiembre de 2012). En concreto, el Grupo Especial formuló las siguientes constataciones en su informe.

Con respecto a la cuestión de si determinadas medidas, y alegaciones con respecto a determinadas medidas, no están comprendidas en el mandato del Grupo Especial a los efectos del párrafo 2 del artículo 6 del ESD o en el ámbito del presente procedimiento sobre el cumplimiento:

- a. Las alegaciones formuladas por la Unión Europea al amparo de los párrafos 1 a), 1 b) y 2 del artículo 3 del Acuerdo SMC, y al amparo del artículo III del Acuerdo General sobre

Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (GATT de 1994), están comprendidas en el mandato del Grupo Especial; pero las medidas de la Fase II de Carolina del Sur y las medidas fiscales del estado de Washington, modificadas por el Proyecto de ley sustitutivo del Senado (SSB) 5952 del estado de Washington, no están comprendidas en el mandato del Grupo Especial, debido a que la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por la Unión Europea no satisface las prescripciones del párrafo 2 del artículo 6 del ESD por lo que respecta a esas medidas.

- b. las siguientes medidas están comprendidas en el ámbito del presente procedimiento sobre el cumplimiento:
  - i. las bonificaciones fiscales sobre negocios y actividades (B&O) para desarrollo previo a la producción/desarrollo de productos aeroespaciales del estado de Washington, incluidas sus modificaciones; la bonificación fiscal B&O para los impuestos sobre la propiedad y para los impuestos especiales sobre arrendamientos del estado de Washington, incluidas sus modificaciones; las exenciones del impuesto sobre las ventas y la utilización para software, hardware y periféricos de computadoras del estado de Washington; y la reducción del tipo del impuesto B&O de la ciudad de Everett;
  - ii. los contratos de compra del Departamento de Defensa de los Estados Unidos (USDOD) financiados mediante los 23 elementos del programa sobre investigación, desarrollo, prueba y evaluación (RDT&E);
  - iii. los contratos de compra HR0011-06-C-0073 y HR-0011-08-C-0044, SOW, y los instrumentos de asistencia HR0011-06-2-0008, FA8650-07-2-7716 y HR0011-10-2-0001 del USDOD financiados por medio del Proyecto Tecnología de procesamiento de materiales del elemento de programa Tecnología de los materiales y biotecnología;
  - iv. el suministro de acceso a equipos y empleados del USDOD por lo que respecta a los contratos de compra e instrumentos de asistencia del USDOD posteriores a -2006 financiados en el marco de los 23 elementos de programa de RDT&E iniciales y los elementos de programa "adicionales" que, según constató el Grupo Especial, están comprendidos en el ámbito del presente procedimiento;
  - v. la medida en materia de investigación y desarrollo aeronáuticos de la Administración Federal de Aviación (FAA); y
  - vi. las medidas del Proyecto Gemini y las medidas del Proyecto Emerald de Carolina del Sur.
- c. Las siguientes medidas no están comprendidas en el ámbito del presente procedimiento sobre el cumplimiento:
  - i. la medida relativa al Centro Conjunto de Innovación en Tecnología Aeroespacial del estado de Washington;
  - ii. el contrato de la Fuerza Aérea F19628-01-D-0016 financiado en el marco del Proyecto DRAGON del elemento de programa Sistema de alerta y control aerotransportado (PE 0207417F); el contrato de la Fuerza Aérea FA8625-11-C-6600 financiado en el marco del elemento de programa Aeronave de reabastecimiento aéreo de próxima generación KC-46 (PE 0605221F); y las medidas financiadas en el marco del elemento de programa Aeronave multifunción de patrulla marítima (P-8A) (PE 0605500N), incluidos los contratos de la Marina N00019-04-C-3146, N00019-09-C-0022 y N00019-12-C-0112; y
  - iii. el suministro de acceso a equipos y empleados del USDOD por lo que respecta a los contratos de compra de la NASA y los instrumentos de asistencia del USDOD anteriores a -2007 financiados en el marco de los 23 elementos de programa de RDT&E iniciales.

- d. La Unión Europea tiene vedado formular alegaciones al amparo de los párrafos 1 a) y 2 del artículo 3 del Acuerdo SMC contra las cuatro siguientes medidas fiscales iniciales del estado de Washington promulgadas en virtud del HB 2294: i) la reducción del tipo del impuesto B&O del estado de Washington; ii) las bonificaciones fiscales B&O para desarrollo previo a la producción/desarrollo de productos aeroespaciales del estado de Washington, incluidas sus modificaciones; iii) la bonificación fiscal B&O para los impuestos sobre la propiedad del estado de Washington, incluidas sus modificaciones; y iv) las exenciones del impuesto sobre las ventas y la utilización para software, hardware y periféricos de computadoras del estado de Washington.
- e. La Unión Europea tiene vedado formular alegaciones al amparo de los párrafos 1 b) y 2 del artículo 3 del Acuerdo SMC, y al amparo del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, con respecto a las siguientes cuatro medidas fiscales iniciales del estado de Washington promulgadas en virtud del HB 2294: i) la reducción del tipo del impuesto B&O del estado de Washington; ii) las exenciones del impuesto sobre las ventas y la utilización para software, hardware y periféricos de computadoras del estado de Washington; iii) las bonificaciones fiscales B&O para desarrollo previo a la producción/desarrollo de productos aeroespaciales del estado de Washington, incluidas sus modificaciones; y iv) la bonificación fiscal B&O para los impuestos sobre la propiedad del estado de Washington, incluidas sus modificaciones; así como las medidas relativas a las empresas de ventas en el extranjero/ingresos extraterritoriales (EVE/IET).
- f. La Unión Europea tiene vedado formular alegaciones al amparo de los párrafos 1 a), 1 b) y 2 del artículo 3 del Acuerdo SMC y al amparo del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 con respecto a: i) la reducción del tipo del impuesto B&O de la ciudad de Everett, las reducciones de impuestos relacionadas con los bonos industriales (IRB) de la ciudad de Wichita, y los acuerdos en el marco de la Ley del Espacio de la NASA y los contratos de compra del USDOD anteriores a 2007 en litigio en el procedimiento inicial; y ii) los contratos de compra de la NASA y los instrumentos de asistencia del USDOD anteriores a 2007 en litigio en el procedimiento inicial, modificados por los respectivos acuerdos de concesión de licencias de patente de Boeing.

Con respecto a la cuestión de si los Estados Unidos no han retirado la subvención en el sentido del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC:

- a. En relación con las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos de la NASA y el USDOD anteriores a 2007 que fueron objeto de las recomendaciones y resoluciones del OSD, la Unión Europea estableció que las modificaciones de las condiciones de los contratos de compra de la NASA y los instrumentos de asistencia del USDOD anteriores a 2007 introducidas por los Estados Unidos mediante los acuerdos de concesión de licencias de patente de Boeing no constituyen un retiro de la subvención en el sentido del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC y que los Estados Unidos, al no haber adoptado ninguna medida con respecto a los acuerdos en el marco de la Ley del Espacio anteriores a 2007, no han retirado la subvención en el sentido del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC;
- b. En relación con las medidas de los Estados Unidos posteriores a 2006 impugnadas en el presente procedimiento, la Unión Europea estableció que las siguientes medidas entrañan subvenciones específicas en el sentido de los artículos 1 y 2 del Acuerdo SMC, y que al otorgar o mantener esas subvenciones específicas después de concluido el plazo para la aplicación, los Estados Unidos no han retirado la subvención en el sentido del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC:
  - i. determinadas transacciones realizadas entre la NASA y Boeing en virtud de los contratos de compra, acuerdos de cooperación y acuerdos en el marco de la Ley del Espacio de la NASA posteriores a 2006, con respecto a las cuales el Grupo Especial no pudo estimar la cuantía de la subvención sobre la base de las pruebas obrantes en el expediente, aunque consideró que la estimación que hicieron los Estados Unidos de la cuantía de la contribución financiera entre 2007 y 2012 era una estimación creíble;

- ii. determinadas transacciones realizadas entre el USDOD y Boeing en virtud de los instrumentos de asistencia del USDOD posteriores a 2006, con respecto a las cuales el Grupo Especial no pudo estimar la cuantía de la subvención sobre la base de las pruebas obrantes en el expediente, aunque consideró que la estimación que hicieron los Estados Unidos de la cuantía de la contribución financiera entre 2007 y 2012 era una estimación creíble;
  - iii. transacciones realizadas de conformidad con el Acuerdo de Reducción Continua de Energía, Emisiones y Ruido (CLEEN) de Boeing con la FAA, con respecto a las cuales el Grupo Especial no pudo estimar la cuantía de la subvención sobre la base de las pruebas obrantes en el expediente, aunque consideró que la estimación que hizo la Unión Europea de la cuantía de la contribución financiera entre 2010 y 2014 era una estimación creíble;
  - iv. la reducción del tipo del impuesto B&O para la industria aeroespacial del estado de Washington entre 2013 y 2015;
  - v. las bonificaciones fiscales B&O para desarrollo previo a la producción/desarrollo de productos aeroespaciales del estado de Washington, modificadas por el artículo 7 del SSB 6828, entre 2013 y 2015;
  - vi. la bonificación fiscal B&O para los impuestos sobre la propiedad del estado de Washington, modificada por el HB 2466 para incluir los impuestos especiales sobre arrendamientos, entre 2013 y 2015;
  - vii. las exenciones del impuesto sobre las ventas y la utilización para software, hardware y periféricos de computadoras del estado de Washington, entre 2013 y 2015;
  - viii. la reducción del tipo del impuesto B&O de la ciudad de Everett, entre 2013 y 2015;
  - ix. pagos efectuados por el estado de Carolina del Sur en virtud de compromisos asumidos en el Acuerdo sobre el Proyecto Gemini para compensar a Boeing por una parte de los gastos efectuados por Boeing en relación con la construcción de las instalaciones e infraestructuras Gemini mediante el producto de la emisión de los bonos para nodos aéreos;
  - x. la exención del impuesto sobre la propiedad para los grandes cargueros de Boeing del estado de Carolina del Sur, entre 2013 y 2015; y
  - xi. las exenciones del impuesto sobre las ventas y la utilización para el combustible de las aeronaves, los equipos informáticos y los materiales de construcción del estado de Carolina del Sur, entre 2013 y 2015.
- c. La Unión Europea no estableció que las siguientes medidas comporten subvenciones específicas en el sentido de los artículos 1 y 2 del Acuerdo SMC, y en consecuencia no estableció que al otorgar o mantener esas subvenciones específicas después de concluido el plazo para la aplicación, los Estados Unidos no hayan retirado la subvención en el sentido del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC:
- i. determinadas transacciones realizadas entre el USDOD y Boeing en virtud de los contratos de compra del USDOD anteriores a 2007 y posteriores a 2006, sobre la base de que, suponiendo a efectos de argumentación que esas medidas entrañaran contribuciones financieras en el sentido del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC, no otorgan un beneficio a Boeing en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC;
  - ii. las exenciones y exclusiones fiscales en virtud de la legislación EVE/IET y la legislación que la sucedió, sobre la base de que la Unión Europea no ha establecido que Boeing recibiera realmente beneficios fiscales EVE/IET después de 2006, y que en consecuencia la medida entraña una contribución financiera en el sentido del párrafo 1 a) 1) ii) del artículo 1 del Acuerdo SMC;

- iii. las reducciones de impuestos otorgadas mediante los IRB emitidos por la ciudad de Wichita, sobre la base de que esas reducciones de impuestos han dejado de ser específicas en el sentido del párrafo 1 c) del artículo 2 del Acuerdo SMC y, como consecuencia, la medida ya no está sujeta a las disposiciones del Acuerdo SMC relativas a las subvenciones recurribles;
- iv. el subarrendamiento del solar del proyecto por el estado de Carolina del Sur, sobre la base de que la Unión Europea no ha establecido que el subarrendamiento comporte una subvención a Boeing;
- v. el suministro por el estado de Carolina del Sur de las instalaciones e infraestructuras del Proyecto Gemini y el Proyecto Emerald, sobre la base de que la Unión Europea no ha establecido que esas medidas entrañen contribuciones financieras en el sentido del párrafo 1) a) 1) iii) del artículo 1 del Acuerdo SMC;
- vi. los arreglos de sustitución de impuestos por una tasa (FILOT) del estado de Carolina del Sur establecidos en el Acuerdo FILOT con Boeing y el Acuerdo FILOT del Proyecto Emerald, sobre la base de que esos arreglos no son específicos en el sentido del artículo 2 del Acuerdo SMC;
- vii. las bonificaciones respecto del impuesto sobre la renta de sociedades del estado de Carolina del Sur en relación con la designación de las porciones del solar del proyecto correspondientes al Proyecto Gemini y al Proyecto Emerald como parte del mismo polígono industrial de varios condados (MCIP), sobre la base de que esas bonificaciones no son específicas en el sentido del artículo 2 del Acuerdo SMC;
- viii. el Acuerdo de asignación y distribución de ingresos del estado de Carolina del Sur, sobre la base de que la Unión Europea no ha establecido que el acuerdo entrañe una contribución financiera en el sentido del párrafo 1 a) 1) ii) del artículo 1 del Acuerdo SMC; y
- ix. el programa de contratación, formación y desarrollo de la mano de obra del estado de Carolina del Sur, sobre la base de que el programa no es específico en el sentido del artículo 2 del Acuerdo SMC.

Con respecto a la cuestión de si los Estados Unidos no han adoptado las medidas apropiadas para eliminar los efectos desfavorables en el sentido del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC:

- d. La Unión Europea no estableció que los efectos de determinadas subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos y otras subvenciones sean una causa auténtica y sustancial de pérdida significativa de ventas, contención significativa de la subida de los precios, obstaculización de las importaciones en el mercado de los Estados Unidos u obstaculización de las exportaciones a diversos mercados de terceros países, ni de amenazas de ninguna de las circunstancias anteriores, en el sentido del apartado c) del artículo 5 y los apartados a), b) y c) del párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC en lo que respecta al A350XWB en el período posterior a la aplicación.
- e. La Unión Europea no estableció que los efectos desfavorables iniciales de las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos anteriores a 2007 en lo que respecta a las aeronaves A330 y A350 original persistan en el período posterior a la aplicación como una contención significativa de la subida de los precios de las aeronaves A330 y A350XWB, una pérdida significativa de ventas del A350XWB, o una amenaza de obstaculización de las exportaciones del A350XWB en el mercado de LCA de doble pasillo, en el sentido del apartado c) del artículo 5 y los apartados a), b) y c) del párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC en el período posterior a la aplicación.
- f. La Unión Europea estableció que los efectos de la reducción del tipo del impuesto B&O del estado de Washington son una causa auténtica y sustancial de pérdida significativa de ventas, en el sentido del apartado c) del artículo 5 y el párrafo 3 c) del artículo 6 del Acuerdo SMC, de las familias de LCA A320neo y A320ceo en el mercado de LCA de pasillo

único, en relación con las campañas de ventas de Fly Dubai 2014, Icelandair 2013 y Air Canada 2013, en el período posterior a la aplicación.

- g. La Unión Europea estableció que los efectos de la reducción del tipo del impuesto B&O del estado de Washington son una causa auténtica y sustancial de amenaza de obstaculización de las importaciones del A320ceo en el mercado estadounidense de LCA de pasillo único, y de amenaza de obstaculización de las exportaciones de LCA de pasillo único de Airbus al mercado de tercer país de los Emiratos Árabes Unidos, en el sentido del apartado c) del artículo 5 y los apartados a) y b) del párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC en el período posterior a la aplicación.
- h. La Unión Europea no estableció que los efectos de las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos anteriores a 2007 y las subvenciones posteriores a 2006 sean una causa auténtica y sustancial de contención significativa de la subida de los precios del A320neo o el A320ceo, obstaculización de las importaciones del A320neo o el A320ceo en el mercado de los Estados Unidos, o desplazamiento y obstaculización de las exportaciones del A320neo o el A320ceo a los mercados de tercer país de Australia, el Brasil, el Canadá, Islandia, Indonesia, Malasia, México, Noruega, Rusia y Singapur, en el sentido del apartado c) del artículo 5 y los apartados a), b) y c) del párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC, ni de amenazas de ninguna de las circunstancias anteriores, en el período posterior a la aplicación.

Con respecto a las alegaciones formuladas por la Unión Europea al amparo de los párrafos 1 y 2 del artículo 3 del Acuerdo SMC y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, el Grupo Especial constató que la Unión Europea no estableció que las subvenciones sean incompatibles con esas disposiciones.

A la luz de lo expuesto *supra*, el Grupo Especial concluyó que, al seguir infringiendo el apartado c) del artículo 5 y los apartados a), b) y c) del párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC, los Estados Unidos no han cumplido las recomendaciones y resoluciones del OSD y, en particular, la obligación establecida en el párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC de "adoptar[] las medidas apropiadas para eliminar los efectos desfavorables o retirar[] la subvención". En consecuencia, el Grupo Especial constató que, en tanto en cuanto los Estados Unidos no han cumplido las recomendaciones y resoluciones del OSD en la diferencia inicial, esas recomendaciones y resoluciones siguen siendo operativas.

### 3.1.1 Alegaciones de los Estados Unidos relativas al mandato del Grupo Especial

En apelación, los Estados Unidos solicitaron que se revocase la constatación del Grupo Especial de que su mandato incluía las alegaciones de la Unión Europea de que los contratos de compra del USDOD eran contribuciones financieras que otorgan un beneficio. Los Estados Unidos adujeron que el Grupo Especial incurrió en error al permitir que la Unión Europea reiterara, en el procedimiento sobre el cumplimiento, alegaciones que habían sido desestimadas en el procedimiento inicial. En particular, los Estados Unidos adujeron que, al no apelar en el procedimiento inicial la constatación del Grupo Especial de que los contratos de compra del USDOD eran compras de servicios, era responsabilidad de la Unión Europea que no se hubiese llegado a una solución definitiva de la cuestión en el procedimiento inicial. Por consiguiente, la Unión Europea no debía tener derecho a plantear las alegaciones en litigio en el procedimiento sobre el cumplimiento.

El Órgano de Apelación observó que anteriormente ya había examinado las limitaciones relativas a las alegaciones que pueden plantearse en los procedimientos sobre el cumplimiento de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD. En particular, el Órgano de Apelación subrayó la distinción entre las *nuevas* alegaciones, formuladas por primera vez en un procedimiento sobre el cumplimiento, y las alegaciones planteadas en el procedimiento inicial y *reiteradas* en el procedimiento sobre el cumplimiento. En lo que respecta a las alegaciones reiteradas en un procedimiento sobre el cumplimiento, el Órgano de Apelación recordó que el procedimiento sobre el cumplimiento no puede utilizarse para "volver a plantear" cuestiones que fueron decididas en cuanto al fondo en el procedimiento inicial, porque ello daría a una de las partes una "segunda oportunidad" para reiterar una alegación que ya ha sido objeto de una decisión en un informe adoptado. Al mismo tiempo, el Órgano de Apelación señaló que había tratado de modo diferente los asuntos en que las alegaciones contra aspectos de una medida no se decidieron en cuanto al fondo en el procedimiento inicial. En particular, el Órgano de Apelación ha tomado en consideración, en procedimientos sobre

el cumplimiento, alegaciones que se habían planteado en el procedimiento inicial pero sobre las que no se había adoptado ninguna decisión en cuanto al fondo.

A continuación el Órgano de Apelación examinó las alegaciones específicas en litigio en el procedimiento, y constató que el Grupo Especial no había incurrido en error al admitir las alegaciones en cuestión de la Unión Europea. El Órgano de Apelación coincidió con el Grupo Especial en que la cuestión de si la Unión Europea podía reiterar debidamente esas alegaciones en el procedimiento sobre el cumplimiento dependía de si había habido una decisión en cuanto al fondo de esas alegaciones en el procedimiento inicial.

El Órgano de Apelación rechazó la afirmación de los Estados Unidos de que se debe impedir a la Unión Europea llevar adelante alegaciones relativas a los contratos de compra del USDOD en este procedimiento sobre el cumplimiento, porque la responsabilidad del hecho de no lograr una resolución definitiva en el procedimiento inicial debe "atribuirse" a la Unión Europea. El Órgano de Apelación explicó que no se había basado en la existencia o no de una "falta" como criterio para determinar si las alegaciones están comprendidas en el ámbito del procedimiento del párrafo 5 del artículo 21, sino que se había centrado en si determinadas alegaciones fueron o no objeto de una decisión en cuanto al fondo en el procedimiento inicial y, por lo tanto, estaban abarcadas por las recomendaciones y resoluciones del OSD. Por consiguiente, la cuestión de si la Unión Europea era responsable de que no se hubiesen resuelto las alegaciones en litigio en el procedimiento inicial al no solicitar que el Órgano de Apelación completara el análisis jurídico o al solicitar que el Órgano de Apelación *no* completara ese análisis no era determinante para establecer si las alegaciones relativas a los contratos de compra del USDOD estaban comprendidas en el mandato del Grupo Especial.

Por consiguiente, el Órgano de Apelación confirmó la constatación del Grupo Especial de que las alegaciones de la Unión Europea relativas a los contratos de compra del USDOD estaban comprendidas en su mandato.

### **3.1.2 Alegaciones de la Unión Europea relativas a las constataciones del Grupo Especial respecto de los contratos de compra del USDOD**

La Unión Europea adujo que el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva del asunto, de conformidad con el artículo 11 del ESD, al caracterizar los pagos y el acceso a instalaciones, equipos y empleados del USDOD concedidos a Boeing mediante los contratos de compra del USDOD como "compras de servicios" a los efectos del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC. En opinión de la Unión Europea, si el Grupo Especial hubiera evaluado adecuadamente las pruebas que tenía ante sí, habría constatado que los contratos de compra del USDOD establecen una relación del tipo de empresas conjuntas en la que el USDOD proporciona a Boeing contribuciones financieras afines a aportaciones de capital, y en la que el USDOD proporciona a Boeing bienes y servicios.

El Órgano de Apelación observó que, en la evaluación de si los contratos de compra del USDOD constituyen contribuciones financieras, el Grupo Especial encargado del procedimiento sobre el cumplimiento examinó "las características pertinentes de los contratos de compra del DOD con miras a determinar si, como sucede con los contratos de compra de la NASA y los instrumentos de asistencia del DOD sometidos a la consideración del Órgano de Apelación [en el procedimiento inicial], la relación entre el DOD y Boeing en el contexto específico consiste en una asociación, que conlleva una colaboración para alcanzar un objetivo común en beneficio mutuo del DOD y Boeing". En este sentido, el Órgano de Apelación observó que, aunque no era inapropiado que el Grupo Especial comenzara su análisis examinando las características pertinentes de los contratos de compra del USDOD desde la perspectiva de si se asemejan a los arreglos de cooperación, en una segunda etapa el Grupo Especial debería haber abordado expresamente la cuestión jurídica de si las medidas con características como los contratos de compra del USDOD están comprendidas en el ámbito de aplicación de una de las categorías del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC. Además, después de constatar que los contratos de compra del USDOD se caracterizan más debidamente como compras de servicios, el Grupo Especial consideró innecesario abordar la cuestión interpretativa de si tales transacciones están comprendidas en el ámbito de aplicación del párrafo 1 a) 1) del artículo 1, habida cuenta de su conclusión definitiva de que la Unión Europea no había establecido que los contratos de compra del USDOD otorgan un beneficio. El Órgano de Apelación observó que la cuestión de si se ha otorgado o no un "beneficio" se determina por referencia a los posibles efectos de distorsión del comercio de la "contribución financiera". Por lo tanto, una constatación con respecto al tipo específico de contribución financiera en el sentido del

párrafo 1 a) 1) del artículo 1 puede ser necesaria para realizar un análisis adecuado del beneficio en su relación con esa categoría de contribución financiera.

En primer lugar, la Unión Europea se opuso a la constatación del Grupo Especial de que los gastos de investigación y desarrollo independientes (IR&D) financiados privadamente y no reembolsados en los que incurrió Boeing para desarrollar su propiedad intelectual preexistente no pueden considerarse una contribución de "recursos financieros" a un "emprendimiento conjunto" con el USDOD. El Órgano de Apelación consideró que, antes que no examinar las pruebas pertinentes, aparentemente el Grupo Especial discrepó del argumento de la Unión Europea, y vio la utilización que hace Boeing de su propia propiedad intelectual preexistente y conocimientos técnicos en el contexto de los contratos de compra del USDOD como un elemento no característico de un arreglo de cooperación. Es a la luz de estas consideraciones como el Órgano de Apelación entendió las afirmaciones del Grupo Especial de que los gastos de IR&D no se especifican en los contratos de compra como contribuciones que Boeing deba realizar, y de que no cabe decir que Boeing esté "aportando" recursos financieros o propiedad intelectual a una empresa conjunta con el USDOD. El Órgano de Apelación observó además que la utilización que hace Boeing de la IR&D financiada privadamente es cualitativamente diferente de la participación de Boeing en el marco de los instrumentos de asistencia del USDOD, donde los contratos en sí obligaban a Boeing a aportar recursos financieros y donde *ambas partes* aportaban recursos no monetarios (instalaciones, equipo y empleados) al proyecto de investigación. El Grupo Especial explicó además su justificación al declarar que "[e]stos gastos son costos internos en que los contratistas como Boeing incurren a fin de mantener la competencia y experiencia tecnológicas que les permiten prestar los servicios de investigación y desarrollo por los que son contratados". Por consiguiente, el Órgano de Apelación no consideró que el Grupo Especial no examinara las pruebas o que no diera una explicación razonada y adecuada, para llegar a sus conclusiones relativas a los gastos de IR&D no reembolsados de Boeing.

En segundo lugar, la Unión Europea adujo que, al llegar a la conclusión de que no se puede decir que el USDOD y Boeing compartan los frutos de la investigación realizada en el marco de los contratos de compra del USDOD, como hacen en el marco de los contratos de compra de la NASA y los instrumentos de asistencia del USDOD, el Grupo Especial no examinó los argumentos y pruebas presentados por la Unión Europea. La primera línea de argumentación de la Unión Europea se refería a la cuestión de si los controles de exportación, incluido el Reglamento sobre el Tráfico Internacional de Armas (ITAR), han impedido a Boeing utilizar tecnologías desarrolladas en el marco de los contratos de compra del USDOD para fines comerciales. El Órgano de Apelación constató que la constatación del Grupo Especial inicial no contradecía directamente la constatación del Grupo Especial sobre este asunto. Sin embargo, en el contexto de su análisis de la contribución financiera, el Grupo Especial no fundamentó su conclusión de que "la capacidad práctica de Boeing de explotar [las tecnologías militares desarrolladas en el marco de los contratos de compra del USDOD] en aplicaciones civiles se ve limitada por las restricciones jurídicas". Tampoco hizo referencia a las pruebas presentadas por la Unión Europea para demostrar que Boeing había utilizado algunos de los datos controlados en virtud del ITAR y había patentado tecnología desarrollada en el marco de los contratos de compra del USDOD.

En apoyo de su conclusión de que el derecho jurídicamente reconocido de Boeing a explotar con finalidades comerciales tecnologías militares desarrolladas en el marco de los contratos de compra del USDOD "es limitado en la práctica", el Grupo Especial también hizo referencia a su análisis del beneficio, y explicó cuál era a su juicio la diferencia entre los instrumentos de asistencia del USDOD y los contratos de compra del USDOD. Sin embargo, el Órgano de Apelación consideró que el razonamiento del Grupo Especial se basaba en la etiqueta dada en el marco del derecho interno a los instrumentos jurídicos pertinentes, más que en un análisis adecuado de las características del instrumento. Asimismo, señaló que el hecho de que los contratos de compra del USDOD no financien actividades de investigación con objetivos explícitos de doble uso no determina el alcance de las limitaciones a la capacidad de Boeing de explotar en aplicaciones civiles la investigación financiada por el USDOD. Además, el razonamiento del Grupo Especial parecía un tanto circular y no daba una explicación suficiente de la diferencia entre la capacidad práctica de Boeing para explotar la investigación y el desarrollo y las patentes otorgadas en el contexto de los contratos de compra del USDOD y los instrumentos de asistencia del USDOD. A este respecto, el Órgano de Apelación observó que ambas categorías de instrumentos jurídicos se refieren a investigación de naturaleza fundamentalmente militar que ha sido explotada, o al menos tiene el potencial de ser explotada, para fines civiles en determinados casos. Por consiguiente, cabe esperar que el ITAR abarque los resultados de la investigación realizada en el marco de ambas categorías, lo que restringiría la



capacidad de Boeing de utilizar esa investigación para fines civiles. Sobre la base de su análisis, el Órgano de Apelación consideró que el Grupo Especial no evaluó debidamente las pruebas presentadas por la Unión Europea en relación con el uso real de los datos controlados en virtud del ITAR y la tecnología desarrollada en el marco de los contratos de compra del USDOD. Además, el Grupo Especial no dio una explicación razonada y adecuada de su conclusión de que la capacidad práctica de Boeing para explotar las tecnologías militares desarrolladas en el marco de los contratos de compra del USDOD para fines civiles es más limitada que en el marco de los instrumentos de asistencia del USDOD.

La segunda línea de argumentación de la Unión Europea se refería a la conclusión del Grupo Especial sobre las ventas por Boeing de aeronaves militares a gobiernos extranjeros. El Órgano de Apelación consideró que la declaración del Grupo Especial de que el Gobierno estadounidense es el único comprador de armamento aéreo moderno en los Estados Unidos es compatible con el argumento de que Boeing también vende algunos equipos militares a Gobiernos distintos del de los Estados Unidos. Además, las pruebas de la Unión Europea no demostraban cómo el hecho de que Boeing pueda tener clientes militares extranjeros contradice la observación del Grupo Especial de que Boeing estaría limitada al explotar fuera de los Estados Unidos tecnología desarrollada con fines militares en el marco de los contratos de compra del USDOD, especialmente si se tienen en cuenta las restricciones jurídicas vigentes en los Estados Unidos que afectan a la difusión de tecnología y datos militares. Además, el Órgano de Apelación señaló que el argumento relativo a la contribución financiera presentado por la Unión Europea ante el Grupo Especial se centraba más en las aplicaciones *civiles* potenciales de las actividades de investigación y desarrollo realizadas en el marco de los contratos de compra del USDOD que en las aplicaciones *militares* de esas actividades de investigación y desarrollo para otros clientes de tecnologías militares de Boeing. En cualquier caso, las cifras presentadas por la Unión Europea sobre los presupuestos de defensa de Gobiernos extranjeros y el porcentaje de las ventas militares de Boeing fuera de los Estados Unidos no parecían demostrar la existencia de un vínculo claro entre Boeing y las ventas a ninguno de esos Gobiernos. Por consiguiente, el Órgano de Apelación consideró que la Unión Europea no había demostrado que el hecho de que el Grupo Especial no abordara explícitamente sus pruebas y argumentos sobre los clientes militares de Boeing fuera de los Estados Unidos ni se basara en ellos influyera en la objetividad de su evaluación fáctica.

En tercer lugar, según la Unión Europea, el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva al distinguir "la naturaleza y finalidad de los contratos de compra del DOD respecto de la de los contratos de compra de la NASA y los instrumentos de asistencia del DOD", y concluyó que la naturaleza y finalidad de la interacción entre el USDOD y Boeing "no es la misma que cuando dos socios trabajan en conjunto para determinar los temas de investigación sobre la base de los intereses comunes de ambos en el resultado". Con respecto a la naturaleza de los contratos de compra del USDOD, la Unión Europea sostuvo que "una *finalidad* primordialmente militar no es determinante de si esos programas tienen el *efecto* de desarrollar tecnologías y conocimientos que pudieran ser aplicables a las LCA de Boeing". El Órgano de Apelación señaló que el Grupo Especial no se refirió a ninguna de las tres categorías de pruebas presentadas por la Unión Europea en el contexto de su análisis de la contribución financiera. La referencia que hizo el Grupo Especial al dictamen de experto de Rumpf en el contexto del análisis de su mandato no era pertinente para determinar si el Grupo Especial consideró debidamente esa prueba en el contexto de su análisis de la contribución financiera, en la medida en que la cuestión pertinente sometida al Grupo Especial en ese contexto difería de la cuestión jurídica en el contexto de su análisis de la contribución financiera. Asimismo, la mención del Grupo Especial al dictamen de experto al referirse a la definición por la Unión Europea del término "doble uso" era descriptiva y no demostraba que el Grupo Especial evaluara la pertinencia de las pruebas de la Unión Europea para determinar la existencia de una relación de colaboración entre el USDOD y Boeing en el contexto de determinados contratos de compra del USDOD. Además, el Grupo Especial no se refirió a las otras dos categorías de pruebas presentadas por la Unión Europea, a saber, los ejemplos de aplicaciones civiles de las actividades de investigación y desarrollo llevadas a cabo por Boeing en el marco de los contratos de compra del USDOD y la lista de las patentes financiadas por el USDOD y de las cuales es titular Boeing con posibles aplicaciones relacionadas con las LCA. El Órgano de Apelación consideró que la falta de evaluación sustantiva de los ejemplos de utilización efectiva que hace Boeing de las investigaciones llevadas a cabo en el marco de los contratos de compra del USDOD significó que el Grupo Especial no analizó suficientemente las pruebas que tenía ante sí a los efectos de su conclusión definitiva. La Unión Europea adujo además que el Grupo Especial no abordó sus argumentos de que "los resultados tecnológicos reales y previstos de las actividades de investigación y desarrollo, y no sus objetivos declarados, son los que mejor reflejan el carácter cooperativo de los contratos de compra

del DOD". El Órgano de Apelación señaló que el Grupo Especial evaluó el "contexto comercial específico" en que el USDOD realiza pagos a cambio de que Boeing realice actividades de investigación y desarrollo y constató que "*la naturaleza y finalidad* de esta interacción no es la misma que cuando dos socios trabajan en conjunto para determinar los temas de investigación sobre la base de los intereses comunes de ambos en el resultado". Al mismo tiempo, el análisis del Grupo Especial se centró en los objetivos de los contratos de compra del USDOD y en la naturaleza militar de las investigaciones, y no en los efectos reales de esos contratos. Dado que las investigaciones en el marco de los contratos de compra del USDOD y de los instrumentos de asistencia del USDOD se realizaban con finalidades militares, el Grupo Especial debería haber explicado adecuadamente las razones para distinguir entre las dos categorías de contratos. A falta de esa explicación, el Grupo Especial no estaba en condiciones de dar explicaciones razonadas y adecuadas para llegar a su conclusión en cuanto a la caracterización de los contratos de compra del USDOD.

Con respecto a la finalidad de los contratos de compra del USDOD, la Unión Europea sostuvo que el Grupo Especial no tuvo en cuenta pruebas que demostraban que los Estados Unidos pretenden y estimulan que los contratistas del USDOD extraigan un beneficio comercial de su trabajo en el marco de los programas de RDT&E, como se reflejaba en "la decisión del DOD de poner fin a su anterior política de recuperar 'una parte justa de su inversión en costos no recurrentes relacionados con los productos y/o un precio justo por su contribución al desarrollo de la tecnología conexas, cuando se vendan los productos y/o se transfiera tecnología'". El Órgano de Apelación señaló que la Unión Europea no se había basado en ese argumento específicamente en su argumento relativo a la contribución financiera, y que el Grupo Especial examinó la prueba de la Unión Europea en su análisis del beneficio. A juicio del Órgano de Apelación, el Grupo Especial no estaba convencido de que la posibilidad abstracta de que el USDOD hubiera recuperado cualquier posible inversión en tecnologías comercializadas si la política hubiera seguido vigente, estableciera un vínculo suficiente con la naturaleza y el funcionamiento de los contratos de compra del USDOD específicos impugnados por la Unión Europea en este procedimiento.

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, el Órgano de Apelación constató que el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva del asunto que se le había sometido en el sentido del artículo 11 del ESD en su análisis de la contribución financiera en el marco del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC, al no haber examinado suficientemente las pruebas y los argumentos de la Unión Europea ni haber dado explicaciones razonadas y adecuadas con respecto a sus constataciones.

La Unión Europea adujo además que, al evaluar si los contratos de compra del USDOD otorgan un beneficio a Boeing en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC, "el Grupo Especial se basó en los mismos errores" en que incurrió en su análisis relativo a la existencia de una contribución financiera en el marco del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC. El Órgano de Apelación recordó la conclusión del Grupo Especial de que, aunque la evaluación de la existencia de beneficio en relación con los contratos de compra del USDOD se centraba únicamente en la asignación de los derechos de propiedad intelectual resultantes de la realización de actividades de investigación y desarrollo, aisladamente de las demás condiciones de la transacción, no consideraría que las pruebas presentadas por la Unión Europea en forma de acuerdos privados de cooperación en materia de investigación y desarrollo son puntos de referencia adecuados. Para llegar a esta conclusión, el Grupo Especial había rechazado las pruebas de la Unión Europea relativas a la asignación de los derechos de propiedad intelectual en el marco de los acuerdos de cooperación en materia de investigación y desarrollo suscritos por operadores privados, basándose en las mismas deficiencias con respecto a las cuales el Órgano de Apelación constató que el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva del asunto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 del ESD.

El Órgano de Apelación constató por lo tanto, por las mismas razones, que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que la distribución de los derechos de propiedad intelectual en el marco de los contratos de compra del USDOD no otorga un beneficio en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC.

En lo que respecta a la solicitud de la Unión Europea de que completara el análisis jurídico, el Órgano de Apelación recordó que había constatado varias deficiencias en el análisis realizado por el Grupo Especial de las pruebas que se le habían sometido. Además, numerosos aspectos de las pruebas pertinentes que respaldaban los argumentos de los participantes, esenciales para completar el análisis, seguían siendo objeto de controversia. El Órgano de Apelación señaló que la determinación de si la financiación y el acceso concedidos a Boeing en virtud de los contratos de compra del USDOD

constituyen arreglos de cooperación con características análogas a las aportaciones de capital requiere un análisis polifacético, que debe tener en cuenta no solo los objetivos y la naturaleza de los contratos de compra del USDOD, sino también sus efectos reales y potenciales. Debido a la insuficiencia de constataciones fácticas del Grupo Especial y hechos no controvertidos obrantes en el expediente, el Órgano de Apelación no pudo completar el análisis jurídico y determinar si los contratos de compra el USDOD entrañan una contribución financiera en el sentido del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC.

### **3.1.3 Alegaciones formuladas por la Unión Europea respecto de las constataciones formuladas por el Grupo Especial en el marco del párrafo 1 a) 1) ii) del artículo 1 del Acuerdo SMC en relación con las concesiones fiscales para EVE/IET**

La Unión Europea solicitó al Órgano de Apelación que revocara la constatación del Grupo Especial de que la Unión Europea no había establecido que, después de expirado el plazo para la aplicación, los Estados Unidos sigan concediendo o manteniendo subvenciones a Boeing en forma de concesiones fiscales en virtud de las medidas relativas a las empresas de ventas en el extranjero/ingresos extraterritoriales. La Unión Europea adujo que esta constatación se basa en la interpretación errónea que hizo el Grupo Especial del párrafo 1 a) 1) ii) del artículo 1 del Acuerdo SMC en el sentido de que obligaba a la Unión Europea a demostrar que Boeing utilizó concesiones fiscales para EVE/IET para establecer la existencia de una contribución financiera en forma de condonación de ingresos.

El Órgano de Apelación declaró que, para que pueda considerarse que los ingresos "se condon[a]n" en el sentido del párrafo 1 a) 1) ii) del artículo 1 del Acuerdo SMC, un gobierno debe renunciar a la facultad de percibir ingresos. Esta determinación debe centrarse en el comportamiento del gobierno, y no en la utilización de las concesiones fiscales por los contribuyentes que pueden beneficiarse de estas. Sin embargo, el Órgano de Apelación aclaró que esto no significa que las pruebas relativas a la utilización de las concesiones fiscales disponibles por los contribuyentes que puedan beneficiarse de estas no puedan ser pertinentes para determinar si un gobierno ha "condonado" o "no ha recaudado" ingresos.

El Órgano de Apelación señaló que, en lugar de determinar si el Gobierno de los Estados Unidos ha renunciado a una facultad de percibir ingresos, el Grupo Especial se centró en si Boeing utilizó concesiones fiscales para EVE/IET. El Órgano de Apelación consideró que, por tanto, el Grupo Especial no se centró en el comportamiento del gobierno al determinar si se ha "condonado" un ingreso en el sentido del párrafo 1 a) 1) ii) del artículo 1 del Acuerdo SMC y, al actuar de ese modo, incurrió en error en la interpretación de esa disposición. Teniendo en cuenta ese error, el Órgano de Apelación revocó la constatación del Grupo Especial de que la Unión Europea no había establecido que, después de expirado el plazo para la aplicación, los Estados Unidos sigan concediendo o manteniendo subvenciones a Boeing en forma de concesiones fiscales para EVE/IET, porque la Unión Europea no había demostrado que esas concesiones fiscales entrañaran una contribución financiera en el sentido del párrafo 1 a) 1) ii) del artículo 1 del Acuerdo SMC.

Tras revocar la constatación del Grupo Especial, el Órgano de Apelación pasó a examinar la solicitud de la Unión Europea de que completara el análisis jurídico y constatar que los Estados Unidos siguen otorgando o manteniendo subvenciones EVE/IET prohibidas, después de expirado el plazo para la aplicación, y por lo tanto no han "retira[do] la subvención" en el sentido del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC. El Órgano de Apelación señaló la afirmación de los Estados Unidos de que habían promulgado disposiciones legislativas (la Ley de Prevención del Aumento de Impuestos y Conciliación, de 2005 (TIPRA)) que habían retirado las subvenciones EVE/IET con respecto a Boeing. Por consiguiente, el Órgano de Apelación centró su análisis en la cuestión de si, al promulgar la TIPRA, los Estados Unidos han dejado de proporcionar la contribución financiera que constituye la base de las subvenciones EVE/IET concedidas a Boeing y luego han retirado estas subvenciones a Boeing.

En su análisis, el Órgano de Apelación determinó, sobre la base de la información obrante en el expediente del Grupo Especial, que el artículo 513 de la TIPRA no ha eliminado las concesiones fiscales para EVE/IET con respecto a determinadas transacciones que reúnan las condiciones establecidas y realizadas durante ejercicios fiscales que comiencen antes del 17 de mayo de 2006. Sin embargo, el Órgano de Apelación observó que, aunque la Unión Europea presentó al Grupo Especial pruebas que supuestamente demostraban que Boeing había realizado transacciones que reunían las condiciones establecidas y por tanto sigue pudiendo beneficiarse de las concesiones

fiscales para EVE/IET, el Grupo Especial no llegó a una conclusión acerca de en qué medida Boeing tenía derecho a esas concesiones sobre la base del artículo 513 de la TIPRA. En consecuencia, el Órgano de Apelación constató que, en la medida en que Boeing sigue teniendo derecho a las concesiones fiscales para EVE/IET previstas en el artículo 513 de la TIPRA en el período posterior a la aplicación, los Estados Unidos no han dejado de proporcionar una contribución financiera y, por lo tanto, no han retirado las subvenciones EVE/IET con respecto a Boeing en el sentido del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC.

### **3.1.4 Alegaciones de la Unión Europea relativas a las constataciones del Grupo Especial respecto de la especificidad en el marco del párrafo 1 c) del artículo 2 del Acuerdo SMC**

#### **3.1.4.1 Las constataciones del Grupo Especial respecto de los bonos industriales**

La Unión Europea alegó que el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación y aplicación de la expresión "cantidades desproporcionadamente elevadas de subvenciones" en el párrafo 1 c) del artículo 2 del Acuerdo SMC cuando no siguió la disposición de que "se tendrá en cuenta ... el período durante el que se haya aplicado el programa de subvenciones" (es decir, de 1979 en adelante) y en lugar de ello limitó su evaluación de la especificidad del programa de subvenciones resultantes de los IRB de la ciudad de Wichita al período "posterior al término del plazo para la aplicación" (es decir, de 2013 en adelante). El Órgano de Apelación observó que el texto del párrafo 1 c) del artículo 2 no contiene una indicación expresa sobre la forma de determinar el período pertinente para evaluar la existencia de desproporcionalidad, pero que la interpretación correcta de la especificidad debe permitir la aplicación simultánea de los principios establecidos en los párrafos 1 a) a 1 c) del artículo 2 a los diversos aspectos jurídicos y fácticos de una subvención. Al mismo tiempo, habida cuenta de que el análisis realizado en el marco del párrafo 1 c) del artículo 2 normalmente se centrará en pruebas distintas del tipo que cabe encontrar en documentos escritos o actos o pronunciamientos expresos de una autoridad otorgante, las indicaciones relativas al período adecuado para evaluar la desproporcionalidad también pueden extraerse de la estructura y la aplicación de la subvención en litigio, las circunstancias del caso y las pruebas presentados por las partes. En opinión del Órgano de Apelación, la tercera frase del párrafo 1 c) del artículo 2 no prescribe una manera específica en la que los grupos especiales deban considerar la pertinencia de los factores que figuran en dicha frase para el análisis global realizado por los grupos especiales. Si bien en su evaluación de la especificidad los grupos especiales deben tener en cuenta "el período durante el que se haya aplicado el programa de subvenciones", es posible que el punto de referencia temporal para evaluar la desproporcionalidad no sea necesariamente toda la duración del programa de subvenciones en litigio. Esto puede ocurrir cuando se ha modificado un programa de subvenciones, en particular en el contexto de un procedimiento sobre el cumplimiento, en función de las características y la aplicación del programa de subvenciones en litigio y la existencia y la naturaleza de una medida destinada a cumplir.

Teniendo en cuenta lo expuesto *supra*, el Órgano de Apelación constató que el Grupo Especial no incurrió en error en su interpretación del párrafo 1 c) del artículo 2 del Acuerdo SMC al concluir que el período pertinente respecto del cual debía examinarse la desproporcionalidad es "después de concluido el plazo para la aplicación".

El Órgano de Apelación pasó a examinar la aplicación por el Grupo Especial, y señaló que el Grupo Especial se basó en la naturaleza del procedimiento sobre el cumplimiento para llegar a su constatación de que la subvención ya no es específica *de facto*, pero apenas explicó este enfoque. El Grupo Especial no explicó cómo, en el contexto del procedimiento sobre el cumplimiento, se justificaba que basara su evaluación en un período diferente del considerado en el procedimiento inicial a la luz de las circunstancias concretas del caso o la naturaleza y el funcionamiento de la subvención en litigio. Al mismo tiempo, el Órgano de Apelación recordó que la medida de subvención en este asunto consiste en la emisión de IRB para Boeing todos los años entre 1979 y 2007, y en consecuencia ha sido desembolsada de forma regular y periódica. Además, los IRB se utilizan para comprar bienes con respecto a los cuales se reciben reducciones de impuestos durante los 10 años consecutivos siguientes. El Grupo Especial reconoció esta estructura y tomó en consideración la vida útil de 10 años de las subvenciones resultantes de los IRB. Además, en su comunicación sobre el cumplimiento, los Estados Unidos informaron que la ciudad de Wichita "[n]o ha suministrado ningún IRB a Boeing desde 2007". A este respecto, el Grupo Especial concluyó que "[a] reducir considerablemente la proporción del programa de subvenciones obtenida por Boeing después de concluido el plazo para la aplicación, los Estados Unidos han puesto la medida en conformidad con el Acuerdo SMC". Las cantidades de reducciones de impuestos también disminuyeron continuamente

y en 2017, "Boeing recibir[ía] una única reducción de impuestos con respecto a bienes del proyecto comprados con la emisión de IRB en 2007". En resumen, el Órgano de Apelación constató que, si bien el Grupo Especial podría haber explicado mejor la elección del período para evaluar si Boeing utilizaba cantidades desproporcionadamente elevadas de IRB al determinar la existencia de especificidad *de facto*, el período efectivamente utilizado por el Grupo Especial no parece inadecuado en las circunstancias concretas del procedimiento sobre el cumplimiento y, específicamente, teniendo en cuenta la naturaleza y el funcionamiento de las subvenciones resultantes de los IRB, así como la naturaleza de la supuesta medida destinada a cumplir.

Sin embargo, el Órgano de Apelación señaló a la atención el análisis y las constataciones del Grupo Especial relativos a la comparación entre la distribución prevista y la distribución real de la subvención. El Grupo Especial observó que, de 2002 en adelante, Boeing y Spirit recibieron el 32% de la cantidad total de IRB emitidos, y que esta cifra era considerablemente menor que el 69% constatado en el procedimiento inicial. Teniendo en cuenta que la disponibilidad del programa IRB está de algún modo restringida a las entidades que tengan la capacidad y la intención de hacer inversiones en determinados bienes industriales y comerciales, el Grupo Especial no consideró que la obtención por Boeing y Spirit del 32% de la cantidad total de IRB emitidos indique una distribución de la subvención que sea contraria a la que cabría esperar si el programa IRB se administrara en conformidad con el Acuerdo SMC. El Órgano de Apelación comenzó subrayando que, al evaluar la desproporcionalidad, la indagación está dirigida a la cuestión de si la asignación de la subvención está *en conformidad con las condiciones para poder recibirla, y no con el Acuerdo SMC*. A continuación, el Órgano de Apelación hizo referencia a la declaración que había formulado en el procedimiento inicial, a saber, que a pesar del hecho de que no todas las empresas de la ciudad de Wichita desearían en cualquier momento gozar de los beneficios de los IRB con respecto al desarrollo de bienes, "cabría esperar, no obstante, que la asignación de tales ventajas durante el período de 25 años comprendido entre 1979 y 2005 hubiera dado lugar a una distribución más amplia de esos beneficios entre los diferentes sectores de la economía de Wichita". El Órgano de Apelación observó que en sí mismo, el hecho de que Boeing y Spirit recibieran el 32% de la cantidad total de IRB entre 2002 y 2012 no responde la pregunta de si existía o no alguna disparidad entre la distribución prevista de la subvención, determinada por las condiciones para poder recibirla, y su distribución real. La existencia de una disparidad dependería, entre otras cosas, del grado de diversificación de las actividades económicas dentro de la economía de la ciudad de Wichita, de conformidad con el primer factor de la tercera frase del párrafo 1 c) del artículo 2. El Grupo Especial, sin embargo, no realizó ninguna evaluación de este tipo ni dio ninguna explicación de por qué el 32% de la cantidad total de IRB recibido por Boeing y Spirit en un período mucho más corto que el del procedimiento inicial no pone de manifiesto la existencia de una disparidad.

Teniendo en cuenta lo expuesto *supra*, el Órgano de Apelación constató que el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 1 c) del artículo 2 del Acuerdo SMC al exponer un razonamiento insuficiente para concluir que la distribución de la subvención no era "contraria a la que cabría esperar si el programa IRB se administrara en conformidad con el Acuerdo SMC". En consecuencia, el Órgano de Apelación revocó la constatación del Grupo Especial de que la Unión Europea no ha establecido que las reducciones de impuestos otorgadas mediante los IRB emitidos por la ciudad de Wichita comporten subvenciones específicas en el sentido de los artículos 1 y 2 del Acuerdo SMC.

El Órgano de Apelación pasó a examinar la solicitud de la Unión Europea de que completara el análisis jurídico y señaló que, si bien el programa IRB está disponible para las empresas que tengan la capacidad de hacer las inversiones requeridas, y si bien el porcentaje de IRB emitidos para Boeing y Spirit desde 2002 es menor que en el procedimiento inicial, no contaba con información específica obrante en el expediente que le permitiese evaluar si esta distribución real de la subvención es contraria a la distribución que cabría esperar teniendo en cuenta las condiciones para recibirla. Además, en lo que respecta a si hay razones que expliquen la existencia de la disparidad entre la distribución prevista de la subvención y la real, no había ningún dato obrante en el expediente relativo al porcentaje de empresas que podían beneficiarse de la subvención resultante de los IRB ni relativo a la diversificación de la economía de Wichita. A falta de suficientes constataciones fácticas del Grupo Especial o hechos no controvertidos obrantes en el expediente del Grupo Especial, el Órgano de Apelación no pudo completar el análisis jurídico.

### 3.1.4.2 Constataciones del Grupo Especial relativas a los bonos para el desarrollo económico

En primer lugar, la Unión Europea adujo que el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación la expresión "número limitado de determinadas empresas" de la segunda frase del párrafo 1 c) del artículo 2. Según la Unión Europea, la constatación del Grupo Especial de que los bonos para nodos aéreos fueron utilizados por un "número limitado de determinadas empresas" porque fueron concedidos a una sola empresa, Boeing, mientras que los bonos para el desarrollo económico, concedidos únicamente a tres empresas, no estaban tan "limitado[s]", reflejaba una interpretación en virtud de la cual "número limitado" significa "uno" o, a lo sumo, "menos de tres". El Grupo Especial constató que la Unión Europea no "explic[ó] por qué, habida cuenta del nivel de diversificación de la economía de Carolina del Sur y de la duración del sistema de bonos para el desarrollo económico, la donación a BMW, a las empresas del Proyecto Emerald y a Boeing del producto de la emisión de los bonos para el desarrollo económico equivale a la utilización por un número limitado de empresas", pero que la Unión Europea estableció que la subvención proporcionada por Carolina del Sur mediante el producto de la emisión de los bonos para nodos aéreos para compensar a Boeing por una parte de los costos de construcción de las instalaciones e infraestructuras Gemini es específica en el sentido del párrafo 1 c) del artículo 2.

El Órgano de Apelación recordó que el sentido de un grupo cuantitativamente limitado debe determinarse, entre otras cosas, a la luz de los factores enumerados en la tercera frase del párrafo 1 c) del artículo 2, que requieren que los grupos especiales tengan en cuenta "el grado de diversificación de las actividades económicas dentro de la jurisdicción de la autoridad otorgante, así como el período durante el que se haya aplicado el programa de subvenciones". En la medida en que esos dos factores forman parte del criterio jurídico aplicable en el marco de esa disposición, correspondería a la Unión Europea presentar pruebas al establecer una presunción. Además, cuando un grupo especial comienza su evaluación con los apartados a) y b) del párrafo 1 del artículo 2 y, a continuación, prosigue con el apartado c) del mismo párrafo, el análisis del grupo especial en el marco del apartado c) se basará normalmente en el marco legislativo pertinente examinado en el marco de los apartados a) y b). Habida cuenta de las condiciones *de jure* para poder obtener la subvención, los bonos para el desarrollo económico solo se podían emitir para las empresas que cumplieren los requisitos mínimos de inversión y creación de empleo, un tanto exigentes. La cuestión que debía examinar el Grupo Especial en el marco del párrafo 1 c) del artículo 2 era si había razones para creer que la subvención podía en realidad ser específica aun cuando de la aplicación de los principios enunciados en el párrafo 1 a) del artículo 2 resultara una apariencia de no especificidad, habida cuenta de que el programa de subvenciones es utilizado por un número limitado de determinadas empresas.

El Órgano de Apelación observó que el Grupo Especial no detalló las razones por las que había rechazado la alegación de la Unión Europea de que la subvención otorgada mediante bonos para el desarrollo económico había sido utilizada por un número limitado de determinadas empresas. Sin embargo, la Unión Europea tampoco dio razones específicas para respaldar su argumento, mientras que los Estados Unidos afirmaron que BMW, las empresas del Proyecto Emerald y Boeing son algunos de los principales empleadores del estado de Carolina del Sur. El Órgano de Apelación consideró que la conclusión del Grupo Especial refleja la interpretación de que el hecho de que la subvención se concediera solamente a tres empresas no demuestra necesariamente que esta fuera utilizada por un "número limitado" de determinadas empresas en el sentido del primer factor establecido en la segunda frase del párrafo 1 c) del artículo 2. El Órgano de Apelación señaló el hecho de que no todos los receptores de la subvención pertenecían al mismo sector económico. Además, nada indicaba que, a la luz de los requisitos que deben cumplirse para beneficiarse del programa de subvenciones y de la diversificación de las actividades económicas en el estado de Carolina del Sur o el período durante el que se haya aplicado la subvención, la asignación real de la subvención difiriera de la asignación que habría cabido esperar. Bien podía ser que solo un número reducido de empresas estuvieran en condiciones de realizar las inversiones necesarias y de crear el número exigido de puestos de trabajo, y pudieran por lo tanto satisfacer las condiciones legales para tener acceso a la subvención otorgada mediante bonos para el desarrollo económico. Por consiguiente, el Órgano de Apelación entendió que a juicio del Grupo Especial la Unión Europea no ha satisfecho la carga que le corresponde de demostrar que, en las circunstancias del presente asunto, la subvención otorgada mediante bonos para el desarrollo económico ha sido utilizada por un número limitado de determinadas empresas. Además, el razonamiento del Grupo Especial en lo relativo a los bonos para nodos aéreos se basó en el hecho no controvertido de que "solo se han emitido bonos para nodos aéreos para Boeing durante los casi tres decenios de existencia del

sistema", lo que "no [era] sorprendente, ya que las pruebas que el Grupo Especial tiene ante sí indican que solo Boeing satisface los requisitos para beneficiarse del producto de la emisión de bonos para nodos aéreos, a saber, ser el operador de una 'instalación de terminal de nodo de compañía aérea' tal como se define en el South Carolina Code". A juicio del Órgano de Apelación, la constatación formulada por el Grupo Especial con respecto a los bonos para nodos aéreos se formuló por tanto a la luz del texto específico del South Carolina Code, que parecía restringir *de facto* las condiciones para recibir esos bonos a una empresa con las características específicas de Boeing.

Habida cuenta de lo que antecede, el Órgano de Apelación constató que el Grupo Especial no incurrió en error en su interpretación de la expresión "número limitado de determinadas empresas" que figura en el párrafo 1 c) del artículo 2 del Acuerdo SMC, al interpretar implícitamente las palabras "número limitado" como "una" o "menos de tres" entidades.

En segundo lugar, la Unión Europea adujo que el Grupo Especial incurrió en error al interpretar la expresión "determinadas empresas" del párrafo 1 c) del artículo 2 del Acuerdo SMC en el sentido de que engloba entidades públicas, como ciudades y universidades públicas, cuando engloba solamente entidades privadas, es decir, sociedades o entidades mercantiles que participan en transacciones y compromisos comerciales. La Unión Europea sostuvo también que el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 1 c) del artículo 2 al incluir en su análisis de la especificidad los bonos para el desarrollo económico proporcionados a entidades públicas. A juicio del Órgano de Apelación, las definiciones del término "empresa" indican que puede interpretarse como una entidad que se dedica a determinadas actividades de carácter mercantil o comercial. La referencia a "una empresa o rama de producción o un grupo de empresas o ramas de producción" indica también que los términos de la disposición se relacionan principalmente con el tipo de actividad realizada por la entidad y no necesariamente limitan el alcance de las entidades en función de si son de propiedad pública o privada. La interpretación de que la propiedad no es un factor determinante de la definición de "empresa" encuentra también apoyo en la tercera frase del párrafo 1 c) del artículo 2, que obliga a tener en cuenta "el grado de diversificación de las *actividades económicas* dentro de la jurisdicción de la autoridad otorgante". Al examinar el contexto pertinente, el Órgano de Apelación señaló que en el artículo 1, que establece la definición de subvención a los efectos del Acuerdo SMC, se describen los tipos de contribuciones financieras tomando como referencia la medida gubernamental específica de *conceder* la subvención, y no la naturaleza o las actividades de la entidad que *recibe* las contribuciones. El Órgano de Apelación consideró en consecuencia que la determinación de si un conjunto de empresas o de ramas de producción constituye "determinadas empresas" en el sentido del párrafo 1 c) del artículo 2 debería hacerse a la luz de todas las características pertinentes de las entidades de que se trata, con inclusión de la naturaleza y finalidad de sus actividades en los mercados en cuestión y del contexto en que se ejercen esas actividades. La propiedad de la entidad puede ser un factor pertinente, pero no es determinante por lo que respecta a la cuestión de si una entidad reúne las condiciones para ser considerada una "empresa" a los efectos del artículo 2 del Acuerdo SMC.

Pasando al análisis que hace el Grupo Especial de la expresión "determinadas empresas", el Órgano de Apelación recordó que, desde la adopción en 2002 de la legislación de Carolina del Sur por la que se autoriza la emisión de bonos para el desarrollo económico, se han emitido estos bonos para BMW, las empresas del Proyecto Emerald, y Boeing, así como para determinadas entidades públicas, a saber, la Ciudad de Greenville, la Ciudad de Myrtle Beach y el Trident Technical College. El Grupo Especial consideró que "precisamente el hecho mismo de que los bonos para el desarrollo económico puedan emitirse y hayan sido emitidos para entidades públicas, concretamente dos ciudades y una universidad pública, además de para entidades privadas, indica que el sistema no está limitado a 'determinadas empresas' en el sentido del párrafo 1 c) del artículo 2". Según el Órgano de Apelación, el hecho de que se haya concedido una subvención a entidades públicas y privadas podría ser pertinente para una evaluación de la especificidad *de facto*, en la medida en que todas esas entidades son "determinadas empresas". Sin embargo, al formular esa declaración, el Grupo Especial se abstuvo de hacer una evaluación y de llegar a una conclusión en cuanto a si las tres entidades públicas de que se trata deberían considerarse "empresas", pero aun así consideró pertinentes esas entidades para su análisis de la especificidad *de facto*. A este respecto, el Órgano de Apelación subrayó que el concepto de especificidad en el sentido del Acuerdo SMC engloba el universo de entidades que constituyen "determinadas empresas", definido en función de los principios enunciados en los apartados a) a c) del párrafo 1 del artículo 2. En consecuencia, el Órgano de Apelación no vio la pertinencia de los receptores de subvenciones que no están comprendidos en la definición de "empresa" para la determinación por un grupo especial de si una subvención es específica para "determinadas empresas". De ello se desprendía que, si se constata que una

subvención es específica "para una empresa o rama de producción o un grupo de empresas o ramas de producción", el hecho de que esa subvención se haya concedido también a otras entidades que no están comprendidas en la definición de "empresa" no guarda ninguna relación con la constatación de especificidad. Al mismo tiempo, el Órgano de Apelación señaló que el Grupo Especial ya había llegado a su conclusión con respecto a los factores "utilización de un programa de subvenciones por un número limitado de determinadas empresas" y "utilización predominante por determinadas empresas" antes de formular su declaración respecto de la pertinencia de las "entidades públicas" en la evaluación de la especificidad *de facto*. Por consiguiente, el Órgano de Apelación no consideró que el rechazo por el Grupo Especial de las alegaciones de la Unión Europea de que la subvención concedida mediante bonos para el desarrollo económico es específica en el sentido del párrafo 1 c) del artículo 2 se basase en su declaración relativa a la pertinencia de las tres entidades públicas. Por consiguiente, el error del Grupo Especial no invalidó la constatación definitiva del Grupo Especial de que la Unión Europea no estableció que la subvención concedida por Carolina del Sur mediante bonos para el desarrollo económico sea específica en el sentido del párrafo 1 c) del artículo 2 del Acuerdo SMC.

En tercer lugar, la Unión Europea adujo que el Grupo Especial incurrió en error al interpretar que el término "predominante" que figura en el factor "utilización predominante por determinadas empresas" mencionado en la segunda frase del párrafo 1 c) del artículo 2 encierra un concepto totalmente diferente del término "desproporcionad[o]" que figura en el factor "cantidades desproporcionadamente elevadas de subvenciones a determinadas empresas" en ese mismo apartado. En opinión de la Unión Europea, sobre la base de esta errónea distinción el Grupo Especial rechazó las pruebas presentadas por la Unión Europea por considerarlas inadecuadas o poco pertinentes para determinar la existencia de "utilización predominante". El Órgano de Apelación recordó que, en vista de los aspectos en que se centran los otros factores mencionados en el apartado c), el término "predominante" debe interpretarse principalmente en relación con la *incidencia* de la utilización de la subvención por determinadas empresas o la *frecuencia* con que estas la utilizan. Al mismo tiempo, que los diversos factores enumerados en la segunda frase del párrafo 1 c) del artículo 2 se centren en aspectos diferentes no significa que los análisis realizados con arreglo a esos factores tengan que basarse en conjuntos de pruebas totalmente distintos. Esto se debe a que la cuestión de si un programa de subvenciones es utilizado principalmente, o en su mayor parte, por "determinadas empresas" debería responderse necesariamente caso por caso, teniendo en cuenta las características específicas del programa de subvenciones de que se trate y las circunstancias pertinentes del caso, y a la luz de los factores enumerados en la tercera frase del párrafo 1 c) del artículo 2 del Acuerdo SMC. Además, la determinación de qué factores del párrafo 1 c) del artículo 2 serán pertinentes para el análisis de la especificidad "dependerá[]" de las razones que haya para creer que la subvención puede en realidad ser específica", y que los grupos especiales deberían estar "dispuesto[s]" a aceptar la aplicabilidad de cada uno de los elementos enunciados en el párrafo 1 c) del artículo 2 y la posibilidad de que la conclusión de que en realidad existe especificidad pueda basarse en una evaluación de *uno o varios de esos elementos, o de todos ellos*, según las circunstancias que concurran en ese caso".

El Órgano de Apelación observó que el Grupo Especial no elaboró su propia interpretación del sentido de la expresión "utilización predominante" ni determinó qué pruebas podrían ser pertinentes para establecer que el sistema de bonos para el desarrollo económico era utilizado principalmente, o más frecuentemente, por determinadas empresas en las presentes circunstancias. El Órgano de Apelación coincidió con la Unión Europea en que puede haber superposición entre las pruebas que demuestran la existencia de "utilización predominante [de un programa de subvenciones] por determinadas empresas" y de "cantidades desproporcionadamente elevadas de subvenciones a determinadas empresas", dependiendo de la naturaleza, el funcionamiento y la distribución real del programa de subvenciones específico; de otras circunstancias fácticas pertinentes; y de la evaluación de los factores mencionados en la tercera frase del párrafo 1 c) del artículo 2 del Acuerdo SMC. Por consiguiente, las pruebas sobre el número de empresas que reciben una subvención, las cantidades recibidas por determinadas empresas y la frecuencia con que esas empresas han recibido la subvención pueden ser complementarias y, dependiendo de las circunstancias del caso, señalar la existencia de especificidad *de facto* sobre la base de uno u otro factor en el marco del párrafo 1 c) del artículo 2. El Órgano de Apelación observó que se había concedido la subvención a relativamente pocas entidades, de forma relativamente infrecuente, y en cantidades relativamente grandes. En estas circunstancias, en la cuestión de si el programa de subvenciones ha sido utilizado predominantemente por determinadas empresas se debería tener en cuenta no solo la incidencia o frecuencia con que se ha concedido a Boeing y a otras empresas la subvención, sino también el valor



de los bonos para el desarrollo económico. Solo entonces sería posible responder a la pregunta de si la subvención ha sido utilizada principalmente, o en su mayor parte, por determinadas empresas.

Teniendo en cuenta lo expuesto *supra*, el Órgano de Apelación constató que el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación de los factores "utilización predominante por determinadas empresas" y "concesión de cantidades desproporcionadamente elevadas de subvenciones a determinadas empresas" previstos en el párrafo 1 c) del artículo 2 del Acuerdo SMC. Por lo tanto, el Órgano de Apelación revocó la constatación del Grupo Especial de que la Unión Europea no ha establecido que la subvención concedida por Carolina del Sur mediante el producto de la emisión de bonos para el desarrollo económico sea específica en el sentido del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo SMC.

En lo que respecta a la solicitud de la Unión Europea de que completara el análisis jurídico, el Órgano de Apelación observó que no hay constataciones del Grupo Especial ni hechos no controvertidos obrantes en el expediente del Grupo Especial que sean suficientes para evaluar si la subvención concedida mediante bonos para el desarrollo económico ha sido predominantemente utilizada por determinadas empresas. En vista de las consideraciones anteriores, el Órgano de Apelación no pudo completar el análisis jurídico de la alegación formulada por la Unión Europea de que el programa de subvenciones concedidas mediante bonos para el desarrollo económico es *de facto* específico a causa de su utilización predominante por determinadas empresas en el sentido del párrafo 1 c) del artículo 2 del Acuerdo SMC.

### **3.1.5 Alegaciones de la Unión Europea relativas a las constataciones del Grupo Especial sobre las bonificaciones respecto del impuesto sobre la renta de sociedades del estado de Carolina del Sur**

La Unión Europea solicitó al Órgano de Apelación que revocara la constatación del Grupo Especial de que la Unión Europea no había establecido que la subvención concedida mediante las bonificaciones adicionales respecto del impuesto sobre la renta de las sociedades fuera específica en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo SMC y su conclusión de que la Unión Europea no había establecido que los Estados Unidos no retiraron esta subvención en el sentido del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC. La Unión Europea alegó que, al constatar que la subvención relativa a los MCIP no está "limit[ada] a determinadas empresas situadas en una región geográfica designada", el Grupo Especial incurrió en error en la aplicación del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo SMC y llegó, sobre esta base, a una conclusión errónea de que la Unión Europea no había establecido que los Estados Unidos no habían retirado esta subvención en el sentido del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC. Además, la Unión Europea adujo que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD porque la conclusión del Grupo Especial de que la subvención relativa a los MCIP no es específica en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo SMC no está basada en la evaluación objetiva de los hechos.

El Órgano de Apelación consideró que una subvención es específica en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo SMC cuando se limita a "determinadas empresas" situadas en una "región geográfica designada de la jurisdicción de la autoridad otorgante". Así ocurre cuando el acceso a la subvención está limitado explícita o implícitamente a entidades que desempeñan actividades económicas en el mercado, que tienen su sede central, sus sucursales o sus instalaciones manufactureras en una "región geográfica designada" de la jurisdicción de la autoridad otorgante, o que se han establecido de otro modo en esa región. Una "región geográfica designada" se refiere a una zona, un espacio o un lugar geográficos identificados de extensión o características más o menos definidas. La identificación de una región geográfica a los efectos del párrafo 2 del artículo 2 puede ser explícita o implícita, siempre que la región pertinente sea claramente discernible del texto, el diseño, la estructura y el funcionamiento de la medida de subvención de que se trate.

El Órgano de Apelación tomó nota de la constatación del Grupo Especial de que esta subvención estaba al alcance solo de los contribuyentes situados en un MCIP, en razón del artículo 12-6-3360 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de Carolina del Sur, que dispone que solo los contribuyentes situados en un MCIP tienen derecho a obtener bonificaciones adicionales respecto del impuesto sobre la renta de las sociedades. En vista de esta limitación explícita del acceso a la subvención, el Órgano de Apelación discrepó del Grupo Especial en que, dado que las empresas que no estén situadas actualmente en un MCIP pueden pasar a formar parte de un MCIP en el futuro y tienen entonces derecho a la subvención, o el territorio de los MCIP existentes se puede reducir o ampliar y se pueden crear nuevos MCIP, la subvención relativa a los MCIP no es específica en el sentido del párrafo 2 del

artículo 2 del Acuerdo SMC. Por consiguiente, el Órgano de Apelación constató que el Grupo Especial incurrió en error en la aplicación del párrafo 2 del artículo 2 al declarar que la disponibilidad de la subvención relativa a los MCIP solo para las empresas situadas en un MCIP "no puede considerarse válidamente que equivalga a una limitación en el sentido del párrafo 2 del artículo 2". En consecuencia, el Órgano de Apelación revocó la constatación del Grupo Especial de que la Unión Europea no había establecido que la subvención concedida mediante las bonificaciones adicionales del impuesto sobre la renta de las sociedades sea específica en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo SMC. Habiendo revocado la constatación del Grupo Especial debido al error en que incurrió el Grupo Especial en la aplicación del párrafo 2 del artículo 2, el Órgano de Apelación no consideró necesario seguir examinando la objetividad de la evaluación del Grupo Especial en el marco del artículo 11 del ESD.

Pasando a examinar la solicitud de la Unión Europea de que se completara el análisis jurídico, el Órgano de Apelación recordó su conclusión de que el artículo 12-6-3360 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de Carolina del Sur impone una limitación del acceso a la subvención relativa a los MCIP. Al examinar la cuestión de si esta limitación se refiere a "determinadas empresas situadas en una región geográfica designada" en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo SMC, el Órgano de Apelación señaló que el artículo 12-6-3360 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de Carolina del Sur en sí mismo no predetermina las zonas geográficas de los MCIP establecidos en Carolina del Sur. Sin embargo, constató que la zona geográfica de un MCIP en concreto, como el MCIP Charleston-Colleton, se puede inferir del instrumento por el que se establece un MCIP. Así pues, el Órgano de Apelación consideró que la medida de subvención en litigio designa la "región geográfica" en la que deben estar situadas las empresas para poder recibir la subvención. Por consiguiente, completó el análisis jurídico y constató que la subvención concedida a Boeing mediante las bonificaciones adicionales respecto del impuesto sobre la renta de las sociedades, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12-6-3360 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de Carolina del Sur, es específica en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo SMC.

### **3.1.6 Continuación de los efectos desfavorables desde el período de referencia inicial**

La Unión Europea solicitó al Órgano de Apelación que revocara la constatación del Grupo Especial de que las subvenciones no pueden seguir causando efectos desfavorables consistentes en contención significativa de la subida de los precios y en pérdida significativa de ventas en casos en que los pedidos de LCA tuvieron lugar antes del final del plazo para la aplicación, pero cuyas entregas seguían pendientes en el período posterior a la aplicación. La Unión Europea alegó que el Grupo Especial incurrió en error en la interpretación del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC al excluir los efectos desfavorables constatados en relación con transacciones específicas durante el período de referencia inicial de la obligación de adoptar las medidas apropiadas para eliminar los efectos desfavorables. También alegó que el Grupo Especial incurrió en error en la aplicación del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC, y actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD, al constatar erróneamente que la pérdida de ventas y la contención de la subida de los precios tienen su comienzo y su fin en el momento en que se formula el pedido de una LCA, y no persisten a lo largo de la duración del contrato hasta que se entrega la aeronave final.

El Órgano de Apelación señaló que, en función de las circunstancias de una determinada transacción o conjunto de transacciones que constituyen el fundamento de una constatación de contención significativa de la subida de los precios o de pérdida significativa de ventas en el marco del párrafo 3 c) del artículo 6 del Acuerdo SMC, no consideraba que estos fenómenos concretos deban limitarse al momento en que se produce por primera vez la transacción o el conjunto de transacciones. Con respecto a la contención de la subida de los precios, por ejemplo, puede haber circunstancias en que determinadas condiciones de pago en el futuro sigan siendo un reflejo de la contención de la subida de los precios. Con respecto a la pérdida de ventas, el Órgano de Apelación reconoció que puede haber un fundamento más sólido para entender los fenómenos como limitados al momento en que los proveedores del Miembro reclamante "no han obtenido" una venta, pero señaló que puede haber elementos que afecten a la finalización de la transacción, o relativos a sucesivas transacciones en forma de opciones o derechos de compra, que pueden ser indicativos de un fenómeno persistente de pérdida de ventas. Sin embargo, subrayó que la medida en que los elementos de las transacciones que subyacen a la constatación inicial de efectos desfavorables en forma de contención de la subida de los precios o pérdida de ventas perduren de una manera que indique la continuación de la existencia de los efectos desfavorables dependerá mucho de la naturaleza, el momento y el alcance de esas transacciones subyacentes.

El Órgano de Apelación señaló que, en el contexto de la rama de producción de LCA en particular, el Grupo Especial inicial observó que, habida cuenta de las particularidades de su producción y venta, los fenómenos de contención de la subida de los precios y pérdida de ventas "no tienen su comienzo y su fin en el momento en que se formula el pedido de una LCA", sino que "debe interpretarse que [] se inician en el momento en que se obtiene un pedido de LCA (o se lo pierde) y continúan hasta el momento en que se entrega (o deja de entregarse) la aeronave, incluyendo ese momento". El Órgano de Apelación consideró que, aunque ciertamente la medida en que se contiene la subida de los precios o hay pérdida de ventas se manifiesta primero en el momento en que se hace un pedido de LCA, las consecuencias de esos fenómenos pueden seguir estando afectadas por factores que ocurren desde el momento del pedido hasta la entrega. Al mismo tiempo, sería inadecuado dar a entender que, en todos los casos que presentan fenómenos de contención de la subida de los precios y pérdida de ventas en el mercado de las LCA, esos fenómenos se manifiestan en la misma medida a lo largo del período transcurrido desde el pedido hasta la entrega. Por consiguiente, el Órgano de Apelación no consideró que pudieran establecerse orientaciones generalizadas sobre las circunstancias en que cabe afirmar que las constataciones iniciales de contención de la subida de los precios o pérdida de ventas persisten más allá del momento del pedido.

Sobre la base de esta interpretación, el Órgano de Apelación constató que el Grupo Especial adoptó un enfoque excesivamente rígido con respecto a la cuestión de si las entregas pendientes relativas a los pedidos de LCA en que se basó la constatación de contención significativa de la subida de los precios o de pérdida significativa de ventas pueden constituir todavía un fundamento para constatar esos efectos en el período posterior a la aplicación. El Órgano de Apelación consideró que la simple existencia de entregas pendientes después de septiembre de 2012 en relación con pedidos iniciales respecto de los que se constató que dieron lugar a contención significativa de la subida de los precios o pérdida significativa de ventas entre 2004 y 2006 no sería necesariamente concluyente, por sí sola, en cuanto a la existencia de contención significativa de la subida de los precios o pérdida significativa de ventas en el período posterior a la aplicación. Sin embargo, al mismo tiempo, el Órgano de Apelación discrepó de la idea del Grupo Especial de que esas pruebas nunca pueden servir de base para una constatación sobre la continuación de la existencia de esos efectos.

Tampoco consideró convincente el razonamiento del Grupo Especial con respecto al párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC. La preocupación expresada por el Grupo Especial en el sentido de que la alegación de la Unión Europea daría lugar a una medida correctiva retrospectiva parecía basada en la idea de que el único medio por el que los Estados Unidos podrían ponerse en conformidad según la teoría de la Unión Europea es anular los pedidos iniciales. Sin embargo, el párrafo 8 del artículo 7 no especifica qué "medidas" son "apropiadas" a efectos de eliminar los efectos desfavorables, lo que indica que abarca una gama de posibles medidas. Si bien la Unión Europea no explicó qué clase de medida que hubiese eliminado los efectos desfavorables 'actuales' podrían haber adoptado los Estados Unidos en relación con esas aeronaves no entregadas, eso no significa que esa eliminación no sea posible, y no avala la aparente hipótesis del Grupo Especial de que la única manera de eliminar esos efectos tendría que ser, por lo tanto, una anulación retrospectiva de los pedidos iniciales.

El Órgano de Apelación consideró más importante el hecho de que el enfoque adoptado por el Grupo Especial lo llevó a establecer una distinción errónea entre los "efectos desfavorables actuales", por un lado, y las "consecuencia[s] o manifestaci[ones] de un hecho acaecido en el pasado" o "manifestaciones o efectos persistentes de efectos desfavorables pasados", por otro. En tanto en cuanto se demuestre que los efectos desfavorables producidos en el período posterior a la aplicación han sido causados por subvenciones que no han expirado, constituyen efectos desfavorables en sí mismos, y no algo que es consecuencia de los efectos desfavorables iniciales. A este respecto, el Órgano de Apelación no encontró ningún fundamento para excluir categóricamente el examen de los datos de entrega relativos al período posterior a la aplicación siempre que esas pruebas, en conjunción con otras, muestren una continuación de la contención de la subida de los precios o de la pérdida de ventas en el período posterior a la aplicación. Pese a la improbabilidad de que las pruebas relativas a las entregas pendientes sean por sí solas concluyentes en cuanto a si se produjeron efectos desfavorables mucho después de las ventas de LCA que dieron lugar a las constataciones iniciales, no hay ningún fundamento sostenible para excluir la posible pertinencia de esas pruebas en la demostración de ese argumento.

Por consiguiente, el Órgano de Apelación constató que el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC al excluir *ab initio*, de una indagación sobre si los Estados Unidos no habían adoptado las medidas apropiadas para eliminar los efectos

desfavorables de las subvenciones, pruebas relativas a transacciones cuyos pedidos se hicieron en el período de referencia inicial pero cuyas entregas siguen pendientes en el período posterior a la aplicación. En consecuencia, revocó la interpretación del párrafo 8 del artículo 7 del Grupo Especial y la afirmación que hizo este en el párrafo 9.332 de su informe en el sentido de que el recurso a la función de las entregas de aeronaves en el período posterior a la aplicación como prueba de la persistencia del perjuicio grave "es incompatible con una interpretación prospectiva del párrafo 8 del artículo 7".

La Unión Europea también solicitó al Órgano de Apelación que revocara la constatación del Grupo Especial de que la alegación de la Unión Europea en relación con la continuación de los efectos desfavorables no estaba respaldada por pruebas y/o estaba en contradicción con las constataciones formuladas en el procedimiento inicial. La Unión Europea adujo que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al apartarse de las constataciones adoptadas en el procedimiento inicial respecto del mercado de LCA de 200-300 asientos y al centrarse ahora en modelos de aeronaves diferentes. La Unión Europea alegó además que el Grupo Especial incurrió en error en el marco del artículo 5 y del párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC por no llevar a cabo un análisis hipotético adecuado cuando evaluó si hubo continuación de la contención de la subida de los precios del A330 en el período posterior a la aplicación.

El Órgano de Apelación señaló que, aunque el Grupo Especial inicial formuló constataciones definitivas sobre cada uno de los fenómenos de perjuicio grave con respecto al mercado de LCA de 200-300 asientos en su conjunto, la base probatoria para ello en relación con el período de referencia inicial se refería únicamente al A330 y al A350 original, pero no al A350XWB. Esta es una consideración pertinente para evaluar la medida en que cabe sostener que los efectos desfavorables iniciales continúan en el período posterior a la aplicación, y, como mínimo, no parece avalar la afirmación de la Unión Europea de que el Grupo Especial en el presente procedimiento sobre el cumplimiento de alguna manera se apartó del enfoque adoptado por el Grupo Especial inicial al centrarse en pruebas relativas a modelos específicos de LCA. El Órgano de Apelación señaló además que la Unión Europea trataba de basarse principalmente en el hecho de que los pedidos de A350 original se convirtieron en pedidos de A350XWB, y en que determinadas entregas de este último modelo seguían pendientes al final del plazo para la aplicación. Indicó que el Grupo Especial tenía motivos para considerar que los acontecimientos relativos al mercado pertinente de LCA desde el período de referencia inicial impedían la simple transposición de las constataciones del Grupo Especial inicial al período posterior a la aplicación. Por consiguiente, constató que el Grupo Especial no actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD "al apartarse de las constataciones adoptadas en el procedimiento inicial" respecto del mercado de LCA de 200-300 asientos.

La Unión Europea alegó además que el Grupo Especial incurrió en error en el marco del artículo 5 y del párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC por no llevar a cabo un análisis hipotético adecuado cuando evaluó si hubo continuación de la contención de la subida de los precios del A330 en el período posterior a la aplicación. El Órgano de Apelación consideró que el Grupo Especial explicó adecuadamente que, al examinar las alegaciones de contención significativa de la subida de los precios, "los datos sobre las tendencias de los precios por sí solos no son suficientes", y que "también es preciso presentar argumentos hipotéticos que demuestren que, de no haber existido las subvenciones, los precios habrían sido más elevados". El Órgano de Apelación también explicó su opinión de que el Grupo Especial habría considerado en el contexto de este análisis que las situaciones "reales" e "hipotéticas" eran las mismas en el sentido de que, al final del plazo para la aplicación, el 787 se habría lanzado en el mercado de LCA independientemente de las subvenciones y habría competido con el A350XWB. A este respecto, consideró que la opinión del Grupo Especial de que el A330 no habría podido venderse al precio al que en algún momento se vendió, habida cuenta de la superioridad tecnológica del 787 y el A350XWB, no indicaba que no se hubiera realizado un análisis hipotético adecuado. También observó que el Grupo Especial había esgrimido otras razones para desestimar la alegación de la Unión Europea. En consecuencia, el Órgano de Apelación constató que el Grupo Especial no incurrió en error en el marco del artículo 5 y del párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC por no llevar a cabo un análisis hipotético adecuado cuando evaluó si hubo persistencia de la contención de la subida de los precios del A330 en el período posterior a la aplicación.

Al no haber constatado ningún error del Grupo Especial en el marco del artículo 11 del ESD, o del artículo 5 y el párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC, el Órgano de Apelación confirmó la constatación separada del Grupo Especial de que "los argumentos esgrimidos por la Unión Europea

no están respaldados por las pruebas y/o están en contradicción con las constataciones formuladas en el procedimiento inicial".

### 3.1.7 Efectos tecnológicos

La Unión Europea solicitó al Órgano de Apelación que revocara la constatación del Grupo Especial de que la Unión Europea no estableció que las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos anteriores a 2007 sean una causa auténtica y sustancial de efectos desfavorables en el período posterior a la aplicación mediante un mecanismo causal basado en la tecnología. La Unión Europea sostuvo que, al llegar a esta constatación, el Grupo Especial cometió varios errores de derecho en la aplicación del artículo 5, el párrafo 3 del artículo 6 y el párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC y no hizo una evaluación objetiva del asunto de conformidad con el artículo 11 del ESD.

El Órgano de Apelación comenzó por evaluar la preocupación fundamental de la Unión Europea de que el Grupo Especial incurrió en error al analizar la existencia de efectos desfavorables de las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos anteriores a 2007, ya que limitó su análisis a la fecha de lanzamiento hipotética del 787 y excluyó la consideración de la repercusión de esas subvenciones en las fechas de entrega del 787. La Unión Europea impugnó este aspecto del análisis del Grupo Especial alegando que hubo un error en la aplicación del artículo 5, el párrafo 3 del artículo 6 y el párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC, y que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con las obligaciones que le corresponden en virtud del artículo 11 del ESD.

Aunque los participantes no cuestionaron la manera en que el Grupo Especial articuló la cuestión hipotética que tenía que resolver, discreparon en cuanto al alcance y la importancia de las constataciones formuladas en el procedimiento inicial en relación con el tipo de análisis hipotético que se debe hacer en el presente procedimiento sobre el cumplimiento. Tras haber examinado determinados pasajes clave de los informes del Grupo Especial inicial y el Órgano de Apelación, el Órgano de Apelación señaló que los efectos tecnológicos de las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos anteriores a 2007 consistieron en efectos de *aceleración* con respecto al desarrollo de tecnologías para el 787. También observó que el concepto de "lanzamiento" fue particularmente pertinente en el procedimiento inicial. A los efectos del período de referencia inicial de 2004 a 2006, el lanzamiento era el principal hito acelerado que permitió al Grupo Especial inicial llegar a conclusiones sobre la existencia de efectos desfavorables derivados de un 787 subvencionado. Cualquier aceleración de la primera entrega del 787 tuvo lugar después del período de referencia 2004-2006 y fue consecuencia de su lanzamiento acelerado. De hecho, el Grupo Especial inicial y el Órgano de Apelación reconocieron que también hubo efectos de aceleración en lo que respecta a las primeras entregas prometidas del 787, al afirmar que las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos anteriores a 2007 permitieron a Boeing "prome[ter] sus entregas a partir de 2008".

El Órgano de Apelación observó que el Grupo Especial y los participantes parecen considerar que las constataciones formuladas en el procedimiento inicial *ya resuelven* la cuestión de si, en el presente procedimiento sobre el cumplimiento, el análisis de las alegaciones sobre los efectos tecnológicos se debe centrar en las fechas de lanzamiento del 787, o si dicho análisis *también* debe tener en cuenta la repercusión de los efectos de aceleración de las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos anteriores a 2007 en la fecha de la primera entrega del 787. Consideró que la cuestión hipotética pertinente en el procedimiento inicial era *diferente* de la que se plantea en el presente procedimiento sobre el cumplimiento. El Grupo Especial inicial no estaba obligado a examinar si los efectos de aceleración causados por las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos anteriores a 2007 *siguieron existiendo* en un momento concreto. Antes bien, la tarea del Grupo Especial inicial se refería a la cuestión de si las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos anteriores a 2007 en litigio *causaron* un efecto tecnológico al acelerar el desarrollo de las tecnologías del 787 y, en tal caso, si esos efectos de aceleración causaron un perjuicio grave a los intereses de las Comunidades Europeas en el período de referencia 2004-2006. Por ese motivo, a juicio del Órgano de Apelación, bastaba con que el Grupo Especial inicial constataste que "las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos de la NASA aceleraron el proceso de desarrollo de la tecnología *algún* tiempo, y en consecuencia dieron a Boeing una ventaja para introducir sus tecnologías en el mercado". Por tanto, el análisis giró en torno a la cuestión de *si* las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos anteriores a 2007 aceleraron el proceso de desarrollo tecnológico del 787, *no durante cuánto tiempo* lo hicieron.

Por el contrario, en el presente procedimiento sobre el cumplimiento, la indagación del Grupo Especial se centró en la cuestión de si los efectos de aceleración de las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos anteriores a 2007 cuya existencia constató el Grupo Especial inicial *siguen existiendo* en el período posterior a la aplicación y, en tal caso, si esos efectos de aceleración causan un perjuicio grave a los intereses de la Unión Europea *en el período posterior a la aplicación*. En estas circunstancias, el Órgano de Apelación no veía por qué el Grupo Especial, al analizar las alegaciones sobre los efectos tecnológicos formuladas por la Unión Europea en el presente procedimiento sobre el cumplimiento, habría tenido que seguir el enfoque adoptado por el Grupo Especial inicial, que examinó una cuestión hipotética diferente.

A juicio del Órgano de Apelación, estaba claro que el Grupo Especial basó su conclusión *exclusivamente* en las estimaciones del tiempo hipotéticas en lo que respecta al *lanzamiento* del 787. Por consiguiente, el análisis hipotético del Grupo Especial en definitiva *no* incluyó la consideración de las estimaciones del tiempo con respecto a la primera entrega hipotética del 787. La Unión Europea mantuvo que la idea de *presencia en el mercado* del 787 -un factor mencionado por el Grupo Especial al formular la cuestión hipotética- se refiere no solo al lanzamiento de un producto ofrecido por Boeing, sino también al momento en que se ofrece entregar ese producto a los clientes y la fecha de la entrega real. A juicio del Órgano de Apelación, un elemento clave de la cuestión hipotética del Grupo Especial estaba desde luego relacionado con el momento en que se considera que el 787 está "presente en el mercado". Por consiguiente, el Órgano de Apelación consideró que la cuestión clave que se le planteaba era si el Grupo Especial examinó debidamente la cuestión hipotética al limitar su análisis de los efectos de aceleración de las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos anteriores a 2007 a la fecha del lanzamiento del 787, o si la debida aplicación de esa cuestión hipotética *también* exigía tomar en consideración los efectos de aceleración en la fecha de la primera entrega del 787.

El Órgano de Apelación señaló determinadas características de la rama de producción de LCA que arrojan luz sobre esta cuestión. En particular, observó que las LCA se venden a los clientes mediante contratos de largo plazo que a menudo conllevan entregas de aeronaves escalonadas durante varios años. Las condiciones de cada contrato de compra se establecen en el momento en que se efectúa el pedido, e incluyen muchos elementos diferentes, como las especificaciones de las aeronaves, el precio neto, las rebajas, las concesiones no referentes al precio y las disposiciones sobre financiación. Además, los contratos de compra de LCA establecen tanto el precio básico de la célula de la aeronave como los "incrementos" de ese precio en función del tiempo transcurrido entre la negociación del precio en el momento del pedido y la entrega de la aeronave.

El Órgano de Apelación indicó además que el análisis hipotético del Grupo Especial formaba parte de una indagación más amplia con la que se trataba de determinar si las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos anteriores a 2007 continúan causando un perjuicio grave en el sentido del artículo 5 y el párrafo 3 del artículo 6 en el período posterior a la aplicación. En el mercado de las LCA, los fenómenos de mercado de contención de la subida de los precios y pérdida de ventas no se limitan a lo que ocurre en el momento en que se formula un pedido de LCA, por lo que esos fenómenos pueden continuar hasta el momento de la entrega. En consecuencia, en el contexto de la rama de producción de LCA, determinar si las formas de perjuicio grave a que se hace referencia en el párrafo 3 del artículo 6 en litigio en la presente diferencia seguían existiendo en el período posterior a la aplicación requiere examinar si algún efecto de aceleración derivado de las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos anteriores a 2007 *también* tuvo repercusión en la fecha de la primera entrega del 787 en el período posterior a la aplicación. A este respecto, el Órgano de Apelación observó que, salvo que se indicara otra cosa, sus referencias a la "primera entrega del 787" abarcaban tanto la primera entrega prometida como la primera entrega real.

Además, consideró que, si las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos anteriores a 2007 tuvieron una repercusión en las etapas de desarrollo del 787 -ya fuese antes o después de su lanzamiento- que afectase a la fecha de la primera entrega del 787 en relación con el final del plazo para la aplicación, el examen de la fecha de la primera entrega de esa aeronave habría sido especialmente adecuado para determinar si siguen existiendo efectos de aceleración en el período posterior a la aplicación, y si se podían atribuir a las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos anteriores a 2007. A juicio del Órgano de Apelación, si no hubo tales efectos de aceleración que afectasen a la fecha de la primera entrega del 787, el Grupo Especial debería haber explicado por qué, en lugar de excluir desde el principio la consideración de esa cuestión.

Además de las consideraciones expuestas *supra*, consideró que había varios indicios ante el Grupo Especial que deberían haberlo llevado a evaluar si las formas de perjuicio grave alegadas por la Unión Europea siguen estando presentes en el período posterior a la aplicación, examinando a tal fin si, sin las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos anteriores a 2007, la primera entrega del 787 habría tenido lugar después del final del plazo para la aplicación. Para empezar, el Grupo Especial inicial y el Órgano de Apelación consideraron que los efectos tecnológicos de las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos anteriores a 2007 aceleraron tanto el lanzamiento del 787 como su primera entrega prometida. Además, el Órgano de Apelación consideró que al Grupo Especial debería haberle llamado la atención que ambas partes en el presente procedimiento presentaran argumentos relativos a actividades relacionadas con el lanzamiento del 787 y su primera entrega, así como las correspondientes estimaciones del tiempo.

Por las razones precedentes, el Órgano de Apelación no estaba convencido de que bastara con que el Grupo Especial basara su conclusión sobre las alegaciones formuladas por Unión Europea respecto de los efectos tecnológicos exclusivamente en su interpretación de las constataciones del Grupo Especial inicial. Al no evaluar en su análisis hipotético si los efectos de aceleración de las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos anteriores a 2007 tuvieron repercusión, no solo en el lanzamiento del 787, sino también en la fecha de la primera entrega del 787, el Órgano de Apelación concluyó que el Grupo Especial no evaluó debidamente la cuestión hipotética de si sigue habiendo efectos de *aceleración* de las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos anteriores a 2007 en el período posterior a la aplicación. En consecuencia, constató que el Grupo Especial incurrió en error en la aplicación del artículo 5 y el párrafo 3 del artículo 6 y, como consecuencia, el párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC. Por consiguiente, el Órgano de Apelación revocó las constataciones del Grupo Especial de que la Unión Europea no demostró que los efectos de aceleración de las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos anteriores a 2007 en relación con el desarrollo de tecnología por Boeing para el 787 hayan continuado en el período posterior a la aplicación, y de que por tanto la Unión Europea no demostró la existencia de efectos tecnológicos de las subvenciones iniciales causados por las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos anteriores a 2007 en el período posterior a la aplicación.

La Unión Europea también solicitó al Órgano de Apelación que revocara el análisis realizado por el Grupo Especial con respecto a los efectos tecnológicos indirectos de las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos anteriores a 2007 en las aeronaves 787-9/10, 777X y 737 MAX. El Órgano de Apelación consideró que las conclusiones del Grupo Especial sobre las alegaciones formuladas por la Unión Europea con respecto a los efectos tecnológicos indirectos dependían en gran medida de sus constataciones anteriores relativas a los efectos tecnológicos de las subvenciones iniciales en el 787 derivados de las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos anteriores a 2007. Dado que había revocado el análisis del Grupo Especial relativo a los efectos tecnológicos de las subvenciones iniciales, el Órgano de Apelación revocó las constataciones del Grupo Especial de que la Unión Europea no demostró la existencia de efectos tecnológicos indirectos de las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos anteriores a 2007 con respecto a las aeronaves 787-9/10, 777X y 737 MAX en el período posterior a la aplicación. Como consecuencia, y en esa medida, revocó igualmente las constataciones del Grupo Especial con respecto al hecho de que la Unión Europea no estableció que las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos anteriores a 2007 sean una causa auténtica y sustancial de ninguna de las formas de perjuicio grave alegadas con respecto a las aeronaves A350XWB y A320neo en el período posterior a la aplicación, a través de un mecanismo causal basado en la tecnología.

El Órgano de Apelación recordó que, además de la alegación de error en la aplicación del artículo 5, el párrafo 3 del artículo 6 y el párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC formulada *supra*, la Unión Europea planteó varias alegaciones en las que impugnaba las constataciones del Grupo Especial de que la Unión Europea no estableció que los efectos tecnológicos de las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos anteriores a 2007 continúen en el período posterior a la aplicación. Teniendo en cuenta que ya había revocado las constataciones definitivas del Grupo Especial relativas a los efectos de aceleración de las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos anteriores a 2007, el Órgano de Apelación indicó que no era necesario que considerara las alegaciones y argumentos adicionales formulados por la Unión Europea.

Tras haber revocado las constataciones del Grupo Especial, el Órgano de Apelación pasó a examinar la solicitud de la Unión Europea de que el Órgano de Apelación completara el análisis jurídico y constatará que las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos anteriores a 2007 causan: i) efectos tecnológicos de las subvenciones iniciales con respecto al 787 en el período



posterior a la aplicación; y ii) efectos tecnológicos indirectos con respecto al 787-9/10, el 777X y el 737 MAX en el período posterior a la aplicación.

La Unión Europea sostuvo que, al determinar el marco temporal hipotético mínimo de las actividades de investigación y desarrollo para el 787-8, debería utilizarse la mencionada indicación "hasta 10 años". Según la Unión Europea, el resultado es un lanzamiento potencial en una fecha que va "hasta" 2012 (hasta ocho años más tarde que el lanzamiento real del 787), y una posible primera entrega prometida hasta 2016 (hasta ocho años más tarde que la primera entrega prometida del 787). Además, si se tiene en cuenta el retraso en la entrega real del 787, la primera entrega hipotética del 787-8 quedaría en una fecha tan tardía como 2019. La Unión Europea adujo en apelación que el Órgano de Apelación "sencillamente tendrí[a] que confirmar ... que la primera entrega del 787, sin las subvenciones no retiradas, se habría retrasado hasta después de 2012, es decir, después del final del plazo para la aplicación". Sin embargo, al Órgano de Apelación no le pareció que completar el análisis fuera tan sencillo como decía la Unión Europea. De hecho, los participantes discreparon de las estimaciones temporales pertinentes para realizar el análisis hipotético sobre el 787. En consecuencia, no había hechos no controvertidos en lo que se refiere al tiempo que habría necesitado Boeing para el lanzamiento del 787, su primera entrega prometida o su primera entrega real, sin las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos anteriores a 2007. Además, el Grupo Especial no formuló constataciones en las que especificase una fecha precisa para la cual, de no existir las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos anteriores a 2007, Boeing habría lanzado el 787. Por consiguiente, de las constataciones del Grupo Especial no se dedujo con claridad si la fecha de lanzamiento hipotética del 787 habría sido en torno a 2006, 2010 o en algún momento entre esas dos fechas. Además, como el Grupo Especial no examinó la repercusión de los efectos de aceleración en las fechas de la primera entrega del 787, naturalmente no especificó *cuándo* habría tenido lugar la primera entrega del 787 sin esas subvenciones. El Grupo Especial tampoco formuló ninguna constatación sobre el análisis sustantivo de la cuestión de si hay algún efecto de aceleración en las actividades de investigación y desarrollo posteriores al lanzamiento que pueda haber tenido repercusión en la fecha de la primera entrega hipotética del 787.

Por consiguiente, el Órgano de Apelación consideró que no tenía fundamento para analizar la cuestión de si la primera entrega prometida del 787 habría tenido lugar *antes* o *después* del final del plazo para la aplicación. En una situación en la que el lanzamiento hipotético hubiera tenido lugar en 2006 o 2007, la primera entrega *prometida* habría tenido lugar en 2010 o 2011, esto es, *antes* del final del plazo para la aplicación. En cambio, si el lanzamiento hipotético del 787 hubiera tenido lugar en 2010, la primera entrega prometida de esa aeronave se habría programado para 2014. Análogamente, debido al carácter indeterminado de las fechas del hipotético lanzamiento del 787, había varias incertidumbres acerca de la fecha de la primera entrega *real* del 787. De hecho, en una situación en la que el lanzamiento hipotético hubiera tenido lugar en 2006, y suponiendo que hay un intervalo de siete años entre el lanzamiento del 787 y su primera entrega real, la primera entrega real del 787 podría haber tenido lugar en 2013, poco después del final del plazo para la aplicación, en septiembre de 2012. Subsidiariamente, en una situación en la que el lanzamiento hipotético hubiera tenido lugar en un momento más cercano a 2010, la primera entrega real del 787 podría haber ocurrido, sobre la base de esas suposiciones, en un momento que llegaría a 2017. Al tratarse de resultados muy diferentes basados en diferentes fechas hipotéticas de lanzamiento, al Órgano de Apelación le pareció que había una incertidumbre considerable en lo que se refiere a qué transacciones habrían sido objeto del análisis sobre la existencia de perjuicio grave.

Por consiguiente, habida cuenta de que no había suficientes constataciones fácticas formuladas por el Grupo Especial o hechos no controvertidos obrantes en el expediente del Grupo Especial, el Órgano de Apelación constató que no podía completar el análisis jurídico en relación con la cuestión de si sigue habiendo efectos de aceleración de las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos anteriores a 2007 en el período posterior a la aplicación.

### 3.1.8 Efectos en los precios

La Unión Europea y los Estados Unidos apelaron diferentes aspectos del análisis que hizo el Grupo Especial de la cuestión de si determinadas subvenciones causan efectos desfavorables a través de un mecanismo causal basado en los precios. El Órgano de Apelación examinó: i) la alegación formulada por la Unión Europea en relación con el criterio de relación causal adoptado por el Grupo Especial en el contexto de su análisis de los efectos de las subvenciones fiscales *vinculadas*; ii) la alegación de los Estados Unidos con respecto a la evaluación que hizo el Grupo Especial de la



importancia relativa de la cuantía de las subvenciones fiscales vinculadas; y iii) la alegación de la Unión Europea relativa al análisis por el Grupo Especial de los efectos de las subvenciones *no vinculadas*.

### **3.1.8.1 Alegaciones formuladas por la Unión Europea en relación con el criterio relativo a la relación causal del Grupo Especial**

La Unión Europea apeló la supuesta constatación del Grupo Especial de que, para constatar que las subvenciones fiscales vinculadas causan pérdida significativa de ventas a través de un mecanismo causal basado en los precios, no debe haber factores distintos de los precios, que puedan haber contribuido a que Boeing haya logrado obtener esas ventas. La Unión Europea consideró que, al afirmar que no debe haber "otros factores, distintos del precio, que expliquen por qué Boeing logró obtener la venta", el Grupo Especial elevó indebidamente el enfoque adoptado por el Órgano de Apelación respecto de la compleción del análisis jurídico en el procedimiento inicial al rango de criterio jurídico aplicable para evaluar la relación causal. Según la Unión Europea, esa interpretación es contraria al artículo 5 y al párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC porque la evaluación de si existe una relación auténtica y sustancial de causa a efecto no exige una determinación de que la subvención es la única causa de ese efecto.

La cuestión presentada por la Unión Europea era si el Grupo Especial, pese a haber articulado correctamente el criterio jurídico, a continuación aplicó un criterio jurídico incorrecto al exigir que, para establecer la relación causal, la Unión Europea demostrara que no había ninguna otra causa posible de efectos desfavorables. En apoyo de su argumento, la Unión Europea señaló la reiterada afirmación del Grupo Especial de que, a fin de constatar que las campañas de ventas en cuestión son especialmente sensibles a los precios, no debe haber "otros factores, distintos del precio, que expliquen por qué Boeing logró obtener la venta". El Órgano de Apelación indicó que esa afirmación tenía su origen en el análisis realizado por el Órgano de Apelación en el procedimiento inicial. Allí, el Órgano de Apelación afirmó que una campaña de ventas se consideraría especialmente sensible a los precios cuando, "en determinadas campañas de ventas, Boeing estaba sometida a una presión especial para reducir sus precios con objeto de obtener ventas de LCA, y [cuando] no hay otros factores, distintos del precio, que expliquen por qué Boeing logró obtener la venta o contener la subida de los precios de Airbus".

La Unión Europea sostuvo que el Grupo Especial se equivocó al basarse en la afirmación del Órgano de Apelación porque, al intentar completar el análisis jurídico en el procedimiento inicial, el Órgano de Apelación no pudo hacerlo con respecto a las campañas de ventas en las que el expediente del Grupo Especial indicaba que había habido factores distintos de los precios capaces de explicar el resultado. Sin embargo, el Órgano de Apelación señaló que, cuando explicó que la relación causal solo podía establecerse cuando "no hay otros factores, distintos del precio, que expliquen por qué Boeing logró obtener la venta" en una campaña de ventas especialmente sensible a los precios, se refería a la incidencia de esos factores distintos de los precios tras haber sido ponderados y contrastados con los factores relativos a los precios. Solo en una etapa posterior de su análisis el Órgano de Apelación reconoció que, si se hubieran expuesto factores distintos de los precios, habría sido necesario realizar un análisis de no atribución de esos factores y una ponderación de los factores relativos a los precios y de los factores distintos de los precios en su análisis de la relación causal, lo que habría requerido nuevas constataciones fácticas. En consecuencia, aunque la Unión Europea tiene razón en que el Órgano de Apelación finalmente solo pudo completar el análisis en casos en que los Estados Unidos no habían expuesto ningún factor distinto de los precios, ello se debía a que se cuestionaba la incidencia y la pertinencia de esos factores distintos de los precios y, por lo tanto, no se disponía de hechos no controvertidos o constataciones subsidiarias del Grupo Especial. Por consiguiente, el Órgano de Apelación rechazó la aseveración de la Unión Europea de que el Grupo Especial incurrió en error al elevar el enfoque adoptado por el Órgano de Apelación para completar el análisis jurídico al rango de criterio jurídico aplicable. Antes bien, el Grupo Especial se basaba en un razonamiento del Órgano de Apelación que respondía al criterio jurídico adecuado.

Además, después de examinar el razonamiento del Grupo Especial en el resumen no confidencial de las pruebas sobre las campañas de ventas contenido en el cuerpo del informe del Grupo Especial, así como en las explicaciones más detalladas que figuran en el apéndice ICSS del informe del Grupo Especial, el Órgano de Apelación no encontró apoyo para la tesis de que el Grupo Especial adoptó un enfoque respecto de la relación causal según el cual se abstuvo de examinar si las subvenciones causan efectos desfavorables en los casos en que se expuso algún factor o factores distintos de los precios. Antes bien, el razonamiento del Grupo Especial indicaba que se ponderaron y contrastaron

los factores relativos a los precios y los factores distintos de los precios para determinar, con respecto a cada campaña de ventas, la medida en que las campañas de ventas fueron o no especialmente sensibles a los precios. Esto indicó al Órgano de Apelación que, en lugar de abstenerse de evaluar la campaña de ventas una vez que se identificaba un factor distinto de los precios, el Grupo Especial efectivamente evaluó si los factores distintos de los precios eran de tal magnitud que atenuaban la incidencia de los factores relativos a los precios como explicación de por qué Boeing logró obtener la venta. El Órgano de Apelación señaló además que, en el caso de tres de las campañas de ventas -Delta Airlines 2011, Icelandair 2013 y Air Canada 2013- los Estados Unidos expusieron factores concretos distintos del precio que supuestamente atenuaban el efecto de la subvención como explicación de por qué Boeing obtuvo la venta. No obstante, respecto de esas campañas de ventas el Grupo Especial constató que Boeing parecía estar sometida a una presión especial para reducir sus precios con objeto de obtener la venta, y no hubo factores distintos de los precios que explicaran por qué Boeing logró obtener la venta. En particular, el factor distinto de los precios identificado por el Grupo Especial con respecto a la campaña de ventas de Icelandair 2013 -en relación con el cual se constató que no atenuaba el precio como factor causal- era el mismo factor distinto de los precios identificado con respecto a otras campañas de ventas en las que el Grupo Especial constató que los factores distintos de los precios mitigaban la incidencia de este. Esto demostró al Órgano de Apelación que el Grupo Especial no adoptó un criterio jurídico que exija que no haya ningún otro factor de no atribución y que la subvención represente la *única* causa de los efectos desfavorables.

En consecuencia, el Órgano de Apelación consideró que la interpretación que hizo el Grupo Especial del criterio jurídico puso de manifiesto que se ponderaron y contrastaron debidamente los factores relativos a los precios y los factores distintos de los precios para llegar a una conclusión en cuanto a si una campaña de ventas era especialmente sensible a los precios, de tal manera que se pudiera constatar que las subvenciones fiscales vinculadas eran una causa auténtica y sustancial de perjuicio grave. Por consiguiente, constató que el Grupo Especial no incurrió en error en la interpretación del artículo 5 y del párrafo 3 del artículo 6 y, en consecuencia, del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC, al identificar el criterio relativo a la relación causal aplicable.

### **3.1.8.2 Alegaciones de los Estados Unidos relativas a la evaluación realizada por el Grupo Especial de la importancia relativa de la cuantía de las subvenciones fiscales vinculadas**

Los Estados Unidos solicitaron al Órgano de Apelación que revocara la constatación del Grupo Especial de que los efectos de la subvención fiscal vinculada en litigio con respecto al mercado de LCA de pasillo único -es decir, la reducción del tipo del impuesto de negocios y actividades (B&O) del estado de Washington- son una pérdida significativa de ventas en el sentido del párrafo 3 c) del artículo 6 del Acuerdo SMC y una amenaza de obstaculización en el sentido de los párrafos 3 a) y 3 b) del artículo 6 de dicho Acuerdo. Los Estados Unidos impugnaron dos aspectos de la evaluación que hizo el Grupo Especial de la importancia relativa de la cuantía de la subvención fiscal vinculada a los fines de determinar si la subvención contribuyó de manera auténtica y sustancial a la pérdida por Airbus de cinco campañas de ventas específicas entre 2007 y 2015 que el Grupo Especial había identificado como especialmente sensibles en cuanto al precio. En primer lugar, los Estados Unidos alegaron que el Grupo Especial había incurrido en error en el marco del artículo 5 y el párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC o, subsidiariamente, que había actuado de manera incompatible con el artículo 11 del ESD, al estimar que la repercusión de la subvención por aeronave era de aproximadamente 1,99 millones de dólares por el 737 MAX o el 737N. Los Estados Unidos observaron que la estimación del Grupo Especial se basaba en el supuesto inadecuado de que Boeing podía reunir en un fondo común los beneficios de la subvención recibida en relación con todas sus ventas de LCA y utilizar esos beneficios para destinarlos únicamente a las campañas de ventas especialmente sensibles en cuanto al precio. En segundo lugar, los Estados Unidos adujeron que, incluso suponiendo, a efectos de argumentación, que la estimación del Grupo Especial fuese correcta, el Grupo Especial había incurrido pese a todo en error en el marco del artículo 5 y el párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC y/o había actuado de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al concluir que la subvención es una causa auténtica y sustancial de la pérdida por Airbus de las cinco campañas de ventas especialmente sensibles en cuanto al precio, porque el Grupo Especial no había establecido que la cuantía de la subvención por aeronave fuera suficientemente elevada para explicar la totalidad de las diferencias en los precios netos de Airbus y Boeing en esas campañas de ventas.

Con respecto a la cuantía de la subvención por aeronave estimada por el Grupo Especial, el Órgano de Apelación coincidió con los Estados Unidos en que el cálculo del Grupo Especial partía del supuesto de que Boeing podía utilizar los beneficios de las subvenciones fiscales vinculadas derivados de todas

sus ventas de LCA para reducir los precios de sus LCA únicamente en campañas de ventas especialmente sensibles en cuanto a los precios. Sin embargo, el Órgano de Apelación discrepó de los Estados Unidos en que tal supuesto contradice necesariamente la naturaleza de la subvención fiscal vinculada examinada por el Órgano de Apelación en el procedimiento inicial y por el Grupo Especial en el procedimiento sobre el cumplimiento. El Órgano de Apelación explicó que, aunque el hecho de que las subvenciones se conceden con respecto a ventas concretas es un indicio de la capacidad del receptor de reducir el precio de cada venta concreta, y pese a ello lograr el mismo margen de beneficio por esa venta, no significa que el receptor siempre lo vaya a hacer en las circunstancias específicas de cada caso. Más bien, con respecto a este asunto, el Órgano de Apelación consideró que las constataciones del Grupo Especial relativas a la vigencia de la subvención en cuestión, las condiciones de competencia de duopolio en el mercado de LCA y la diversa importancia de los precios y los factores distintos de los precios en distintas campañas de ventas, así como a las circunstancias de determinadas campañas de ventas, habían respaldado la idea del Grupo Especial de que Boeing tendría muchos incentivos para utilizar los beneficios de las subvenciones fiscales vinculadas derivados de múltiples ventas de LCA para centrarse en campañas de ventas especialmente sensibles en cuanto al precio.

Además, el Órgano de Apelación destacó que el apartado c) del artículo 5 y el párrafo 3 del artículo 6 no exigen del Acuerdo SMC no exigen a un grupo especial que cuantifique la repercusión exacta por unidad de la subvención a los efectos de constatar la existencia de una relación causal auténtica y sustancial entre la subvención y los supuestos efectos desfavorables. En consecuencia, el Órgano de Apelación no consideró que la estimación realizada por el Grupo Especial de la cuantía de la subvención por aeronave constituyera una infracción del artículo 5 y el párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC. Más bien, a juicio del Órgano de Apelación, la evaluación realizada por el Grupo Especial de la cuantía de la subvención por aeronave ofrecía una estimación útil la medida máxima en que Boeing habría podido reducir sus precios mediante la utilización de la subvención fiscal vinculada a los fines de establecer la relación causal requerida. El Órgano de Apelación se abstuvo de abordar la alegación subsidiaria formulada por los Estados Unidos al amparo del artículo 11 del ESD, afirmando que la evaluación realizada por el Grupo Especial de la cuantía de la subvención por aeronave se refiere más a la aplicación del criterio jurídico previsto en el artículo 5 y el párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC que a la objetividad de la evaluación de los hechos realizada por el Grupo Especial en el sentido del artículo 11 del ESD.

Con respecto a la cuestión de si el Grupo Especial estaba obligado a establecer que la cuantía de la subvención por aeronave explica la totalidad de las diferencias en los precios netos de Airbus y Boeing a los fines de llegar a constataciones de pérdida de ventas, el Órgano de Apelación recordó que un método para evaluar la existencia de la relación causal requerida entre la subvención y el supuesto perjuicio grave consiste en recurrir a un análisis hipotético. El Órgano de Apelación explicó que, en los casos en que la parte reclamante trata de demostrar la pérdida de ventas a través de los efectos de una subvención sobre los precios de la empresa subvencionada, una prueba hipotética adecuada puede consistir en la comparación entre, por una parte, el grado de reducción del precio que se posibilita con el uso de la subvención en la venta concreta en cuestión y, por otra parte, el grado de diferencia de precio que podría haber cambiado el resultado de esa venta. Sin embargo, el Órgano de Apelación no estuvo de acuerdo con la proposición de que, al hacer esa comparación, un grupo especial deba necesariamente establecer que la primera cuantía sea superior a la segunda. Esto se debe a que, por ejemplo, en una situación en que el precio sea efectivamente el único factor que el cliente toma en consideración en su decisión de adquirir el producto de la empresa subvencionada en lugar del producto de la empresa competidora, exigir que la subvención explique la totalidad de la ventaja de la empresa subvencionada puede equivaler al requisito excesivamente estricto de que la subvención sea la *única* causa de que la empresa subvencionada obtenga la venta.

Además, con respecto en particular a los mercados de LCA en que las aeronaves competidoras se diferencian entre sí en varios aspectos, como el número de asientos y la autonomía de vuelo, el Órgano de Apelación declaró que la diferencia de precios netos no puede ser el indicador exclusivo en cuanto a la cuestión de si la subvención contribuyó de forma auténtica y sustancial al resultado de determinadas campañas de ventas. En este contexto, el Órgano de Apelación observó que el Grupo Especial había basado sus constataciones de pérdida de ventas no solo en pruebas concernientes a las diferencias en los precios netos, sino también en pruebas relativas a la diferencia en el valor actual neto (VAN) de la oferta de Airbus o Boeing que puede cambiar el resultado de las campañas de ventas sumamente competitivas. En esas circunstancias, el Órgano de Apelación no estuvo de acuerdo con los Estados Unidos en que el Grupo Especial incurriera en error por la sola razón de que su conclusión no se basaba en una constatación de que la magnitud de la subvención

por aeronave supera las diferencias entre los precios netos ofertados por Airbus y Boeing en las cinco campañas de ventas. El Órgano de Apelación se ocupó también de los argumentos más específicos de los Estados Unidos relativos al análisis realizado por el Grupo Especial de cada una de las cinco campañas de ventas individuales, y rechazó cada uno de esos argumentos.

Por consiguiente, el Órgano de Apelación constató que los Estados Unidos no habían demostrado que el Grupo Especial hubiera incurrido en error en el marco del artículo 5 y el párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC o hubiera actuado de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al llegar a sus constataciones de que la subvención es una causa auténtica y sustancial de la pérdida de ventas de Airbus en las cinco campañas de ventas y, en consecuencia, de una pérdida significativa de ventas en el sentido del párrafo 3 c) del artículo 6 del Acuerdo SMC y de una amenaza de obstaculización en el sentido de los apartados a)-b) del párrafo 3 del artículo 6 de ese Acuerdo, en el período posterior a la aplicación. Por lo tanto, el Órgano de Apelación confirmó las constataciones del Grupo Especial de que la Unión Europea había establecido que las subvenciones fiscales vinculadas causan una pérdida significativa de ventas, en el sentido del apartado c) del artículo 5 y del párrafo 3 c) del artículo 6 del Acuerdo SMC, en el mercado de LCA de pasillo único, con respecto a las campañas de ventas de Fly Dubai 2014, Icelandair 2013 y Air Canada 2013, en el período posterior a la aplicación, así como una amenaza de obstaculización de las importaciones de LCA de pasillo único de Airbus en los Estados Unidos y de las exportaciones de LCA de pasillo único de Airbus a los Emiratos Árabes Unidos, en el sentido del apartado c) del artículo 5 y de los apartados a) y b) del párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC, en el período posterior a la aplicación.

### **3.1.8.3 Alegaciones de la Unión Europea relativas al análisis realizado por el Grupo Especial de las subvenciones no vinculadas**

La Unión Europea solicitó al Órgano de Apelación que revocara las constataciones del Grupo Especial de que no había establecido que las "subvenciones no vinculadas" -consistentes en las diversas subvenciones estatales y locales de flujo de caja y las subvenciones para investigación y desarrollo aeronáuticos posteriores a 2006- sean una causa auténtica y sustancial de efectos desfavorables en el período posterior a la aplicación mediante un mecanismo causal basado en los precios. Según la Unión Europea, el Grupo Especial incurrió en error en la interpretación y aplicación del artículo 5 y el párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC al establecer que, para demostrar que las subvenciones no vinculadas causan efectos desfavorables, la Unión Europea debe hacer un seguimiento de los dólares desde las subvenciones no vinculadas hasta reducciones reales de los precios de venta de LCA. La Unión Europea alegó además que el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva del asunto en el sentido del artículo 11 del ESD al apartarse de las constataciones formuladas por el Órgano de Apelación en el procedimiento inicial.

El Órgano de Apelación señaló que, a diferencia de las subvenciones fiscales vinculadas, las subvenciones no vinculadas no están supeditadas a la producción o venta de LCA sobre una base unitaria, sino que incrementan el flujo de caja de Boeing no destinado a la explotación. La cuestión que había de determinarse, por lo tanto, era en qué circunstancias puede constatarse que las subvenciones otorgadas a Boeing en forma de efectivo adicional causan efectos desfavorables mediante un mecanismo causal basado en los precios. El Órgano de Apelación indicó que, en el procedimiento inicial, había considerado que el criterio jurídico para establecer la causalidad podía establecerse sobre la base de su evaluación de varios factores consistentes en las condiciones de competencia, la magnitud de la subvención y si existía una relación auténtica con la producción de las LCA pertinentes. El Grupo Especial, sin embargo, no aceptó que tal enfoque fuera suficiente para establecer que la subvención era una causa auténtica de efectos desfavorables. En lugar de ello, con arreglo al criterio que adoptó, el Grupo Especial también exigía una explicación de la manera en que las subvenciones que proporcionaban efectivo adicional a Boeing habrían alterado su estrategia de fijación de precios con respecto a un programa de LCA concreto, o pruebas acerca de ello. Por consiguiente, el Grupo Especial parecía haber adoptado el criterio jurídico de que para que una constatación de la existencia de una relación causal pueda mantenerse sería necesario demostrar que las subvenciones en cuestión de hecho alteraron el comportamiento de Boeing en materia de fijación de precios con respecto a un programa de LCA concreto.

El Órgano de Apelación no consideró que el criterio jurídico que adoptó en el procedimiento inicial respaldara la opinión del Grupo Especial de que para establecer que las subvenciones no vinculadas causaban efectos desfavorables mediante un mecanismo causal basado en los precios, debía constatar que las subvenciones realmente alteraban el comportamiento de Boeing en materia de fijación de precios con respecto a programas de LCA concretos. Para el Órgano de Apelación,

equivalía a exigir que las subvenciones no vinculadas fueran la única causa o la única causa sustancial de la reducción de los precios de las LCA, un criterio relativo a la relación causal que previamente se ha constatado que es demasiado exigente. En cambio, el Órgano de Apelación observó que, en el procedimiento inicial, se constató que determinadas subvenciones no vinculadas habían causado una pérdida significativa de ventas porque "aumentaron la flexibilidad de que gozaba [Boeing] en materia de fijación de precios" gracias a las subvenciones fiscales vinculadas.

Además, el Órgano de Apelación observó que, debido a que el Grupo Especial rechazó el recurso de la Unión Europea al enfoque adoptado por el Órgano de Apelación para demostrar la existencia de una relación auténtica entre una subvención no vinculada y el comportamiento de Boeing en materia de fijación de precios, no examinó si las supuestas relaciones expuestas por la Unión Europea entre las subvenciones no vinculadas y determinados programas de LCA pertinentes existían. Por consiguiente, si bien el Grupo Especial reconoció que "se pued[e] demostrar que las subvenciones que reducen los costos fijos de un productor afectan a los precios", el Grupo Especial en ningún momento examinó los argumentos y las pruebas presentados por la Unión Europea para evaluar si estas supuestas relaciones satisfacían el criterio establecido por el Órgano de Apelación al examinar las reducciones de impuestos concedidas por la ciudad de Wichita mediante la emisión de IRB. Por lo tanto, incluso si, como declaró el Grupo Especial, no se debe interpretar "que lo que dijo el Órgano de Apelación en ese contexto particular establece una teoría económica o una resolución jurídica en relación con la base por la que las subvenciones no vinculadas, a través de su efecto en el comportamiento del receptor en materia de precios, se debe considerar una causa *auténtica* de perjuicio grave", el Grupo Especial no examinó cómo la situación en este procedimiento sobre el cumplimiento imponía un resultado diferente del constatado en el procedimiento inicial.

Por consiguiente, el Órgano de Apelación constató que el Grupo Especial incurrió en error en el marco del artículo 5 y del párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC al exigir a la Unión Europea que demostrase que las subvenciones no vinculadas realmente dieron lugar a reducciones de los precios de venta de las LCA de Boeing a fin de establecer que las subvenciones causaban efectos desfavorables a través de la reducción de precios de las LCA de Boeing. En consecuencia, el Órgano de Apelación revocó las constataciones del Grupo Especial de que la Unión Europea no había establecido que las subvenciones no vinculadas causen un perjuicio grave, en el sentido del apartado c) del artículo 5 y el párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC, en el período posterior a la aplicación mediante un mecanismo causal basado en los precios. Al haber revocado esta constatación, el Órgano de Apelación no abordó la cuestión de si, además, el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD.

Con respecto a la solicitud de compleción del análisis jurídico formulada por la Unión Europea en relación con las subvenciones no vinculadas, el Órgano de Apelación recordó que, en el procedimiento inicial, había adoptado un enfoque de "acumulación" al completar el análisis jurídico por lo que respecta a los efectos de las subvenciones no vinculadas. El Órgano de Apelación también señaló que, en este procedimiento sobre el cumplimiento, la Unión Europea le pidió que constatará que las subvenciones no vinculadas contribuyen a los efectos desfavorables a través de una vía causal basada en los precios de la misma forma en que, en el procedimiento inicial, se había constatado que las subvenciones no vinculadas contribuían a los efectos desfavorables. Sobre esa base, el Órgano de Apelación pasó a examinar si había suficientes constataciones fácticas del Grupo Especial y hechos no controvertidos obrantes en el expediente para constatar que los efectos de las subvenciones no vinculadas "complementan y suplementan" los efectos de las subvenciones fiscales vinculadas, con respecto a las cuales se había constatado que eran una causa auténtica y sustancial de efectos desfavorables en el mercado de LCA de pasillo único y, en consecuencia, causan efectos desfavorables en el sentido del artículo 5 y del párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC en el mercado de LCA de pasillo único.

El Órgano de Apelación declaró que, en las circunstancias del presente asunto, el criterio jurídico para establecer la relación causal en lo que respecta a las subvenciones no vinculadas implicaba evaluar las condiciones de competencia, la magnitud de la subvención y si existía una relación suficiente entre la subvención y la producción de las LCA pertinentes. Con respecto en particular a la existencia de una relación entre la subvención y la producción de LCA, el Órgano de Apelación recordó que, en el procedimiento inicial, había constatado la existencia de la relación requerida entre las reducciones de impuestos concedidas por la ciudad de Wichita mediante la emisión de IRB y la producción del 737NG de Boeing, porque esos IRB estaban específicamente destinados a mejorar, y se utilizaron con ese fin, las instalaciones de fabricación de Boeing en Wichita en que se realizaba parte de las operaciones de producción y ensamblaje del 737NG. Esto, junto con otras

consideraciones pertinentes, respaldaba la conclusión del Órgano de Apelación de que los IRB de Wichita aumentaron la flexibilidad de que gozaba Boeing en materia de fijación de precios gracias a las subvenciones fiscales vinculadas, causando con ello efectos desfavorables en el sentido del artículo 5 y del párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC. El Órgano de Apelación recordó asimismo, con respecto a las otras subvenciones no vinculadas en litigio en el procedimiento inicial, que no pudo completar el análisis jurídico ya fuera porque el expediente del Grupo Especial inicial había indicado que estas subvenciones se relacionaban con los costos generales de Boeing y no estaban orientadas a productos en particular o beneficiaban a aeronaves *distintas del 737NG* o porque no había constataciones del Grupo Especial ni hechos no controvertidos que indicaran que estas subvenciones se hubieran recibido, o se esperara recibirlas, con respecto a gastos relacionados con el 737NG.

A los fines de determinar si podía completar el análisis jurídico en ese procedimiento sobre el cumplimiento, el Órgano de Apelación examinó si había suficientes constataciones fácticas del Grupo Especial o hechos no controvertidos obrantes en el expediente que establecieran la existencia de la relación requerida entre cada una de las cuatro subvenciones no vinculadas que según alegó la Unión Europea habían afectado a los precios de las LCA de pasillo único de Boeing. Tras haber examinado el expediente del Grupo Especial en relación con el diseño, el funcionamiento y la aplicación de estas subvenciones, el Órgano de Apelación concluyó no había constataciones específicas del Grupo Especial o hechos no controvertidos que indicasen que algunas de esas subvenciones se generaran en relación con la producción de las LCA pertinentes o que hubieran aumentado de otra forma la flexibilidad de Boeing en materia de fijación de precios con respecto a esas LCA. Por lo tanto, el Órgano de Apelación constató que no podía completar el análisis jurídico.

### **3.1.9 Alegaciones adicionales formuladas en apelación**

El Órgano de Apelación observó también que había determinadas alegaciones adicionales de la Unión Europea, y alegaciones condicionales de los Estados Unidos, que no abordó porque no consideró que pronunciarse sobre ellas fuera necesario para la resolución de la diferencia.

Primero, la Unión Europea alegó que el Grupo Especial incurrió en error en la interpretación del artículo 5, el párrafo 3 del artículo 6 y del párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC al constatar que "un producto subvencionado solo puede causar un perjuicio grave a otro producto si los dos productos en cuestión compiten en el mismo mercado", en lo que se refería a los fenómenos de perjuicio grave en forma de contención significativa de la subida de los precios, reducción de los precios y pérdida de ventas. La Unión Europea mantuvo que, en lugar de ello, el Órgano de Apelación debería interpretar el párrafo 3 c) del artículo 6 en un sentido que permita una constatación de efectos desfavorables en forma de contención significativa de la subida de los precios, reducción de los precios o pérdida de ventas cuando el producto subvencionado y el producto similar no compiten en el mismo mercado. La Unión Europea afirmó que, al solicitar la revocación de esta constatación del Grupo Especial, intentaba posibilitar que el Órgano de Apelación, al completar el análisis jurídico, constataste una pérdida significativa de ventas en casos en que el 787-8/9 y el A350XWB-900 competían por la venta, a pesar de que el Grupo Especial situó esos productos competidores en dos mercados de productos separados. El Órgano de Apelación señaló la constatación del Grupo Especial de que no hay una distinción inequívoca entre esos mercados y que, dependiendo de las circunstancias, cabía concluir que determinadas aeronaves de tamaño medio más grandes ejercen presiones competitivas significativas sobre aeronaves de mayor tamaño más pequeñas. En cualquier caso, a la luz de lo que había resuelto respecto de otras alegaciones formuladas en apelación y, en particular, del hecho de que no estaba obligado a examinar la solicitud de compleción del análisis jurídico formulada por la Unión Europea con respecto a los mercados de LCA de doble pasillo, el Órgano de Apelación no consideró cualquier posible relación de competencia entre las LCA 787-8/9 y A350XWB-900 y, por lo tanto, no abordó la alegación de error formulada por la Unión Europea.

La Unión Europea alegó también que el Grupo Especial incurrió en error en la interpretación del artículo 5, el párrafo 3 del artículo 6 y el párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC al constatar supuestamente que la combinación y la acumulación de subvenciones son los dos únicos enfoques de la evaluación conjunta de los efectos desfavorables de subvenciones múltiples. La Unión Europea añadió que solicitaba la revocación de la interpretación del Grupo Especial porque, a su juicio, sería crucial a los fines de la compleción del análisis jurídico por el Órgano de Apelación. El Órgano de Apelación recordó que había constatado anteriormente que "pueden utilizarse por lo menos dos enfoques de la evaluación conjunta de los efectos de múltiples medidas de subvención, a saber, la combinación y la acumulación". Afirmó que, como se desprende de esta formulación, el Órgano de



Apelación no había excluido la existencia de otros métodos para la evaluación conjunta de los efectos de subvenciones múltiples.

Sin embargo, el Órgano de Apelación observó que no podía concluir que las subvenciones no vinculadas fueran una causa auténtica de efectos desfavorables y que tal demostración habría sido necesaria, en el marco de los enfoques propuestos por la Unión Europea, para la evaluación conjunta de subvenciones múltiples. Por consiguiente, a la luz de lo que había resuelto respecto de otras alegaciones formuladas en apelación, el Órgano de Apelación no estaba obligado a examinar ninguno de esos métodos adicionales de evaluación conjunta de las subvenciones y, en consecuencia, no abordó la alegación de error formulada por la Unión Europea.

Por último, el Órgano de Apelación indicó que los Estados Unidos habían presentado alegaciones condicionales relativas a los análisis del beneficio y la especificidad realizados por el Grupo Especial en relación con determinados contratos del Gobierno de los Estados Unidos, su análisis del beneficio en relación con determinadas medidas de Carolina del Sur y su constatación relativa a la contención significativa de la subida de los precios con respecto al A330. El Órgano de Apelación explicó que, a la luz de lo que había resuelto respecto de otras alegaciones formuladas en apelación, no se habían cumplido las condiciones relativas a cada una de esas alegaciones.

### **3.2 Informe del Órgano de Apelación, Corea - Prohibiciones de importación, y prescripciones en materia de pruebas y certificación relativas a los radionúclidos, WT/DS495/AB/R**

La diferencia se refería a la imposición por Corea de las cuatro medidas siguientes en respuesta al accidente de la central nuclear de Fukushima Dai-ichi (FDNPP) acaecido en marzo de 2011: i) las prescripciones en materia de pruebas adicionales adoptadas en 2011 con respecto a los productos no pesqueros procedentes del Japón (salvo los productos de la ganadería); ii) las prohibiciones de importación de productos específicos adoptadas en 2012 respecto del colín de Alaska procedente de una prefectura japonesa y el bacalao del pacífico procedente de cinco prefecturas japonesas; iii) las prescripciones en materia de pruebas adicionales adoptadas en 2013 con respecto a productos de la pesca y de la ganadería procedentes del Japón; y iv) la "prohibición general de importar" adoptada en 2013 respecto de todos los productos de la pesca procedentes de ocho prefecturas japonesas en relación con 28 productos de la pesca.

Ante el Grupo Especial, el Japón alegó que todas las medidas de Corea impugnadas son incompatibles con el párrafo 3 del artículo 2, el párrafo 6 del artículo 5, el artículo 7 y los párrafos 1 y 3 del Anexo B del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (Acuerdo MSF). El Japón alegó también que las prescripciones en materia de pruebas adicionales de 2011 y 2013 son incompatibles con el artículo 8 y los párrafos 1 a), 1 c), 1 e) y 1 g) del Anexo C del Acuerdo MSF. Corea solicitó al Grupo Especial que rechazara todas las alegaciones formuladas por el Japón.

El Grupo Especial señaló que Corea había hecho referencia al carácter provisional de sus medidas en el marco del párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo MSF y comenzó su análisis con esta disposición. El Grupo Especial constató que las medidas en litigio no cumplían todos los requisitos establecidos en el párrafo 7 del artículo 5 y por consiguiente no estaban comprendidas en el ámbito de aplicación de dicha disposición.

Con respecto a la cuestión de si las medidas de Corea entrañaban un grado de restricción del comercio mayor del requerido en el sentido del párrafo 6 del artículo 5 del Acuerdo MSF, el Grupo Especial examinó la medida alternativa propuesta por el Japón, es decir, realizar pruebas de cesio únicamente y rechazar todos los productos alimenticios con niveles de cesio superiores a 100 bequerelios por kilogramo (Bq/kg). El Grupo Especial consideró que esta medida alternativa estaba técnicamente disponible y que era económicamente viable y significativamente menos restrictiva del comercio que las medidas de Corea, y que podían lograr el nivel adecuado de protección (NADP) de Corea. A continuación el Grupo Especial constató que las prescripciones en materia de pruebas adicionales de 2011 y las prohibiciones de importación de productos específicos no entrañaban un grado de restricción del comercio mayor del requerido cuando se *adoptaron*, pero en el momento del establecimiento del Grupo Especial se *mantenían* de manera incompatible con el párrafo 6 del artículo 5 porque entrañaban un grado de restricción del comercio mayor del requerido. El Grupo Especial también constató que las prescripciones en materia de pruebas adicionales de 2013 y la prohibición general de importar fueron *adoptadas* (con la excepción de la prohibición

sobre el bacalao del Pacífico procedente de Fukushima e Ibaraki) y *mantenidas* de manera incompatible con el párrafo 6 del artículo 5 porque entrañaban un grado de restricción del comercio mayor del requerido para lograr el NADP de Corea.

En relación con la cuestión de si las medidas de Corea discriminan de manera arbitraria o injustificable entre Miembros en que prevalecen condiciones idénticas o similares de conformidad con la primera frase del párrafo 3 del artículo 2 del Acuerdo MSF, el Grupo Especial evaluó en primer lugar si prevalecen condiciones similares en el Japón y en otros Miembros. El Grupo Especial consideró que las condiciones pertinentes que había que comparar en el marco del párrafo 3 del artículo 2 eran "si los productos procedentes del Japón y del resto del mundo tienen una posibilidad similar de estar contaminados ... y si los niveles de contaminación serían inferiores a los niveles de tolerancia de Corea" en el caso de determinados radionúclidos. Sobre la base de las opiniones de los expertos que había nombrado y de datos sobre los niveles de contaminación en los productos alimenticios procedentes del Japón y de otros países, el Grupo Especial constató que prevalecían condiciones similares en el Japón y en otros Miembros con respecto a la adopción de determinadas medidas en 2013 y con respecto al mantenimiento de todas las medidas impugnadas. El Grupo Especial constató además que el trato discriminatorio dispensado en el marco de las medidas de Corea no estaba racionalmente conectado con el objetivo reglamentario de ese país de proteger a la población coreana del riesgo derivado del consumo de productos alimenticios contaminados. Por lo tanto, el Grupo Especial constató la existencia de discriminación arbitraria o injustificable en los casos en que prevalecen condiciones similares en relación con la adopción de determinadas medidas en 2013 y en relación con el mantenimiento de todas las medidas impugnadas. Por último, respecto de la cuestión de si las medidas de Corea se aplicaban de manera que constituirían una restricción encubierta del comercio internacional de conformidad con la segunda frase del párrafo 3 del artículo 2, el Grupo Especial constató que las medidas de Corea "constituyen igualmente una restricción encubierta del comercio internacional" sobre la base de su constatación relativa a la existencia de discriminación arbitraria o injustificable.

Con respecto a las obligaciones relativas a los procedimientos de control, inspección y aprobación establecidas en el artículo 8 y el Anexo C del Acuerdo MSF, el Grupo Especial constató que el Japón no estableció que Corea hubiera actuado de manera incompatible con los párrafos 1 a), 1 c), 1 e) y 1 g) del Anexo C y el artículo 8 en lo referente a la adopción y el mantenimiento de las prescripciones en materia de pruebas adicionales de 2011 y 2013. En particular, con respecto al párrafo 1 a) del Anexo C, el Grupo Especial constató que el Japón no había establecido que se pudiera presumir que los productos importados japoneses y los productos nacionales coreanos son "similares" en el sentido de esta disposición.

En relación con las obligaciones en materia de transparencia previstas en el artículo 7 y el Anexo B del Acuerdo MSF, el Grupo Especial constató en primer lugar que el párrafo 1 del Anexo B exige que la publicación de una reglamentación sanitaria o fitosanitaria incluya contenido suficiente para que el Miembro interesado conozca "las condiciones (con inclusión de los principios y métodos específicos) que se aplican a sus productos". A continuación, el Grupo Especial constató que Corea actuó de manera incompatible con el párrafo 1 del Anexo B porque no publicó las medidas de manera que el Japón pudiera conocer su contenido. En cuanto al párrafo 3 del Anexo B, el Grupo Especial constató que Corea había actuado de manera incompatible con esta disposición porque el Servicio de información sobre MSF de Corea dio una respuesta incompleta a la primera solicitud del Japón y no respondió a la segunda solicitud del Japón.

### **3.2.1 Párrafo 6 del artículo 5 del Acuerdo MSF: "un grado de restricción del comercio mayor del requerido para lograr" el nivel adecuado de protección de Corea**

Corea apeló respecto de la constatación del Grupo Especial de que Corea había actuado de manera incompatible con el párrafo 6 del artículo 5 del Acuerdo MSF con respecto a: i) la adopción de la prohibición general de importar (con la excepción de la prohibición sobre el bacalao del Pacífico procedente de Fukushima e Ibaraki) y las prescripciones en materia de pruebas adicionales de 2013; y ii) el mantenimiento de todas las medidas de Corea. Corea impugnó las constataciones del Grupo Especial relativas al logro del NADP de Corea mediante una medida alternativa propuesta por el Japón, aduciendo que el Grupo Especial aplicó efectivamente un NADP incorrecto. En particular, Corea sostuvo que, tras aceptar inicialmente el NADP de Corea, el Grupo Especial procedió seguidamente a aplicar una norma cuantitativa de 1 milisievertio al año (mSv/año) como NADP de Corea, sin tener en cuenta otros elementos de su NADP, entre ellos el mantenimiento de niveles de contaminación radiactiva en los alimentos lo más bajos que sea razonablemente posible (ALARA),



por debajo del límite de dosis de radiación de 1 mSv/año, a un nivel existente en el medio ambiente normal. El Japón respondió que el Grupo Especial determinó y aplicó correctamente el NADP de Corea.

En virtud del párrafo 6 del artículo 5, un reclamante debe demostrar que una medida alternativa: i) está razonablemente disponible teniendo en cuenta su viabilidad técnica y económica; ii) consigue el NADP del Miembro; y iii) es significativamente menos restrictiva del comercio que la MSF impugnada. En el párrafo 5 del Anexo A del Acuerdo MSF se define el "nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria" como el "[n]ivel de protección que estime adecuado el Miembro que establezca la medida sanitaria o fitosanitaria para proteger la vida o la salud de las personas y de los animales o para preservar los vegetales en su territorio".

La principal cuestión planteada por Corea en esta apelación fue si el Grupo Especial aplicó un NADP incorrecto en su evaluación de la medida alternativa propuesta por el Japón. El Órgano de Apelación observó que, al establecer el NADP pertinente para su análisis, el Grupo Especial afirmó que debía determinar si con la medida alternativa del Japón se logra el siguiente nivel de protección:

[M]antener los niveles de radiactividad en los alimentos consumidos por los coreanos en niveles que existen en el medio ambiente normal -en ausencia de radiación procedente de un accidente nuclear importante- y mantener así unos niveles de contaminación radiactiva en los alimentos "tan bajos como razonablemente pueda[] alcanzarse" (ALARA), por debajo del límite de dosis de radiación de 1 mSv/año.

El Órgano de Apelación observó que esta formulación del NADP pertinente, tal como fue articulado por Corea y aceptado por el Grupo Especial, comprende aspectos tanto cualitativos como cuantitativos relativos a los niveles de radiactividad en los alimentos consumidos por los coreanos, a saber: i) los niveles existentes en el medio ambiente normal; ii) ALARA; y iii) la dosis de exposición cuantitativa de 1 mSv/año. El Órgano de Apelación examinó el análisis realizado por el Grupo Especial y observó que, pese a haber reconocido que el NADP de Corea comprende varios elementos, diversas afirmaciones a lo largo del análisis realizado por el Grupo Especial reflejaban un hincapié predominante en la exposición por debajo de 1 mSv/año como indicador decisivo de si la medida alternativa propuesta por el Japón conseguiría el NADP de Corea.

Si bien ni el párrafo 6 del artículo 5 ni el párrafo 5 del Anexo A del Acuerdo MSF impiden que el NADP de un Miembro contenga múltiples elementos, el Órgano de Apelación consideró que el Grupo Especial no había resuelto claramente la cuestión de si cada uno de los elementos en litigio representaba un componente distinto del NADP de Corea, ni la de cómo interactúan en tanto que partes del NADP global de Corea. Además, el Grupo Especial no resolvió la cuestión de si los aspectos cualitativos del NADP de Corea quedaban plenamente comprendidos en el límite de dosis de 1 mSv/año, de modo que una medida alternativa que lograra una exposición inferior a ese umbral cuantitativo lograría necesariamente el nivel cualitativo de protección representado por el elemento ALARA y el mantenimiento de los niveles de radiactividad en los alimentos en niveles que existen "en el medio ambiente normal". El Órgano de Apelación también consideró que las constataciones del Grupo Especial sobre el logro de una exposición "inferior" o "considerablemente menor" que 1 mSv/año no se correspondían claramente con los demás elementos del NADP pertinente. Además, el Órgano de Apelación no consideró que el logro del NADP polifacético aceptado por el Grupo Especial se derive automáticamente de las observaciones del Grupo Especial acerca de la naturaleza "conservadora" de la medida alternativa propuesta.

El Órgano de Apelación recordó que un grupo especial tiene que establecer el NADP del demandado sobre la base de la totalidad de los argumentos y las pruebas obrantes en el expediente, que pueden incluir pruebas relativas al nivel de protección que refleja la MSF efectivamente aplicada. Cuando un grupo especial considera que el NADP de un demandado difiere del formulado por el demandado, debe explicar con claridad lo que ha determinado que es el NADP del demandado, junto con los motivos y las pruebas en que se basa su determinación. A pesar de que hizo algunas declaraciones que podrían haber puesto en cuestión que el principio ALARA o los niveles de radiactividad que existen en el medio ambiente normal puedan servir como parte un NADP significativo, el Grupo Especial no resolvió la cuestión ni formuló ninguna constatación a tal efecto. Finalmente, el Grupo Especial aceptó la formulación hecha por la propia Corea del NADP pertinente como el nivel de protección que se tendría que alcanzar mediante la medida alternativa del Japón.

El Órgano de Apelación concluyó que, aunque el Grupo Especial aceptó la formulación hecha por Corea de un NADP polifacético, su análisis se centró en el elemento cuantitativo de 1 mSv/año. El Grupo Especial llegó a conclusiones con respecto a la medida alternativa del Japón que dejaban poco claro si consideraba que la medida alternativa del Japón satisfacía todos los elementos del NADP de Corea que había identificado. Las constataciones del Grupo Especial subordinaron efectivamente los elementos de ALARA y de niveles de radiactividad "en el medio ambiente normal" al elemento cuantitativo de exposición inferior a 1 mSv/año, de manera que se contradecía la formulación del NADP explícitamente aceptada por el Grupo Especial al principio de su análisis.

Por lo tanto, el Órgano de Apelación constató que el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 6 del artículo 5 del Acuerdo MSF al constatar que la medida alternativa propuesta por el Japón logra el NADP de Corea. En consecuencia, el Órgano de Apelación revocó las constataciones del Grupo Especial en litigio.

### **3.2.2 Párrafo 3 del artículo 2 del Acuerdo MSF - discriminación arbitraria o injustificable "entre Miembros en que prevalezcan condiciones idénticas o similares"**

Corea apeló respecto de las constataciones del Grupo Especial de que Corea había actuado de manera incompatible con el párrafo 3 del artículo 2 del Acuerdo MSF con respecto a: i) la adopción de la prohibición general de importar (con la excepción de la prohibición sobre el bacalao del Pacífico procedente de Fukushima e Ibaraki) y las prescripciones en materia de pruebas adicionales de 2013; y ii) el mantenimiento de todas las medidas de Corea. Corea impugnó la interpretación y aplicación que hizo el Grupo Especial de la primera frase del párrafo 3 del artículo 2 en lo referente a la cuestión de si "prevale[ce]n condiciones ... similares" entre los territorios del Japón y de otros Miembros y a si las medidas de Corea dan lugar a una discriminación arbitraria o injustificable. En particular, Corea impugnó la interpretación que hizo el Grupo Especial con respecto al alcance de las condiciones que han de compararse en el marco del párrafo 3 del artículo 2, y adujo que el Grupo Especial aplicó una norma incorrecta centrada exclusivamente en el riesgo presente en los productos como la condición pertinente. Corea destacó la importancia de las condiciones ambientales y ecológicas existentes en el Japón y el estado de la FDNPP, así como factores relativos a la dispersión de los radionúclidos y la contaminación producida por estos, al aducir que el Grupo Especial se centró indebidamente en los niveles de contaminación en los productos excluyendo otras condiciones pertinentes. El Japón sostuvo que el Grupo Especial constató correctamente que prevalecen condiciones similares entre los productos alimenticios japoneses y los productos procedentes de otras fuentes, y adujo que el Grupo Especial consideró todos los factores pertinentes y los tuvo debidamente en cuenta.

En virtud de la primera frase del párrafo 3 del artículo 2, incumbe al reclamante la carga de demostrar que una medida discrimina de manera arbitraria o injustificable entre Miembros en que prevalezcan condiciones idénticas o similares, o entre su propio territorio y el de otros Miembros. Por lo tanto, el párrafo 3 del artículo 2 exige que se demuestre como cuestión previa que "prevale[ce]n condiciones idénticas o similares" entre Miembros. El Órgano de Apelación ha afirmado que identificar las condiciones pertinentes y evaluar si son idénticas o similares, constituirá a menudo un buen punto de partida para el análisis en el marco de la primera frase del párrafo 3 del artículo 2. A este respecto, las "condiciones" relacionadas con el objetivo perseguido concreto y los riesgos abordados por la MSF en cuestión son pertinentes para el análisis en el marco del párrafo 3 del artículo 2 de si prevalecen condiciones idénticas o similares entre los Miembros.

Con respecto a la interpretación que hizo el Grupo Especial de las "condiciones" pertinentes en el marco del párrafo 3 del artículo 2, el Órgano de Apelación consideró que el Grupo Especial reconoció correctamente que el objetivo reglamentario de una medida debe informar la determinación de las condiciones pertinentes en el marco del párrafo 3 del artículo 2. El Órgano de Apelación coincidió con la conclusión del Grupo Especial de que las condiciones a que se hace referencia en el párrafo 3 del artículo 2 deben interpretarse en el sentido de "incluir las existentes en los productos y no solamente en el territorio del Miembro exportador o importador". No obstante, discrepó de la conclusión del Grupo Especial de que el párrafo 3 del artículo 2 permite considerar "el riesgo presente en los productos en el comercio internacional como la condición pertinente" porque esto no atribuiría un peso adecuado a todas las demás condiciones pertinentes en el sentido del párrafo 3 del artículo 2. Si bien el análisis en el marco del párrafo 3 del artículo 2 puede incluir la consideración de condiciones que pueden caracterizarse por estar presentes en los productos de diferentes Miembros, una interpretación adecuada del citado párrafo incluye la consideración de otras condiciones pertinentes, como las condiciones territoriales (incluidas las condiciones ecológicas y ambientales), en la medida en que estas puedan afectar a los productos en cuestión. Por tanto, el

análisis en el marco del párrafo 3 del artículo 2 conlleva la consideración de todas las condiciones pertinentes en los diferentes Miembros, incluidas las condiciones territoriales que pueden no haberse manifestado todavía en los productos, pero son pertinentes a la luz del objetivo reglamentario y los riesgos sanitarios o fitosanitarios específicos en cuestión.

Por lo tanto, el Órgano de Apelación constató que el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación del párrafo 3 del artículo 2 cuando concluyó que esta disposición permite la consideración del "riesgo presente en los productos en el comercio internacional como la condición pertinente", porque entendió que Grupo Especial había concluido que el alcance de las "condiciones" pertinentes en el marco del párrafo 3 del artículo 2 puede limitarse exclusivamente al "riesgo presente en los productos".

En cuanto a la aplicación del párrafo 3 del artículo 2 por el Grupo Especial, el Órgano de Apelación señaló que las "condiciones pertinentes" identificadas por el Grupo Especial a los efectos del párrafo 3 del artículo 2 se refieren a "si los productos procedentes del Japón y del resto del mundo tienen una posibilidad similar de estar contaminados" por determinados radionúclidos, y a "si los niveles de contaminación serían inferiores a los niveles de tolerancia de Corea".

El Órgano de Apelación examinó la evaluación realizada por el Grupo Especial de "la fuente de contaminación radiactiva", incluidas las "importantes liberaciones de radionúclidos artificiales" y la contaminación del medio ambiente a nivel mundial antes del accidente de la FDNPP. El Órgano de Apelación señaló que las constataciones del Grupo Especial relativas a las liberaciones anteriores de radionúclidos se referían, en general, a la posibilidad de contaminación, sin tener en cuenta el grado de contaminación o sin diferenciar la posibilidad relativa de contaminación en distintos territorios. El Órgano de Apelación consideró que la conclusión del Grupo Especial de que los alimentos "pueden estar contaminados por radionúclidos", sin tener en cuenta la fuente específica o el grado relativo, parecía contradecir algunas de las observaciones intermedias del Grupo Especial relativas a las fuentes de contaminación en el mundo. Citó varias declaraciones del Grupo Especial que indicaban que determinados sucesos de liberación pueden aumentar la posibilidad de contaminación de los alimentos en un lugar geográfico o un territorio determinado.

Para el Órgano de Apelación, a pesar de que algunos aspectos del razonamiento del Grupo Especial parecían indicar que dicha dispersión no es uniforme a nivel mundial en los diferentes territorios, en su conclusión relativa a la contaminación ambiental no se hacía ninguna distinción entre territorios en lo referente al grado relativo de posibilidad de contaminación de los alimentos. El Órgano de Apelación también consideró que la conclusión del Grupo Especial sobre la contaminación ambiental, así como su evaluación general de las condiciones territoriales en torno a la FDNPP en relación con otros territorios, no reflejaban una serie de factores que, según había identificado el Grupo Especial, afectaban a la contaminación por radionúclidos de diferentes zonas.

A continuación, el Órgano de Apelación examinó la evaluación realizada por el Grupo Especial de "los niveles de radionúclidos en los productos alimenticios" sobre la base de datos aportados por el Japón y la comparación realizada por el Grupo Especial de las posibilidades de contaminación en los productos alimenticios japoneses con las de los productos de otros orígenes. El Órgano de Apelación observó que la evaluación que hizo el Grupo Especial de los alimentos japoneses se centró en los niveles de contaminación reales -no posibles- de diferentes productos durante diferentes períodos, haciendo hincapié en el "nivel de tolerancia" de Corea con respecto al radionúclido pertinente.

Con respecto a la comparación realizada por el Grupo Especial de la posibilidad de contaminación en los productos alimenticios procedentes del Japón y de otros orígenes, el Órgano de Apelación consideró que el análisis del Grupo Especial reflejaba la contradicción entre, por una parte, su descripción generalizada de la contaminación por radionúclidos a nivel mundial y, por otra, su observación de las condiciones relativas a sucesos y lugares específicos. A juicio del Órgano de Apelación, esta aparente laguna en el razonamiento del Grupo Especial quedó sin resolver en las comparaciones finales del Grupo Especial relativas a la existencia de "condiciones similares" para los productos japoneses y no japoneses, que reflejaban la atención puesta por el Grupo Especial en la presencia de contaminación en los alimentos sin tener en cuenta las diferencias en las condiciones territoriales que afectan a la posibilidad de contaminación.

El Órgano de Apelación recordó que el Grupo Especial había identificado las "condiciones" pertinentes que había que comparar como la "posibilidad de estar contaminados" por los radionúclidos

pertinentes y "si los niveles de contaminación serían inferiores a los niveles de tolerancia de Corea". El Grupo Especial no indicó explícitamente que la similitud basada en niveles de contaminación inferiores a determinado nivel de tolerancia equivaldría necesariamente a una "posibilidad" similar de contaminación en general. Más bien, el Grupo Especial presentó estos aspectos como elementos combinados de las "condiciones" pertinentes que había que demostrar que eran "similares" a los efectos del párrafo 3 del artículo 2. Si bien la "posibilidad de estar contaminados" parecía atañer a una cuestión de grado, teniendo en cuenta el objetivo reglamentario de Corea, el Órgano de Apelación consideró que la comparación efectuada por el Grupo Especial de las "condiciones" en el marco del párrafo 3 del artículo 2 se basaba efectivamente en los niveles reales de concentración de los radionúclidos en las muestras de productos alimenticios medidos en comparación con los niveles de tolerancia cuantitativos correspondientes a cada radionúclido.

Por consiguiente, el Órgano de Apelación coincidió con la alegación formulada por Corea en apelación de que el Grupo Especial incurrió en error en la aplicación del párrafo 3 del artículo 2 al centrarse en datos de pruebas realizadas en los productos sin tener debidamente en cuenta si las condiciones territoriales en el Japón y el resto del mundo eran similares en el sentido del párrafo 3 del artículo 2.

Así pues, el Órgano de Apelación constató que el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación y aplicación del párrafo 3 del artículo 2 al constatar que prevalecen condiciones similares entre el Japón y otros Miembros. En consecuencia, el Órgano de Apelación revocó las constataciones del Grupo Especial en litigio. Habida cuenta de la revocación de las constataciones del Grupo Especial relativas a la existencia de "condiciones similares" en el sentido del párrafo 3 del artículo 2, el Órgano de Apelación consideró que no era necesario abordar las alegaciones adicionales de error formuladas por Corea respecto de la discriminación arbitraria o injustificable, ni la cuestión de si las medidas de Corea constituían restricciones encubiertas del comercio internacional.

### **3.2.3 Párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo MSF: medidas provisionales**

En apelación, Corea impugnó la constatación del Grupo Especial de que sus medidas no cumplían los requisitos del párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo MSF. En primer lugar, Corea alegó que el Grupo Especial no estaba facultado para formular constataciones en el marco del párrafo 7 del artículo 5 y, por consiguiente, incurrió en error a tenor del párrafo 2 del artículo 6, el artículo 7 y el artículo 11 del ESD. En segundo lugar, Corea alegó que el Grupo Especial incurrió en varios errores en su interpretación y aplicación del párrafo 7 del artículo 5 al constatar que las medidas de Corea no cumplen los requisitos de esta disposición. En particular, Corea alegó que el Grupo Especial incurrió en error al asignar la carga de la prueba en el marco del párrafo 7 del artículo 5 a Corea. Corea alegó también que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que: i) los testimonios científicos pertinentes "no eran insuficientes" con respecto a las prohibiciones de importación de productos específicos, la prohibición general de importar y las prescripciones en materia de pruebas adicionales de 2013; ii) la prohibición general de importar y las prescripciones en materia de pruebas adicionales de 2013 no se adoptaron sobre la base de la información pertinente disponible; y iii) Corea no revisó sus medidas en un plazo razonable.

El Órgano de Apelación recordó que los artículos 7 y 11 del ESD tratan sobre el mandato y la función de los grupos especiales, respectivamente. El Órgano de Apelación también recordó que las medidas y las alegaciones identificadas en la solicitud de establecimiento de un grupo especial constituyen "el asunto sometido al OSD", que sirve de base para precisar el mandato del grupo especial con arreglo al párrafo 1 del artículo 7 del ESD. En virtud de esta disposición, salvo que las partes acuerden otra cosa, el mandato de los grupos especiales será el siguiente: "[e]xaminar, a la luz de las disposiciones pertinentes (del acuerdo abarcado (de los acuerdos abarcados) que hayan invocado las partes en la diferencia), el asunto sometido al OSD por (nombre de la parte) en el documento ... y formular conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en dicho acuerdo (dichos acuerdos)". El Órgano de Apelación se refirió también al párrafo 2 del artículo 7 del ESD, que especifica que los grupos especiales considerarán las disposiciones del acuerdo o acuerdos abarcados que hayan invocado las partes en la diferencia. Pasando al artículo 11 del ESD, el Órgano de Apelación señaló que esta disposición también se refiere al "asunto" que ha sido sometido a los grupos especiales.

El Órgano de Apelación consideró que el mandato de un grupo especial reflejado en el párrafo 1 del artículo 7 y el artículo 11 del ESD consiste en examinar el "asunto" que se le haya sometido a la luz de las disposiciones pertinentes de los acuerdos abarcados que hayan invocado las partes y formular conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en

dichos acuerdos. El Órgano de Apelación declaró que las partes pueden referirse a una disposición de la OMC simplemente para que sirva como *contexto* pertinente para la interpretación de otras disposiciones de la OMC identificadas en el "asunto" sometido a un grupo especial. Según el Órgano de Apelación, en tales casos, si bien el párrafo 2 del artículo 7 del ESD establece que los grupos especiales "considerarán las disposiciones del acuerdo o acuerdos abarcados que hayan invocado las partes", el mandato del grupo especial no se extiende a la formulación de constataciones sobre la compatibilidad de la medida en litigio con una disposición citada como mero contexto interpretativo.

En esta diferencia, el Japón no formuló una alegación de incompatibilidad al amparo del párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo MSF en su solicitud establecimiento de un grupo especial. En cambio, fueron los argumentos de réplica expuestos por Corea al Grupo Especial los que movieron al Grupo Especial a examinar las medidas de Corea en el marco del párrafo 7 del artículo 5. Por consiguiente, el Órgano de Apelación consideró que lo que había de determinar era si, habida cuenta de las referencias de Corea al párrafo 7 del artículo 5, el Grupo Especial actuó correctamente al formular constataciones sobre la compatibilidad de las medidas de Corea con cada uno de los requisitos del párrafo 7 del artículo 5.

El expediente del Grupo Especial indicaba que Corea no había alegado ante el Grupo Especial que sus medidas estuvieran justificadas o exentas de las obligaciones contenidas en el párrafo 3 del artículo 2, el párrafo 6 del artículo 5, los artículos 7 y 8 y los anexos B y C del Acuerdo MSF, en virtud de su supuesto carácter provisional a tenor del párrafo 7 del artículo 5 de dicho Acuerdo. Corea tampoco adujo que hubiera dos conjuntos diferentes de obligaciones para las medidas provisionales y las medidas definitivas con arreglo al párrafo 3 del artículo 2 y al párrafo 6 del artículo 5. Más bien, el Órgano de Apelación consideró que el principal argumento formulado por Corea ante el Grupo Especial había sido que una situación concreta -a saber, la supuesta insuficiencia de testimonios científicos para llevar a cabo una evaluación del riesgo derivado del consumo de determinados productos alimenticios procedentes del Japón- era pertinente para la evaluación de las alegaciones formuladas por el Japón al amparo del párrafo 3 del artículo 2 y el párrafo 6 del artículo 5. Dada la naturaleza del recurso de Corea al párrafo 7 del artículo 5 como simple contexto, el Órgano de Apelación consideró que el Grupo Especial tuvo que examinar la relevancia de la supuesta insuficiencia de testimonios científicos pertinentes al examinar la compatibilidad de las medidas de Corea con el párrafo 3 del artículo 2 y el párrafo 6 del artículo 5. Además, el Órgano de Apelación consideró que el Grupo Especial tuvo que examinar si el párrafo 7 del artículo 5 proporciona un contexto pertinente para la interpretación de determinadas disposiciones del Acuerdo MSF a las que se refería esa diferencia. Según el Órgano de Apelación, el recurso de Corea al párrafo 7 del artículo 5, como contexto para otras alegaciones, no facultaba al Grupo Especial para formular constataciones en cuanto a la compatibilidad de las medidas de Corea con dicho artículo.

A la luz de la manera en que Corea se había referido al párrafo 7 del artículo 5 ante el Grupo Especial, el Órgano de Apelación concluyó que al formular constataciones en cuanto a la compatibilidad de las medidas de Corea con el párrafo 7 del artículo 5, el Grupo Especial rebasó su mandato, actuando así de manera incompatible con el párrafo 1 del artículo 7 y el artículo 11 del ESD. Por esta razón, el Órgano de Apelación declaró superfluas y carentes de efectos jurídicos las constataciones formuladas por el Grupo Especial en el marco del párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo MSF. Habiendo declarado superfluas las constataciones formuladas por el Grupo Especial en el marco del párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo MSF, el Órgano de Apelación no consideró necesario seguir examinando las otras alegaciones de error formuladas por Corea en relación con esas mismas constataciones del Grupo Especial.

### **3.2.4 Trato dado por el Grupo Especial a las pruebas**

Tanto Corea como el Japón alegaron en apelación que el Grupo Especial incurrió en error en el trato que dio a las pruebas al evaluar la compatibilidad de las medidas de Corea con el párrafo 3 del artículo 2 y el párrafo 6 del artículo 5 del Acuerdo MSF. Corea alegó que el Grupo Especial incurrió en error a tenor del artículo 11 del ESD al tomar en consideración pruebas que o bien no estaban a disposición de las autoridades coreanas cuando se adoptaron las medidas, o bien no existían cuando se estableció el Grupo Especial. En su otra apelación, el Japón alegó que el Grupo Especial incurrió en error en la interpretación y aplicación de los párrafos 3, 4 y 7 del artículo 3 y el artículo 11 del ESD, así como en la aplicación del párrafo 3 del artículo 2 y el párrafo 6 del artículo 5 del Acuerdo MSF, al no tener en cuenta pruebas relativas a la situación existente después del

establecimiento del Grupo Especial cuando evaluó las alegaciones del Japón de que las medidas impugnadas se mantenían de manera incompatible con los requisitos del párrafo 3 del artículo 2 y el párrafo 6 del artículo 5.

El Órgano de Apelación señaló que las alegaciones de error formuladas por Corea y el Japón se referían a la aplicación que había hecho el Grupo Especial del párrafo 3 del artículo 2 y del párrafo 6 del artículo 5 del Acuerdo MSF a los hechos de esta diferencia. El Órgano de Apelación recordó que había revocado las constataciones de incompatibilidad formuladas por el Grupo Especial en el marco del párrafo 3 del artículo 2 y el párrafo 6 del artículo 5. Dado que las alegaciones de error formuladas por los participantes se refieren a constataciones del Grupo Especial que el Órgano de Apelación ya había revocado, el Órgano de Apelación no consideró necesario seguir examinando estas alegaciones de error.

### **3.2.5 Selección de expertos realizada por el Grupo Especial**

Corea apeló contra la decisión del Grupo Especial de consultar a dos de los expertos designados por el Grupo Especial. Corea alegó que el Grupo Especial incurrió en error a tenor del artículo 11 del ESD al designar a esos dos expertos sin tener en cuenta los derechos de debido proceso de Corea. Corea sostuvo que el Grupo Especial debería haber constatado que había un fundamento objetivo para concluir que la independencia o imparcialidad de esos expertos podía verse afectada o que había dudas justificables de su independencia o imparcialidad.

El Órgano de Apelación señaló que la alegación de error formulada por Corea se refería a la aplicación que había hecho el Grupo Especial del párrafo 3 del artículo 2 y los párrafos 6 y 7 del artículo 5 del Acuerdo MSF. Los dos expertos en cuestión habían facilitado respuestas a la mayoría de las preguntas planteadas por el Grupo Especial, y este se había basado en dichas respuestas en su evaluación de la compatibilidad de las medidas de Corea con el párrafo 3 del artículo 2 y los párrafos 6 y 7 del artículo 5. El Órgano de Apelación recordó que había revocado las constataciones formuladas por el Grupo Especial en el marco del párrafo 3 del artículo 2 y el párrafo 6 del artículo 5, y que había declarado superfluas y carentes de efectos jurídicos las constataciones formuladas por el Grupo Especial en el marco del párrafo 7 del artículo 5. En consecuencia, el Órgano de Apelación no consideró necesario seguir examinando la alegación de error formulada por Corea en apelación relativa a estos expertos.

### **3.2.6 Párrafo 1 del Anexo B del Acuerdo MSF: publicación**

Corea apeló contra la constatación del Grupo Especial de que el párrafo 1 del Anexo B del Acuerdo MSF obliga a que la publicación de una reglamentación sanitaria y fitosanitaria incluya contenido suficiente para que el Miembro interesado conozca "las condiciones (con inclusión de los principios y métodos específicos) que se aplican a sus productos". Corea alegó que el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación del párrafo 1 del Anexo B al imponer obligaciones adicionales no incluidas en esta disposición. Asimismo, Corea apeló contra diversos aspectos de la aplicación por el Grupo Especial del párrafo 1 del Anexo B a las medidas en litigio en la presente diferencia. En particular, Corea alegó que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que: i) el comunicado de prensa en el que se anunció la prohibición general de importar no incluía la cobertura total de productos de la medida; ii) los comunicados de prensa en los que se anunciaron las prescripciones en materia de pruebas adicionales de 2011 y 2013 no incluían contenido suficiente para que el Japón pudiera conocer las condiciones que se aplicarían a sus productos; y iii) Corea no demostró que los Miembros interesados habrían sabido recurrir a determinados sitios web para obtener información sobre cada una de las medidas impugnadas. Además, Corea alegó que el Grupo Especial incurrió en error a tenor del artículo 11 del ESD al constatar que el Grupo Especial no pudo saber si las direcciones web facilitadas por Corea estaban disponibles el día en que Corea anunció las medidas en litigio ni qué contenido estaba disponible ese día. El Japón sostuvo que las alegaciones de error formuladas por Corea en apelación debían desestimarse.

El párrafo 1 del Anexo B del Acuerdo MSF exige que los Miembros se aseguren de que todas las reglamentaciones sanitarias y fitosanitarias adoptadas se publiquen prontamente de manera que los Miembros interesados puedan conocer su contenido. El Órgano de Apelación consideró que, para que los Miembros interesados pudieran conocer el contenido de una reglamentación sanitaria o fitosanitaria adoptada, una publicación de las previstas en el párrafo 1 del Anexo B debe ser accesible para los Miembros interesados y contener información suficiente, con inclusión de la cobertura de

productos y las prescripciones de la reglamentación sanitaria o fitosanitaria adoptada, para dar a los Miembros interesados los medios para familiarizarse con ella. El contenido y la cantidad exactos de la información que debe incluirse en una publicación de las previstas en el párrafo 1 del Anexo B para que los Miembros interesados puedan conocer el contenido de una reglamentación sanitaria o fitosanitaria adoptada dependerán de la reglamentación sanitaria o fitosanitaria concreta de que se trate.

El Órgano de Apelación estuvo de acuerdo con el Grupo Especial en la medida en que la referencia del Grupo Especial a las "condiciones" aludía a las prescripciones de la reglamentación sanitaria o fitosanitaria adoptada. Sin embargo, el Órgano de Apelación modificó la constatación formulada por el Grupo Especial en la medida en que el Grupo Especial consideró que el párrafo 1 del Anexo B exige, en todos los casos, que la publicación prevista en dicho párrafo incluya los "principios y métodos específicos" aplicables a los productos. En cambio, el Órgano de Apelación constató que la cuestión de si una publicación de las previstas en el párrafo 1 del Anexo B tiene que incluir los "principios y métodos específicos" solo se puede determinar en función de las circunstancias específicas de cada caso, como la naturaleza de la reglamentación sanitaria o fitosanitaria de que se trate, los productos abarcados y la naturaleza de los riesgos sanitarios o fitosanitarios planteados.

Con respecto a la publicación de la prohibición general de importar, el Órgano de Apelación estuvo de acuerdo con el Grupo Especial en que el comunicado de prensa en el que se anunció esta medida no contenía la cobertura total de productos de la prohibición. El Órgano de Apelación recordó que el comunicado de prensa en cuestión se refería en general a "todos los productos de la pesca". El Órgano de Apelación señaló que la notificación de la prohibición general de importar que presentó Corea a la OMC incluía las algas y que, en apelación, Corea confirmó que su notificación describía con exactitud la cobertura de productos de la prohibición general de importar. El Órgano de Apelación coincidió con el Grupo Especial en que la prohibición general de importar abarcaba productos que normalmente estarían comprendidos en una categoría distinta de la de "productos de la pesca". Por lo tanto, al igual que el Grupo Especial, el Órgano de Apelación consideró que en el comunicado de prensa en cuestión no se publicó la prohibición general de importar de manera que el Japón pudiera conocer el contenido de dicha prohibición. Por consiguiente, el Órgano de Apelación constató que el Grupo Especial no incurrió en error en su aplicación del párrafo 1 del Anexo B al constatar que Corea había actuado de manera incompatible con el párrafo 1 del Anexo B y el artículo 7 del Acuerdo MSF al no publicar la cobertura total de productos de la prohibición general de importar.

En relación con la publicación de las prescripciones en materia de pruebas adicionales de 2011 y 2013, el Órgano de Apelación estuvo de acuerdo con el Grupo Especial en que los comunicados de prensa en los que se anunciaron estas medidas no permiten a los Miembros interesados poder conocer el contenido de las reglamentaciones sanitarias y fitosanitarias en cuestión porque no incluyen información sobre los niveles de cesio (y de yodo en el comunicado de prensa de 2011) que activarían las pruebas adicionales; los radionúclidos específicos cuya presencia se analizaría; los niveles máximos de esos radionúclidos que harían que se rechazasen los productos; y, en relación con el comunicado de prensa de 2013, el procedimiento y el lugar de realización de las pruebas exigidas para los radionúclidos adicionales. Por consiguiente, el Órgano de Apelación constató que el Grupo Especial no incurrió en error en su aplicación del párrafo 1 del Anexo B al constatar que Corea actuó de manera incompatible con el párrafo 1 del Anexo B y el artículo 7 del Acuerdo MSF al no publicar información suficiente para que el Japón pudiera conocer el contenido de las prescripciones en materia de pruebas adicionales de 2011 y de 2013.

Con respecto a la accesibilidad de todas las MSF en litigio, el Órgano de Apelación recordó que la publicación de una reglamentación sanitaria y fitosanitaria adoptada debe ser accesible para los Miembros interesados. Cuando una reglamentación sanitaria y fitosanitaria adoptada se publica de manera que impide a los Miembros interesados localizarla y acceder a ella, no puede decirse que tal publicación permite a los Miembros interesados conocer el contenido de la reglamentación sanitaria y fitosanitaria. El Órgano de Apelación señaló el argumento formulado por el Japón ante el Grupo Especial de que los comunicados de prensa en los que se anunciaron las medidas en litigio no eran generalmente conocidos, y su capacidad para conocer el contenido de las medidas se vio impedida por la ubicación de los sitios web de varias autoridades gubernamentales en que se publicaron los comunicados de prensa. El Órgano de Apelación consideró que, a la luz de los argumentos expuestos por el Japón, correspondía a Corea aportar alguna prueba o explicación de que los Miembros interesados habrían sabido recurrir a los sitios web indicados por Corea para obtener información sobre las MSF en litigio. Ello podría haber incluido demostrar que esos sitios web eran los lugares habituales en que Corea publicaba las reglamentaciones sanitarias y fitosanitarias relativas a



determinados productos. Sin embargo, Corea no había proporcionado al Grupo Especial una explicación clara acerca de si los Miembros interesados habrían sido capaces de localizar esos comunicados de prensa y acceder a ellos. Por lo tanto, el Órgano de Apelación constató que el Grupo Especial no incurrió en error al constatar que Corea no había demostrado que los Miembros interesados habrían sabido recurrir a los sitios web indicados por Corea para obtener información sobre las MSF en litigio.

Corea alegó también que el Grupo Especial incurrió en error en el marco del artículo 11 del ESD al censurar a Corea por no haber facilitado versiones archivadas de las páginas web donde figuraban los comunicados de prensa en los que se anunciaron las medidas en litigio. El Órgano de Apelación señaló que el expediente del Grupo Especial contenía pruebas que podrían ser indicativas de las fechas de publicación de los comunicados de prensa en los sitios web gubernamentales indicados por Corea. Esas pruebas no fueron abordadas por el Grupo Especial y no están presentes en su análisis. Según el Órgano de Apelación al hacer caso omiso de esas pruebas, el Grupo Especial no pudo haber cumplido el deber que le impone el artículo 11 del ESD de hacer una evaluación objetiva del asunto. Además, el Órgano de Apelación señaló que el Grupo Especial impuso implícitamente a Corea la carga de confirmar nuevamente las fechas de publicación de los comunicados de prensa, pero nunca recabó la información pertinente de las partes en la diferencia. El Órgano de Apelación señaló que no basta que un grupo especial deje a las partes la tarea de suponer qué pruebas exigirá. Por lo tanto, en este asunto, el Grupo Especial no debería haber dejado a Corea la tarea de anticipar, en ausencia de una impugnación de las fechas de publicación por parte del Japón, que tendría que presentar las versiones archivadas de las páginas web para probar las fechas de publicación de los comunicados de prensa en los sitios web gubernamentales. Más bien, en la medida en que el Grupo Especial estimó que necesitaba disponer de esas pruebas, debería haberlas recabado de ambas partes en la diferencia, y solo entonces debería haber inferido conclusiones adecuadas. Por estas razones, el Órgano de Apelación constató que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al constatar que no podía saber si las direcciones web facilitadas por Corea estaban disponibles el día que Corea anunció cada una de las MSF en litigio ni qué contenido estaba disponible ese día.

El Órgano de Apelación explicó que su constatación de que el Grupo Especial había actuado de manera incompatible con el artículo 11 del ESD se refería solo a uno de los fundamentos de la constatación final del Grupo Especial de que Corea no publicó sus MSF en litigio de conformidad con el párrafo 1 del Anexo B del Acuerdo MSF. Así pues, el Órgano de Apelación señaló que la constatación final de incompatibilidad con el párrafo 1 del Anexo B formulada por el Grupo Especial no se veía afectada.

### **3.2.7 Párrafo 3 del Anexo B del Acuerdo MSF: servicio de información**

Corea alegó, en apelación, que el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación y aplicación del párrafo 3 del Anexo B del Acuerdo MSF al constatar que Corea había actuado de manera incompatible con esa disposición debido a la respuesta incompleta del Servicio de información sobre MSF de Corea a la primera solicitud del Japón y su falta de respuesta a la segunda solicitud del Japón. El Japón adujo que las alegaciones formuladas por Corea debían desestimarse.

El Órgano de Apelación observó que la cláusula introductoria del párrafo 3 del Anexo B establece que cada Miembro "se asegurará de que exista un servicio encargado de responder a todas las peticiones razonables de información formuladas por los Miembros interesados y de facilitar los documentos pertinentes". El Órgano de Apelación consideró que una sola falta de respuesta por parte de un servicio de información en sí y por sí misma no daría lugar automáticamente a una incompatibilidad con la obligación que establece el párrafo 3 del Anexo B. La cuestión de si un servicio de información realmente da respuestas y facilita documentos, y en qué grado lo hace, no carece de pertinencia para la evaluación en el marco del párrafo 3 del Anexo B. Más bien, informa una evaluación de si "exist[e] un servicio encargado de responder a todas las peticiones razonables de información formuladas por los Miembros interesados y de facilitar los documentos pertinentes" en el sentido del párrafo 3 del Anexo B. Esta evaluación exige un examen de todos los factores pertinentes, como son el número total de peticiones de información recibidas por el servicio y la proporción y el grado en que fueron respondidas, la naturaleza y el ámbito de la información pedida y recibida, y si el servicio de información no respondió en repetidas ocasiones. Así pues, el Órgano de Apelación constató que el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación del párrafo 3 del Anexo B al constatar que una sola falta de respuesta a una solicitud por parte de un servicio de



información daría lugar a una incompatibilidad con el párrafo 3 del Anexo B. En consecuencia, el Órgano de Apelación revocó las constataciones pertinentes del Grupo Especial.

Con respecto a la aplicación que hizo el Grupo Especial del párrafo 3 del Anexo B, el Órgano de Apelación señaló que el Grupo Especial limitó su análisis únicamente al grado en que el Servicio de información de Corea respondió a las dos solicitudes remitidas por el Japón. A juicio del Órgano de Apelación, esto no constituía un examen suficiente de todos los factores pertinentes necesarios para determinar si Corea actuó de manera incompatible con el párrafo 3 del Anexo B. En particular, el Grupo Especial no evaluó: i) el ámbito y la naturaleza de la información pedida mediante la segunda solicitud del Japón; ii) cuántas solicitudes había recibido el Servicio de información de Corea en total durante un período de tiempo y la proporción de peticiones de información que se había respondido; y iii) si el Servicio de información no respondió en repetidas ocasiones. Por consiguiente, el Órgano de Apelación constató que el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 3 del Anexo B al evaluar si Corea había actuado de manera incompatible con esta disposición. En consecuencia, el Órgano de Apelación revocó las constataciones del Grupo Especial en litigio.

### **3.2.8 Artículo 8 y párrafo 1 a) del Anexo C del Acuerdo MSF: presunción de similitud**

El Japón apeló la constatación del Grupo Especial de que el Japón no había establecido que se pudiera presumir que los productos importados y los nacionales eran "similares" a los efectos de su alegación al amparo del párrafo 1 a) del Anexo C del Acuerdo MSF. En opinión del Japón, el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación y aplicación del párrafo 1 a) del Anexo C al enunciar las condiciones para presumir que existe similitud conforme a esa disposición y constatar que no era posible presumir que los productos japoneses importados sujetos a las prescripciones en materia de pruebas adicionales de 2011 y 2013 y los productos nacionales coreanos fuesen "similares".

Para empezar, el Órgano de Apelación recordó que el párrafo 1 a) del Anexo C dispone que, con respecto a todos los procedimientos para verificar y asegurar el cumplimiento de las medidas sanitarias y fitosanitarias, los Miembros se asegurarán de que "esos procedimientos se inicien y ulminen sin demoras indebidas y de manera que no sea menos favorable para los productos importados que para los productos nacionales similares". El Órgano de Apelación subrayó a continuación que la apelación del Japón se centraba en el requisito de similitud establecido en la segunda cláusula del párrafo 1 a) del Anexo C y, más concretamente, en la decisión del Grupo Especial de no presumir la similitud de los productos importados japoneses y los productos nacionales coreanos a los efectos de la alegación de incompatibilidad formulada por el Japón al amparo de esa cláusula.

El Órgano de Apelación recordó que varios grupos especiales habían constatado, en el marco del GATT de 1994 y del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS), que, cuando una medida hace una distinción entre productos (o entre servicios y proveedores de servicios) exclusivamente sobre la base del origen de los productos (o de los servicios y los proveedores de servicios), un reclamante no está necesariamente obligado a establecer la similitud basándose en los criterios tradicionalmente empleados como instrumentos analíticos para evaluar la similitud. En lugar de ello, estos grupos especiales habían constatado que, en tales casos, la similitud se puede presumir. El Órgano de Apelación también se refirió a su informe en *Argentina - Servicios financieros*, en el que había respaldado este enfoque de presunción de la similitud en el contexto del párrafo 1 del artículo II y del párrafo 1 del artículo XVII del AGCS.

El Órgano de Apelación reconoció que esta diferencia era la primera en la que un grupo especial había abordado la presunción de similitud en el contexto del Acuerdo MSF. El Órgano de Apelación señaló además que, en su análisis, el Grupo Especial había aceptado que, en principio, se puede presumir la similitud a los efectos del párrafo 1 a) del Anexo C si un procedimiento hace una distinción entre productos exclusivamente sobre la base de su origen. No obstante, el Órgano de Apelación no estaba convencido de que el Grupo Especial pudiera haber hecho tal cosa en el marco del Acuerdo MSF sin un análisis más a fondo. Como subrayó el Órgano de Apelación, las MSF se definen en el párrafo 1 del Anexo A del Acuerdo MSF como medidas aplicadas para proteger la vida y la salud de las personas y de los animales o para preservar los vegetales frente a determinados riesgos o para prevenir o limitar determinados daños causados por plagas. En opinión del Órgano de Apelación, a la luz del párrafo 1 del Anexo A, se planteaba la cuestión de si un procedimiento para verificar y asegurar el cumplimiento de las MSF es en absoluto capaz de hacer una distinción entre productos *exclusivamente* sobre la base de su origen y, por tanto, de si se puede presumir la

similitud en el contexto del párrafo 1 a) del Anexo C. El Órgano de Apelación señaló que el Grupo Especial no había examinado esta cuestión.

Sin embargo, el Órgano de Apelación consideró innecesario llegar a una conclusión sobre la opinión del Grupo Especial de que se puede presumir la similitud en el marco del párrafo 1 a) del Anexo C. El Órgano de Apelación coincidió con el Grupo Especial en que las prescripciones en materia de pruebas adicionales de 2011 y 2013 no establecen una distinción entre los productos japoneses y coreanos basada exclusivamente en el origen. Por lo tanto, el Órgano de Apelación consideró que era intrascendente si se puede presumir la similitud en el marco del párrafo 1 a) del Anexo C porque, en las circunstancias concretas del presente caso, de todos modos el Grupo Especial no habría estado en condiciones de presumir que los productos japoneses y coreanos son "similares" en relación con los procedimientos en litigio.

El Órgano de Apelación pasó entonces a examinar si su evaluación preliminar debía mantenerse a la luz de los argumentos formulados por el Japón en apelación, que impugnaban la constatación del Grupo Especial de que las medidas en litigio no establecen una distinción entre los productos japoneses y coreanos basada exclusivamente en el origen. En última instancia, al Órgano de Apelación no le parecieron convincentes los argumentos formulados por el Japón en apelación. En relación con esta diferencia, por lo tanto, el Órgano de Apelación no vio ningún error en la decisión del Grupo Especial de abstenerse de presumir la similitud, lo que confirmó su opinión de que no era necesario a los efectos de la alegación de error formulada por el Japón en apelación considerar si la presunción de similitud puede en absoluto utilizarse en el contexto del párrafo 1 a) del Anexo C.

Así pues, el Órgano de Apelación constató que el Grupo Especial no incurrió en error al abstenerse de presumir que los productos importados japoneses y los productos nacionales coreanos son "similares" a los efectos del párrafo 1 a) del Anexo C. En consecuencia, el Órgano de Apelación confirmó las constataciones del Grupo Especial en litigio.

### **3.3 Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos - Medidas en materia de derechos compensatorios sobre determinados productos procedentes de China - Recurso de China al párrafo 5 del artículo 21 del ESD, WT/DS437/AB/RW**

La diferencia se refiere a la imposición por los Estados Unidos de derechos compensatorios a una serie de productos procedentes de China, así como a las investigaciones y determinaciones subyacentes realizadas por el Departamento de Comercio de los Estados Unidos (USDOC) que dieron lugar a la imposición de tales derechos.

Ante el Grupo Especial inicial, China impugnó varios aspectos de las investigaciones y determinaciones del USDOC. El Grupo Especial inicial constató, entre otras cosas, que: i) las determinaciones de la condición de organismo público formuladas por el USDOC eran incompatibles con el párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC; ii) la presunción refutable formulada por el USDOC de que las entidades de propiedad mayoritaria del gobierno son organismos públicos era, en sí, incompatible con el párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC; iii) las determinaciones de especificidad formuladas por el USDOC eran incompatibles con el párrafo 1 c) del artículo 2 del Acuerdo SMC; y iv) la iniciación por el USDOC de dos investigaciones con respecto a las limitaciones de las exportaciones era incompatible con el párrafo 3 del artículo 11 del Acuerdo SMC. Al mismo tiempo, el Grupo Especial inicial constató que el USDOC no actuó de manera incompatible con: i) el apartado d) del artículo 14 o el párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC al rechazar los precios internos privados en China en sus determinaciones de la existencia de beneficio; ii) el párrafo 1 c) del artículo 2 del Acuerdo SMC al no identificar los programas de subvenciones subyacentes; y iii) el párrafo 7 del artículo 12 del Acuerdo SMC al no recurrir a los hechos de que se tenía conocimiento que constaban en el expediente. En el procedimiento inicial, el Órgano de Apelación revocó las constataciones formuladas por el Grupo Especial inicial de que el USDOC no había actuado de manera incompatible con: i) el apartado d) del artículo 14 o el párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC y constató que el USDOC había rechazado de forma inadmisiblemente los precios privados internos en China; ii) el párrafo 1 c) del artículo 2 del Acuerdo SMC, pero constató que no podía completar el análisis jurídico a este respecto; y iii) el párrafo 7 del artículo 12 del Acuerdo SMC, pero constató que no podía completar el análisis jurídico a este respecto.

A fin de cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD, el USDOC revisó 12 de las determinaciones en materia de derechos compensatorios en litigio y mantuvo los derechos conexos

en vigor. En la diferencia sobre el cumplimiento, objeto de esta apelación, China impugnó las medidas destinadas al cumplimiento adoptadas por los Estados Unidos: i) las determinaciones preliminares y definitivas formuladas por el USDOC en virtud del artículo 129 de la Ley de los Acuerdos de la Ronda Uruguay (artículo 129); ii) el Memorándum sobre los organismos públicos, como medida de aplicación general y prospectiva y como medida relativa a los procedimientos en virtud del artículo 129 en litigio; iii) la determinación en materia de derechos compensatorios definitiva inicial emitida por el USDOC en la investigación Paneles solares; iv) determinados exámenes periódicos y por extinción posteriores de las órdenes de imposición de derechos compensatorios; y v) todas las "instrucciones y avisos" por los que los Estados Unidos imponen, fijan y/o perciben depósitos en efectivo y derechos compensatorios en los procedimientos en litigio, así como el comportamiento persistente de actuar de esta manera.

El Grupo Especial formuló varias constataciones que no fueron objeto de apelación. En lo que respecta a la alegación formulada por China al amparo del párrafo 1 del artículo 32 del Acuerdo SMC, el Grupo Especial constató que China no había demostrado que los Estados Unidos actuaran de manera incompatible con el párrafo 1 del artículo 32 del Acuerdo SMC en los procedimientos en virtud del artículo 129 Productos tubulares para campos petrolíferos (OCTG), Tubos, Tubos de presión y Paneles solares. Además, el Grupo Especial constató que China no había demostrado que los Estados Unidos actuaran de manera incompatible con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo SMC en el procedimiento en virtud del artículo 129 Papel térmico; y que China no había demostrado que los Estados Unidos actuaran de manera incompatible con el párrafo 3 del artículo 11 y el párrafo 7 del artículo 12 del Acuerdo SMC en los dos exámenes administrativos Ladrillos de magnesita. El Grupo Especial además constató que China no había demostrado que los Estados Unidos actuaran de manera incompatible con el párrafo 3 del artículo 21 del Acuerdo SMC en los exámenes por extinción Papel térmico, Tubos de presión, Tubos, Estanterías para la cocina, OCTG, Torón de acero, Ladrillos de magnesita, Tubos sin soldadura, Papel para impresiones gráficas y Extrusiones de aluminio. Por último, en lo que respecta al "comportamiento persistente" de imponer, fijar y percibir derechos compensatorios y depósitos en efectivo en virtud de las órdenes de imposición de derechos compensatorios en litigio, el Grupo Especial constató que China no había demostrado la existencia de un "comportamiento persistente" incompatible con el párrafo 1 a) 1) y el párrafo 1 b) del artículo 1, el párrafo 1 c) y el párrafo 2 del artículo 2, el párrafo 3 del artículo 11 y el apartado d) del artículo 14 del Acuerdo SMC y con los párrafos 1, 3 y 4 del artículo 19 del Acuerdo SMC.

El Grupo Especial también formuló otras constataciones que fueron objeto de apelación. En particular, los Estados Unidos apelaron contra las constataciones formuladas por el Grupo Especial sobre el cumplimiento de que: i) varios exámenes administrativos y exámenes por extinción emitidos en el marco de las órdenes de imposición de derechos compensatorios en litigio estaban comprendidos en el alcance del mandato del Grupo Especial; ii) el Memorándum sobre los organismos públicos del USDOC puede impugnarse "en sí" como regla o norma de aplicación general y prospectiva comprendida en el ámbito de aplicación del párrafo 5 del artículo 21 del ESD; iii) los Estados Unidos actuaron de manera incompatible con el párrafo 1 b) del artículo 1 y el apartado d) del artículo 14 del Acuerdo SMC en los procedimientos en virtud del artículo 129 OCTG, Paneles solares, Tubos de presión y Tubos porque el USDOC "no explicó ... de qué manera la intervención del gobierno en el mercado tuvo como resultado que los precios internos de los insumos en cuestión se apartaran del precio determinado por el mercado" y al no "d[ar] una explicación razonada y adecuada de su rechazo de los precios internos en sus determinaciones del punto de referencia"; y iv) los Estados Unidos actuaron de manera incompatible con el párrafo 1 c) del artículo 2 del Acuerdo SMC en los procedimientos en virtud del artículo 129 Tubos de presión, Tubos, Cortadoras de césped, Estanterías para la cocina, OCTG, Torón de acero, Tubos sin soldadura, Papel para impresiones gráficas, Extrusiones de aluminio, Cilindros de acero y Paneles solares porque no explicaron adecuadamente sus conclusiones relativas a la existencia de los programas de subvenciones pertinentes.

Por su parte, China apeló contra las constataciones formuladas por el Grupo Especial de que: i) una determinación de la condición de organismo público en el marco del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC no requiere una conexión de un grado o una naturaleza concretos entre una función gubernamental identificada y la contribución financiera en cuestión; ii) las determinaciones de la condición de organismo público formuladas por el USDOC no se basan en la propiedad o el control de una entidad por un gobierno, sin más; iii) el Memorándum sobre los organismos públicos no restringe en grado importante las facultades discrecionales del USDOC para actuar de manera compatible con el párrafo 1 a) 1) del artículo 1; y iv) que una autoridad investigadora puede rechazar los precios internos disponibles si hay pruebas de la distorsión de precios y no únicamente si hay

pruebas de que el Gobierno "en realidad determina" el precio por el que se vende el bien en el país de suministro.

### 3.3.1 Mandato del Grupo Especial - Párrafo 5 del artículo 21 del ESD

Los Estados Unidos pidieron al Órgano de Apelación que revocara la constatación del Grupo Especial de que determinadas medidas, incluidos varios exámenes posteriores, estaban comprendidas en el mandato del Grupo Especial. Los Estados Unidos afirmaron que el Grupo Especial había incurrido en error al constatar que estas medidas cumplían los criterios aplicados en varias diferencias anteriores de tener un vínculo lo suficientemente estrecho, desde el punto de vista de la naturaleza, las fechas y los efectos, con las medidas declaradas como destinadas a cumplir.

El Órgano de Apelación recordó que al abordar el mandato en los procedimientos sobre el cumplimiento en el marco del Acuerdo Antidumping y el Acuerdo SMC, los grupos especiales y el Órgano de Apelación se habían centrado en el vínculo, desde el punto de vista de la naturaleza, las fechas y los efectos, entre los exámenes posteriores y la medida declarada como destinada a cumplir. El Órgano de Apelación observó que el Grupo Especial había evaluado el vínculo entre las medidas pertinentes en esta diferencia y las recomendaciones y resoluciones del OSD, desde el punto de vista de la "naturaleza", las fechas y los "efectos". Basándose en consideraciones relativas a los tres factores, el Grupo Especial constató que los efectos relacionados entre sí de las determinaciones iniciales, las determinaciones en virtud del artículo 129 y las determinaciones en el marco de los exámenes administrativos y los exámenes por extinción formuladas por el USDOC reflejaban una relación especialmente estrecha a los efectos del párrafo 5 del artículo 21 del ESD y, por tanto, concluyó que los exámenes posteriores en litigio estaban comprendidos en su mandato.

El Órgano de Apelación no vio fundamento alguno en la afirmación de los Estados Unidos de que el Grupo Especial basó sus constataciones en un "examen superficial" de la relación entre, por una parte, los exámenes posteriores en litigio y las medidas declaradas como destinadas a cumplir y, por otra, las recomendaciones y resoluciones del OSD. Tras examinar el análisis del Grupo Especial a la luz de las alegaciones de error concretas formuladas por los Estados Unidos, el Órgano de Apelación concluyó que el Grupo Especial había evaluado correctamente el alcance de las medidas comprendidas en su mandato en este procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 basándose en los criterios de su relación desde el punto de vista de la naturaleza, las fechas y los efectos. Por consiguiente, el Órgano de Apelación confirmó las constataciones del Grupo Especial de que los exámenes posteriores en litigio y la determinación definitiva en la investigación inicial Paneles solares estaban comprendidos en el mandato del Grupo Especial de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD.

### 3.3.2 Organismos públicos - Párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC

En apelación, China impugnó la constatación del Grupo Especial sobre el cumplimiento de que las determinaciones de la condición de organismo público formuladas por el USDOC en las investigaciones en virtud del artículo 129 pertinentes no se basaban en un criterio jurídico inadecuado en el marco del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC. En particular, China cuestionó la lectura que hizo el Grupo Especial del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 en el sentido de que no exigía "en todos los casos una conexión de un grado o de una naturaleza concretos entre una función gubernamental identificada y la contribución financiera concreta en cuestión". En opinión de China, la interpretación de Grupo Especial era incompatible con los informes del Órgano de Apelación en diferencias anteriores, en particular, *Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios (China)* (DS379) y *Estados Unidos - Acero al carbono (India)* (DS436). En esencia, la posición de China era que no es suficiente que una autoridad investigadora establezca que una entidad determinada tiene una relación suficientemente estrecha con el gobierno para que dicha entidad constituya un organismo público. Esa autoridad investigadora debe establecer *también* que la entidad de que se trata ejerce una función gubernamental cuando tiene el comportamiento investigado específico previsto en los incisos i) a iii) o en la primera cláusula del inciso iv) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1. En respuesta, los Estados Unidos afirmaron que el Grupo Especial había interpretado adecuadamente el párrafo 1 a) 1) del artículo 1. Según los Estados Unidos la cuestión pertinente para una indagación sobre la condición de organismo público no es si el comportamiento investigado es gubernamental, sino más bien si la *entidad* que tiene el comportamiento es gubernamental. Así pues, es suficiente que una autoridad investigadora determine que, en general, la entidad de que se trata tiene una relación suficientemente estrecha con el gobierno para constatar que esa entidad constituye un organismo público. Además, en la

audiencia, los Estados Unidos solicitaron que el Órgano de Apelación adoptara la posición de los Estados Unidos que en diferencias anteriores había rechazado de que la definición de organismo público es "cualquier entidad sobre la que un gobierno ejerce un control significativo, de manera que, cuando la entidad transfiere recursos económicos, está transfiriendo los recursos públicos".

El Órgano de Apelación se refirió a su interpretación del inciso i) del párrafo 1 a) del artículo 1 en diferencias anteriores donde constató que un organismo público en el sentido de esa disposición es una entidad que posee o ejerce facultades gubernamentales, o que debe estar dotada de ellas, que una determinación de la condición de organismo público depende de si en un caso determinado concurren una o más de esas características y que la cuestión de lo que constituye un organismo público está informada por qué funciones o comportamientos son de un tipo que se considera habitualmente gubernamental en el ordenamiento jurídico del Miembro de que se trate, así como por la clasificación y las funciones de las entidades de los Miembros de la OMC en general. Además, el Órgano de Apelación recordó que una indagación sobre la condición de organismo público debe realizarse caso por caso, dando la debida consideración a las características y funciones fundamentales de la entidad de que se trate, su relación con el gobierno y el entorno normativo y económico reinante en el país en que esta opera. En función de las circunstancias específicas de cada caso, las pruebas pertinentes para una indagación sobre la condición de organismo público pueden incluir: i) pruebas de que una entidad ejerce, de hecho, funciones gubernamentales, especialmente cuando estas pruebas indican la existencia de una práctica sostenida y sistemática; ii) pruebas relativas al alcance y contenido de las políticas públicas relacionadas con el sector en que opera la entidad objeto de investigación; y iii) pruebas de que un gobierno ejerce un control significativo sobre una entidad y sobre su comportamiento. El Órgano de Apelación advirtió de que al realizar una indagación sobre la condición de organismo público, una autoridad investigadora debe evaluar y tener debidamente en consideración todas las características pertinentes de la entidad y examinar todos los tipos de pruebas que puedan ser pertinentes para dicha evaluación. Haciendo referencia al informe del Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Acero al carbono (India)*, el Órgano de Apelación discrepó de la afirmación de los Estados Unidos de que un organismo público es "cualquier entidad sobre la que un gobierno ejerce un control significativo, de manera que, cuando la entidad transfiere recursos económicos, está transfiriendo los recursos públicos". Según el Órgano de Apelación, esto confundiría los elementos *probatorios* pertinentes para una determinación de la condición de organismo público y la *definición* de un organismo público.

Sobre la base de esta interpretación del párrafo 1 a) 1) del artículo 1, el Órgano de Apelación rechazó la afirmación de China de que el elemento central de una indagación sobre la condición de un organismo público es el comportamiento que supuestamente constituye una contribución financiera y, en cambio, constató que la indagación pertinente radica en la *entidad* que tiene ese comportamiento, sus características fundamentales y su relación con el gobierno. El Órgano de Apelación señaló que esto está en conformidad con el hecho de que un "gobierno" en sentido estricto y un "organismo público" son ambos de naturaleza "gubernamental". De la misma manera que cualquier acto u omisión de un gobierno en sentido estricto puede considerarse que constituye una medida atribuible a un Miembro, cualquier acto u omisión de un organismo público es directamente atribuible a un Miembro con independencia de la naturaleza del propio acto u omisión. Una vez que se ha establecido que una entidad es un organismo público, todo comportamiento de esa entidad será atribuible al Miembro de que se trate a los efectos del párrafo 1 a) 1) del artículo 1. El Órgano de Apelación reconoció que el comportamiento o la práctica de una entidad puede constituir una prueba pertinente para una indagación sobre la condición de organismo público. No obstante, el Órgano de Apelación advirtió de que la evaluación de esta prueba tiene por objeto responder a la cuestión central de si la propia *entidad* posee las características y funciones fundamentales que permiten considerarla un organismo público. El Órgano de Apelación añadió que aunque el comportamiento de una entidad puede constituir una prueba pertinente para evaluar sus características fundamentales, una autoridad investigadora no necesariamente tiene que centrarse en cada uno de los comportamientos que pueda tener la entidad pertinente, ni en si cada uno de esos comportamientos está conectado a una "función gubernamental".

Análogamente, el Órgano de Apelación rechazó la posición de China de que, a fin de ejercer un "control significativo" sobre una entidad, un gobierno debe ejercer el control sobre el comportamiento concreto que supuestamente constituye una contribución financiera. Como señaló el Órgano de Apelación, el tipo de indagación que China describió es más similar a la indagación que una autoridad investigadora llevaría a cabo para evaluar, de conformidad con la segunda cláusula del inciso iv) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1, si un gobierno o un organismo público han "encomendado u ordenado" a una entidad privada que lleve a cabo uno de los tipos de

comportamiento enumerados en los incisos i) a iii). El Órgano de Apelación consideró que si se aceptara la posición de China se difuminaría la distinción entre una indagación sobre la condición de organismo público y una indagación sobre la "encomienda u orden". El Órgano de Apelación también consideró que su aplicación anterior del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 a los bancos comerciales de propiedad estatal de China no respaldaba la posición de China.

Por lo tanto, el Órgano de Apelación confirmó la interpretación que hizo el Grupo Especial sobre el cumplimiento del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 en el sentido de que no prescribe una conexión de un grado o una naturaleza concretos que haya que establecer necesariamente entre una función gubernamental identificada y una contribución financiera concreta en cuestión. El Órgano de Apelación también confirmó la conclusión del Grupo Especial de que China no había demostrado que las determinaciones de la condición de organismo público formuladas por el USDOC en los procedimientos en virtud del artículo 129 pertinentes sean incompatibles con el párrafo 1 a) 1) del artículo 1 porque se basen en un criterio jurídico inadecuado. El Órgano de Apelación señaló que China había planteado una serie de alegaciones adicionales con respecto a las determinaciones de la condición de organismo público del USDOC en las investigaciones en virtud del artículo 129 pertinentes. Habida cuenta de que estas alegaciones adicionales estaban supeditadas a que el Órgano de Apelación revocara la interpretación que había hecho el Grupo Especial del párrafo 1 a) 1) del artículo 1, el Órgano de Apelación no las examinó.

En apelación, China también impugnó la conclusión del Grupo Especial sobre el cumplimiento de que el Memorándum sobre los organismos públicos no era, "en sí", incompatible con el párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC porque se basaba en un criterio jurídico inadecuado. En esencia, el argumento de China era que el marco analítico establecido en el Memorándum sobre los organismos públicos permite al USDOC constatar que determinadas empresas chinas son organismos públicos sin indagar si estas entidades están realizando una función gubernamental cuando efectúan las supuestas contribuciones financieras. El Órgano de Apelación señaló que la posición de China se basaba en gran medida en los mismos motivos que su apelación contra la interpretación que hizo el Grupo Especial sobre el cumplimiento del párrafo 1 a) 1) del artículo 1. Habiendo confirmado la interpretación del Grupo Especial de que el párrafo 1 a) 1) del artículo 1 no prescribe una conexión de un grado o una naturaleza concretos entre una función gubernamental identificada y la contribución financiera concreta en cuestión, el Órgano de Apelación no consideró necesario seguir examinando la impugnación por China de la conclusión del Grupo Especial con respecto al Memorándum sobre los organismos públicos. El Órgano de Apelación tampoco consideró necesario seguir examinando las alegaciones y los argumentos de los participantes sobre la cuestión de si el Memorándum sobre los organismos públicos i) podía ser impugnado "en sí" como regla o norma de aplicación general y prospectiva; y ii) restringe en grado importante las facultades discrecionales del USDOC para formular determinaciones de la condición de organismo público.

### **3.3.3 Beneficio - Párrafo 1 b) del artículo 1 y apartado d) del artículo 14 del Acuerdo SMC**

En apelación, Los Estados Unidos y China cuestionaron diferentes constataciones formuladas por el Grupo Especial en el marco del párrafo 1 b) del artículo 1 y del apartado d) del artículo 14 del Acuerdo SMC. Los Estados Unidos sostuvieron que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que los Estados Unidos "no explic[aron] ... de qué manera la intervención del gobierno en el mercado *tuvo como resultado* que los precios internos de los insumos en cuestión se apartaran del precio determinado por el mercado" y "no di[eron] una explicación razonada y adecuada de su rechazo de los precios internos en sus determinaciones del punto de referencia". A su vez, China solicitó que se examinara la constatación del Grupo Especial de que "una autoridad investigadora puede rechazar los precios internos si hay pruebas de la distorsión de los precios, y no únicamente si hay pruebas de que el gobierno 'en realidad determina' el precio de los bienes en cuestión".

Con respecto a la interpretación del párrafo 1 b) del artículo 1 y del apartado d) del artículo 14 del Acuerdo SMC, el Órgano de Apelación recordó las constataciones que había formulado en el asunto *Estados Unidos - Madera blanda IV* de que la determinación de si la remuneración pagada por un bien suministrado por el gobierno es "inferior a la adecuada" en el sentido del apartado d) del artículo 14 requiere la selección de un punto de referencia con el que debe compararse el precio del bien suministrado por el gobierno, y que no es necesario que el mercado del cual se selecciona un punto de referencia a los efectos de realizar un análisis del beneficio esté completamente libre de distorsiones o de cualquier intervención del gobierno. A este respecto, el Órgano de Apelación señaló que "el texto [del apartado d) del artículo 14] no hace ninguna referencia explícita a un mercado 'puro', a un mercado 'no distorsionado por la intervención del gobierno', o a un 'valor equitativo de



mercado" y que, por lo tanto, la disposición "no califica de ninguna forma las condiciones de 'mercado' que han de ser utilizadas como punto de referencia". Al mismo tiempo, la directriz establecida en el apartado d) del artículo 14 "no obliga a utilizar en todas las situaciones precios privados del mercado del país de suministro" sino que exige, en cambio, "que el método escogido para calcular el beneficio guarde relación o conexión con, o se refiera a, las condiciones reinantes en el mercado del país de suministro y refleje las condiciones de precio, calidad, disponibilidad, comerciabilidad, transporte y demás condiciones de compra o de venta". El Órgano de Apelación observó que, en *Estados Unidos - Madera blanda IV*, la situación de predominio del gobierno en el mercado, como proveedor de determinados bienes, era la única planteada en apelación, y que no había excluido la posibilidad de que existan otras situaciones en las que pueda estar justificado recurrir a los precios de fuera del país.

Posteriormente, en *Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios (China)*, el Órgano de Apelación aclaró que el concepto de "distorsión de los precios" es fundamental para el análisis de si está justificado recurrir a los precios de fuera del país en el marco del apartado d) del artículo 14 y destacó que lo que permitiría a una autoridad investigadora rechazar los precios privados internos es la *distorsión de los precios*, no el hecho, *per se*, de que el gobierno sea el proveedor predominante. Es importante señalar que "la decisión de rechazar como punto de referencia los precios en el país de suministro debido al papel que el gobierno tiene en el mercado del bien en cuestión solo puede tomarse caso por caso, de conformidad con las pruebas pertinentes de la investigación particular de que se trate, y no en abstracto".

En síntesis, el Órgano de Apelación señaló que la indagación fundamental en el marco del apartado d) del artículo 14 para elegir un punto de referencia adecuado con respecto al beneficio es si la intervención del gobierno tiene como resultado una *distorsión de los precios* de modo tal que esté justificado recurrir a precios de fuera del país o si, en cambio, los precios internos de las empresas privadas y/o las entidades relacionadas con el gobierno están *determinados por el mercado* y, por lo tanto, pueden servir de base para determinar la existencia de un beneficio. En consecuencia, lo que permitiría a una autoridad investigadora rechazar los precios internos es una constatación de la existencia de una distorsión de los precios resultante de la intervención del gobierno en el mercado, no la existencia de la intervención del gobierno en el mercado propiamente dicha. Lo que una autoridad investigadora debe hacer al llevar a cabo el análisis necesario, por lo tanto, variará dependiendo de las circunstancias del caso, las características del mercado examinado, y la naturaleza, cantidad y calidad de la información proporcionada por los solicitantes y los declarantes, incluida la información adicional que una autoridad investigadora trate de obtener a fin de basar su determinación en pruebas positivas que obren en el expediente. El Órgano de Apelación subrayó que, en todos los casos, la autoridad investigadora deberá dar en su determinación una explicación razonada y adecuada de la base de sus conclusiones, y solo una vez que haya establecido y explicado debidamente por qué los precios internos están distorsionados, está justificado recurrir a un punto de referencia alternativo para el análisis sobre el beneficio en el marco del apartado d) del artículo 14.

### **3.3.3.1 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación del apartado d) del artículo 14 del Acuerdo SMC al constatar que el recurso a los precios de fuera del país no está limitado a las circunstancias en las que el gobierno "en realidad determina" el precio de los bienes en cuestión**

China solicitó al Órgano de Apelación que modificara el fundamento de la conclusión del Grupo Especial de que los Estados Unidos actuaron de manera incompatible con el párrafo 1 del artículo 1 y el apartado d) del artículo 14 del Acuerdo SMC y confirmara la constatación de incompatibilidad formulada por el Grupo Especial sobre la base de que el USDOC no determinó que los precios internos chinos de los insumos de que se trata estuvieran en realidad determinados por el gobierno. China adujo que, si bien el Grupo Especial constató correctamente que "una autoridad investigadora debe demostrar la existencia de una *relación causal* [entre la intervención del gobierno y la distorsión de los precios] para rechazar los puntos de referencia internos disponibles en el marco del apartado d) del artículo 14", el Grupo Especial "debía abordar la cuestión lógicamente preliminar de lo que constituye un precio de 'mercado'". A juicio de China, "[c]on arreglo a una interpretación correcta del apartado d) del artículo 14, una autoridad investigadora puede rechazar los precios internos disponibles solo en la circunstancia 'muy limitada' en la que las políticas o las medidas gubernamentales en realidad determinan el precio por el que se vende el bien en el país de suministro, ya sea *de jure* o *de facto*".

El Órgano de Apelación tomó nota de la constatación del Grupo Especial de que "una autoridad investigadora puede rechazar los precios internos si hay pruebas de la distorsión de los precios, y no únicamente si hay pruebas de que el gobierno 'en realidad determina' el precio de los bienes en cuestión". El Grupo Especial consideró que "la existencia de distorsión de los precios bien puede ... impedir una comparación apropiada de las condiciones de la contribución financiera con las condiciones del mercado. Ese puede ser el caso cuando el gobierno es el proveedor único o predominante de un bien, pero también puede ser el caso en otras circunstancias que hagan la comparación igualmente imposible o no pertinente". Por lo tanto, el Grupo Especial consideró que "el resultado de la indagación necesaria para identificar un punto de referencia adecuado, incluida la decisión de si las circunstancias de una investigación concreta justifican la utilización de un punto de referencia de fuera del país, dependerá de los hechos de cada caso". El Órgano de Apelación estuvo de acuerdo con el Grupo Especial y recordó que en una indagación realizada en el marco del apartado d) del artículo 14 para identificar un punto de referencia adecuado con respecto al beneficio, la cuestión fundamental es si los precios internos están distorsionados como resultado de la intervención del gobierno en el mercado. El Órgano de Apelación consideró que diversos tipos de intervenciones del gobierno podrían dar lugar a una distorsión de los precios, de modo tal que esté justificado recurrir a los precios de fuera del país, además de la situación en la que el papel del gobierno sea tan predominante que en realidad determine los precios de los bienes en cuestión.

El Órgano de Apelación también estuvo de acuerdo con el Grupo Especial en que la existencia de distorsión de los precios "bien puede ... impedir una comparación apropiada de las condiciones de la contribución financiera con las condiciones del mercado" no solo cuando el gobierno es el proveedor único o predominante de un bien, sino también "en otras circunstancias que hagan la comparación igualmente imposible o no pertinente". El Órgano de Apelación no excluyó que los tipos de intervenciones del gobierno que no determinan, directamente o en realidad, los precios internos puedan tener una repercusión de distorsión similar en dichos precios, de modo tal que ya no representen un punto de referencia adecuado con respecto a la remuneración adecuada. A juicio del Órgano de Apelación, recurrir a los precios de fuera del país en tales situaciones puede estar justificado en la medida en que la autoridad investigadora haya establecido la existencia de una distorsión de los precios resultante de la intervención del gobierno. El Órgano de Apelación no estuvo de acuerdo con China en que "las tres circunstancias que los grupos especiales y el Órgano de Apelación han identificado como circunstancias que podrían justificar la utilización de puntos de referencia de fuera del país" se limitan a aquellas en las que el gobierno efectivamente determina el precio al que se vende el bien, ya sea *de jure* o *de facto*, a saber, cuando el gobierno: i) fija los precios administrativamente; ii) es el único proveedor del bien; y iii) posee y ejerce un poder en el mercado como proveedor del bien que hace que los precios de los proveedores privados se ajusten al precio determinado por el gobierno.

Al mismo tiempo, el Órgano de Apelación observó que, si bien en una indagación realizada en el marco del apartado d) del artículo 14 la cuestión fundamental es si los precios internos de las empresas privadas y las entidades relacionadas con el gobierno están distorsionados, el concepto de "distorsión de los precios" no equivale a *cualquier* repercusión en los precios como resultado de *cualquier* intervención del gobierno. Por lo tanto, el Órgano de Apelación no estuvo de acuerdo con la indicación de China de que el enfoque interpretativo del Grupo Especial en la presente diferencia se base en la premisa de "que cualquier política o medida gubernamental es una posible 'distorsión' en el marco del apartado d) del artículo 14 y que el único hecho que una autoridad investigadora debe establecer" es que la política o la medida haya tenido lo que el Grupo Especial denominó una "repercusión directa" en los precios internos del bien en cuestión. En cambio, la determinación de si los precios internos están distorsionados debe hacerse caso por caso, teniendo en cuenta las características del mercado examinado, y la naturaleza, cantidad y calidad de la información que obre en el expediente. Solo cuando haya cumplido debidamente su obligación de investigar si hay precios internos que reflejen las condiciones reinantes en el mercado en el país de suministro y formulado una constatación de la existencia de distorsión de los precios, podrá una autoridad investigadora, de conformidad con el apartado d) del artículo 14 del Acuerdo SMC, recurrir a precios de fuera del país.

Por lo tanto, el Órgano de Apelación constató que el Grupo Especial no incurrió en error cuando rechazó la alegación de China de que los Estados Unidos actuaron de manera incompatible con el párrafo 1 b) del artículo 1 y el apartado d) del artículo 14 del Acuerdo SMC al rechazar los precios internos sin haber constatado primero que los precios de los insumos en cuestión en realidad estaban determinados por el Gobierno de China.



### **3.3.3.2 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación y aplicación del apartado d) del artículo 14 del Acuerdo SMC**

En lo que respecta a la interpretación del apartado d) del artículo 14, los Estados Unidos adujeron que el Grupo Especial "examinó las determinaciones del USDOC solo en busca de un único tipo de análisis de los precios, en concreto, uno que demostrase el 'aparta[miento]' de los 'precios del país' del 'precio determinado por el mercado'". Los Estados Unidos adujeron que el Grupo Especial consideró erróneamente que "la distorsión de los precios internos, que justifica el recurso a puntos de referencia de fuera del país, solo se hace patente en la diferencia entre el precio del bien que se está evaluando y el precio determinado por el mercado en el mismo país". Los Estados Unidos consideraron que, de este modo, el Grupo Especial interpretó erróneamente el criterio jurídico en el marco del apartado d) del artículo 14 en el sentido de que exige un análisis de comparación de precios o una cuantificación de la distorsión de los precios, de modo que la explicación del motivo por el que los precios internos están distorsionados requiere, en cada caso, la demostración del grado de apartamiento, o la cuantificación de la diferencia, entre dos puntos de precios diferentes.

El Órgano de Apelación señaló que el tipo específico de análisis que debe realizar una autoridad investigadora a efectos de obtener un punto de referencia adecuado en el marco del apartado d) del artículo 14, así como los tipos y la cantidad de pruebas que se considerarían suficientes a este respecto, variarán necesariamente dependiendo de varios factores, entre ellos las circunstancias del caso y las características del mercado. Sin embargo, en todos los casos, la autoridad investigadora debe establecer y explicar adecuadamente en su informe la existencia de una distorsión de los precios como resultado de la intervención del gobierno. Puede haber distintas formas de demostrar que los precios están realmente distorsionados, como una evaluación cuantitativa, un método de comparación de precios o un análisis hipotético. Según las circunstancias, un análisis cualitativo también puede establecer debidamente la manera en que la intervención del gobierno tiene efectivamente como resultado una distorsión de los precios, siempre que se explique en forma adecuada. A ese respecto, el Órgano de Apelación reconoció que la participación del gobierno en el mercado puede adoptar muchas formas, que pueden tener efectos de distorsión en los precios, con independencia de que el gobierno regule directamente los precios o influya indirectamente en ellos de manera que se constate que resultan distorsionados. A juicio del Órgano de Apelación, las pruebas de una repercusión directa de la intervención del gobierno en los precios, como la fijación de precios por vía administrativa o el predominio del gobierno como proveedor en el mercado pueden tener valor probatorio y dar un carácter muy probable a la constatación de distorsión de los precios, de manera que otras pruebas tal vez resulten menos importantes. Aunque las pruebas de una repercusión indirecta de la intervención del gobierno en los precios también pueden ser pertinentes para determinar la existencia de una distorsión de los precios, establecer el vínculo entre esa intervención gubernamental y la distorsión de los precios puede requerir que se analice y explique con mayor detenimiento el modo en que los precios están distorsionados como resultado de esa repercusión indirecta de la intervención del gobierno.

Además, el Órgano de Apelación señaló que, aunque el análisis realizado por la autoridad investigadora acerca de si la distorsión de los precios se ha producido como resultado de la intervención del gobierno, y de qué manera, variará dependiendo de las circunstancias del caso, es preciso que tenga debidamente en cuenta los argumentos y las pruebas aportados por los solicitantes y los declarantes, así como todas las demás informaciones obrantes en el expediente, de forma que su determinación de la manera en que los precios en los mercados concretos en cuestión están efectivamente distorsionados como resultado de la intervención del gobierno se base en pruebas positivas. Por lo tanto, con independencia del método elegido por la autoridad investigadora, esta debe considerar y analizar los métodos, datos, explicaciones y pruebas justificativas aportados por las partes interesadas, o reunidos por la autoridad investigadora, para asegurarse de que su constatación de la existencia de distorsión de los precios está respaldada por pruebas y explicaciones obrantes en el expediente, y no resulta debilitada o refutada por ellas. A su vez, la función de los grupos especiales es evaluar si la explicación que ofrezca la autoridad investigadora para su determinación es razonada y adecuada examinando críticamente dicha explicación, en profundidad y a la luz de los hechos y las explicaciones presentados por las partes interesadas. En concreto, los grupos especiales han de considerar si la explicación de la autoridad competente acerca de la manera en que la intervención del gobierno tiene efectivamente como resultado una distorsión de los precios en los mercados en cuestión tiene plenamente en cuenta la naturaleza y la complejidad de los datos obrantes en el expediente, y si parece adecuada a la luz de otros métodos, datos y explicaciones sobre los datos presentados por las partes. En cualquier caso, es preciso que la autoridad investigadora dé una explicación razonada y adecuada de la manera en

que la intervención del gobierno tiene efectivamente como resultado la distorsión de los precios internos.

En la primera frase del párrafo 4.155 del informe *Estados Unidos - Acero al carbono (India)*, el Órgano de Apelación había observado que "[a]unque el análisis de puntos de referencia empiece con la consideración de los precios del país del bien en cuestión, no sería adecuado tomar como base tales precios si no están determinados por el mercado". Los Estados Unidos no estuvieron de acuerdo con la lectura que hizo el Grupo Especial de la afirmación del Órgano de Apelación que figura en la frase siguiente del mismo párrafo, a saber, que "[l]os precios del país propuestos no reflejarán las condiciones reinantes en el mercado en el país de suministro si se apartan del precio determinado por el mercado como resultado de intervenciones gubernamentales en este". El Órgano de Apelación consideró que esas afirmaciones forman parte, conjuntamente, de la interpretación del apartado d) del artículo 14 realizada por el Órgano de Apelación y ponen de manifiesto la lectura de que la autoridad investigadora puede elegir distintos métodos para demostrar la repercusión directa o indirecta de la intervención del gobierno en los precios internos. Sin embargo, es preciso que la autoridad investigadora ofrezca una explicación razonada y adecuada de si los precios están determinados por el mercado o de la manera en que están distorsionados como resultado de la intervención del gobierno. Por consiguiente, el Órgano de Apelación no consideró que la afirmación de que "[l]os precios del país propuestos no reflejarán las condiciones reinantes en el mercado en el país de suministro si se apartan del precio determinado por el mercado como resultado de intervenciones gubernamentales en este" constituya simplemente un ejemplo de una situación en la que quizá los precios no estén determinados por el mercado, como parecen indicar los Estados Unidos. El Órgano de Apelación tampoco entendió que el Grupo Especial haya leído esa afirmación en el sentido de que exige que, en cada caso, se lleve a cabo un único tipo de análisis para determinar la existencia de una distorsión de los precios.

El Órgano de Apelación tomó nota de la observación del Grupo Especial de que "[t]eniendo en cuenta el hecho de que la intervención gobierno puede, en principio, afectar a la oferta o la demanda de un determinado bien en cualquier mercado, y el hecho de que 'es muy limitada la posibilidad que admite el apartado d) del artículo 14 de que la autoridad investigadora tome en consideración un punto de referencia distinto de los precios privados en el país de suministro', es importante que una decisión de rechazar los precios internos como punto de referencia esté respaldada por una explicación razonada y adecuada *de la manera en que la intervención del gobierno distorsiona el precio de los insumos en cuestión*". Según el Grupo Especial, "[l]as pruebas de una intervención generalizada del gobierno en la economía, sin pruebas de *una repercusión directa en el precio del bien en cuestión o sin una explicación adecuada* de la manera en que el precio del bien en cuestión resulta distorsionado, no bastarán para justificar una determinación de que no hay precios 'determinados por el mercado' para el bien en cuestión que puedan utilizarse a efectos de determinar la adecuación de la remuneración por los bienes suministrados por el gobierno". Al exigir subsidiariamente ya sea "pruebas de una repercusión directa en el precio del bien en cuestión" o "una explicación adecuada de la manera en que el precio del bien en cuestión resulta distorsionado", la afirmación del Grupo Especial está en consonancia con la conclusión del Órgano de Apelación de que, aunque pueda haber distintas formas de demostrar la existencia de una distorsión de los precios, la autoridad investigadora debe elegir un método que permita establecer la manera en que los precios internos están efectivamente distorsionados como resultado de la intervención del gobierno. No obstante, el Órgano de Apelación subrayó que la autoridad investigadora debe dar en cada caso una explicación razonada y adecuada del fundamento para sus constataciones de la existencia de una distorsión de los precios, independientemente de que la constatación esté basada en pruebas de la repercusión directa o indirecta de la intervención del gobierno en los precios internos.

El Órgano de Apelación también estuvo de acuerdo con la conclusión del Grupo Especial de que "[l]a autoridad investigadora debe explicar la manera en que la intervención gubernamental en el mercado *tiene como resultado* que los precios internos de los insumos en cuestión se aparten del precio determinado por el mercado", en la medida en que aclara que la autoridad investigadora debe formular una constatación de distorsión de los precios resultante de la intervención del gobierno. El razonamiento del Grupo Especial concordaba con la interpretación del Órgano de Apelación de que se puede establecer la existencia de una distorsión de los precios a causa de la intervención gubernamental recurriendo a distintos métodos en distintos casos, siempre que las autoridades investigadoras hayan llevado a cabo el análisis necesario para establecer en su informe que la distorsión de los precios efectivamente se produce como resultado de la intervención del gobierno en el mercado. Mediante la afirmación del Grupo Especial relativa a la "repercusión directa" en los precios, así como a otras formas de repercusión más indirecta, siempre que la autoridad

investigadora explique la manera en que los precios de los bienes en cuestión resultan distorsionados, se reconoció que diversas formas de intervención del gobierno podrían dar lugar a una distorsión de los precios, y a su vez que, en cada caso, haría falta explicar si la intervención del gobierno ha tenido efectivamente como resultado una distorsión de los precios, y de qué manera, antes de llegar a una constatación de que no se puede tomar como base determinados precios internos. El Órgano de Apelación concluyó que el Grupo Especial no exigió que se realizara un único tipo de análisis cuantitativo o de comparación de precios en todos los casos.

Por lo tanto, el Órgano de Apelación constató que el Grupo Especial no incurrió en error cuando rechazó la alegación de China de que los Estados Unidos actuaron de manera incompatible con el párrafo 1 b) del artículo 1 y el apartado d) del artículo 14 del Acuerdo SMC al rechazar los precios internos sin haber constatado primero que los precios de los insumos en cuestión en realidad estaban determinados por el Gobierno de China.

Con respecto a la aplicación por el Grupo Especial del apartado d) del artículo 14, los Estados Unidos sostuvieron que el Grupo Especial "se centró en un tipo específico de análisis de los precios y excluyó de su consideración la explicación y las pruebas proporcionadas por el USDOC, que demostraban que los precios en los sectores pertinentes no están determinados por el mercado", y que "habiendo adoptado ya un enfoque incorrecto para su análisis ... incurrió en error de nuevo al caracterizar la explicación del USDOC como una explicación que no da respuesta a la cuestión de si los precios estaban o no determinados por el mercado". Específicamente, a juicio de los Estados Unidos, el Grupo Especial no reconoció que examinar los precios no es la única manera de demostrar la distorsión de los precios, que hacer hincapié en los precios determinados por el mercado pone de manifiesto que un examen de las "condiciones reinantes en el mercado" da por supuesta la existencia de un "mercado en funcionamiento" y que, en ausencia de tal mercado, un precio interno no puede servir como punto de referencia para medir la adecuación de la remuneración. Además, los Estados Unidos adujeron que el Grupo Especial formuló varias observaciones erróneas al examinar si el USDOC tomó en consideración los precios internos y los precios relacionados con el gobierno, analizó los mercados de los insumos específicos de forma independiente y llevó a cabo con diligencia una investigación recabando los hechos pertinentes.

El Órgano de Apelación señaló que, como se desprendía de manera evidente de la descripción que hizo el Grupo Especial del análisis del USDOC, el USDOC evaluó varios factores relativos a la intervención del Gobierno de China en las empresas con inversión estatal de ese país, y en el sector del acero de China en general. De ese análisis, el USDOC infirió que "los precios en el mercado interno de los insumos de acero producidos por las empresas con inversión estatal de China no pueden considerarse precios 'determinados por el mercado' a efectos de un análisis de los puntos de referencia". A su vez, la cuestión que el Grupo Especial tenía ante sí era si el USDOC había proporcionado, en sus determinaciones escritas, una explicación razonada y adecuada del modo en que las pruebas obrantes en el expediente establecían efectivamente la existencia de distorsión de los precios en los mercados de los insumos en cuestión como resultado de la intervención del gobierno y del modo en que esa explicación servía de apoyo a su decisión de recurrir a los precios fuera del país. El Grupo Especial destacó la importancia de asegurar "que una decisión de rechazar los precios internos como punto de referencia esté respaldada por una explicación razonada y adecuada de la manera en que la intervención del gobierno distorsiona el precio de los insumos en cuestión", en lugar de basarse simplemente en "pruebas de una intervención generalizada del gobierno en la economía". El Órgano de Apelación entendió por tanto que lo que preocupaba al Grupo Especial era la prescripción de establecer de qué modo la existencia de distorsión de los precios es efectivamente el resultado de las intervenciones del gobierno en el mercado. A tal fin, el Grupo Especial examinó las determinaciones del USDOC e hizo referencia a varias declaraciones formuladas en el Memorándum sobre los puntos de referencia y en las comunicaciones de los Estados Unidos.

A juicio del Órgano de Apelación, el Grupo Especial rechazó, por ser insuficiente y problemática, la determinación del USDOC de que los precios en la totalidad de los sectores del acero y el polisilicio de grado solar en China no pueden ser utilizados como puntos de referencia con respecto al beneficio sin una evaluación específica y centrada del modo en que el resultado de la intervención del gobierno había sido la distorsión de los precios en los cuatro mercados de insumos en cuestión. Para la conclusión del Grupo Especial fue fundamental la posición de los Estados Unidos de que "el USDOC *'no estaba obligado a analizar precios específicos'* de los insumos pertinentes para determinar que los precios de las empresas con inversión estatal y los precios privados en los sectores del acero y el polisilicio de China no están determinados por el mercado". El Grupo Especial también subrayó

que "la información recopilada y resumida en el memorándum sobre los puntos de referencia se centra en la *intervención del gobierno* en el conjunto de la economía china y en el sector del acero en general, y *no en los mercados de los insumos específicos* en cuestión". Esta conclusión estaba en consonancia con la conclusión del Grupo Especial de que "[e]l USDOC no trató siquiera de dar una explicación razonada y adecuada de sus determinaciones de que los *precios internos de los discos y palanquillas de acero (OCTG), las bobinas de acero inoxidable (Tubos de presión), el acero laminado en caliente (Tubos) y el polisilicio (Paneles solares)* estaban *distorsionados* como resultado de la intervención omnipresente del gobierno en los mercados internos chinos de esos insumos y, por lo tanto, no estaban determinados por el mercado".

Según el Órgano de Apelación, el USDOC consideró que su fundamento básico de "intervención omnipresente del gobierno" en la economía de China en general y en su rama de producción de acero en su conjunto se aplicaba igualmente a los mercados de los insumos específicos en cuestión porque el sector del acero "incluye necesariamente todos los tipos de insumos de acero", sin otro análisis o explicación de cómo las diversas formas de intervención del gobierno dieron lugar efectivamente a la distorsión de los precios de los mercados de los insumos específicos objeto de investigación. Más allá de su referencia al hecho de que "los expedientes de esos tres asuntos demuestran la existencia de limitaciones a la exportación de esos tres productos durante los períodos objeto de investigación pertinentes", el USDOC no llevó a cabo ninguna evaluación específica de los cuatro mercados de insumos en cuestión. Por lo tanto, de sus conclusiones de que el proceso de adopción de decisiones de las empresas con inversión estatal en China en general y en el sector del acero en su conjunto estaba distorsionado por la intervención del gobierno, el USDOC parece haber extraído la inferencia general de que los precios en los mercados específicos en cuestión estaban igualmente distorsionados.

Además, el Grupo Especial rechazó la noción de que "una presunción de que *la intervención del gobierno en el mercado resulta necesariamente en distorsiones de los precios* de los bienes en cuestión bastar[ía] para respaldar la conclusión de que los precios internos del insumo en cuestión pueden rechazarse como punto de referencia. El Grupo Especial concluyó que "[e]l expediente de los cuatro procedimientos en virtud del artículo 129 en litigio y los argumentos de los Estados Unidos muestran claramente que el USDOC no consideró necesario demostrar la manera en que las acciones del Gobierno de China influyeron en los precios internos de los insumos en cuestión". El Órgano de Apelación entendió en consecuencia que al Grupo Especial le preocupaba que el análisis que realizó el USDOC en el Memorándum sobre los puntos de referencia se centrara en la omnipresencia de la participación del gobierno en la toma de decisiones de las empresas con inversión estatal de China en general y en el sector del acero en su conjunto, y no en *de qué manera* específicamente esta participación influyó en las decisiones adoptadas en materia de precios en relación con los insumos en cuestión y tuvo como resultado una distorsión de los precios con respecto a las determinaciones de que se trata. Ese análisis carecía de una evaluación suficiente de la manera en que las diversas formas de intervención del gobierno, tomadas individualmente o en conjunto, repercutieron en los precios del mercado del acero en China, y concretamente en los mercados de insumos en cuestión, y de la manera en que tuvieron efectivamente como resultado la distorsión de todos los *precios* privados y de las empresas con inversión estatal de esos insumos en esos mercados, en contraposición a la distorsión más general del *mercado*.

En consecuencia, el Órgano de Apelación discrepó de la proposición de que el Grupo Especial "se centró en un tipo particular de análisis de los precios y excluyó de su consideración la explicación y las pruebas proporcionadas por el USDOC, que demostraban que los precios en los sectores pertinentes no están determinados por el mercado", y que "incurrió en error al caracterizar la explicación del USDOC como una explicación que no da respuesta a la cuestión de si los precios estaban o no determinados por el mercado". En lugar de ello, el Órgano de Apelación entendió que el Grupo Especial constató que el USDOC no analizó ni explicó suficientemente cómo las intervenciones generalizadas del gobierno descritas en el Memorándum sobre los puntos de referencia dieron lugar a la distorsión de los precios internos en los mercados de los insumos específicos y en relación con los productos específicos objeto de cada una de las determinaciones del USDOC impugnadas en litigio. Así pues, el Grupo Especial entendió que el análisis del USDOC se refería a la intervención generalizada del gobierno y a la "distorsión del mercado" en términos más generales, y no a la "distorsión de los precios" en los mercados de los insumos en cuestión específicamente resultante de esas intervenciones del gobierno.

El Órgano de Apelación observó que el análisis que llevó a cabo el Grupo Especial de la cuestión de si el USDOC hizo caso omiso de pruebas relativas a los precios de los insumos en cuestión respaldaba

su conclusión de que "el USDOC no explicó la manera en que la intervención del gobierno en el mercado *tuvo como resultado* que los precios internos de los insumos en cuestión se apartaran del precio determinado por el mercado". A este respecto, los Estados Unidos adujeron que el "Grupo Especial concluyó, sin justificación, que el USDOC rechazó automáticamente los precios gubernamentales", mientras que "el USDOC proporcionó una amplia explicación de por qué rechazó los precios 'relacionados con el gobierno'" y "no rechazó esos precios debido a su fuente, sino debido a su *naturaleza*". El Órgano de Apelación recordó que, consonancia con la norma de examen aplicable, aunque la autoridad investigadora tiene facultades discrecionales al elegir el método para establecer la existencia de distorsión de los precios, también tiene que analizar métodos, argumentos y pruebas alternativos presentados por las partes, para evaluar si con su enfoque se determina debidamente la existencia de distorsión de los precios resultante directa o indirectamente de la intervención del gobierno. En definitiva, la conclusión de la autoridad investigadora debe estar suficientemente razonada y adecuadamente explicada, teniendo también presentes esos argumentos, explicaciones y pruebas alternativos. A su vez, "la explicación no es razonada o adecuada, si hay *otra explicación* plausible de los hechos, y si la explicación de las autoridades competentes no parece adecuada teniendo en cuenta la otra explicación". Por consiguiente, a juicio del Órgano de Apelación, la labor del Grupo Especial en el presente asunto consistió en examinar si, a la luz de las pruebas y los argumentos presentados por las partes y la justificación subyacente a las explicaciones alternativas plausibles, el enfoque adoptado en última instancia por el USDOC en sus determinaciones y las conclusiones inferidas a partir de las pruebas en que se basó siguen siendo adecuados y están suficientemente fundamentados también a la luz de estos datos y explicaciones alternativos.

Con respecto a la constatación del Grupo Especial de que "el informe Mysteel fue en gran medida ignorado por la autoridad investigadora", los Estados Unidos afirman que "[l]os precios de Mysteel son precisamente objeto del análisis del USDOC en los memorándums sobre los puntos de referencia, es decir, están entre los precios chinos que el USDOC describió como distorsionados por las numerosas intervenciones del gobierno identificadas en el expediente". El Órgano de Apelación recordó que la justificación en que se basó el USDOC en el Memorándum sobre los puntos de referencia se centraba en establecer una distorsión de los precios sobre la base de la omnipresencia de la participación del gobierno en el sector del acero de China, más que en el ejercicio del poder en el mercado por parte del Gobierno de China y, por lo tanto, en la cuestión de si el gobierno podía efectivamente determinar precios en los mercados de los insumos en cuestión. Por lo tanto, el Órgano de Apelación discrepó de los Estados Unidos, en la medida en que indicaban que el Grupo Especial "ignoró la cuestión central de los precios determinados por el mercado". En cambio, el Órgano de Apelación entendió que el Grupo Especial constató que el rechazo por el USDOC de los precios internos (incluidos los precios de Mysteel) se formuló sobre la base y fue simplemente consecuencia de sus constataciones de la intervención omnipresente del gobierno y la distorsión del mercado en el sector del acero en general, las cuales no proporcionaban una explicación razonada y adecuada de cómo la intervención generalizada del gobierno y la "distorsión del mercado" dieron lugar a una "distorsión de los precios" en los mercados de los insumos específicos en cuestión.

El Órgano de Apelación también señaló que el USDOC no cuestionó la verosimilitud del marco analítico adoptado por el Profesor Ordoover con respecto al ajuste de precios descrito en un documento que contenía información sobre los precios de los insumos en cuestión presentado por el Gobierno de China al USDOC en varios procedimientos en virtud del artículo 129 en litigio, pero que había rechazado su pertinencia principalmente porque había adoptado un enfoque distinto en el presente procedimiento sobre el cumplimiento. El USDOC señaló, en particular, que "la intervención del Gobierno de China en el sector del acero en su conjunto reflejada en el Memorándum sobre los puntos de referencia establece que las señales del mercado -en todo el sector en su conjunto- están distorsionadas por los efectos de una intervención del gobierno omnipresente, continuada y de larga data" y que "en estas circunstancias, la presencia o ausencia de los 'indicios' basados en el antimonopolio señalados por el Profesor Ordoover no son indicios particularmente significativos de distorsión del mercado". El USDOC también señaló que el enfoque adoptado por el Profesor Ordoover no era "el *único* marco en el que determinar si el gobierno puede influir en el mercado". El Órgano de Apelación señaló, no obstante, que el hecho de que el marco alternativo no fuera el *único* no responde a la cuestión de si, a la luz de ese marco alternativo y los datos sobre precios, el marco adoptado por el USDOC en los presentes procedimientos en virtud del artículo 129 y sus conclusiones siguen sosteniéndose. Más bien, el Órgano de Apelación estuvo de acuerdo con el Grupo Especial en que "cuando la autoridad investigadora tiene ante sí información que a primera vista parece pertinente para ese análisis en el marco del apartado d) del artículo 14, debe considerar esa

información y, si concluye que no es probatoria o pertinente para su análisis, explicar esa conclusión".

A este respecto, el Órgano de Apelación tomó nota del argumento de China de que los datos sobre precios que figuran en el informe Mysteel reflejaban la tesis de que las fluctuaciones de los precios del acero en China fueron consecuencia de factores del mercado, y no de la intervención del gobierno. Además, en el informe Ordoover se destacaba que "la rama de producción del acero china en su conjunto está 'muy fragmentada', como lo están los mercados del acero específicos en cuestión en las investigaciones pertinentes", "lo que hace que el mercado interior sea muy competitivo y difícil de controlar". En el mismo informe también se documentaban algunos de los casos principales en que la "inversión privada en la rama de producción del acero china creció rápidamente durante los períodos de investigación", en la forma de "inversión privada en importantes aumentos de capacidad, así como inversiones privadas en empresas productoras de acero chinas existentes". Por consiguiente, aunque el análisis del USDOC no se basara principalmente en la participación de las empresas con inversión estatal en el mercado del acero en China o en una justificación del ajuste de precios, parece que las explicaciones alternativas y los datos sobre precios que obran en el expediente pueden haber sido no obstante pertinentes para examinar si efectivamente existió una distorsión de los precios en los mercados de los insumos en cuestión. Sin embargo, en las determinaciones del USDOC no se explicaba por qué, a la luz de los datos sobre precios y las explicaciones alternativas, la conclusión que alcanzó para todo el sector del acero es necesariamente aplicable a todos los insumos específicos.

Por lo tanto, el Órgano de Apelación no consideraba que el análisis del Grupo Especial reflejara una insistencia en que un método concreto de análisis de los precios sea la única manera de establecer una distorsión de los precios o que, como dicen los Estados Unidos, el Grupo Especial "pasara por alto el contexto en el que el USDOC analizó las pruebas de Mysteel". En efecto, el Grupo Especial reconoció que el Acuerdo SMC no prescribe un modo específico de análisis para la determinación de un punto de referencia adecuado a efectos de determinar si los bienes se suministran por una remuneración inferior a la adecuada en el sentido del apartado d) del artículo 14. Al mismo tiempo, el Grupo Especial consideró que los datos sobre precios obrantes en el expediente eran pertinentes para la cuestión de si la existencia de distorsión de los precios había sido adecuadamente establecida y explicada conforme al propio enfoque del USDOC. No obstante, el Grupo Especial observó que "[n]i en el memorándum sobre los puntos de referencia, ni en el memorándum complementario sobre los puntos de referencia, que lo acompaña, ni en la determinación definitiva del punto de referencia de Tubos de presión, Tubos, OCTG, Torón de acero y Paneles solares se hace referencia a los precios de los insumos en cuestión que figuran en el informe Mysteel".

Los Estados Unidos también cuestionaron la observación del Grupo Especial de que "el USDOC no consideró necesario proceder a un análisis detallado de los mercados específicos de los insumos en cuestión". El Órgano de Apelación recordó su constatación de que, en el análisis que hizo en el Memorándum sobre los puntos de referencia, el USDOC no llevó a cabo una evaluación específica de los cuatro mercados de los insumos en cuestión, e hizo una inferencia general de que los precios en todos los mercados de los insumos específicos están distorsionados a partir de sus conclusiones de que el proceso de adopción de decisiones de las empresas con inversión estatal en China en general y en el sector del acero en su conjunto estaba distorsionado por la intervención del gobierno. Sin embargo, los precios de Mysteel incluidos por el Gobierno de China en el expediente eran específicos de los tres insumos de acero en cuestión y, en opinión de China, "en el expediente no había pruebas de que ningún plan o política adoptado por el Gobierno de China ordenara a los proveedores de propiedad privada o a los proveedores relacionados con el gobierno vender insumos a determinadas entidades o a un determinado precio". Por lo tanto, el Órgano de Apelación consideró que, como señaló el Grupo Especial, habría sido pertinente que el USDOC hubiese tenido en cuenta estos datos en su análisis y hubiese examinado en qué medida influían en sus conclusiones de que existía una distorsión de los precios en el sector del acero de China y, en particular, en los tres mercados de los insumos específicos.

Los Estados Unidos también hicieron alusión a la conclusión del el USDOC de que, [a]unque el USDOC solicitó información al Gobierno de China para determinar la estructura de los mercados de acero laminado en caliente, discos de acero y bobinas de acero inoxidable, incluidas las identidades y los grados de propiedad estatal de los productores que operan en ellos, la respuesta del Gobierno de China fue incompleta y, por lo tanto, poco fiable a los efectos de dicho análisis". El USDOC además constató que "en el expediente no hay disponible la información necesaria para llevar a cabo un análisis del mercado por insumo específico [y] además de en [su] determinación sobre el sector del

acero chino en su conjunto, y subsidiariamente a esta", el USDOC también se basó en "los hechos de que tenía conocimiento por otros medios ... con respecto a los insumos de acero concretos en cuestión". El Órgano de Apelación recordó que "[e]n la medida de lo posible, una autoridad investigadora que utilice los 'hechos de que tenga conocimiento' en una investigación en materia de derechos compensatorios ha de tener en cuenta todos los hechos demostrados facilitados por una parte interesada, aun cuando no constituyan la información completa solicitada a esa parte". Sin embargo, al recurrir a los hechos de que tenía conocimiento, el USDOC no consideró los precios de Mysteel correspondientes a los tres insumos específicos facilitados por China. Por consiguiente, el Órgano de Apelación no consideró que el hecho de que las respuestas de China a la solicitud de información por el USDOC fueran incompletas pueda justificar que no se evaluaran los datos sobre precios que se habían presentado y que, por lo tanto, estaban disponibles en el expediente. Por consiguiente, aunque el USDOC tenía la facultad discrecional de elegir su enfoque para establecer si los precios internos estaban distorsionados, habría sido necesario que explicara en sus determinaciones por qué el enfoque que había adoptado y las conclusiones que había alcanzado seguían siendo válidos, a la luz de los datos sobre precios de Mysteel y la exposición alternativa del informe Ordoover.

Además, con respecto a los precios privados internos, los Estados Unidos afirmaban que "después de analizar los datos sobre precios de importación que China incluyó en el expediente de las investigaciones iniciales, el USDOC concluyó que no se podían utilizar", y que el USDOC utilizó de hecho los precios de China cuando procedió, como en la investigación Tubos de presión. A juicio del Órgano de Apelación, el hecho de que el USDOC usara o rechazara determinados datos sobre precios de importación facilitados por China en los procedimientos iniciales no obviaba la necesidad de que el USDOC examinara las pruebas y las explicaciones obrantes en el expediente de los procedimientos en virtud del artículo 129 en cuestión. Los argumentos de los Estados Unidos, por lo tanto, no eran pertinentes para la conclusión del Grupo Especial de que el USDOC no explicó debidamente su rechazo a los precios internos obrantes en el expediente de las investigaciones Tubos de presión, Tubos y OCTG en el transcurso de los procedimientos en virtud del artículo 129.

Los Estados Unidos además impugnaron el fundamento de la constatación del Grupo Especial de que nada en el expediente indicaba que el USDOC considerara la posibilidad de que "la información sobre los precios que no distinga entre proveedores que son entidades con inversión estatal y proveedores privados puede, no obstante, ser pertinente para un análisis de la remuneración adecuada de los insumos en cuestión". El Órgano de Apelación tomó nota de que en la sección relativa a la "Evaluación de cuestiones adicionales" de la Determinación definitiva del punto de referencia, el USDOC señaló la posibilidad de que los precios privados y los precios de las empresas con inversión estatal estuviesen ajustados, pero constató que "no es necesario ni factible realizar este análisis de los precios en los presentes procedimientos en virtud del artículo 129". El Órgano de Apelación señaló que, si bien puede que el USDOC no haya rechazado estos datos debido a su origen, no obstante los rechazó porque, en el momento de abordar la cuestión de si sería posible realizar un análisis del ajuste de precios, el USDOC ya había alcanzado su conclusión de que una intervención del gobierno omnipresente, continuada y de larga data había distorsionado las señales del mercado en todo el sector del acero, de modo que no había puntos de referencia posibles de la rama de producción nacional que pudieran considerarse "basados en el mercado" para ninguno de los insumos en cuestión. Se llegó a esta última conclusión independientemente de los precios de Mysteel y antes de examinar dichos precios en el examen adicional por el USDOC de la posibilidad de realizar un análisis del ajuste de precios. Sin embargo, el Órgano de Apelación recordó la conclusión anterior del USDOC relativa a la existencia de distorsión de los precios en todo el sector del acero basada en la intervención omnipresente del gobierno formulada en el Memorándum sobre los puntos de referencia no podía constituir, por sí misma, una base suficiente para rechazar la pertinencia de los datos de Mysteel.

Además, el USDOC consideró que "es probable que ni las pruebas obrantes en el expediente disponibles", "ni las pruebas sobre los precios que puedan estar disponibles ... proporcionen una percepción probatoria adicional sobre la cuestión de si los proveedores privados han ajustado sus precios a los precios cobrados por los proveedores de insumos gubernamentales predominantes". Fue en este contexto que el USDOC hizo referencia a las pruebas relativas a los precios que tenía ante sí e indicó que solo eran limitadas, en particular porque la mayoría de los datos, incluidos los precios de Mysteel, no distinguían entre los proveedores que eran empresas con inversión estatal y los proveedores privados. Por lo tanto, el USDOC consideró que no sería posible realizar un análisis de si los precios privados estaban ajustados a los precios de las empresas con inversión estatal a falta de datos suficientes que distinguiesen entre estos dos conjuntos de precios. El Órgano de

Apelación señaló que, aunque las razones en que se basaba el informe Ordovery y los datos sobre los precios de Mysteel conexos fuesen diferentes del enfoque adoptado por el USDOC en el Memorandum sobre los beneficios, estos indicios estaban relacionados con el sector del acero y los mercados de los insumos pertinentes. Así pues, constituían información pertinente que podía cuestionar la constatación del USDOC de que todos los precios internos, incluidos los precios privados de los insumos en cuestión, estaban distorsionados. Por lo tanto, el Órgano de Apelación no vio ninguna razón para discrepar del Grupo Especial en que "[c]omo pueden obtenerse 'precios de referencia adecuados ... de diversas fuentes potenciales, con inclusión de entidades privadas o relacionadas con el gobierno', la información sobre los precios que no distinga entre proveedores que son entidades con inversión estatal y proveedores privados puede, no obstante, ser pertinente para un análisis de la remuneración adecuada de los insumos en cuestión".

El Órgano de Apelación consideró que, al examinar la cuestión de si sería posible analizar el ajuste de precios, el USDOC desestimó, en la Determinación definitiva del punto de referencia, los datos sobre precios obrantes en el expediente en gran medida sobre la base de una conclusión anterior formulada en el Memorandum sobre los puntos de referencia de que todos los precios internos del acero en China estaban distorsionados por la intervención del gobierno. Aunque el USDOC tal vez no haya "exclu[ido] los precios relacionados con el gobierno automáticamente" o debido a su origen, no realizó un análisis de si estos datos sobre precios estaban distorsionados o no analizó si los datos y las explicaciones complementarias podían haber influido en las conclusiones que había formulado en el Memorandum sobre los puntos de referencia de que tanto los precios relacionados con el gobierno como los precios privados en el sector del acero de China están distorsionados, en cuanto a los insumos específicos en cuestión. A este respecto, el Grupo Especial observó que los Estados Unidos "desestima[ron] la 'gran importancia' que China da al informe Mysteel, señalando que esos 'datos en definitiva no dicen nada acerca de si esos precios también reflejan los efectos de una intervención estatal continua en el sector'". A juicio del Órgano de Apelación, al parecer, el Grupo Especial consideró que el USDOC no explicó suficientemente "por qué, a su juicio, los datos sobre precios obrantes en el expediente no guardaban relación con las condiciones reinantes en el mercado en el país de suministro en el sentido del apartado d) del artículo 14" y rechazó la pertinencia de esta información principalmente porque la justificación subyacente al informe Ordovery y a los datos sobre precios de Mysteel era diferente de la justificación esgrimida por el USDOC en las determinaciones en cuestión. Así pues, a juicio del Grupo Especial, el USDOC no analizó suficientemente los datos sobre precios y las explicaciones alternativas obrantes en el expediente antes de llegar a la conclusión de que no es posible tomar como base ningún precio interior como punto de referencia con respecto al beneficio y que, por lo tanto, el USDOC seguiría utilizando los puntos de referencia alternativos de las investigaciones iniciales.

Por último, los Estados Unidos alegaron que la constatación del Grupo Especial de incompatibilidad con respecto a la investigación Paneles solares es incoherente y no se apoya en ninguna justificación. Los Estados Unidos cuestionaron la conclusión del Grupo Especial de que "el USDOC no tenía ante sí información pertinente sobre los precios del polisilicio en condiciones de libre competencia en China sobre la base de las cuales hubiera podido considerar un punto de referencia adecuado a los efectos de determinar si los bienes se suministran por una remuneración inferior a la adecuada en el sentido del apartado d) del artículo 14". Por lo tanto, el Grupo Especial constató que "China no ha demostrado que el USDOC actuara de manera incompatible con el párrafo 1 b) del artículo 1 y el apartado d) del artículo 14 del Acuerdo SMC por no considerar los precios internos que estaban disponibles en el expediente en este procedimiento en virtud del artículo 129". En su conclusión general en el marco del párrafo 1 b) del artículo 1 y el apartado d) del artículo 14, no obstante, el Grupo Especial constató que: "[E]l USDOC no explicó, en los procedimientos en virtud del artículo 129 OCTG, Paneles solares, Tubos de presión y Tubos, de qué manera la intervención del gobierno en el mercado *tuvo como resultado* que los precios internos de los insumos en cuestión se apartaran del precio determinado por el mercado". A juicio del Órgano de Apelación, la constatación del Grupo Especial de que no había información sobre precios pertinente en el expediente de la investigación Paneles solares no socavó las conclusiones anteriores del Grupo Especial de que el USDOC no dio una "una explicación razonada y adecuada de sus determinaciones de que los precios internos de[los] ... polisilicio (Paneles solares) estaban distorsionados como resultado de la intervención omnipresente del gobierno en los mercados internos chinos de esos insumos" y que "describió a grandes rasgos la participación gubernamental en los mercados pertinentes y, sobre esa base únicamente, determinó que no podía utilizar los precios internos de los insumos pertinentes para evaluar la adecuación de la remuneración". Concretamente, a juicio del Órgano de Apelación, aunque no había pruebas sobre precios en el expediente de la investigación Paneles solares que el USDOC debiera haber tenido en cuenta, el Grupo Especial constató que, en su análisis anterior,



el USDOC no explicó de qué manera la intervención del gobierno en el mercado tuvo como resultado una distorsión de los precios también con respecto a esta investigación.

Por consiguiente, el Órgano de Apelación constató que los Estados Unidos no han establecido que el Grupo Especial incurriera en error en su interpretación y aplicación del apartado d) del artículo 14 del Acuerdo SMC al constatar que el USDOC no explicó, en los procedimientos en virtud del artículo 129 OCTG, Paneles solares, Tubos de presión y Tubos, de qué manera la intervención del gobierno en el mercado *tuvo como resultado* que los precios internos de los insumos en cuestión se apartaran del precio determinado por el mercado. Además, el Órgano de Apelación constató que los Estados Unidos no han establecido que el Grupo Especial incurriera en error en su constatación de que, en los procedimientos en virtud del artículo 129 Tubos de presión, Tubos y OCTG, el USDOC no consideró datos sobre precios obrantes en el expediente.

### 3.3.4 Especificidad - Párrafo 1 c) del artículo 2 del Acuerdo SMC

Sobre la base de su interpretación del párrafo 1 c) del artículo 2 del Acuerdo SMC, y de su examen del razonamiento y el análisis del USDOC, el Grupo Especial constató que los Estados Unidos no cumplieron la prescripción del párrafo 1 c) del artículo 2 de "tener en cuenta el período durante el que se haya aplicado el programa de subvenciones", porque no explicaron suficientemente sus conclusiones con respecto a la existencia del programa de subvenciones pertinente. El Grupo Especial determinó, sobre esta base, que los Estados Unidos habían actuado de manera incompatible con el párrafo 1 c) del artículo 2 en 11 de los procedimientos en virtud del artículo 129 en litigio.

En apelación, los Estados Unidos adujeron que ni el Grupo Especial ni el Órgano de Apelación formularon constataciones de incompatibilidad con respecto a la "existencia de un programa de subvenciones" cuando se les planteó esa cuestión en esta diferencia, y alegaron que, en consecuencia, no constituía una base adecuada para evaluar la compatibilidad de las medidas con la tercera frase del párrafo 1 c) del artículo 2. Los Estados Unidos adujeron además que el Grupo Especial sobre el cumplimiento interpretó indebidamente que el párrafo 1 c) del artículo 2 exigía que el USDOC identificase un "programa de subvenciones sistemático" constituido "íntegramente por actos de subvención", y que, como consecuencia de su lectura errónea del párrafo 1 c) del artículo 2, el Grupo Especial no tuvo en cuenta el razonamiento y el análisis aportados por el USDOC que "respondían directamente" a las preocupaciones del Grupo Especial acerca de la existencia de los "programas de subvenciones" pertinentes.

Sobre la base de su análisis, el Órgano de Apelación discrepó de los Estados Unidos en cuanto a que el Grupo Especial estuviera obligado a limitar su análisis al examen de la "duración" de los programas de subvenciones pertinentes realizado por el USDOC, sin considerar si este había identificado debidamente esos programas en el contexto de los procedimientos en virtud del artículo 129 pertinentes. A este respecto, el Órgano de Apelación razonó que la prescripción de establecer la existencia del programa de subvenciones forma parte esencial de la obligación de tener en cuenta el período durante el que se haya aplicado el programa de subvenciones, derivada de la tercera frase del párrafo 1 c) del artículo 2. El Órgano de Apelación añadió que la cuestión de si el USDOC había identificado debidamente los programas de subvenciones pertinentes quedó sin resolver en el procedimiento inicial, y no creyó que hubiera ningún motivo que impidiera a China hacer valer de nuevo una alegación al respecto en este procedimiento sobre el cumplimiento, como base para su afirmación de que los Estados Unidos incumplieron las obligaciones que les corresponden en virtud del párrafo 1 c) del artículo 2.

Con respecto a la interpretación y aplicación del párrafo 1 c) del artículo 2 que hizo el Grupo Especial, el Órgano de Apelación se mostró de acuerdo con este en que, si bien "las pruebas de la existencia de 'una serie de acciones sistemáticas' pueden ser especialmente pertinentes en el contexto de un programa no escrito, el mero hecho de que se hayan proporcionado contribuciones financieras a determinadas empresas no es suficiente para demostrar que esas contribuciones financieras se han otorgado de conformidad con un plan o sistema a los efectos del párrafo 1 c) del artículo 2". El Órgano de Apelación constató asimismo que el examen del análisis realizado por el USDOC que hizo a continuación el Grupo Especial se centró adecuadamente en la cuestión de "si la información en que se basó el USDOC respalda su constatación de una serie de acciones sistemáticas que prueban la existencia de un plan o sistema conforme al cual se han proporcionado las subvenciones". El Órgano de Apelación añadió que, en su razonamiento, el Grupo Especial contrastó acertadamente la omisión del USDOC de explicar "la existencia de una actividad sistemática [relativa a] la existencia de un programa de subvenciones no escrito" con información que el USDOC tenía ante sí, que

señalaba simplemente la existencia de "transacciones repetidas". Sobre esta base, el Órgano de Apelación discrepó de los Estados Unidos en la medida en que aducían que el Grupo Especial incurrió en error en su articulación del criterio que ha de aplicarse en el marco del párrafo 1 c) del artículo 2. También se mostró en desacuerdo con los Estados Unidos en la medida en que alegaban que la constatación formulada por el Grupo Especial en el marco del párrafo 1 c) del artículo 2 estaba basada en una lectura aislada del análisis de la especificidad realizado por el USDOC. Antes bien, el Órgano de Apelación entendió que la preocupación del Grupo Especial había sido que el razonamiento del USDOC y sus referencias a los "programas de subvenciones" eran de carácter genérico y no abordaban suficientemente el sector del acero o el suministro de los insumos en el contexto de las determinaciones específicas en litigio. Por esas razones, el Órgano de Apelación confirmó la constatación del Grupo Especial de que los Estados Unidos actuaron de manera incompatible con el párrafo 1 c) del artículo 2 del Acuerdo SMC en 11 de los procedimientos en virtud del artículo 129 en litigio en esta diferencia.

### 3.3.5 Opinión separada de un miembro de la Sección

#### 3.3.5.1 Organismos públicos - Párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC

En una opinión separada, un miembro de la Sección del Órgano de Apelación coincidió con la mayoría en: i) rechazar la interpretación que hace China de la expresión "organismo público" que figura en el párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC; ii) confirmar la conclusión del Grupo Especial de que China no demostró que las determinaciones de la condición de organismo público del USDOC en los procedimientos en virtud del artículo 129 pertinentes sean incompatibles con el párrafo 1 a) 1) del artículo 1; y iii) dejar intacta la conclusión del Grupo Especial de que China no ha demostrado que el Memorándum sobre los organismos públicos sea incompatible "en sí mismo" con el párrafo 1 a) 1) del artículo 1. Sin embargo, discrepó de la opinión de la mayoría en cuanto a que no hiciera falta una aclaración de los criterios para determinar cuándo una entidad es un organismo público.

El miembro de la Sección consideró que la falta persistente de claridad con respecto a lo que es un "organismo público" representa un ejemplo de atribución de una importancia indebida de los "precedentes". Señaló que el error inicial consistió, en el asunto *Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios (China)*, en definir la expresión "organismo público" como una entidad que "posee o ejerce facultades gubernamentales, o que debe estar dotad[a] de ellas". A su juicio, esta era una manera de identificar un organismo público, pero no era la *única* manera de dar sentido al concepto en circunstancias específicas. En su opinión, en las apelaciones posteriores, el Órgano de Apelación consideró que la expresión "posee o ejerce facultades gubernamentales, o ... debe estar dotada de ellas" es un elemento necesario para determinar si una entidad es un organismo público, al mismo tiempo que había ido incorporando criterios que parecían socavar la función de ese elemento. A su juicio, esto ha sembrado confusión. El miembro de la Sección señaló además que los Estados Unidos habían pedido expresamente que la Sección aclarase el sentido de la expresión "organismo público", por lo que una aclaración del criterio que sirve para determinar si una entidad es un organismo público era necesaria y estaba justificada.

A este respecto, observó que en el texto del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 no se explica el sentido de la expresión "organismo público", ni se requiere una definición abstracta o criterio básico únicos de la expresión "organismo público". En su lugar, el párrafo 1 a) 1) del artículo 1 requiere un examen de si existe una transferencia de valor económico "de un ... organismo público" que, por lo tanto, puede atribuirse a un gobierno. En su opinión, este examen entraña una evaluación de la relación existente entre la entidad pertinente y el gobierno. Cuando esta relación es suficientemente estrecha, es posible constatar que la entidad en cuestión es un organismo público y todos sus comportamientos se pueden atribuir al Miembro pertinente a los efectos del párrafo 1 a) 1) del artículo 1. Si un gobierno tiene la capacidad de controlar la entidad en cuestión y/o su comportamiento, sería posible constatar que la entidad es un organismo público en el sentido del párrafo 1 a) 1) del artículo 1. El miembro de la Sección añadió que no consideraba que el Órgano de Apelación deba explicar el sentido de la expresión "organismo público" más detalladamente. Más bien, debe dejar margen a las autoridades nacionales para que apliquen el criterio descrito *supra*, siempre que sus decisiones cumplan los requisitos de objetividad, de dar una explicación razonada y adecuada, y de tener pruebas suficientes.

Aunque, al igual que la mayoría, apoyó que se rechazase la apelación formulada por China respecto de la conclusión del Grupo Especial de que las determinaciones de la condición de organismo público

del USDOC en los procedimientos en virtud del artículo 129 pertinentes no eran incompatibles con el párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC, manifestó su desacuerdo con el criterio de la mayoría para determinar si una entidad es un organismo público, y ofreció un resumen de los criterios que pueden ser pertinentes para determinar si una entidad es un organismo público. A su juicio, la cuestión de si una entidad es un organismo público se debe determinar caso por caso teniendo debidamente en cuenta las características de la entidad de que se trate, su relación con el gobierno y el entorno normativo y económico reinante en el país en que opera la entidad. Del mismo modo que no hay dos gobiernos exactamente iguales, los contornos y las características precisos de un organismo público variarán necesariamente de una entidad a otra, de un Estado a otro, y de un asunto a otro. Es posible constatar que una entidad es un organismo público cuando el gobierno tiene capacidad de controlar la entidad y/o su comportamiento de transferir valor económico. Por consiguiente, el miembro de la Sección concluyó declarando que una autoridad investigadora no está obligada a determinar en cada caso si la entidad objeto de investigación posee o ejerce facultades gubernamentales, o está dotada de ellas.

### **3.3.5.2 Beneficio - Párrafo 1 b) del artículo 1 y apartado d) del artículo 14 del Acuerdo SMC**

Un miembro de la Sección del Órgano de Apelación discrepó de la decisión de la mayoría de confirmar la constatación del Grupo Especial. Señaló que el Grupo Especial rechazó el análisis de puntos de referencia en cada uno de los cuatro procedimientos en virtud del artículo 129 subyacentes en un único párrafo del informe del Grupo Especial, diciendo que "el USDOC *no consideró necesario* demostrar la manera en que las acciones del Gobierno de China influyeron en los precios internos de los insumos en cuestión", que "[e]l USDOC *no trató siquiera* de dar una explicación razonada y adecuada de sus determinaciones de que los precios internos ... estaban distorsionados como resultado de la intervención omnipresente del gobierno"; y que "el USDOC describió a grandes rasgos la participación gubernamental en los mercados pertinentes y, *sobre esa base únicamente*, determinó que no podía utilizar los precios internos de los insumos pertinentes para evaluar la adecuación de la remuneración". El miembro de la Sección añadió que, aunque la mayoría dijo que aceptaba que distintos métodos -incluido un análisis cualitativo- pueden servir de fundamento para que una autoridad nacional explique la manera en que la intervención del gobierno tiene como resultado una distorsión de los precios internos, de hecho, la mayoría rechazó el amplio análisis cualitativo del USDOC y redactó una opinión que solo cabe interpretar en el sentido de que exige un análisis cuantitativo en todos los casos que conllevan el recurso a los precios de fuera del país.

A continuación, el miembro de la Sección detalló lo que hizo el USDOC, que el Grupo Especial desestimó en tres frases y sin objeción alguna de la mayoría. Señaló que, por ejemplo, en su Memorándum sobre los puntos de referencia, el USDOC examinó: i) la participación del Gobierno de China en el funcionamiento de las empresas con inversión estatal de China; ii) planes industriales detallados que encomiendan a los ministerios que reduzcan el número de empresas y aumenten la escala de la producción; iii) el control ejercido por el gobierno sobre los nombramientos para los consejos de administración y los cargos empresariales; iv) pruebas relativas a fusiones y adquisiciones controladas; y v) prevención de quiebras y otros indicios de intervención del gobierno en el funcionamiento del mercado. Al evaluar el funcionamiento de las empresas con inversión estatal en el sector del acero en particular, el USDOC señaló el lugar que ocupaba el sector como "pilar" de una industria en la cual el Estado mantiene una "influencia en cierto modo fuerte"; las pruebas del aumento del exceso de capacidad; las limitaciones de las exportaciones; los "planes quinquenales" que detallaban las escalas de producción, las inversiones, las tecnologías, los productos y los lugares de producción favorecidos o desfavorecidos; el estricto control de las inversiones; el control sobre el proceso de nombramiento en las empresas con inversión estatal; las quiebras evitadas en grandes empresas con inversión estatal; y el acceso preferencial a capital, tierra y energía. Con respecto a los precios de los productores privados de acero en China, el USDOC examinó diversos factores, entre ellos la cuota de mercado significativa de las empresas con inversión estatal, la presencia de muchos productores de acero que son empresas con inversión estatal y están protegidos frente a las fuerzas de mercado competitivas, las limitaciones de las exportaciones de insumos de acero, las restricciones a la inversión extranjera y otros factores. Además, en el Memorándum complementario sobre los puntos de referencia, el USDOC hizo referencia a que las respuestas al cuestionario no eran adecuadas, lo que llevó a la falta de datos sobre los precios representativos y a la necesidad de recurrir, en parte, a los hechos de que se tenía conocimiento con respecto al análisis por insumos específicos del mercado de los tres insumos de acero. En la determinación definitiva del punto de referencia, el USDOC explicó además por qué no podía llevar a cabo un análisis de la armonización de los precios para apoyar en mayor medida su

explicación de que los precios privados de los insumos de acero en el procedimiento subyacente estaban distorsionados. Por último, con respecto a la investigación Paneles solares y teniendo en cuenta que el Gobierno de China no respondió a su solicitud de información, el USDOC se basó enteramente en los hechos de que tenía conocimiento. El miembro de la Sección señaló además que el Memorándum sobre los puntos de referencia y el Memorándum complementario sobre los puntos de referencia, junto con las pruebas correspondientes que apoyaban las conclusiones del USDOC, ocupaban cientos de páginas. Sin embargo, el Grupo Especial descartó el razonamiento del USDOC y las pruebas justificativas en un único párrafo, caracterizando las determinaciones del USDOC como "ni siquiera un intento" de dar una explicación sobre la razón por la que los precios internos del acero no están determinados por el mercado.

El miembro de la Sección añadió que, al constatar que el USDOC "no explicó la manera en que la intervención del gobierno en el mercado *tuvo como resultado* que los precios internos de los insumos en cuestión se apartaran del precio determinado por el mercado" sin ninguna evaluación de los argumentos y las pruebas del USDOC, el Grupo Especial en efecto reprochó al USDOC que no hubiera analizado más a fondo los precios internos, aun cuando ya había constatado que esos precios estaban distorsionados. No está claro por qué eso debería haber sido necesario en este caso. Sin embargo, siempre que la autoridad investigadora hubiera explicado suficientemente por qué considera que las respectivas intervenciones del gobierno han distorsionado los precios internos, el miembro de la Sección no veía la razón por la que se debería haber exigido al USDOC que se basara en esos precios internos o los analizara más a fondo, en el contexto de un análisis de los puntos de referencia, por ejemplo, mediante una comparación de los precios internos con un punto de referencia hipotético determinado por el mercado y una constatación de la existencia de desviación. Señaló que esos precios pueden reflejar las mismas intervenciones del gobierno que dieron lugar a la subvención que el USDOC trató de compensar.

El miembro de la Sección procedió a exponer en cierto detalle su desacuerdo con el Grupo Especial y la mayoría del Órgano de Apelación. En particular, señaló que solo un examen significativo por el Grupo Especial del análisis, el razonamiento y las pruebas correspondientes del USDOC permitiría al Grupo Especial llegar a una conclusión en cuanto a si el USDOC proporcionó o no una explicación suficiente de su decisión de recurrir a los precios de fuera del país. Sin embargo, el Grupo Especial no realizó tal examen. El miembro de la Sección añadió que la mayoría del Órgano de Apelación reprochó al USDOC que supuestamente no proporcionara "una evaluación suficiente de la manera en que las diversas formas de intervención del gobierno, tomadas individualmente o en conjunto, repercutieron en los precios del mercado del acero en China, y concretamente en los mercados de insumos en cuestión, y de la manera en que tuvieron efectivamente como resultado la distorsión de todos los *precios* privados y de las empresas con inversión estatal de esos insumos en esos mercados, en contraposición a la distorsión más general del *mercado*". El Miembro de la Sección preguntó cómo había podido la mayoría llegar a esa conclusión, considerando que el Grupo Especial no realizó ninguna evaluación de este tipo ni proporcionó ningún análisis sustantivo del razonamiento y las pruebas subyacentes del USDOC. Más que examinar las constataciones del Grupo Especial para determinar si el Grupo Especial había incurrido en error en su interpretación y aplicación del apartado d) del artículo 14, a su juicio la mayoría había realizado su propio examen de las determinaciones del USDOC y, sobre la base de ese examen, había confirmado las constataciones del Grupo Especial que se basaban en un criterio jurídico incorrecto y no reflejaban prácticamente ningún examen de las determinaciones del USDOC. De este modo, la mayoría parecía haber asumido la función de un grupo especial al extraer conclusiones de su propio análisis de las pruebas obrantes en el expediente, y no mediante un análisis del razonamiento expuesto por el Grupo Especial. A su juicio, la mayoría parecía haber ido más allá del mandato del Órgano de Apelación de examinar "las cuestiones de derecho tratadas en el informe del grupo especial y las interpretaciones jurídicas formuladas por este".

Además, el miembro de la Sección señaló que el Grupo Especial había reconocido que "la autoridad investigadora puede llevar a cabo [un] análisis del mercado con diferentes niveles de detalle con respecto a los productos en cuestión, según las circunstancias del caso". Sin embargo, tras haber dicho esto, el Grupo Especial no parece haber tenido en cuenta el análisis cualitativo realizado por el USDOC, que le llevó a concluir que: i) los precios de la totalidad del sector del acero no podían considerarse determinados por el mercado, y se aplicaba un fundamento similar a los mercados de los insumos de acero específicos en cuestión; ii) China no proporcionó la información necesaria para llevar a cabo un análisis del mercado por insumos específicos en respuesta a los cuestionarios del USDOC y, por lo tanto, esa información no obraba en el expediente; y iii) el USDOC contaba con datos del expediente de las investigaciones iniciales relativos a la considerable participación en el

mercado de las empresas con inversión estatal en los tres mercados de insumos en cuestión. Esa conclusión se basaba "en la totalidad de las circunstancias del sector del acero chino incluidas, entre otras cosas, las demás intervenciones de política del Gobierno de China en el sector (por ejemplo, políticas industriales que afectaban a los proveedores y compradores de los insumos de acero, fusiones y adquisiciones forzadas, subvenciones, restricciones a la inversión y limitaciones de las exportaciones), todas las cuales distorsionan las decisiones a nivel de las empresas impidiendo con ello la existencia de las condiciones del mercado que son necesarias para que haya un punto de referencia adecuado en el marco del apartado d) del artículo 14 del Acuerdo SMC". Además, el USDOC examinó las pruebas disponibles que obraban en el expediente, incluidas las pruebas relativas a los precios presentadas por el Gobierno de China, pero concluyó que "estas pruebas no demuestran que los precios en los mercados de insumos de acero en cuestión en China sean adecuados para su uso como puntos de referencia a fin de determinar la adecuación de la remuneración en las investigaciones pertinentes".

Asimismo, el miembro de la Sección señaló que el Grupo Especial llegó a su conclusión de que "el USDOC no explicó la manera en que la intervención del gobierno en el mercado *tuvo como resultado* que los precios internos de los insumos en cuestión se apartaran del precio determinado por el mercado" con respecto a cada una de las cuatro determinaciones del punto de referencia en litigio, *antes* de analizar si el USDOC hizo caso omiso de determinadas pruebas obrantes en el expediente relativas a los precios de los insumos específicos. Por lo tanto, el análisis realizado por el Grupo Especial de si el USDOC proporcionó una explicación razonada y adecuada de su conclusión de que los precios internos no están determinados por el mercado quedó separado de su examen de las pruebas obrantes en el expediente, lo que indicaba que el enfoque adoptado por el USDOC *nunca* sería suficiente para justificar el recurso a los precios de fuera del país, con independencia de las pruebas que tuviera ante sí. Esto resultaba especialmente evidente en el examen que hizo el Grupo Especial del procedimiento en virtud del artículo 129 relativo a Paneles solares, en el cual el Gobierno de China no respondió al cuestionario del USDOC sobre los puntos de referencia. Sin embargo, incluso en ese contexto, el Grupo Especial constató que el USDOC no dio una explicación razonada y adecuada de su rechazo de los precios internos del polisilicio, sin un análisis de los hechos desfavorables de que se tenía conocimiento en los que se basó el USDOC.

En su opinión separada, el miembro de la Sección consideró "inexplicable" la decisión de la mayoría de confirmar esta constatación del Grupo Especial. Dado que el Grupo Especial no examinó el fondo de las pruebas en que se basó el USDOC a los fines de establecer que los precios del polisilicio no están determinados por el mercado, el Miembro de la Sección consideró que no estaba claro sobre qué base confirmó la mayoría la conclusión del Grupo Especial, o qué consideró la mayoría que debía hacer el USDOC para establecer que la intervención del gobierno tuvo como resultado la distorsión de los precios.

El miembro de la Sección señaló además que el USDOC también abordó el informe Mysteel, presentado por China como prueba documental adjunta al informe Ordovery, que ofrecía "un marco económico para evaluar si los precios del mercado estaban 'distorsionados' por el papel predominante del gobierno como proveedor". Aunque "no cuestionó si el marco analítico del Profesor Ordovery concerniente al 'poder de mercado' es útil en el contexto de un análisis antimonopolio", el USDOC observó que no se trataba del "único [marco analítico] admitido por el Órgano de Apelación para un análisis de la distorsión del mercado; ni ... del más pertinente o explicativo en el contexto de la rama de producción de acero de la República Popular China, habida cuenta del carácter multifacético de la intervención del gobierno en dicha rama de producción". Además, el USDOC hizo referencia a los indicios y la información justificativa que figuraban en el informe Ordovery, pero consideró innecesario abordarlos por separado. El USDOC explicó, en este sentido, que no consideró que "la presencia o ausencia de los 'indicios' basados en un análisis antimonopolio del Profesor Ordovery" fueran "indicios particularmente reveladores de la distorsión del mercado", y que "por ejemplo, la participación continuada de proveedores privados en el mercado no tiene un valor probatorio especial cuando las decisiones de entrar y salir del mercado, así como la propia 'rentabilidad', están distorsionadas por la intervención del gobierno". Además, aun cuando el USDOC rechazó tanto los precios de las empresas con inversión estatal como los precios privados en todo el sector del acero de China como puntos de referencia adecuados con respecto al beneficio, trató no obstante de analizar los datos sobre precios pertinentes obrantes en el expediente pero constató que esos datos eran insuficientes para llevar a cabo cualquier análisis significativo de si los precios privados se armonizan con los precios de las empresas con inversión estatal. En su análisis, sin embargo, el Grupo Especial simplemente cuestionó la ausencia de referencias del USDOC a los *precios* que figuraban en el informe Mysteel, desestimando con ello todo

el análisis realizado por el USDOC en el Memorándum sobre los puntos de referencia de la razón por la cual esos mismos precios no están determinados por el mercado. Por lo tanto, el miembro de la Sección no consideró que la mayoría tuviera ninguna base para confirmar la conclusión del Grupo Especial, sobre la base de la afirmación de este, de que el USDOC no examinó suficientemente indicios como la fluctuación de los precios del acero a lo largo del tiempo, la fragmentación de la rama de producción o la existencia de inversión privada. Por esos motivos, discrepó de la opinión de la mayoría de que el USDOC no había explicado "en sus determinaciones por qué el enfoque que había adoptado y las conclusiones que había alcanzado seguían siendo válidos, a la luz de los datos sobre precios de Mysteel y la exposición alternativa del informe Ordover". A su juicio, lo que había hecho el USDOC era justamente eso. En cualquier caso, le habría correspondido al Grupo Especial - no al Órgano de Apelación- examinar las pruebas obrantes en el expediente y contrastarlas con el análisis del USDOC.

En resumen, a juicio del Miembro de la Sección, al suscribir el criterio adoptado por el Grupo Especial, la mayoría parecía haber exigido un análisis de los precios internos como condición para el recurso a un punto de referencia alternativo, incluso en los casos en que no hay precios internos disponibles en el expediente. La labor del Grupo Especial en el presente asunto era examinar si el USDOC proporcionó una explicación razonada y adecuada de su decisión de recurrir a los precios de fuera del país en el marco del apartado d) del artículo 14. En lugar de examinar debidamente esa cuestión, el Grupo Especial simplemente constató que el USDOC "no trató siquiera" de dar una explicación para su rechazo de los precios internos y prescindió de pruebas relativas a los precios obrantes en el expediente, sin ninguna evaluación sustantiva del análisis que realizó el USDOC y las pruebas en que se basó, con inclusión de informes del Banco Mundial, documentos de trabajo de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), investigaciones económicas, artículos y dictámenes de expertos, así como documentos legislativos y administrativos. Habida cuenta de las deficiencias en el análisis realizado por el Grupo Especial, el miembro de la Sección discrepó de la decisión de la mayoría de confirmar las conclusiones del Grupo Especial.

### 3.3.5.3 Especificidad - Párrafo 1 c) del artículo 2 del Acuerdo SMC

Un miembro de la Sección discrepó de las constataciones de la mayoría, recordando que un programa de subvenciones en el sentido del párrafo 1 c) del artículo 2 se puede demostrar de varias maneras, por ejemplo mediante "[u]na serie de acciones sistemáticas conforme a las cuales se proporcionan a determinadas empresas contribuciones financieras que otorgan un beneficio". El miembro de la Sección no vio fundamento alguno en el párrafo 1 c) del artículo 2 para exigir a una autoridad investigadora que demuestre, en primer lugar, "la existencia de una subvención en el sentido del párrafo 1 del artículo 1", y, en segundo lugar, "un 'plan o sistema' conforme al cual esa subvención se ha proporcionado a determinadas empresas". Asimismo, señaló que un análisis de la especificidad en el marco del párrafo 1 c) del artículo 2 no se ocupa de una nueva determinación de la existencia de "precios subvencionados" o de si los insumos en cuestión se producen y suministran a los compradores de etapas ulteriores del proceso productivo conforme a las "instrucciones del gobierno", y que la cuestión de si una medida es compatible con el párrafo 1 c) del artículo 2 no exige una "redeterminación" de la existencia de una subvención o sus elementos constituyentes.

En cuanto al examen por el Grupo Especial de las constataciones del USDOC, el miembro de la Sección señaló que, al evaluar si el USDOC tenía una base objetiva para llevar a cabo un análisis de la especificidad en el marco del párrafo 1 c) del artículo 2, el Grupo Especial no hizo *ninguna* referencia al razonamiento y al análisis proporcionados por el USDOC en el contexto de las investigaciones *iniciales*, aparte de señalar que "[l]os documentos en que se basa la investigación inicial, correspondientes a la investigación OCTG y a otras investigaciones, *no* se ha[bía]n incorporado al expediente del presente procedimiento sobre el cumplimiento". Por lo tanto, parecía que el Grupo Especial había excluido la posibilidad de que los programas de subvenciones subyacentes ya podían haber sido identificados en el contexto de los análisis de la condición de organismo público, contribución financiera y beneficio realizados por el USDOC en cada investigación. El miembro de la Sección añadió que, más que reprochar al USDOC que no hubiese proporcionado "una explicación razonada y adecuada de sus conclusiones con respecto a la existencia de un programa de subvenciones", el Grupo Especial debería haber examinado detenidamente el análisis proporcionado por el USDOC en el contexto de sus constataciones relativas a la condición de organismo público, contribución financiera y beneficio, a fin de evaluar si el USDOC había *identificado* los "programas de subvenciones" que estaba investigando y, por lo tanto, tenía una base objetiva para realizar el análisis de la especificidad *de facto* en el marco del párrafo 1 c) del artículo 2. Por esas razones, el miembro de la Sección consideró que el Grupo Especial incurrió



en error al constatar que China había demostrado que los Estados Unidos actuaron de manera incompatible con el párrafo 1 c) del artículo 2 del Acuerdo SMC en los procedimientos en virtud del artículo 129 en litigio.

### **3.4 Informe del Órgano de Apelación, Corea - Derechos antidumping sobre las válvulas neumáticas procedentes del Japón, WT/DS504/AB/R**

La diferencia se refería a los derechos antidumping definitivos impuestos por Corea a las importaciones de determinadas válvulas para transmisiones neumáticas (válvulas neumáticas) procedentes del Japón, tras la investigación realizada por la Comisión de Comercio de Corea (KTC) y la Oficina de Investigaciones Comerciales (OTI) de la KTC. La KTC inició la investigación y publicó el aviso de iniciación el 21 de febrero de 2014 basándose en una solicitud presentada por dos productores de válvulas neumáticas de Corea, TPC Mechatronics Corporation (TPC) y KCC Co., Ltd. (KCC). El 19 de agosto de 2015, sobre la base de la resolución definitiva de la KTC, el Ministro de Estrategia y Hacienda (MOSF) impuso derechos antidumping a las importaciones de válvulas neumáticas procedentes del Japón mediante el Decreto Nº 498 durante cinco años conforme a las siguientes tasas: 11,66% para SMC Corporation (SMC) y los exportadores de sus productos, y 22,77% para CKD Corporation (CKD) y Toyooki Kogyo Co., Ltd., y los exportadores de sus productos, y para otros proveedores del Japón.

En la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por el Japón (solicitud de establecimiento de un grupo especial del Japón), el Japón alegó que la medida en litigio es incompatible con las obligaciones que corresponden a Corea en virtud de los párrafos 1 y 2 del artículo 3, los párrafos 1 y 4 del artículo 3, los párrafos 1 y 5 del artículo 3, el párrafo 1 del artículo 3 y el párrafo 1 del artículo 4, el párrafo 5 del artículo 6, el párrafo 5.1 del artículo 6, el párrafo 9 del artículo 6, el párrafo 2 del artículo 12 y el párrafo 2.2 del artículo 12 del Acuerdo Antidumping. Como consecuencia de estas incompatibilidades, el Japón alegó también que Corea actuó de manera incompatible con el artículo 1 del Acuerdo Antidumping y el artículo VI del GATT de 1994.

En lo que respecta a su mandato, el Grupo Especial constató que en las siguientes alegaciones de la solicitud de establecimiento de un grupo especial del Japón no se hizo una breve exposición de los fundamentos de derecho de la reclamación, que sea suficiente para presentar el problema con claridad, como exige el párrafo 2 del artículo 6 del ESD, y, por lo tanto, no están comprendidas en el mandato del Grupo Especial:

- a. la alegación formulada por el Japón al amparo del párrafo 1 del artículo 3 y el párrafo 1 del artículo 4 del Acuerdo Antidumping, en relación con la definición de la rama de producción nacional (alegación 7);
- b. la alegación formulada por el Japón al amparo de los párrafos 1 y 2 del artículo 3 del Acuerdo Antidumping, en relación con la consideración por las autoridades investigadoras de Corea del volumen de las importaciones objeto de dumping (alegación 1);
- c. la alegación formulada por el Japón al amparo de los párrafos 1 y 2 del artículo 3 del Acuerdo Antidumping, en relación con la consideración del efecto de las importaciones objeto de dumping sobre los precios (alegación 2);
- d. la alegación formulada por el Japón al amparo de los párrafos 1 y 4 del artículo 3 del Acuerdo Antidumping, en relación con la repercusión de las importaciones objeto de dumping sobre el estado de la rama de producción nacional, con excepción de las afirmaciones de que las autoridades investigadoras de Corea no evaluaron dos de los factores específicos enumerados en el párrafo 4 del artículo 3 (parte de la alegación 3);
- e. la alegación formulada por el Japón al amparo de los párrafos 1 y 5 del artículo 3 del Acuerdo Antidumping, en relación con la supuesta omisión por las autoridades investigadoras de Corea de considerar debidamente algunos factores de que se tenía conocimiento, distintos de las importaciones objeto de dumping, que al mismo tiempo perjudicaban a la rama de producción nacional, con excepción de las afirmaciones con respecto a la cuestión de si las autoridades investigadoras de Corea examinaron aisladamente determinados factores de que se tenía conocimiento y los desestimaron sin realizar un examen adecuado (parte de la alegación 5);



- f. la alegación formulada por el Japón al amparo del párrafo 9 del artículo 6 del Acuerdo Antidumping, en relación con la obligación de informar a las partes interesadas de hechos esenciales que sirvieron de base para la decisión de aplicar medidas antidumping definitivas (alegación 10);
- g. las alegaciones formuladas por el Japón al amparo de los párrafos 2 y 2.2 del artículo 12 del Acuerdo Antidumping, en relación con la obligación de las autoridades investigadoras de Corea de dar aviso público de su determinación definitiva en la forma debida (alegaciones 11 y 12); y
- h. la alegación consiguiente formulada por el Japón al amparo del artículo VI del GATT de 1994.

El Grupo Especial constató que en las siguientes alegaciones de la solicitud de establecimiento de un grupo especial del Japón se hizo una breve exposición de los fundamentos de derecho de la reclamación, que es suficiente para presentar el problema con claridad conforme a lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 6 del ESD y, por lo tanto, están debidamente *comprendidas* en el mandato del Grupo Especial:

- i. la alegación formulada por el Japón al amparo de los párrafos 1 y 4 del artículo 3 del Acuerdo Antidumping, en relación con la supuesta omisión por las autoridades investigadoras de Corea de evaluar la capacidad de reunir capital o la inversión, y la magnitud del margen de dumping (parte de la alegación 3);
- j. la alegación formulada por el Japón al amparo de los párrafos 1 y 5 del artículo 3 del Acuerdo Antidumping de que la demostración por las autoridades investigadoras de Corea de la existencia de una relación causal no está basada en sus análisis del volumen de las importaciones objeto de dumping, de los efectos de las importaciones sobre los precios y de la repercusión de esas importaciones sobre la rama de producción nacional, al margen y con independencia de la cuestión de si se constata que los análisis realizados por las autoridades investigadoras de Corea son incompatibles con los párrafos 1, 2 y 4 del artículo 3 (alegación 6);
- k. la alegación formulada por el Japón al amparo de los párrafos 1 y 5 del artículo 3 del Acuerdo Antidumping, en relación con la supuesta omisión por las autoridades investigadoras de Corea de demostrar la existencia de relación causal entre las importaciones objeto de dumping y el daño a la rama de producción nacional (alegación 4);
- l. la alegación formulada por el Japón al amparo de los párrafos 1 y 5 del artículo 3 del Acuerdo Antidumping, en relación con la supuesta omisión por las autoridades investigadoras de Corea de examinar debidamente determinados factores de que se tenía conocimiento y a su examen de esos factores de manera aislada (parte de la alegación 5);
- m. las alegaciones formuladas por el Japón al amparo de los párrafos 5 y 5.1 del artículo 6 del Acuerdo Antidumping, en relación con el trato confidencial de la información y el suministro de resúmenes no confidenciales de la información para la cual los solicitantes pidieron un trato confidencial (alegaciones 8 y 9); y
- n. la alegación consiguiente formulada por el Japón al amparo del artículo 1 del Acuerdo Antidumping.

A continuación, el Grupo Especial formuló constataciones sustantivas en relación con cada una de las alegaciones que había constatado que estaban comprendidas en su mandato. En relación con la alegación 3, el Grupo Especial constató que el Japón no había establecido que las autoridades investigadoras de Corea actuaran de manera incompatible con los párrafos 1 y 4 del artículo 3 del Acuerdo Antidumping al no haber evaluado supuestamente dos factores económicos, a saber, la capacidad de reunir capital o la inversión y la magnitud del margen de dumping. En lo que respecta a la capacidad de reunir capital o la inversión, el Grupo Especial constató que el Japón no señaló ningún hecho obrante en el expediente que indicase que el análisis efectuado por la KTC no fue objetivo y que una autoridad investigadora razonable e imparcial no podría haber evaluado la

capacidad de reunir capital de la rama de producción nacional como lo hizo la KTC. En lo que respecta a la magnitud del margen de dumping, el Grupo Especial constató que la KTC hizo algo más que simplemente enumerar márgenes de dumping o señalar la existencia de estos, y que la KTC realizó la evaluación como una cuestión sustantiva. Además, el Grupo Especial constató que el Japón no había demostrado que hubiera circunstancias fácticas específicas en este caso que exigieran que la KTC evaluase la magnitud del margen de dumping de alguna forma determinada. Sobre esta base, el Grupo Especial constató que el Japón no había establecido que la KTC hubiese actuado de manera incompatible con los párrafos 1 y 4 del artículo 3 al evaluar la magnitud del margen de dumping.

En relación con las tres alegaciones formuladas al amparo de los párrafos 1 y 5 del artículo 3 del Acuerdo Antidumping, es decir, las alegaciones 4, 5 y 6, el Grupo Especial decidió examinar primero la alegación 6. A este respecto, el Grupo Especial consideró que el Japón planteó una alegación "independiente" de infracción del párrafo 5 del artículo 3 con respecto a los análisis erróneos del volumen, los efectos sobre los precios y la repercusión realizados por Corea, aunque el Grupo Especial constatará que esos errores no constituyen una infracción de los párrafos 2 y 4 del artículo 3. El Grupo Especial constató que las autoridades investigadoras de Corea actuaron de manera incompatible con los párrafos 1 y 5 del artículo 3: i) al no garantizar la comparabilidad cuando compararon los precios de transacciones individuales de determinados modelos de importaciones objeto de dumping con los precios medios de los modelos correspondientes del producto similar nacional (las comparaciones de precios pertinentes); y ii) al no explicar adecuadamente, en su determinación de la existencia de una relación causal, su consideración de los efectos de contención de la subida y de reducción de los precios causados por las importaciones objeto de dumping, a la luz del hecho no controvertido de que los precios de las importaciones objeto de dumping fueron superiores a los del producto similar nacional durante todo el período de análisis de las tendencias sobre la base tanto del precio medio del producto en su conjunto como de los precios medios de los modelos representativos.

Sin embargo, el Grupo Especial constató que el Japón no había demostrado que las autoridades investigadoras de Corea hubieran actuado de manera incompatible con los párrafos 1 y 5 del artículo 3 del Acuerdo Antidumping porque su determinación de existencia de relación causal se vio menoscabada por supuestas deficiencias en su consideración del carácter significativo del aumento del volumen de las importaciones objeto de dumping. El Grupo Especial constató además que el Japón no demostró que la determinación de existencia de una relación causal por las autoridades investigadoras de Corea sea, con respecto al análisis de la repercusión de las importaciones objeto de dumping en la rama de producción nacional y con independencia de cualesquiera incompatibilidades con el párrafo 4 del artículo 3, incompatible con los párrafos 1 y 5 del artículo 3 del Acuerdo Antidumping.

En lo que respecta a la alegación 4, el Grupo Especial constató que los argumentos formulados por el Japón sobre las tendencias del volumen y las tendencias de los precios eran idénticos a sus argumentos esgrimidos en relación con el volumen y los efectos sobre los precios en el marco de su alegación "independiente" de existencia de relación causal (alegación 6), rechazada por el Grupo Especial. Sobre la base de las mismas consideraciones, el Grupo Especial desestimó esos argumentos. Pasando a los argumentos formulados por el Japón sobre las tendencias de los beneficios, el Grupo Especial concluyó que el Japón no estableció que una correlación insuficiente entre las importaciones objeto de dumping y las tendencias de los beneficios de la rama de producción nacional baste para demostrar que una autoridad investigadora razonable e imparcial no podría haber constatado debidamente la relación causal requerida entre las importaciones objeto de dumping y el daño a la rama de producción nacional a la luz de los hechos y los argumentos que la KTC tuvo ante sí. Por consiguiente, el Grupo Especial rechazó la alegación 4. Por último, en lo que respecta a la alegación 5, el Grupo Especial concluyó que el Japón no ha demostrado que las autoridades investigadoras de Corea actuaran de manera incompatible con los párrafos 1 y 5 del artículo 3 al no haber examinado debidamente otros factores de que se tenía conocimiento que estaban causando daño a la rama de producción nacional al mismo tiempo que las importaciones objeto de dumping ni el efecto acumulativo de esos otros factores de que se tenía conocimiento.

En lo que respecta a la alegación 8, el Grupo Especial consideró que la principal cuestión que se le había planteado en el marco del párrafo 5 del artículo 6 del Acuerdo Antidumping era si la KTC otorgó trato confidencial a 38 elementos de información señalados por el Japón facilitados por los solicitantes sin exigir una justificación suficiente y sin una evaluación objetiva de esta que justificara el trato confidencial.

El Grupo Especial indicó que en el artículo 15 del Reglamento de Aplicación de la Ley de Aduanas de Corea se enumeran cinco categorías de información que pueden ser objeto de trato confidencial en investigaciones antidumping. Además, en la investigación antidumping en litigio, los solicitantes presentaron versiones "divulgadas", o públicas, respecto de al menos tres de sus comunicaciones escritas, y de esos documentos se suprimió determinada información. El Grupo Especial observó que en ninguna de las tres versiones públicas de las comunicaciones escritas había mención explícita alguna a la "justificación suficiente". Tampoco había vínculo alguno entre la información suprimida y las categorías previstas en el artículo 15 del Reglamento de Aplicación de la Ley de Aduanas. Del mismo modo, no había ninguna indicación específica en los documentos pertinentes del expediente de que la KTC o la OTI evaluarán la cuestión de si los solicitantes habían acreditado una justificación suficiente. En consecuencia, el Grupo Especial consideró que las autoridades investigadoras de Corea otorgaron trato confidencial a determinada información facilitada por los solicitantes "sin ninguna prueba de que se hubiera exigido a los solicitantes que acreditaran una justificación suficiente para el trato confidencial". Por las razones precedentes, el Grupo Especial constató que, con respecto a los 38 elementos de información señalados por el Japón, las autoridades investigadoras de Corea actuaron de manera incompatible con el párrafo 5 del artículo 6 del Acuerdo Antidumping.

En el contexto de la alegación 9, el Grupo Especial indicó que el asunto que se había sometido a su consideración en el marco del párrafo 5.1 del artículo 6 del Acuerdo Antidumping era si, en lo que respecta a determinada información, la KTC no exigió a las partes que facilitaron la información que suministraran un resumen no confidencial de la información para la que se solicitaba trato confidencial.

El Grupo Especial observó que en las versiones "que se hicieron públicas" de las tres comunicaciones presentadas por los solicitantes (la solicitud de investigación, el resumen de la opinión de los abogados y la opinión de réplica de los solicitantes) se ha suprimido información de secciones enteras, sin que haya ninguna descripción narrativa que permita resumir la información específica que se ha suprimido del texto. El Grupo Especial señaló que en la información suprimida de las comunicaciones se incluye una cantidad significativa de datos importantes, tales como información relativa a la producción y las ventas del producto nacional similar y diversos indicadores económicos sobre el estado de la rama de producción nacional. Por consiguiente, a juicio del Grupo Especial, "no puede decirse que las versiones 'que se hicieron públicas' de las tres comunicaciones identificadas por el Japón contengan un resumen lo suficientemente detallado 'para permitir una comprensión razonable del contenido sustancial de la información facilitada con carácter confidencial'". Sobre esta base, el Grupo Especial concluyó que, "[a]l no exigir a las partes que facilitaron la información que suministraran un resumen no confidencial suficiente de la información en cuestión, las autoridades investigadoras de Corea actuaron de manera incompatible con el párrafo 5.1 del artículo 6 del Acuerdo Antidumping".

### **3.4.1 Párrafo 2 del artículo 6 del ESD - La suficiencia de la solicitud de establecimiento de un grupo especial del Japón y el mandato del Grupo Especial**

En apelación, el Japón adujo que el Órgano de Apelación debía revocar las constataciones del Grupo Especial de que las alegaciones del Japón relativas a la definición de la rama de producción nacional (alegación 7), el volumen de las importaciones objeto de dumping (alegación 2), los efectos de las importaciones objeto de dumping sobre los precios (alegación 2), la divulgación de los hechos esenciales (alegación 10) y parte de la alegación del Japón relativa a la repercusión de las importaciones objeto de dumping sobre la rama de producción nacional (alegación 3) no estaban comprendidas en el mandato del Grupo Especial. Corea, por su parte, solicitó al Órgano de Apelación que revocara las constataciones del Grupo Especial de que las alegaciones del Japón relativas a la relación causal (alegaciones 4, 6 y parte de la alegación 5), así como las relativas al trato confidencial de la información (alegaciones 8 y 9), estaban comprendidas en el mandato del Grupo Especial.

El Órgano de Apelación constató que las prescripciones del párrafo 2 del artículo 6 del ESD son fundamentales para el establecimiento de la competencia de un grupo especial, ya que la solicitud de establecimiento de un grupo especial rige el mandato del grupo especial y delimita el alcance de sus competencias. Además, cumple un objetivo del debido proceso, puesto que proporciona al demandado y a los terceros información con respecto a la naturaleza de los argumentos del reclamante y les permite responder en consecuencia. Para evaluar si la solicitud de establecimiento de un grupo especial es suficientemente precisa para satisfacer las prescripciones del párrafo 2 del artículo 6 del ESD, los grupos especiales deben examinar minuciosamente la solicitud de

establecimiento de un grupo especial, leída en su conjunto, y sobre la base del texto empleado. Por consiguiente, la cuestión de si la solicitud de establecimiento de un grupo especial cumple las prescripciones del párrafo 2 del artículo 6 del ESD debe determinarse a la luz de la solicitud de establecimiento, caso por caso. Además, las comunicaciones posteriores de las partes durante las actuaciones del grupo especial no pueden subsanar los defectos de la solicitud de establecimiento de un grupo especial, pero pueden consultarse para confirmar el sentido de los términos empleados en ellas.

El Órgano de Apelación señaló que la presente diferencia se refería a la prescripción establecida en la segunda frase del párrafo 2 del artículo 6 del ESD de hacer una breve exposición de los fundamentos de derecho de la reclamación que sea suficiente para presentar el problema con claridad. Para satisfacer esa prescripción, una solicitud de establecimiento de un grupo especial debe relacionar claramente las medidas impugnadas con las disposiciones de los acuerdos abarcados cuya infracción se alega. A tal fin, el Órgano de Apelación indicó que la identificación de las disposiciones del tratado que se alega que han sido vulneradas es siempre necesaria y es un requisito previo mínimo, pero que, según las circunstancias concretas del caso, la identificación de la disposición del tratado que supuestamente se ha infringido puede no ser suficiente, por sí sola, para cumplir las prescripciones del párrafo 2 del artículo 6. Este es el caso, por ejemplo, cuando una disposición no establece una obligación única y precisa, sino varias obligaciones, de modo que una solicitud de establecimiento de un grupo especial debe especificar cuál de las obligaciones contenidas en la disposición se está impugnando. El Órgano de Apelación también recordó que en la solicitud de establecimiento de un grupo especial solo es necesario exponer los fundamentos de derecho de la reclamación, es decir, las *alegaciones* correspondientes a esa reclamación, y no los *argumentos* en que se basan. Por último, recordó las declaraciones que formuló en determinadas diferencias anteriores respecto de que la breve exposición de los fundamentos de derecho de la reclamación requerida por el párrafo 2 del artículo 6 del ESD "tiene por objeto explicar sucintamente *cómo* o *por qué* el Miembro reclamante considera que la medida en litigio infringe la obligación derivada de las normas de la OMC de que se trata". El Órgano de Apelación hizo hincapié en que el empleo de la expresión "*cómo* o *por qué*" en esos asuntos no entraña un criterio jurídico nuevo y diferente por lo que respecta al cumplimiento de las prescripciones del párrafo 2 del artículo 6 del ESD.

El Órgano de Apelación consideró entonces que, en términos generales, la articulación por el Grupo Especial del criterio jurídico establecido en el párrafo 2 del artículo 6 del ESD cumplía esas prescripciones. Dicho esto, el Órgano de Apelación señaló, con respecto a las siete alegaciones en las que se invocó el párrafo 1 del artículo 3 del Acuerdo Antidumping junto con otros apartados del artículo 3 o el párrafo 1 del artículo 4 del Acuerdo Antidumping, que, a juicio del Grupo Especial, la simple mención de la parte introductoria del párrafo 1 del artículo 3, o la utilización del texto de esa disposición en la descripción narrativa de una solicitud de establecimiento de un grupo especial, no bastaría normalmente en sí misma para presentar el problema con claridad. El Órgano de Apelación observó que el Grupo Especial se basó, entre otras cosas, en este razonamiento para determinar si esas alegaciones estaban comprendidas en su mandato.

No obstante, a juicio del Órgano de Apelación, en ninguna de sus alegaciones el Japón se limitó únicamente a parafrasear el texto del párrafo 1 del artículo 3 del Acuerdo Antidumping. Antes bien, el Japón también identificó, como mínimo, otro párrafo del artículo 3 o del artículo 4 que supuestamente se había infringido. Por consiguiente, el Órgano de Apelación indicó que la cuestión de si la paráfrasis que hace el Japón del párrafo 1 del artículo 3 del Acuerdo Antidumping, junto con el resto de la descripción narrativa que figura en la solicitud de establecimiento del grupo especial, incluida la referencia que hace el Japón a las demás disposiciones en cuestión, cumplía las prescripciones del párrafo 2 del artículo 6 del ESD debía evaluarse caso por caso, en función de las circunstancias pertinentes de cada alegación. Esas circunstancias pueden incluir la naturaleza de la medida en litigio y la manera en que se describe en la solicitud de establecimiento de un grupo especial, así como la naturaleza de la disposición de los acuerdos abarcados que supuestamente se ha infringido. En consecuencia, el hecho de que en la descripción narrativa de siete de las alegaciones del Japón se parafraseara el texto del párrafo 1 del artículo 3, en sí mismo y por sí mismo, no resolvía la cuestión de si la solicitud de establecimiento de un grupo especial cumplía lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 6 del ESD.

### **3.4.1.1 Mandato - Alegación 7 del Japón relativa a la definición de la rama de producción nacional**

El Órgano de Apelación señaló que el Grupo Especial había constatado que la alegación 7 del Japón relativa a la definición de la rama de producción nacional consistía en una referencia general al texto del párrafo 1 del artículo 3 del Acuerdo Antidumping, que el Grupo Especial había constatado que no era suficiente para presentar el problema con claridad. Sin embargo, el Órgano de Apelación indicó que, aunque parte de la alegación del Japón pudiera consistir en una paráfrasis del texto del párrafo 1 del artículo 3 del Acuerdo Antidumping eso no era, en sí mismo y por sí mismo, suficiente para establecer que la solicitud de establecimiento de un grupo especial del Japón no cumplía las prescripciones del párrafo 2 del artículo 6 del ESD. La alegación del Japón, aunque breve, identificaba el párrafo 1 del artículo 3 y el párrafo 1 del artículo 4 del Acuerdo Antidumping como las disposiciones de los acuerdos abarcados que supuestamente se habían infringido. Además, el Órgano de Apelación señaló que la solicitud de establecimiento de un grupo especial del Japón se refería específicamente a la parte de la medida en litigio relativa a la definición de la rama de producción nacional y su supuesta incompatibilidad con la obligación que corresponde a Corea en virtud del párrafo 1 del artículo 3 y el párrafo 1 del artículo 4. Con respecto a la naturaleza de las disposiciones en cuestión, el Órgano de Apelación constató que la obligación establecida por el párrafo 1 del artículo 3 y el párrafo 1 del artículo 4 está bien delimitada, y que esas disposiciones, conjuntamente, establecen una obligación precisa, de modo que la identificación hecha por el Japón de esas disposiciones en la descripción narrativa de la solicitud de establecimiento de un grupo especial relaciona claramente la medida en litigio con las disposiciones del acuerdo abarcado que supuestamente se han infringido, como exige el párrafo 2 del artículo 6 del ESD. En consecuencia, el Órgano de Apelación revocó la constatación del Grupo Especial de que la alegación 7 del Japón no estaba comprendida en su mandato.

### **3.4.1.2 Mandato - Alegación 1 del Japón relativa al volumen de las importaciones objeto de dumping**

El Órgano de Apelación constató que la alegación 1 del Japón relativa al volumen de las importaciones objeto de dumping, más allá de parafrasear el párrafo 1 del artículo 3, también incluía una referencia al párrafo 2 del artículo 3 e indicaba que se refería al "análisis que hizo Corea del aumento significativo de las importaciones", de modo que identificaba los párrafos 1 y 2 del artículo 3 como las disposiciones de los acuerdos abarcados que supuestamente se habían infringido. También constató que la solicitud de establecimiento de un grupo especial dejaba claro que esta alegación concernía a la parte específica de la medida en litigio relativa a la consideración por las autoridades investigadoras de Corea del volumen de las importaciones objeto de dumping y su supuesta incompatibilidad con los párrafos 1 y 2 del artículo 3. Con respecto a la naturaleza de las disposiciones en cuestión, el Órgano de Apelación constató que la obligación establecida por el párrafo 1 y la primera frase del párrafo 2 del artículo 3 del Acuerdo Antidumping es precisa y está bien delimitada, pues exige a las autoridades investigadoras que hagan un examen objetivo de si ha habido un aumento significativo de las importaciones objeto de dumping basado en pruebas positivas. Así pues, al hacer referencia a los párrafos 1 y 2 del artículo 3 como las disposiciones de los acuerdos abarcados que Corea supuestamente había infringido, y al indicar específicamente a cuál de los elementos del párrafo 2 del artículo 3 se refería, a saber, el examen del volumen de las importaciones objeto de dumping, el Órgano de Apelación constató que la alegación del Japón, aunque breve, relacionaba claramente la medida impugnada con la obligación en cuestión. En consecuencia, el Órgano de Apelación revocó la constatación del Grupo Especial de que la alegación 1 del Japón relativa al volumen de las importaciones objeto de dumping no estaba comprendida en su mandato.

### **3.4.1.3 Mandato - Alegación 2 del Japón relativa a los efectos de las importaciones objeto de dumping sobre los precios**

Con respecto a la alegación 2 relativa a los efectos de las importaciones objeto de dumping sobre los precios, el Órgano de Apelación indicó que el Grupo Especial observó correctamente que en la solicitud de establecimiento de un grupo especial se identificaban tanto el párrafo 1 como el párrafo 2 del artículo 3 del Acuerdo Antidumping como las disposiciones que supuestamente se habían infringido. El Órgano de Apelación señaló que el Grupo Especial dividió la alegación del Japón en dos "elementos" diferentes con el fin de evaluar su compatibilidad con el párrafo 2 del artículo 6 del ESD, a saber, uno relativo a la obligación establecida en el párrafo 1 del artículo 3 del Acuerdo Antidumping y otro relativo a la obligación establecida en el párrafo 2 del artículo 3. Con respecto al

primero de esos elementos, señaló en particular que el Grupo Especial se basó en su constatación anterior de que parafrasear simplemente el párrafo 1 del artículo 3 del Acuerdo Antidumping no bastará normalmente para presentar el problema con claridad. Sin embargo, contrariamente a lo constatado por el Grupo Especial a este respecto, el Órgano de Apelación indicó que la cuestión de si la paráfrasis del párrafo 1 del artículo 3 empleada por el Japón, junto con el resto de la descripción narrativa de la solicitud de establecimiento, cumple los requisitos del párrafo 2 del artículo 6 debe evaluarse caso por caso, teniendo en cuenta las circunstancias específicas de cada alegación, con inclusión de la naturaleza de la medida y de la obligación que supuestamente se ha incumplido.

A continuación el Órgano de Apelación observó, en relación con la naturaleza de la medida en litigio, que en la solicitud de establecimiento de un grupo especial del Japón se indicaba claramente que esta alegación concernía a la parte específica de la medida en litigio relativa a la consideración por las autoridades investigadoras de Corea de los efectos de las importaciones objeto de dumping sobre los precios, y más exactamente de la significativa reducción o contención de la subida de los precios, así como a su supuesta incompatibilidad con los párrafos 1 y 2 del artículo 3. Con respecto a la naturaleza de las disposiciones en cuestión, el Órgano de Apelación constató que la segunda frase del párrafo 2 del artículo 3, conjuntamente con el párrafo 1 del artículo 3, establece una obligación que es clara y está bien definida, en cuyo centro se sitúa el requisito de tener en cuenta, sobre la base de un examen objetivo de pruebas positivas, si el efecto de las importaciones objeto de dumping sobre los precios internos consiste en los fenómenos económicos allí previstos. Por consiguiente, consideró que, al identificar la parte pertinente de la medida a que se refiere esta alegación, enumerando los párrafos 1 y 2 del artículo 3 del Acuerdo Antidumping como las disposiciones de los acuerdos abarcados que Corea supuestamente había infringido, y al indicar específicamente a cuáles de los fenómenos descritos en el párrafo 2 del artículo 3 se refería la alegación, la alegación del Japón, aunque breve, relacionaba claramente la medida impugnada con la obligación en cuestión. En consecuencia, el Órgano de Apelación revocó la constatación del Grupo Especial de que la alegación 2 del Japón relativa a los efectos de las importaciones objeto de dumping sobre los precios no estaba comprendida en su mandato.

#### **3.4.1.4 Mandato - Alegación 3 del Japón relativa a la repercusión de las importaciones objeto de dumping sobre la rama de producción nacional**

El Órgano de Apelación recordó que el Grupo Especial constató que la primera parte de la alegación 3 del Japón parafraseaba la primera parte del párrafo 1 del artículo 3, lo cual, a juicio del Grupo Especial, normalmente no es suficiente para presentar el problema con claridad. El Órgano de Apelación señaló que el Grupo Especial procedió entonces a determinar si la segunda parte de la alegación -la aseveración de la supuesta omisión de "una evaluación de todos los factores e índices económicos pertinentes que influían en el estado de esa rama de producción"- cumplía las prescripciones del párrafo 2 del artículo 6 del ESD. El Órgano de Apelación observó que el Grupo Especial, señalando que el párrafo 4 del artículo 3 del Acuerdo Antidumping contiene una lista preceptiva de los factores que deben ser evaluados en cada caso, constató que la solicitud de establecimiento de un grupo especial, según sus propios términos, presentaba el problema con claridad al indicar que el hecho de que la KTC no hubiera evaluado uno o más de esos factores constituía una infracción de los párrafos 1 y 4 del artículo 3. Sin embargo, también observó que el Grupo Especial constató que otras tres afirmaciones no estaban comprendidas en su mandato, concretamente que: i) la KTC no estableció un vínculo lógico entre sus constataciones relativas a los efectos sobre los precios y el volumen en el marco del párrafo 2 del artículo 3 y su constatación de repercusión desfavorable en el marco del párrafo 4 del artículo 3; ii) con respecto a determinados factores enumerados en el párrafo 4 del artículo 3, la KTC no demostró la fuerza explicativa de las importaciones objeto de dumping para comprender las tendencias de la rama de producción nacional; y iii) la KTC asignó un elevado grado de importancia a los factores pertinentes en los que se destacaban aspectos negativos, mientras que hizo caso omiso o minimizó la importancia de los factores que indicaban que la rama de producción de Corea no estaba sufriendo daño sin proporcionar explicación alguna. El motivo fue que, a juicio del Grupo Especial, la solicitud de establecimiento de un grupo especial no indicaba ni daba a entender que la alegación formulada por el Japón en relación con el análisis que Corea hizo de la repercusión de las importaciones objeto de investigación sobre la rama de producción nacional sea tan amplia como para incluir esas afirmaciones.

El Órgano de Apelación consideró que en la solicitud de establecimiento de un grupo especial del Japón se identificaban el párrafo 1 y el párrafo 4 del artículo 3 del Acuerdo Antidumping como las disposiciones que supuestamente se habían infringido. Además, señaló que, en la alegación 3, el

Japón impugnó solamente la parte específica de la medida en litigio que estaba relacionada con el análisis de la repercusión de las importaciones objeto de investigación sobre la rama de producción nacional realizado por las autoridades investigadoras de Corea. Con respecto a la naturaleza de las disposiciones en cuestión, el Órgano de Apelación consideró que el párrafo 4 del artículo 3, junto con el párrafo 1 del artículo 3, establece una obligación precisa que esencialmente exige a las autoridades investigadoras que examinen objetivamente la repercusión de las importaciones objeto de dumping sobre la rama de producción nacional basándose en pruebas positivas referentes a todos los factores e índices económicos pertinentes que influyan en el estado de esa rama de producción. Por consiguiente, a juicio del Órgano de Apelación, en la alegación 3 del Japón se hacía una breve exposición de los fundamentos de derecho de la reclamación, que era suficiente para presentar el problema con claridad. Además, el Órgano de Apelación indicó que las tres afirmaciones que el Grupo Especial constató que no estaban comprendidas en su mandato servían para explicar la manera en que las autoridades investigadoras de Corea habrían incumplido la obligación precisa establecida por los párrafos 1 y 4 del artículo 3, de modo que el Japón no estaba obligado a incluir ese nivel de detalle en su solicitud de establecimiento de un grupo especial. En consecuencia, el Órgano de Apelación revocó la constatación del Grupo Especial de que esas tres afirmaciones no estaban comprendidas en su mandato.

#### **3.4.1.5 Mandato - Alegaciones 4, 5 y 6 del Japón relativas a la relación causal**

Con respecto a la alegación 4 del Japón relativa a la relación causal, el Órgano de Apelación señaló que el Grupo Especial constató que esa alegación, por los términos en que estaba formulada, incluía dos aspectos, y que el primero -que se refiere a que supuestamente no se llevó a cabo un examen objetivo sobre la base de pruebas positivas- estaba limitado por el segundo, a saber, la aseveración de que Corea no demostró la existencia de ninguna relación causal. También señaló que el Grupo Especial a continuación analizó la naturaleza de la obligación relativa a la demostración de la relación causal establecida por el párrafo 5 del artículo 3, y observó que la solicitud de establecimiento de un grupo especial del Japón exponía de manera inequívoca el problema en relación con el hecho de que no se demostrara la existencia de esa relación causal. A juicio del Órgano de Apelación, el análisis que hizo el Grupo Especial denotaba que había tomado en consideración tanto la naturaleza de la medida como la naturaleza de la obligación en litigio, de manera coherente con la norma aplicable al amparo del párrafo 2 del artículo 6 del ESD. En particular, con respecto a la naturaleza de la medida en litigio, el Órgano de Apelación observó que la alegación 4 del Japón se refería específicamente a que las autoridades investigadoras de Corea supuestamente "no demostraron que las importaciones objeto de investigación estaban causando daño a la rama de producción nacional".

Con respecto a la naturaleza de las disposiciones en litigio, el Órgano de Apelación indicó que el párrafo 5 del artículo 3, junto con el párrafo 1 del artículo 3, establece obligaciones multifacéticas. Al mismo tiempo, señaló que el Japón presentó tres alegaciones al amparo de los párrafos 1 y 5 del artículo 3, cada una de ellas con un alcance distinto. El Órgano de Apelación consideró que la alegación 4 del Japón se refería a que supuestamente no se demostró la relación causal sobre la base de un examen objetivo y de todas las pruebas pertinentes de que disponían las autoridades como exige el párrafo 5 del artículo 3, en particular su segunda frase, y también el párrafo 1 del artículo 3. Así pues, al indicar en la descripción narrativa de su alegación el aspecto de los párrafos 1 y 5 del artículo 3 al que se refería, junto con el aspecto pertinente de la medida en litigio, el Órgano de Apelación constató que en la alegación 4 del Japón, aunque breve, se relacionó claramente la medida impugnada con la disposición que supuestamente se había infringido, de modo que la alegación 4 del Japón cumplió las prescripciones del párrafo 2 del artículo 6 del ESD. En consecuencia, el Órgano de Apelación confirmó la constatación del Grupo Especial de que la alegación 4 del Japón estaba comprendida en su mandato.

Con respecto a la alegación 5 del Japón, el Órgano de Apelación señaló que el Grupo Especial constató que en la solicitud de establecimiento de un grupo especial se facilitaba una explicación breve de cómo o por qué considera el Japón que las medidas en litigio infringen las obligaciones específicas contraídas en el marco de la OMC de que se trata, en relación con la supuesta omisión por las autoridades investigadoras de Corea de examinar debidamente determinados factores de que se tenía conocimiento. El Órgano de Apelación consideró que la alegación 5 del Japón se refería específicamente al examen por las autoridades investigadoras de Corea de los factores de no atribución. Aunque, como recordó el Órgano de Apelación, el párrafo 5 del artículo 3, junto con el párrafo 1 del artículo 3, establece obligaciones multifacéticas, el Órgano de Apelación constató que el Japón había identificado de forma precisa en la descripción narrativa de su solicitud de establecimiento de un grupo especial a qué aspecto de las disposiciones se refería su alegación.



Por lo tanto, el Órgano de Apelación constató que, al haber identificado los aspectos específicos tanto de la medida en litigio como de la disposición de que se trataba, la alegación 5 del Japón relacionó claramente la medida impugnada con las disposiciones de los acuerdos abarcados que supuestamente se habían infringido, de conformidad con las prescripciones del párrafo 2 del artículo 6 del ESD. Sin embargo, las constataciones del Órgano de Apelación no se extendieron a las constataciones del Grupo Especial de que otras afirmaciones planteadas por el Japón en la alegación 5 no estaban comprendidas en su mandato, dado que ninguno de los participantes había apelado este aspecto del informe del Grupo Especial. Por consiguiente, el Órgano de Apelación constató que el Grupo Especial no incurrió en error al constatar que parte de la alegación 5 del Japón, que se refiere a la supuesta omisión por Corea de examinar debidamente todos los factores de que se tenía conocimiento, distintos de las importaciones objeto de dumping, que causaban daño, estaba comprendida en su mandato.

Con respecto a la alegación 6 del Japón, el Órgano de Apelación señaló que el Grupo Especial constató que esta alegación, por los términos en que estaba formulada, era lo suficientemente precisa como para presentar el problema con claridad; a saber, según el Japón, la determinación de la existencia de relación causal formulada por la KTC se veía menoscabada por determinados aspectos de sus análisis del volumen, los efectos sobre los precios y la repercusión, con independencia de que esos aspectos fueran o no incompatibles con los párrafos 1, 2 o 4 del artículo 3 del Acuerdo Antidumping. El Órgano de Apelación observó también que seguidamente el Grupo Especial examinó la naturaleza de la alegación a la luz de la expresión "al margen y con independencia" que figuraba en ella y constató que esa alegación era de carácter independiente. El Grupo Especial consideró que esta alegación se basaba en tres premisas: i) determinados aspectos de los análisis del volumen, los efectos sobre los precios y la repercusión estaban "viciados"; ii) estos "vicios" no guardaban relación con las obligaciones establecidas en los párrafos 1, 2 y 4 del artículo 3, o bien no constituían en sí mismos infracciones de los párrafos 1, 2 y 4 del artículo 3; y iii) la repercusión que, no obstante, tienen estos "vicios" sobre la determinación de la existencia de relación causal formulada por la KTC es suficiente para requerir la conclusión de que esa determinación es incompatible con los párrafos 1 y 5 del artículo 3.

El Órgano de Apelación constató que la alegación 6 del Japón se refería a un aspecto específico de la medida de Corea, a saber, la determinación de existencia de relación causal por las autoridades investigadoras de Corea en el sentido del párrafo 5 del artículo 3 del Acuerdo Antidumping, y más en concreto a que la determinación de la existencia de relación causal supuestamente "no est[aba] basada" en los análisis del volumen, los efectos sobre los precios y la repercusión realizados por las autoridades investigadoras de Corea. Recordando que los párrafos 1 y 5 del artículo 3 establecen obligaciones que son multifacéticas, el Órgano de Apelación constató que el Japón había identificado en la descripción narrativa de su alegación el aspecto concreto de la disposición de que se trataba, a saber, la demostración de la relación causal entre las importaciones objeto de dumping y la rama de producción nacional conforme a lo dispuesto en la primera frase del párrafo 5 del artículo 3. También señaló que el texto de la alegación indicaba que se formuló "al margen y con independencia" de la cuestión de si los análisis "erróneos" del volumen, los efectos sobre los precios y la repercusión serían incompatibles con los párrafos 1, 2 y 4 del artículo 3. Por consiguiente, el Órgano de Apelación constató que la referencia a los párrafos 1 y 5 del artículo 3, junto con la descripción narrativa de la alegación 6 por los términos en que estaba formulada, identificaba con suficiente precisión a qué parte de los párrafos 1 y 5 del artículo 3 se refería la alegación 6 del Japón, de manera que se cumplió el requisito mínimo establecido en el párrafo 2 del artículo 6 del ESD.

En respuesta al argumento de Corea de que el propio Grupo Especial no estaba seguro del carácter exacto de la alegación 6 del Japón, y que desarrolló su propia teoría sobre las "premisas" en que se basaba la alegación del Japón, el Órgano de Apelación constató que el Grupo Especial, en las declaraciones a las que hizo referencia Corea, respondía al argumento de Corea relativo a la supuesta ambigüedad de la expresión "al margen y con independencia" en la solicitud de establecimiento de un grupo especial del Japón. El Órgano de Apelación observó en cualquier caso que las consideraciones relativas a la naturaleza de la alegación no eran esenciales para evaluar la compatibilidad de la solicitud de establecimiento de un grupo especial con las prescripciones del párrafo 2 del artículo 6 del ESD. Esto se debe a que la cuestión de si una alegación guarda relación con otra alegación, está supeditada a ella o es independiente de ella no desvirtúa la prescripción del párrafo 2 del artículo 6 del ESD de examinar la solicitud de establecimiento de un grupo especial, por los términos en que está formulada, para determinar si hace una exposición de los fundamentos de derecho de la reclamación, que sea suficiente para presentar el problema con claridad.

En consecuencia, el Órgano de Apelación constató que el Grupo Especial no incurrió en error al constatar que la alegación 6 del Japón estaba comprendida en su mandato.

#### **3.4.1.6 Mandato - Alegaciones 8 y 9 del Japón relativas al trato confidencial de la información**

Con respecto a las alegaciones 8 y 9 del Japón relativas al trato confidencial de la información, el Órgano de Apelación observó, al igual que el Grupo Especial, que las alegaciones del Japón identificaban los párrafos 5 y 5.1 del artículo 6 del Acuerdo Antidumping como las disposiciones de los acuerdos abarcados que supuestamente se habían infringido. También señaló, con respecto a la naturaleza de la medida en litigio, que la descripción narrativa incluida en esas alegaciones indicaba que se referían específicamente al trato como confidencial dado por Corea a determinada información en virtud del párrafo 5 del artículo 6 del Acuerdo Antidumping y al trato dado por Corea a los resúmenes de información confidencial en virtud del párrafo 5.1 del artículo 6 del Acuerdo Antidumping. En cuanto a la naturaleza de las disposiciones en cuestión, el Órgano de Apelación constató que el párrafo 5 del artículo 6 establece una obligación clara y bien delimitada al exigir que las autoridades traten determinada información como confidencial únicamente "previa justificación suficiente al respecto", de manera que hacer referencia a esta disposición en una solicitud de establecimiento de un grupo especial y relacionarla específicamente con la parte de la medida en litigio es suficiente para cumplir las prescripciones del párrafo 2 del artículo 6 del ESD.

Con respecto a la alegación 9, que se formuló al amparo del párrafo 5.1 del artículo 6, el Órgano de Apelación señaló que se refería específicamente a las dos primeras frases del párrafo 5.1 del artículo 6, que obligan a las autoridades investigadoras a exigir resúmenes no confidenciales de información confidencial lo suficientemente detallados para permitir una comprensión razonable del contenido sustancial de la información facilitada con carácter confidencial. El Órgano de Apelación constató que esa parte de la disposición establecía una obligación clara y bien delimitada, de tal manera que hacer referencia a estas frases era suficiente para proporcionar una indicación clara de los fundamentos de derecho de la reclamación formulada por el Japón en el marco de esta alegación. Más concretamente, el Órgano de Apelación señaló que la descripción narrativa de la alegación del Japón dejaba claro que cuestionaba la supuesta omisión por las autoridades investigadoras de Corea de: i) exigir a los solicitantes que suministraran resúmenes no confidenciales de sus comunicaciones, sus respuestas a los cuestionarios y las modificaciones de dichas comunicaciones y respuestas; y ii) en los casos en que se suministraron tales resúmenes, de asegurarse de que fuesen lo suficientemente detallados para permitir una comprensión razonable del contenido sustancial de la información facilitada con carácter confidencial. En consecuencia, el Órgano de Apelación confirmó las constataciones del Grupo Especial de que las alegaciones 8 y 9 del Japón estaban comprendidas en su mandato.

#### **3.4.1.7 Mandato - Alegación 10 del Japón relativa a la divulgación de hechos esenciales**

Con respecto a la alegación 10 relativa a la divulgación de hechos esenciales, el Órgano de Apelación señaló que el Grupo Especial consideró que la alegación simplemente parafraseaba el texto del párrafo 9 del artículo 6 del Acuerdo Antidumping, lo que no explicaba cómo o por qué consideraba el Japón que las medidas en litigio eran incompatibles con esta disposición. Sin embargo, el Órgano de Apelación indicó que el Grupo Especial no proporcionó ningún análisis ulterior sobre las circunstancias del presente asunto, tales como la naturaleza de la medida o de la disposición de que se trataba, lo que debería haber hecho para determinar si, a pesar de su brevedad, la alegación 10 satisfacía las prescripciones del párrafo 2 del artículo 6 del ESD.

Con respecto a la naturaleza de la medida, el Órgano de Apelación consideró que la alegación 10 del Japón se refería específicamente a que las autoridades investigadoras de Corea supuestamente "no inform[aron] a las partes interesadas de los hechos esenciales considerados que sirvieron de base para la decisión de aplicar medidas antidumping definitivas". En cuanto a la naturaleza de la disposición en cuestión, constató que el párrafo 9 del artículo 6 establecía una obligación precisa y bien delimitada que esencialmente exige a la autoridad investigadora que informe a todas las partes interesadas de los hechos esenciales a su debido tiempo, esto es, antes de que se formule la determinación definitiva y con tiempo suficiente para que puedan defender sus intereses. Así pues, a juicio del Órgano de Apelación, al identificar el aspecto concreto de la medida en litigio en el marco de esta alegación, y al hacer referencia al párrafo 9 del artículo 6 del Acuerdo Antidumping, la alegación 10 del Japón conectó claramente la medida impugnada con la disposición que supuestamente se había infringido, de tal manera que la solicitud de establecimiento de un grupo

especial cumplía los requisitos del párrafo 2 del artículo 6 del ESD. En consecuencia, el Órgano de Apelación revocó la constatación del Grupo Especial de que la alegación 10 del Japón relativa a la divulgación de hechos esenciales no estaba comprendida en su mandato.

### **3.4.2 Definición de la rama de producción nacional - La cuestión de si el Órgano de Apelación puede completar el análisis**

El Japón adujo que, si el Órgano de Apelación revocaba la constatación del Grupo Especial de que la alegación formulada por el Japón al amparo del párrafo 1 del artículo 3 y el párrafo 1 del artículo 4 del Acuerdo Antidumping no estaba comprendida en su mandato, el Órgano de Apelación debería completar el análisis jurídico. Según el Japón, la KTC actuó de manera incompatible con el párrafo 1 del artículo 3 y el párrafo 1 del artículo 4 al definir la rama de producción nacional como los dos solicitantes de la investigación antidumping subyacente, cuya producción la KTC constató que constituía una "proporción importante" de la producción nacional total de los productos similares. El Japón alegó varias deficiencias en el cálculo realizado por la KTC de la proporción de la producción nacional total atribuible a los dos solicitantes. También adujo que la KTC no ofreció ninguna explicación en absoluto para demostrar si, y de qué modo, se podía considerar que los dos solicitantes representaban la producción nacional total en su conjunto. Por consiguiente, el Japón sostuvo que había un riesgo importante de distorsión en la definición de la rama de producción nacional que hizo la KTC. Corea sostuvo que no había deficiencias en el cálculo de la KTC. También sostuvo que todos los productores nacionales fueron invitados a participar y recibieron cuestionarios, pero solo respondieron los dos solicitantes, y que nada en el proceso de definición de la rama de producción nacional en cuestión se inclinó en ningún sentido ni estuvo sesgado en modo alguno.

El Órgano de Apelación recordó que, al definir la rama de producción nacional como una proporción importante de la producción nacional total, una autoridad investigadora está obligada a evaluar aspectos tanto cuantitativos como cualitativos, y a asegurarse de que no actúa de manera que dé lugar a un riesgo importante de distorsión. El Órgano de Apelación recordó que, ante el Grupo Especial, las partes formularon argumentos similares a los expuestos en apelación, pero el Grupo Especial no examinó esos argumentos ni analizó y ponderó las pruebas que se le habían sometido. Además, señaló que ni la sección "Hechos pertinentes" del informe del Grupo Especial ni los hechos no controvertidos obrantes en el expediente del Grupo Especial permitían al Órgano de Apelación evaluar la alegación del Japón a la luz de los argumentos de las partes. En concreto, el Órgano de Apelación constató que no contaba con suficientes constataciones fácticas del Grupo Especial o hechos no controvertidos obrantes en el expediente del Grupo Especial para evaluar si la KTC examinó objetivamente las pruebas disponibles al calcular la proporción de la producción nacional total que representaban los solicitantes, si los dos solicitantes incluidos en la definición de la rama de producción nacional eran suficientemente representativos de la producción nacional total, o si el proceso de definición de la rama de producción nacional empleado por las autoridades investigadoras de Corea introdujo un riesgo importante de distorsión. Por consiguiente, el Órgano de Apelación no pudo completar el análisis jurídico.

### **3.4.3 Magnitud del margen de dumping**

El Japón apeló la conclusión del Grupo Especial de que el Japón no demostró que la evaluación realizada por la KTC de la magnitud del margen de dumping fuera incompatible con los párrafos 1 y 4 del artículo 3 del Acuerdo Antidumping. El Japón adujo que una autoridad investigadora debe evaluar el margen de dumping a tenor de la interacción entre los precios de las importaciones objeto de dumping y los productos similares nacionales, y que el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación en la medida en que indicó otra cosa. Con respecto a la aplicación de estas disposiciones por el Grupo Especial, el Japón sostuvo que la KTC no explicó su constatación de que los márgenes de dumping eran significativos y, por consiguiente, que ese dumping había tenido una repercusión significativa sobre los precios de los productos objeto de dumping y el producto similar nacional. Además, el Japón adujo que la KTC estaba obligada a efectuar algún tipo de análisis hipotético en este caso habida cuenta de la venta a precios superiores de las importaciones objeto de dumping. En respuesta, Corea sostuvo que el Grupo Especial constató correctamente que la KTC hizo algo más que simplemente enumerar márgenes de dumping o señalar la existencia de estos y evaluó la magnitud de los márgenes de dumping de manera sustantiva.

El Órgano de Apelación consideró que los párrafos 1 y 4 del artículo 3 obligan a la autoridad investigadora a evaluar la magnitud del margen de dumping y a determinar su pertinencia y el peso que se le debe atribuir en la evaluación de la existencia de daño. Sin embargo, no consideró que

esas disposiciones establecieran que se deba evaluar ninguno de los factores enumerados en el párrafo 4 del artículo 3 de una manera específica, o que se les deba atribuir una pertinencia o un peso específicos. Por consiguiente, el Órgano de Apelación discrepó del Japón en que el párrafo 4 del artículo 3 *obliga* a una autoridad investigadora a evaluar el margen de dumping a tenor de la interacción entre los precios de las importaciones objeto de dumping y los productos similares nacionales, y consideró que la articulación del criterio jurídico que hizo el Grupo Especial era acorde con una interpretación adecuada del párrafo 4 del artículo 3. Con respecto a la aplicación por el Grupo Especial de los párrafos 1 y 4 del artículo 3, el Órgano de Apelación recordó la constatación del Grupo Especial de que la KTC observó que los márgenes de dumping eran significativos y, por consiguiente, que ese dumping había tenido una repercusión significativa sobre los precios de los productos objeto de dumping y el producto similar nacional. También recordó que la KTC encontró pruebas de la relación de competencia entre las importaciones objeto de dumping y el producto similar nacional, y que el Grupo Especial no constató error alguno a ese respecto. Por consiguiente, el Órgano de Apelación constató que el Japón no estableció que la constatación de la KTC "no se explic[ó] en absoluto". El Órgano de Apelación tampoco consideró que la venta a precios superiores de las importaciones objeto de dumping *exigiera* en sí misma necesariamente evaluar la magnitud del margen de dumping de una manera específica, por ejemplo mediante algún tipo de análisis hipotético. Por estas razones, el Órgano de Apelación confirmó la constatación del Grupo Especial de que el Japón no estableció que la KTC hubiera actuado de manera incompatible con los párrafos 1 y 4 del artículo 3 del Acuerdo Antidumping por lo que respecta a su evaluación de la magnitud del margen de dumping.

#### **3.4.4 Relación causal - Alegación 6 del Japón**

##### **3.4.4.1 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación o aplicación del párrafo 5 del artículo 3 al subsumir todas las obligaciones de los párrafos 2 y 4 del artículo 3 en el párrafo 5 del artículo 3 del Acuerdo Antidumping**

En apelación, Corea adujo que el Grupo Especial interpretó "efectivamente" que el párrafo 5 del artículo 3 del Acuerdo Antidumping establece una obligación independiente y general de examinar el volumen, los efectos sobre los precios y la consiguiente repercusión de las importaciones objeto de dumping como parte de la obligación de existencia de relación causal establecida en esa disposición. Corea sostuvo que el Grupo Especial "abord[ó] paso a paso" exactamente las mismas cuestiones relativas al volumen, el precio y la repercusión general que normalmente se examinarían en un análisis en el marco de los párrafos 2 y 4 del artículo 3" del Acuerdo Antidumping.

El Órgano de Apelación explicó que las alegaciones relativas a supuestas deficiencias en el análisis de una autoridad investigadora del volumen y los efectos sobre los precios, así como en su examen de la repercusión de las importaciones objeto de dumping en el estado de la rama de producción nacional, pueden ser objeto de examen por un grupo especial de conformidad con los párrafos 2 y 4 del artículo 3, respectivamente, ya que esas disposiciones contienen las prescripciones de conformidad con las cuales la autoridad investigadora realiza esos análisis. En cambio, en lo que respecta a una alegación formulada al amparo del párrafo 5 del artículo 3, el grupo especial tiene que examinar la demostración definitiva de la autoridad investigadora de que "por los efectos del dumping que se mencionan en los párrafos 2 y 4, las importaciones objeto de dumping causan daño" a la rama de producción nacional. Al proceder de ese modo, el grupo especial debe examinar si la autoridad investigadora vinculó debidamente los resultados de los análisis que realizó en el marco de los párrafos 2 y 4 del artículo 3, teniendo en cuenta las pruebas y los factores exigidos en virtud del párrafo 5 del artículo 3, para llegar a una determinación definitiva relativa a la relación causal entre las importaciones objeto de dumping y el daño a la rama de producción nacional. Por consiguiente, el examen que hace el grupo especial de una alegación formulada al amparo del párrafo 5 del artículo 3 se refiere a la determinación definitiva de existencia de relación causal formulada por la autoridad investigadora sobre la base de la debida vinculación entre los diversos componentes, a la luz de todas las pruebas y factores indicados en esa disposición. El examen del grupo especial no obliga a volver sobre la cuestión de si cada uno de los componentes interrelacionados de esa determinación cumple en sí mismo las prescripciones aplicables establecidas en el párrafo 2 o el párrafo 4 del artículo 3. Examinar esa compatibilidad en el contexto de una alegación formulada al amparo del párrafo 5 del artículo 3 exigiría en la práctica al grupo especial incorporar y aplicar prescripciones y disciplinas establecidos en otros párrafos del artículo 3 que no figuran en el texto del párrafo 5 del artículo 3.

En lo que respecta a la presente diferencia, el Órgano de Apelación recordó que, al explicar su interpretación de la frase "al margen y con independencia" de la alegación 6, el Grupo Especial señaló que no podía excluir la posibilidad de que la determinación de existencia de relación causal formulada por una autoridad investigadora pueda ser incompatible con el párrafo 5 del artículo 3 debido a deficiencias en su análisis del volumen, los efectos sobre los precios o la repercusión de las importaciones objeto de dumping, incluso si no demuestran una infracción del párrafo 2 y/o el párrafo 4 del artículo 3. Explicó que, en virtud de las palabras "por los efectos del dumping que se mencionan en los párrafos 2 y 4" que figuran en la primera frase del párrafo 5 del artículo 3, en la medida en que un grupo especial constate que los análisis del volumen, los efectos sobre los precios y la repercusión realizados por una autoridad investigadora son incompatibles con las obligaciones que le corresponden en virtud de los párrafos 2 y 4 del artículo 3, esas incompatibilidades probablemente menoscabarían la determinación global de la existencia de relación causal de la autoridad investigadora y *consiguientemente* darían lugar a una incompatibilidad con el párrafo 5 del artículo 3. Sin embargo, señaló que la "posibilidad" a que hacía referencia *supra* el Grupo Especial parecía referirse a una hipótesis diferente, en la que los análisis del volumen, los efectos sobre los precios y la repercusión realizados por la autoridad investigadora no demuestren por sí mismos una incompatibilidad con el párrafo 2 o el párrafo 4 del artículo 3, pero pese a todo contengan "deficiencias" que "de manera independiente" constituyen una infracción del párrafo 5 del artículo 3. El Órgano de Apelación explicó que la totalidad de las pruebas y los factores estipulados en el párrafo 5 del artículo 3, incluidas las pruebas en las que se basan los análisis del volumen, los efectos sobre los precios y la repercusión realizados por la autoridad investigadora, pueden ser objeto de examen en el marco del párrafo 5 del artículo 3 con miras a examinar si la autoridad investigadora ha demostrado la relación causal necesaria. No excluyó la posibilidad de que, sobre la base de un examen de ese tipo, un grupo especial pueda constatar que la autoridad investigadora incurrió en error en el marco del párrafo 5 del artículo 3 al demostrar la existencia de relación causal, al no vincular debidamente su consideración del volumen y los efectos sobre los precios y su examen de la repercusión en el estado de la rama de producción nacional, aun en el caso de que esos elementos, tomados individualmente, puedan no infringir las obligaciones establecidas en los párrafos 2 y 4 del artículo 3, respectivamente. En ese sentido, el Órgano de Apelación no constató que el Grupo Especial hubiera incurrido en error en su enfoque por el simple hecho de que identificase la "posibilidad" a que se hace referencia *supra* y examinase la alegación "independiente" formulada por el Japón relativa a la existencia de relación causal, establecida en la alegación 6 de la solicitud de establecimiento de un grupo especial del Japón.

No obstante, el Órgano de Apelación consideró que para poder determinar si, al *aplicar* el párrafo 5 del artículo 3 a los efectos de examinar la alegación 6 del Japón, el Grupo Especial incurrió en error al "abord[ar] paso a paso" exactamente las mismas cuestiones relativas al volumen, los efectos sobre los precios y la repercusión general que normalmente se tomarían en consideración en los análisis en el marco de los párrafos 2 y 4 del artículo 3, el Órgano de Apelación tendría que examinar las constataciones formuladas por el Grupo Especial en el marco de la alegación 6 a la luz de las alegaciones y argumentos planteados en apelación por el Japón y Corea.

#### **3.4.4.2 La cuestión de si el Grupo Especial no tuvo en cuenta el volumen como elemento esencial para cualquier constatación de existencia de relación causal**

En apelación, el Japón adujo que el Grupo Especial rechazó su argumento al centrarse con un enfoque demasiado restringido en los requisitos de la primera frase del párrafo 2 del artículo 3 respecto del volumen, y no en el análisis adecuado con arreglo al párrafo 5 del artículo 3 respecto de la existencia de relación causal. Según el Japón, para determinar si la KTC hizo un análisis adecuado de la existencia de relación causal en el marco del párrafo 5 del artículo 3, el Grupo Especial tenía que examinar los hechos relacionados con el volumen y otros hechos como parte de un análisis holístico de la constatación de existencia de relación causal formulada por la KTC y de la manera como la KTC explicó esa constatación.

El Órgano de Apelación recordó que, como observó el Grupo Especial, la afirmación del Japón de que determinadas deficiencias del análisis del volumen de las importaciones objeto de dumping realizado por la KTC menoscababan "de manera independiente" su determinación de existencia de relación causal se basaba en el hecho de que: i) el volumen de las importaciones objeto de dumping disminuyó en dos de los tres años del período objeto de análisis de las tendencias; y ii) el volumen de las importaciones objeto de dumping solo aumentó muy ligeramente en términos absolutos y disminuyó desde el punto de vista de su participación en el mercado en 2013, en comparación con 2010. El Grupo Especial observó que la KTC examinó si se produjo un aumento significativo de



las importaciones objeto de dumping en términos absolutos, en relación con el consumo interno y en relación con la producción nacional. Según el Grupo Especial, la KTC no se basó en un aumento significativo de las importaciones objeto de dumping de 2010 a 2012 ni en todo el período de análisis de las tendencias, ni estaba obligada a demostrar tal aumento. El Grupo Especial también constató que la KTC examinó las tendencias en relación con el volumen y la participación en el mercado sobre la base de una comparación de punta a punta, así como sobre una base interanual, y no hizo caso omiso de la disminución de las importaciones objeto de dumping de 2010 a 2012.

El Órgano de Apelación observó que el párrafo 5 del artículo 3 no prescribe un método determinado para evaluar el volumen de las importaciones con miras a demostrar la relación causal entre las importaciones objeto de dumping y el daño a la rama de producción nacional. Antes bien, la primera frase del párrafo 2 del artículo 3 exige a la autoridad investigadora que tenga en cuenta "si ha habido un aumento significativo de las [importaciones objeto de dumping], en términos absolutos o en relación con la producción o el consumo". El Órgano de Apelación consideró que en el análisis *supra* del Grupo Especial en el contexto de la alegación 6 del Japón se examinaron las prescripciones establecidas en la primera frase del párrafo 2 del artículo 3, frente a las prescripciones establecidas en el párrafo 5 del artículo 3. Constató que, a falta de prescripciones específicas relativas al volumen de las importaciones objeto de dumping, el párrafo 5 del artículo 3 no podía haber orientado la evaluación del Grupo Especial sobre la cuestión de si la KTC explicó adecuadamente la disminución del volumen de las importaciones de 2010 a 2012 al llegar a su constatación de aumento significativo del volumen de las importaciones objeto de dumping. El Órgano de Apelación constató que, al examinar la alegación de existencia de relación causal en litigio, el Grupo Especial incorporó en la práctica las prescripciones de la primera frase del párrafo 2 del artículo 3, relativas al volumen de las importaciones objeto de dumping. En consecuencia, constató que el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 5 del artículo 3 del Acuerdo Antidumping. Sin embargo, constató que no consideraba que el Japón hubiera demostrado su alegación "independiente" de que la KTC actuó de manera incompatible con las prescripciones de los párrafos 1 y 5 del artículo 3 del Acuerdo Antidumping al centrarse exclusivamente en uno de los años del período objeto de investigación de tres años.

#### **3.4.4.3 La cuestión de si el Grupo Especial no tuvo en cuenta los efectos sobre los precios como elemento esencial para cualquier constatación de existencia de relación causal**

Ante el Grupo Especial, el Japón expuso tres motivos en apoyo de su alegación de que el análisis que hizo la KTC de los efectos de las importaciones objeto de dumping sobre los precios menoscabó "de manera independiente" su determinación de la existencia de relación causal, a saber: i) que había una divergencia entre las tendencias de los precios de las importaciones objeto de dumping y del producto similar nacional; ii) que las importaciones objeto de dumping se vendieron sistemáticamente a precios significativamente superiores a los del producto similar nacional; y iii) que no había una relación de competencia entre las importaciones objeto de dumping y el producto similar nacional, de modo que los precios no eran comparables. El Grupo Especial constató que la KTC actuó de manera incompatible con los párrafos 1 y 5 del artículo 3 sobre la base del segundo y el tercer motivos expuestos por el Japón.<sup>41</sup> En lo que se refiere a las tendencias de precios divergentes, el Grupo Especial rechazó los argumentos del Japón.

El Japón apeló las constataciones del Grupo Especial sobre las tendencias de precios divergentes y afirmó que el Grupo Especial i) tomó incorrectamente en consideración sus constataciones sobre las tendencias de precios divergentes aisladamente de sus otras constataciones sobre la comparabilidad de los precios y la venta a precios superiores; y ii) aceptó incorrectamente afirmaciones sobre la supuesta intensa competencia.

El Órgano de Apelación señaló que el Grupo Especial entendió que el Japón afirmaba que las tendencias de precios divergentes demostraban que no hubo interacción de mercado entre las importaciones objeto de dumping y el producto similar nacional y, por consiguiente, menoscaban el análisis de existencia de reducción de los precios y contención de la subida de los precios realizado por la KTC, que, a su vez, sirvió de base para la determinación definitiva de existencia de relación causal de conformidad con el párrafo 5 del artículo 3. El Órgano de Apelación recordó que el Grupo Especial observó que los precios de las importaciones objeto de dumping y del producto similar nacional generalmente variaron en la misma dirección de 2010 a 2011. Sin embargo, de 2011 a 2012, el precio medio de las importaciones objeto de dumping aumentó, mientras que el del

<sup>41</sup> Corea impugnó en apelación estas constataciones, como se detalla en la sección 3.4.4.6 *infra*.

producto similar nacional disminuyó. El Grupo Especial reconoció que podría esperarse que un incremento del precio de las importaciones objeto de dumping fuese acompañado de un incremento de los precios internos. Por lo tanto, el Grupo Especial consideró que, en una situación así, cabía esperar que una autoridad investigadora razonable explicase el motivo por el que, no obstante, opina que las importaciones objeto de dumping afectan a los precios del producto similar nacional.

El Órgano de Apelación consideró que, en su análisis, el Grupo Especial analizó el examen que hicieron las autoridades investigadoras de Corea de la relación entre los precios de las importaciones objeto de dumping y los de los productos similares nacionales con objeto de determinar los efectos de los primeros sobre los segundos. Esto, en opinión del Órgano de Apelación, se correspondía con un examen debidamente realizado de conformidad con la segunda frase del párrafo 2 del artículo 3. Según el Órgano de Apelación, la conclusión del Grupo Especial de que las tendencias de precios divergentes, en sí mismas y por sí mismas, no demuestran que la determinación de la existencia de una relación causal formulada por la KTC sea incompatible con los párrafos 1 y 5 del artículo 3 fue una mera consecuencia de su análisis de la cuestión de si los análisis por la KTC de los efectos sobre los precios eran objetivos y razonados, y compatibles con las prescripciones establecidas en la segunda frase del párrafo 2 del artículo 3. El Órgano de Apelación explicó que el análisis por el Grupo Especial de la cuestión de las tendencias de precios divergentes se basó en las prescripciones aplicables en el marco del párrafo 2 del artículo 3, y no en las que se refieren a la relación causal en el marco del párrafo 5 del artículo 3, aunque estaba examinando una alegación en el marco de esta última disposición. El Órgano de Apelación constató que, al proceder de este modo, el Grupo Especial incorporó en la práctica las prescripciones del párrafo 2 del artículo 3, y no aplicó debidamente las prescripciones establecidas en el párrafo 5 del artículo 3. Así pues, el Órgano de Apelación constató que el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 5 del artículo 3 del Acuerdo Antidumping. No obstante, el Órgano de Apelación constató que aparte de aducir que el análisis que hizo el Grupo Especial del examen de la KTC de las tendencias de precios divergentes no se hizo adecuadamente, el Japón no ha demostrado que el examen de la KTC contenga deficiencias que vicien su determinación de existencia de relación causal de conformidad con las prescripciones establecidas en los párrafos 1 y 5 del artículo 3.

#### **3.4.4.4 La cuestión de si el Grupo Especial no tuvo en cuenta la repercusión como elemento esencial para cualquier constatación de existencia de relación causal**

En apelación, el Japón adujo que la conclusión del Grupo Especial de que la KTC no necesita establecer un vínculo entre el volumen y los efectos sobre los precios con arreglo al párrafo 2 del artículo 3 y la repercusión de las importaciones objeto de dumping en la rama de producción nacional en el marco del párrafo 4 del artículo 3 es errónea, y que el hecho de que no se estableciera ese vínculo lógico menoscabó la constatación de existencia de relación causal de la KTC.

El Órgano de Apelación señaló que la alegación del Japón se apoyaba en su argumento de que el hecho de que la KTC no estableció un "vínculo lógico" entre su evaluación de determinados factores que influían en el estado de la rama de producción nacional y su consideración del volumen de las importaciones objeto de dumping y el efecto de las importaciones objeto de dumping sobre los precios de conformidad con el párrafo 2 del artículo 3 a los efectos de su análisis de la repercusión con arreglo al párrafo 4 del artículo 3 hacía que su análisis de la existencia de relación causal fuera incompatible con el párrafo 5 del artículo 3. El Órgano de Apelación además recordó que el Grupo Especial explicó que aunque puede haber una cierta coincidencia entre la consideración del efecto de las importaciones objeto de dumping sobre los precios internos en el marco de la segunda frase del párrafo 2 del artículo 3 y la evaluación de los "factores que afectan a los precios internos" en el marco del párrafo 4 del artículo 3, esto no significa que, como el Japón parece dar a entender, "un análisis erróneo de los efectos sobre los precios impedirá necesariamente un examen adecuado de la repercusión de las importaciones objeto de dumping sobre la rama de producción nacional en el marco del párrafo 4 del artículo 3". El Grupo Especial también rechazó el argumento del Japón de que, al no examinar dos factores previstos en el párrafo 4 del artículo 3, las autoridades investigadoras de Corea actuaron de manera incompatible con el párrafo 5 del artículo 3.

El Órgano de Apelación estuvo de acuerdo con el Grupo Especial en que, "a fin de examinar la repercusión de las importaciones objeto de dumping sobre la rama de producción nacional *a los efectos del párrafo 4 del artículo 3*, una autoridad investigadora no está obligada a vincular ese examen con su consideración del volumen y de los efectos de las importaciones objeto de dumping sobre los precios". Sin embargo, el Órgano de Apelación constató que el análisis del Grupo Especial por el que se rechazaba la posición del Japón descrita anteriormente se basaba en último término



en su interpretación de la relación entre las indagaciones realizadas con arreglo a los párrafos 2 y 4 del artículo 3. De manera análoga, el Órgano de Apelación no vio ninguna razón para discrepar de la constatación del Grupo Especial de que no es necesario "efectuar un análisis plenamente razonado de la relación causal y de la no atribución" en el marco del párrafo 4 del artículo 3. Por lo tanto, el Órgano de Apelación no consideró que el Japón hubiese demostrado una infracción "independiente" del párrafo 5 del artículo 3 sobre la base de sus argumentos rechazados por el Grupo Especial.

No obstante, el Órgano de Apelación consideró que los análisis *supra* realizados por el Grupo Especial indicaban que el Grupo Especial examinó los argumentos del Japón a la luz de la prescripción establecida en el párrafo 4 del artículo 3, a pesar de que estaba examinando una alegación de existencia de relación causal con arreglo al párrafo 5 del artículo 3. Según el Órgano de Apelación, el examen que hizo el Grupo Especial de los supuestos errores del análisis de la repercusión efectuado por las autoridades investigadoras de Corea se refería principalmente a la cuestión de si el examen de la repercusión realizado por la KTC se ajustaba a las prescripciones establecidas en el párrafo 4 del artículo 3, y no a las del párrafo 5 del artículo 3. El Órgano de Apelación constató que, al proceder de ese modo, el Grupo Especial incorporó en la práctica las prescripciones del párrafo 4 del artículo 3, y no aplicó debidamente las prescripciones establecidas en el párrafo 5 del artículo 3. Así pues, el Órgano de Apelación constató que el Grupo Especial incurrió en error al aplicar el párrafo 5 del artículo 3 del Acuerdo Antidumping.

#### **3.4.4.5 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en el marco del artículo 11 del ESD y del párrafo 6 del artículo 17 del Acuerdo Antidumping al no tomar en consideración los argumentos de réplica del Japón sobre la cuestión relativa al "precio de venta razonable"**

En apelación, el Japón sostuvo que, al aceptar la explicación de la KTC acerca de las tendencias de precios divergentes sobre la base de las limitaciones impuestas por el "denominado 'precio de venta razonable'", el Grupo Especial hizo caso omiso de los argumentos de réplica formulados por el Japón en relación con esta cuestión. En opinión del Japón, el Grupo Especial estaba obligado a abordar sus argumentos de réplica.

El Órgano de Apelación recordó que, en relación con la alegación del Japón al amparo de los párrafos 1 y 2 del artículo 3 con respecto a los efectos sobre los precios, el Grupo Especial señaló que "[e]l 'precio de venta razonable' es un precio indicativo de la rama de producción nacional reconstruido por la OTI". El Grupo Especial además señaló que al examinar la contención de la subida de los precios, "la KTC se refirió en la resolución definitiva a la diferencia entre el 'precio de venta razonable' y los precios internos medios reales". Sin embargo, dado que el Grupo Especial constató que la alegación formulada por el Japón al amparo de los párrafos 1 y 2 del artículo 3 con respecto a los efectos sobre los precios no estaba comprendida en su mandato, no examinó el argumento del Japón de que las autoridades investigadoras coreanas nunca explicaron por qué los márgenes de beneficio seleccionados para reconstruir el precio de venta razonable eran, en realidad, un indicador razonable de los precios que los productores coreanos deberían haber podido aplicar como "precios de venta razonables". El Órgano de Apelación constató que las referencias del Japón a varios párrafos del informe del Grupo Especial en respaldo de su argumento estaban fuera de lugar, porque estos párrafos no contienen ni las constataciones del Grupo Especial ni los argumentos de las partes relativos a la pertinencia del "precio de venta razonable" en el contexto de la alegación 6 formulada por el Japón. Así pues, el Órgano de Apelación rechazó la alegación formulada por el Japón de que el Grupo Especial incurrió en error en el marco del artículo 11 del ESD y del párrafo 6 i) del artículo 17 del Acuerdo Antidumping.

#### **3.4.4.6 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en sus constataciones sobre la comparabilidad de los precios y la venta a precios superiores al examinar la alegación 6 del Japón al amparo de los párrafos 1 y 5 del artículo 3 del Acuerdo Antidumping**

En apelación, Corea expuso dos motivos principales, alegando que: i) el Grupo Especial eximió al Japón de la carga de demostrar que la KTC no garantizó la comparabilidad de los precios y, en su lugar, formuló argumentos por el Japón; y ii) el Grupo Especial impuso un requisito relativo a la comparación de precios que no figura en el párrafo 5 del artículo 3 del Acuerdo Antidumping y es más exigente que el criterio establecido en el párrafo 2 del artículo 3 del Acuerdo Antidumping.

El Órgano de Apelación recordó que el párrafo 1 del artículo 3 dispone que la determinación de la existencia de daño se basará en pruebas positivas y comprenderá un examen objetivo del "efecto de [las importaciones objeto de dumping] en los precios de productos similares en el mercado interno". En la segunda frase del párrafo 2 del artículo 3 se enumeran tres efectos sobre los precios que son distintos entre sí, ya que, aunque los precios de las importaciones objeto de dumping no sean significativamente inferiores a los de los productos similares nacionales, esas importaciones pueden no obstante tener un efecto de reducción de los precios o de contención de la subida de los precios en los precios internos. Con arreglo a la segunda frase del párrafo 2 del artículo 3, una autoridad investigadora cuenta, por tanto, con un margen de discrecionalidad para elegir la manera en que evaluará los efectos sobre los precios. Sin embargo, el Órgano de Apelación recordó su constatación anterior de que "el hecho de no garantizar la comparabilidad de los precios" no podía considerarse compatible con la prescripción del párrafo 1 del artículo 3 de que "la determinación de la existencia de daño se base en 'pruebas positivas' y comprenda un 'examen objetivo' del efecto de las importaciones objeto de investigación en los precios de los productos nacionales similares, entre otras cosas". Según el Órgano de Apelación, "si los precios de las importaciones objeto de investigación y los precios internos no fueran comparables, se anularía la fuerza explicativa que los precios de las importaciones objeto de investigación pudieran tener en relación con la reducción de los precios internos o la contención de su subida". Por esta razón, el Órgano de Apelación declaró que "[s]iempre que se hacen comparaciones entre los precios, la cuestión de su comparabilidad se plantea necesariamente". Por tanto, el hecho de que una autoridad investigadora no garantice la comparabilidad de los precios en las comparaciones de los precios entre las importaciones objeto de dumping y el producto similar nacional menoscaba sus constataciones de efectos sobre los precios en el marco del párrafo 2 del artículo 3, en la medida en que se base en tales comparaciones de precios.

Pasando al primero de los argumentos de Corea, el Órgano de Apelación señaló que las afirmaciones hechas por Corea se basan en la premisa de que los argumentos expuestos por el Japón al Grupo Especial en relación con la comparabilidad de los precios se limitaron a la opinión del Japón de que había una falta de relación de competencia, o sustituibilidad, entre las importaciones objeto de dumping y los productos similares nacionales. El Órgano de Apelación recordó que el Grupo Especial observó el argumento del Japón de que, *en su análisis de los efectos sobre los precios*, la KTC no garantizó la comparabilidad de los precios entre productos o segmentos de productos específicos de las importaciones objeto de dumping y el producto similar nacional. El Órgano de Apelación también observó que el Japón afirmó ante el Grupo Especial que la KTC en ningún momento explicó en sus informes de qué manera las conclusiones sobre la contención de la subida de los precios y la reducción de los precios se apoyaban en la comparación entre los precios de las importaciones objeto de investigación y los "precios de grado superior" de los productos similares nacionales. El Órgano de Apelación constató que, al proceder de ese modo, el Japón estableció una presunción *prima facie* con respecto a la obligación por parte de la KTC de garantizar la comparabilidad de los precios en su análisis de los efectos sobre los precios con arreglo a la segunda frase del párrafo 2 del artículo 3. El Órgano de Apelación además constató que, a la luz del argumento del Japón de que la KTC no llevó a cabo un examen objetivo del alcance general de la competencia de precios para llegar a sus constataciones de existencia de contención de la subida de los precios y reducción de los precios, el Grupo Especial consideró correctamente que, en la medida en que la consideración de la contención de la subida de los precios o la reducción de los precios por una autoridad investigadora puede comprender una comparación de precios, la autoridad investigadora deberá garantizar que los precios que se estén comparando sean debidamente comparables. Sin embargo, el Órgano de Apelación explicó que el análisis del Grupo Especial era más directamente pertinente en el contexto de la segunda frase del párrafo 2 del artículo 3 que en el del párrafo 5 del artículo 3.

A continuación, el Órgano de Apelación abordó al argumento formulado por Corea de que el Grupo Especial incurrió en error de derecho al imponer una prescripción de comparación de precios que no figuraba ni en el párrafo 2 ni en el párrafo 5 del artículo 3. El Órgano de Apelación señaló que el Grupo Especial interpretó que las autoridades investigadoras de Corea habían considerado que los casos individuales de precios de reventa de las importaciones objeto de dumping respecto de algunos modelos, que eran inferiores a los precios internos medios y los precios de los productos nacionales de grado superior de los modelos correspondientes para determinados clientes (es decir, casos individuales de "venta a precios inferiores") llevaron a la contención de la subida de los precios y la reducción de los precios del producto similar nacional. El Órgano de Apelación recordó que el Grupo Especial expuso en un cuadro lo que Corea denominó una serie de comparaciones entre los precios de reventa de las transacciones individuales de dos modelos de válvulas importadas objeto de dumping y los precios medios de los modelos correspondientes del producto similar nacional indicado

por la OTI en su informe definitivo. En dicho cuadro se subrayaban las transacciones en las que el precio de las importaciones objeto de dumping fijado para determinados clientes fue inferior al precio interno medio del modelo correspondiente producido y vendido por los productores coreanos. El Grupo Especial constató que las transacciones enumeradas "se efectuaron en fechas diferentes y comprendieron distintas cantidades". Asimismo, observó que, en general, cuanto inferior sea la cantidad abarcada en una transacción, superior será el precio unitario de la(s) válvula(s) importada(s) objeto de dumping. A juicio del Grupo Especial, habida cuenta del posible efecto sobre las comparaciones efectuadas, una autoridad investigadora imparcial y razonable no podría haber comparado adecuadamente los precios de estas transacciones individuales con el precio medio de un modelo correspondiente del producto similar nacional sin considerar y explicar más a fondo la pertinencia o importancia de estas diferencias.

El Órgano de Apelación observó que las autoridades investigadoras de Corea hicieron y utilizaron esas comparaciones de precios, que incluían pruebas de discriminación de precios y comportamiento agresivo en materia de fijación de precios, para afirmar que, a pesar de que los productos importados tenían precios medios más elevados, las pruebas respaldaban una constatación de existencia de contención de la subida de los precios y reducción de los precios. Por tanto, el análisis de la comparación entre transacciones y promedios realizado por la KTC tenía por objeto evaluar si los precios de las importaciones objeto de dumping eran inferiores a los precios de los productos similares nacionales para determinar los efectos sobre los precios en el sentido de la segunda frase del párrafo 2 del artículo 3. Por lo tanto, en opinión del Órgano de Apelación, la comparabilidad de los precios se convirtió en una cuestión importante, ya que el valor probatorio de la comparación dependía del grado de comparabilidad de los precios y afectaba a la objetividad y la base probatoria de las constataciones de existencia de contención de la subida de los precios y reducción de los precios formuladas por la KTC en el marco de los párrafos 1 y 2 del artículo 3. El Órgano de Apelación estuvo de acuerdo con el Grupo Especial en que la KTC estaba obligada a garantizar la comparabilidad de los precios en esas comparaciones de precios, ya que se basó en las diferencias de precios para constatar que las importaciones objeto de dumping tenían sobre los precios internos efectos de contención de la subida de los precios y de reducción de los precios. Sin embargo, el Órgano de Apelación constató que el análisis *supra* del Grupo Especial era pertinente para una alegación en el marco del párrafo 2 del artículo 3 y se ajustaba a las prescripciones de esa disposición, pero no era pertinente para una alegación en el marco del párrafo 5 del artículo 3.

A continuación, el Órgano de Apelación abordó el argumento formulado por Corea de que el Grupo Especial impuso una obligación de demostrar cómo y en qué medida la venta a precios inferiores en determinadas ventas competitivas afectó a los precios del producto similar nacional "en su conjunto" o "en general", y que esa obligación carece de fundamento en el párrafo 2 o el párrafo 5 del artículo 3. El Órgano de Apelación observó que, como había constatado el Grupo Especial, la KTC se basó en ejemplos individuales de "venta a precios inferiores" para abordar el argumento de las partes interesadas de que la venta sistemática a precios superiores de las importaciones objeto de dumping sobre la base del precio medio menoscabó las constataciones de contención de la subida de los precios y reducción de los precios. La KTC llegó a la conclusión de que esos casos individuales de "venta a precios inferiores" tuvieron el efecto de contener la subida de los precios y reducir los precios del producto similar nacional, a pesar de la venta a precios superiores general de las importaciones objeto de dumping. El Órgano de Apelación recordó que al evaluar si la KTC aportó un razonamiento suficiente para respaldar las conclusiones *supra*, el Grupo Especial constató que "no ... queda claro" que la KTC examinara, y de ser el caso, de qué manera, si estos casos individuales de "venta a precios inferiores" respecto de determinados modelos afectaban a "los precios de otros modelos del producto similar nacional, la proporción del total de las ventas internas afectadas por esa 'venta a precios inferiores', o de qué manera esos casos de 'venta a precios inferiores' afectaban a los precios del producto similar nacional en general".

El Órgano de Apelación explicó que aunque el Grupo Especial habló de contención de la subida de los precios o reducción de los precios del producto similar nacional "en su conjunto", no consideraba que el Grupo Especial hubiese impuesto una obligación jurídica de "demostrar cómo y en qué medida la venta a precios inferiores en determinadas ventas competitivas afectó a los precios del producto similar nacional 'en su conjunto'", como adujo Corea. Más bien, el Órgano de Apelación recordó que, en respuesta al argumento de Corea de que la Prueba documental KOR-57<sup>42</sup> presentada al Grupo

---

<sup>42</sup> Corea presentó al Grupo Especial la Prueba documental KOR-57 durante las actuaciones del Grupo Especial y contenía una lista de comparaciones realizada por la KTC de los precios de todas las transacciones

Especial demostraba que la KTC consideró el grado en que los precios del producto similar nacional se vieron afectados por casos individuales de fijación de precios de las importaciones objeto de dumping, el Grupo Especial analizó si la Prueba documental KOR-57 presentada al Grupo Especial, junto con el informe definitivo de la OTI y la resolución definitiva de la KTC, apoyaba la afirmación de Corea. El Órgano de Apelación consideró que ese era el contexto en el que el Grupo Especial analizó la Prueba documental KOR-57 presentada al Grupo Especial y constató que no demuestra si, y en tal caso cómo, las autoridades investigadoras de Corea examinaron el grado en que los precios del producto similar nacional se vieron afectados por los casos individuales de precios más bajos de las importaciones objeto de dumping, señalando además que "en esta Prueba documental no se identifican los modelos correspondientes del producto similar nacional que 'se vendieron a precios inferiores' o la cantidad o el valor de las ventas de esos modelos". El Órgano de Apelación estuvo de acuerdo con el Grupo Especial en que sin esa información no estaba claro cómo podrían las autoridades investigadoras de Corea haber evaluado el grado en que los precios del producto similar nacional se vieron afectados por la fijación de precios de las importaciones objeto de dumping en las transacciones seleccionadas para poder llegar a una constatación de contención de la subida de los precios y reducción de los precios.

El Órgano de Apelación constató además que el Grupo Especial no incurrió en error al examinar si la KTC tomó en cuenta las pruebas de venta a precios superiores sistemática y los argumentos pertinentes presentados por las partes interesadas, especialmente "teniendo en cuenta la venta sistemática a precios superiores ... de las importaciones objeto de dumping y el hecho de que los precios *medios* de los modelos de las importaciones objeto de dumping en estos casos individuales de 'venta a precios inferiores' seguían siendo más altos que los precios medios de los modelos nacionales correspondientes". Así pues, el Órgano de Apelación no vio ninguna razón para discrepar del Grupo Especial en que era necesario explicar y analizar de qué manera y en qué medida se veían afectados los precios del producto similar nacional.

Sin embargo, el Órgano de Apelación constató que el análisis del Grupo Especial era pertinente para una alegación en el marco del párrafo 2 del artículo 3 y se ajustaba a las prescripciones de esa disposición, pero no para una alegación en el marco del párrafo 5 del artículo 3. Por lo tanto, aunque el Órgano de Apelación no constató ningún error en el análisis del Grupo Especial en lo que se refería a las prescripciones aplicables establecidas en el párrafo 2 del artículo 3, el Grupo Especial, en opinión del Órgano de Apelación, efectivamente incorporó y aplicó las prescripciones del párrafo 2 del artículo 3, y no aplicó debidamente las prescripciones establecidas en el párrafo 5 del artículo 3, aunque estaba examinando una alegación en el marco de esta última disposición. En consecuencia, el Órgano de Apelación constató que el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 5 del artículo 3 del Acuerdo Antidumping. No obstante, como se explica detalladamente *infra*, el Órgano de Apelación constató que las constataciones del Grupo Especial relativas al análisis de los efectos sobre los precios realizado por la KTC proporcionaban un fundamento suficiente para que completara el análisis relativo a la alegación formulada por el Japón al amparo de la segunda frase de los párrafos 1 y 2 del artículo 3 del Acuerdo Antidumping.

#### **3.4.4.7 La cuestión de si el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva del asunto de conformidad con el artículo 11 del ESD y el párrafo 6 del artículo 17 del Acuerdo Antidumping**

En apelación, Corea planteó varios argumentos en el marco del artículo 11 del ESD y del párrafo 6 i) del artículo 17 del Acuerdo Antidumping con respecto a las constataciones sustantivas formuladas por el Grupo Especial en el marco de los párrafos 1 y 5 del artículo 3 del Acuerdo Antidumping respecto de la alegación "independiente" de existencia de relación causal planteada por el Japón. El Órgano de Apelación rechazó estos argumentos por los siguientes motivos, entre otros: i) la alegación formulada por Corea al amparo del artículo 11 del ESD y del párrafo 6 i) del artículo 17 del Acuerdo Antidumping es subsidiaria a su alegación de que el Grupo Especial no interpretó o aplicó correctamente los párrafos 1 y 5 del artículo 3; ii) Corea no ha demostrado su afirmación de que el Grupo Especial efectuara un análisis *de novo*, en infracción del párrafo 6 i) del artículo 17 del Acuerdo Antidumping; iii) el Grupo Especial no formuló constataciones carentes de coherencia interna, de modo que actuara de manera incompatible con el artículo 11 del ESD; y iv) el argumento de Corea parecía indicar esencialmente que el Grupo Especial debía haber otorgado a la Prueba

documental KOR-57 presentada al Grupo Especial el mismo valor probatorio que le habría otorgado la propia Corea.

### **3.4.4.8 Conclusión**

En vista de las consideraciones anteriores, el Órgano de Apelación revocó la constatación del Grupo Especial, que figura en el párrafo 8.4.a de su informe, de que el Japón había demostrado que las autoridades investigadoras de Corea actuaron de manera incompatible con los párrafos 1 y 5 del artículo 3 del Acuerdo Antidumping en su análisis de la existencia de relación causal como consecuencia de las deficiencias de su análisis del efecto de las importaciones objeto de dumping sobre los precios en el mercado interno.

### **3.4.5 Relación causal - Alegación 4 formulada por el Japón**

En apelación, el Japón mantuvo que el Grupo Especial incurrió en error al desestimar los argumentos del Japón, en respaldo de su alegación 4, acerca de la correlación de volúmenes y la correlación de precios simplemente invocando constataciones anteriores del Grupo Especial sobre la alegación "independiente" de existencia de relación causal formulada por el Japón. El Japón afirmó que la falta de correlación suficiente -que las tendencias del volumen y los precios de la rama de producción nacional no se correlacionaran bien con las tendencias del volumen y los precios de las importaciones-, por consiguiente, ponía en duda la existencia de una relación causal.

El Órgano de Apelación señaló que, con respecto a la supuesta falta de correlación en las tendencias de los volúmenes, el Grupo Especial observó que el Japón sostenía que la existencia de cualquier relación causal entre las importaciones objeto de dumping y el supuesto daño resultó menoscabada por estos dos hechos: i) el volumen y la participación en el mercado de las importaciones objeto de dumping disminuyó de 2010 a 2012 (es decir, durante los dos primeros años del trienio objeto del análisis de las tendencias); y ii) la participación en el mercado de la rama de producción nacional se mantuvo estable en 2013 en comparación con 2010. En el contexto de la alegación 6 formulada por el Japón, el Grupo Especial examinó y rechazó estos dos argumentos idénticos. Sobre la base de las mismas consideraciones, el Grupo Especial desestimó esos argumentos en el contexto de esta alegación. El Órgano de Apelación recordó que al abordar los argumentos presentados por el Japón en relación con el volumen en el contexto de la alegación 6, el Grupo Especial examinó las prescripciones establecidas en la primera frase del párrafo 2 del artículo 3, en vez de las establecidas en el párrafo 5 del artículo 3. El Órgano de Apelación señaló que, al proceder de ese modo, el Grupo Especial había incorporado en la práctica las prescripciones de la primera frase del párrafo 2 del artículo 3, y no aplicó debidamente las prescripciones establecidas en el párrafo 5 del artículo 3. Dado que el Grupo Especial se basó en las mismas consideraciones al rechazar los argumentos formulados por el Japón sobre la falta de correlación en las tendencias de los volúmenes en el contexto de la alegación de existencia de relación causal en litigio (alegación 4), el Órgano de Apelación constató que la constatación del Grupo Especial a este respecto era errónea.

Con respecto a la correlación en las tendencias de los precios, el Órgano de Apelación observó que, en el contexto de esta alegación de existencia de relación causal (alegación 4), el Grupo Especial afirmó que el Japón adujo que la falta de paralelismo entre los precios de las importaciones objeto de dumping y los precios del producto similar nacional no respalda la existencia de una relación causal entre las importaciones objeto de dumping y el daño supuestamente sufrido por la rama de producción nacional. En particular, el Grupo Especial señaló que el Japón adujo que: i) los precios de las importaciones objeto de dumping aumentaron de 2011 a 2012, mientras que los precios del producto similar nacional disminuyeron; y ii) los precios de las importaciones objeto de dumping se redujeron bruscamente de 2012 a 2013, mientras que los precios del producto similar nacional solo disminuyeron ligeramente. El Grupo Especial consideró que los argumentos formulados por el Japón en apoyo de este aspecto de la alegación de existencia de relación causal en litigio eran idénticos a sus argumentos esgrimidos en relación con los efectos sobre los precios en el marco de su alegación 6, que había rechazado. Sobre la base de las mismas consideraciones, el Grupo Especial concluyó que, en la alegación de existencia de relación causal en litigio (alegación 4), el Japón no estableció que una correlación de precios insuficiente bastase para demostrar que una autoridad investigadora razonable e imparcial no podría haber constatado debidamente la relación causal requerida entre las importaciones objeto de dumping y el daño a la rama de producción nacional a la luz de los hechos y los argumentos que la KTC tuvo ante sí.

El Órgano de Apelación recordó su constatación de que el análisis de las tendencias divergentes realizado por el Grupo Especial en el contexto de la alegación 6 del Japón se centró en la cuestión de si había una relación de competencia entre las importaciones objeto de dumping y los productos similares nacionales, a pesar de las tendencias de precios divergentes, y de si las tendencias de precios divergentes podían, en sí mismas y por sí mismas, menoscabar la existencia de relación causal en el sentido del párrafo 5 del artículo 3. El Órgano de Apelación recordó además que había constatado que el análisis del Grupo Especial tuvo por objeto el examen por las autoridades investigadoras de Corea de la relación entre los precios de las importaciones objeto de dumping y los del producto similar nacional, a fin de verificar los efectos de los primeros sobre los segundos, lo cual correspondía a un examen debidamente realizado conforme a lo dispuesto en la segunda frase del párrafo 2 del artículo 3. El Órgano de Apelación señaló que había constatado que el análisis por el Grupo Especial de la cuestión de las tendencias de precios divergentes se basó en las prescripciones aplicables en el marco del párrafo 2 del artículo 3, y no en las que se refieren a la relación causal en el marco del párrafo 5 del artículo 3, aunque estaba examinando una alegación en el marco de esta última disposición. Por lo tanto, dado que el Grupo Especial se basó en las mismas consideraciones al rechazar los argumentos formulados por el Japón sobre la falta de correlación en las tendencias de los precios en el contexto de la alegación de existencia de relación causal en litigio (alegación 4), el Órgano de Apelación constató que la constatación del Grupo Especial a este respecto era errónea.

Por último, en cuanto a las tendencias de los beneficios, en apelación, el Japón sostuvo que había una correlación insuficiente en las tendencias relativas a la situación de la rama de producción nacional para demostrar la existencia de una relación causal. El Órgano de Apelación consideró que el argumento formulado por el Japón parecía caracterizar erróneamente las constataciones de la KTC. La KTC no afirmó que hubiera constatado un "aumento" de la competencia en 2012. Antes bien, como señaló el Grupo Especial, la KTC reconoció que las pérdidas de explotación de la rama de producción nacional empeoraron de 2011 a 2012, al tiempo que los precios de las importaciones objeto de dumping se incrementaron y su volumen y participación en el mercado se redujeron. Sin embargo, el Grupo Especial señaló que la KTC explicó que una de las razones del incremento de la proporción de las pérdidas de explotación fue el aumento de los costos de explotación "en respuesta a la competencia con las importaciones objeto de dumping". El Órgano de Apelación constató que el Grupo Especial tuvo en cuenta estas afirmaciones de la KTC al examinar los argumentos formulados por el Japón, señalando en concreto que, según la KTC, el empeoramiento de las pérdidas de explotación "no fue resultado únicamente de la disminución de los precios del producto similar nacional ..., sino que también lo fue del incremento de los costos de explotación". Por lo tanto, el Órgano de Apelación consideró que ni el Grupo Especial ni la KTC pasaron por alto la supuesta falta de correlación entre el beneficio de la rama de producción nacional, los precios de las importaciones objeto de dumping, y el volumen y la participación en el mercado de las importaciones objeto de dumping. En consecuencia, el Órgano de Apelación constató ningún error en la constatación del Grupo Especial de que el Japón no estableció que la correlación insuficiente entre las importaciones objeto de dumping y las tendencias de los beneficios de la rama de producción nacional demuestre que una autoridad investigadora razonable e imparcial no podría haber constatado debidamente la relación causal requerida entre las importaciones objeto de dumping y el daño a la rama de producción nacional a la luz de los hechos y los argumentos que la KTC tuvo ante sí.

A la luz de las anteriores consideraciones, el Órgano de Apelación confirmó la constatación del Grupo Especial de que el Japón no había demostrado que las autoridades investigadoras de Corea hubieran actuado de manera incompatible con los párrafos 1 y 5 del artículo 3 del Acuerdo Antidumping con respecto a su conclusión de que, por los efectos del dumping, las importaciones objeto de dumping estaban causando daño a la rama de producción nacional, por lo que respectaba al argumento formulado por el Japón sobre la correlación insuficiente entre las importaciones objeto de dumping y las tendencias de los beneficios de la rama de producción nacional.

### **3.4.6 La cuestión de si el Órgano de Apelación puede completar el análisis en el marco de los párrafos 1, 2 y 4 del artículo 3 del Acuerdo Antidumping**

#### **3.4.6.1 La cuestión de si las autoridades investigadoras de Corea actuaron de manera incompatible con los párrafos 1 y 2 del artículo 3 del Acuerdo Antidumping en su consideración del volumen de las importaciones objeto de dumping**

En apelación, el Japón sostuvo que en la parte del informe titulada "Hechos pertinentes" del Grupo Especial se exponen todos los hechos fundamentales necesarios para resolver esa alegación.



El Japón adujo que la KTC constató "indebidamente" un "aumento significativo" de las importaciones objeto de dumping cuando, en realidad, esas importaciones disminuyeron en dos de tres de los períodos de comparación y aumentaron ligeramente, en términos absolutos, y disminuyeron, en términos relativos, a lo largo del período objeto de investigación.

El Órgano de Apelación observó que determinados argumentos formulados por el Japón en apoyo de su alegación al amparo de los párrafos 1 y 2 del artículo 3 son idénticos a los examinados por el Grupo Especial en el contexto de la alegación 6. Específicamente, al igual que en su argumento en el contexto de la alegación 6, el Japón se centró en la supuesta omisión por la KTC de tener en cuenta la disminución de los volúmenes de las importaciones en términos absolutos durante los dos primeros años del período objeto de investigación, y su disminución en términos relativos, al constatar que hubo un "aumento significativo" del volumen de las importaciones. El Órgano de Apelación además recordó que en el análisis del Grupo Especial de los argumentos idénticos formulados por el Japón en el contexto de la alegación 6, se examinaron debidamente las prescripciones establecidas en la primera frase del párrafo 2 del artículo 3. En particular, el Órgano de Apelación consideró que el Grupo Especial no aceptó las constataciones de la KTC en sus propios términos. Antes bien, el Grupo Especial examinó críticamente las constataciones de la KTC relativas al volumen de las importaciones objeto de dumping.

El Órgano de Apelación consideró, sin embargo, que los argumentos formulados por el Japón en el contexto de su alegación al amparo de los párrafos 1 y 2 del artículo 3 en relación con el volumen de las importaciones objeto de dumping abarcaban consideraciones más amplias que las contenidas en las constataciones anteriores del Grupo Especial, a saber que: i) la KTC supuso indebidamente que existía una relación de competencia entre los productos nacionales y las importaciones objeto de investigación; y ii) la KTC constató indebidamente un "aumento significativo" de las importaciones objeto de investigación sin examinar si el aumento de las importaciones sustituyó realmente a los productos similares nacionales mediante la competencia en el mercado. El Órgano de Apelación constató que el Grupo Especial no analizó suficientemente estas cuestiones con las partes en su análisis del volumen de las importaciones objeto de dumping en el contexto de la alegación 6. Además, el Órgano de Apelación consideró que las partes cuestionaban las bases fácticas de estas cuestiones. Ante estas circunstancias, el Órgano de Apelación consideró que la compleción del análisis jurídico con respecto a estas cuestiones se veía obstaculizada por la inexistencia de constataciones fácticas pertinentes, de suficientes hechos no controvertidos obrantes en el expediente del Grupo Especial, así como de una investigación suficiente por el Grupo Especial.

En consecuencia, el Órgano de Apelación constató que no podía completar el análisis jurídico de la cuestión de si las medidas de Corea son incompatibles con los párrafos 1 y 2 del artículo 3 del Acuerdo Antidumping con respecto a la consideración por las autoridades investigadoras de Corea del volumen de las importaciones objeto de dumping.

#### **3.4.6.2 La cuestión de si las autoridades investigadoras de Corea actuaron de manera incompatible con los párrafos 1 y 2 del artículo 3 del Acuerdo Antidumping en su consideración de los efectos sobre los precios**

En apelación, el Japón solicitó al Órgano de Apelación que completara el análisis y que constatará que las autoridades investigadoras de Corea no cumplieron las obligaciones que les corresponden en virtud de los párrafos 1 y 2 del artículo 3 del Acuerdo Antidumping porque: i) la KTC no garantizó la comparabilidad de los precios, ii) la KTC no tuvo en cuenta las consecuencias de las ventas a precios superiores de las importaciones objeto de dumping; y iii) la KTC ignoró en gran medida las tendencias de precios divergentes. El Japón también afirmó que la KTC incurrió en error en sus constataciones porque no consideró la pregunta hipotética de la manera en que los precios podrían haber sido diferentes si no hubiera existido dumping y la KTC en ningún momento consideró si la reducción de los precios y la contención de la subida de los precios que se alegaban fueron significativas. Por último, el Japón sostuvo que el análisis del "precio de venta razonable" realizado por la KTC fue "erróneo e insuficiente".

Con respecto a la comparabilidad de los precios y a las ventas a precios superiores, el Órgano de Apelación señaló que el Japón presentó argumentos idénticos en el contexto de la alegación 6. El Órgano de Apelación recordó que los análisis y las constataciones del Grupo Especial con respecto a estas dos cuestiones, aunque realizados en el contexto de la alegación 6, estaban, no obstante, en consonancia con las prescripciones establecidas en la segunda frase del párrafo 2 del artículo 3, y se realizaron debidamente con arreglo a dichas prescripciones. El Órgano de Apelación observó



que las autoridades investigadoras de Corea consideraron que los casos individuales de precios de reventa de las importaciones objeto de dumping respecto de algunos modelos, que eran inferiores a los precios internos medios y los precios de los productos nacionales de grado superior de los modelos correspondientes para determinados clientes (es decir, casos individuales de "venta a precios inferiores") llevaron a la contención de la subida de los precios y la reducción de los precios del producto similar nacional. De ese modo, la comparabilidad de los precios se convirtió en una cuestión importante en la consideración por la KTC de los efectos sobre los precios, dado que la KTC se basó en las diferencias de precios en estas comparaciones al constatar que las importaciones objeto de dumping tenían sobre los precios internos efectos de contención de la subida de los precios y de reducción de los precios. El Grupo Especial constató que las transacciones "se efectuaron en fechas diferentes y comprendieron distintas cantidades". El Órgano de Apelación declaró que el Grupo Especial consideró correctamente que una autoridad investigadora imparcial y razonable no podría haber comparado adecuadamente los precios de estas transacciones individuales con el precio medio del modelo correspondiente del producto similar nacional sin considerar y explicar más a fondo la "pertinencia o importancia" de estas diferencias.

El Órgano de Apelación además recordó que la KTC utilizó las pruebas relativas a casos individuales de "venta a precios inferiores" para responder a los argumentos de las partes interesadas acerca de la existencia de ventas a precios superiores sobre la base de los precios medios de todos los productos. El Órgano de Apelación observó que el Grupo Especial examinó la determinación de la KTC y, sobre esa base, entendió que la KTC había constatado que los efectos de estos casos individuales se reflejaban en los precios del producto similar nacional en general, y no únicamente en los precios de determinados modelos del producto similar nacional. El Grupo Especial, sin embargo, constató que no se había explicado y analizado de qué manera y en qué medida se veían afectados los precios del producto similar nacional. El Órgano de Apelación no vio ninguna razón para discrepar del Grupo Especial y consideró que, al identificar los efectos de contención de la subida y de reducción de los precios que tenían las importaciones objeto de dumping, correspondía a las autoridades investigadoras de Corea ofrecer una explicación y un análisis de la manera y la medida en que los precios del producto similar nacional se vieron afectados por la venta sistemática a precios superiores de las importaciones objeto de dumping. El Órgano de Apelación explicó que los errores identificados por el Grupo Especial afectaban a la objetividad y la base probatoria de las constataciones de existencia de contención de la subida de los precios y reducción de los precios formuladas por la KTC en el marco de los párrafos 1 y 2 del artículo 3. Por consiguiente, el Órgano de Apelación confirmó la constatación del Grupo Especial de que las autoridades investigadoras de Corea actuaron de manera incompatible con los párrafos 1 y 2 del artículo 3 del Acuerdo Antidumping porque: i) constataron que las importaciones objeto de dumping tuvieron efectos de contención de la subida de los precios y de reducción de los precios sobre la base de las comparaciones entre transacciones y precios medios sin garantizar la comparabilidad de los precios; y ii) no explicaron ni analizaron la manera y la medida en que los precios del producto similar nacional se vieron afectados a la luz de las ventas sistemáticas a precios superiores de las importaciones objeto de dumping.

Con respecto a las tendencias de precios divergentes, el Órgano de Apelación señaló que el Japón presentó un argumento idéntico en el contexto de la alegación 6. El Órgano de Apelación consideró que en las constataciones del Grupo Especial, aunque formuladas en el contexto de la alegación 6, se analizó adecuadamente el examen que hicieron las autoridades investigadoras de Corea de la relación entre los precios de las importaciones objeto de dumping y los precios del producto similar nacional con objeto de determinar los efectos de los primeros sobre los segundos. Esto, constató el Órgano de Apelación, se correspondía con un examen debidamente realizado de conformidad con la segunda frase del párrafo 2 del artículo 3. El Grupo Especial analizó adecuadamente la consideración por las autoridades investigadoras de Corea de las tendencias de precios divergentes a la luz de las prescripciones de la segunda frase del párrafo 2 del artículo 3, y constató que era razonable y estaba respaldada por hechos. Por consiguiente, el Órgano de Apelación rechazó la alegación del Japón de que la KTC "ignoró en gran medida" las tendencias de precios divergentes y constató que las autoridades investigadoras de Corea no actuaron de manera incompatible con los párrafos 1 y 2 del artículo 3 del Acuerdo Antidumping con respecto a su consideración de las tendencias de precios divergentes.

Con respecto a los argumentos del Japón de que i) la KTC no consideró la pregunta hipotética de la manera en que los precios podrían haber sido diferentes si no hubiera existido dumping, ii) la KTC no consideró si la reducción de los precios y la contención de la subida de los precios fueron significativas y iii) el análisis del "precio de venta razonable" realizado por la KTC fue "erróneo e insuficiente", el Órgano de Apelación señaló que el Grupo Especial no los analizó en ningún momento

con las partes. Además, el Órgano de Apelación señaló que las partes discrepan respecto de las bases fácticas de estos argumentos. Por consiguiente, habida cuenta del alcance y la naturaleza limitados de las constataciones fácticas formuladas por el Grupo Especial y de las escasas pruebas no controvertidas obrantes en el expediente a este respecto, el Órgano de Apelación consideró que el intento por su parte de completar el análisis jurídico con tales argumentos opuestos exigiría que el Órgano de Apelación examinara y considerara pruebas y argumentos que no fueron abordados suficientemente por el Grupo Especial, o suficientemente investigados y desarrollados ante el Grupo Especial.

En consecuencia, el Órgano de Apelación constató que podía completar el análisis jurídico en parte. Por las razones anteriormente expuestas, el Órgano de Apelación constató que las autoridades investigadoras de Corea actuaron de manera incompatible con los párrafos 1 y 2 del artículo 3 del Acuerdo Antidumping: i) en la medida en que constataron la existencia de efectos de contención de la subida de los precios y de reducción de los precios sobre la base de las comparaciones de precios pertinentes sin garantizar la comparabilidad de los precios; y ii) cuando constataron, sin explicaciones y análisis de la manera y la medida en que los precios del producto similar nacional se vieron afectados a la luz de las ventas sistemáticas a precios superiores de las importaciones objeto de dumping, la existencia de contención de la subida de los precios y reducción de los precios. El Órgano de Apelación también constató que las autoridades investigadoras de Corea no actuaron de manera incompatible con los párrafos 1 y 2 del artículo 3 del Acuerdo Antidumping con respecto a su consideración de las tendencias de precios divergentes. Sin embargo, el Órgano de Apelación constató que no podía completar el análisis jurídico de la cuestión de si las autoridades investigadoras de Corea actuaron de manera incompatible con los párrafos 1 y 2 del artículo 3 sobre la base de los argumentos del Japón de que: i) la KTC no consideró la pregunta hipotética de la manera en que los precios podrían haber sido diferentes si no hubiera existido dumping; ii) el análisis del "precio de venta razonable" fue erróneo e insuficiente, ya que la KTC no examinó las interacciones de mercado entre las importaciones objeto de investigación y los productos similares nacionales; y iii) la KTC en ningún momento consideró si la reducción de los precios y la contención de la subida de los precios que se alegaban fueron significativas.

#### **3.4.6.3 La cuestión de si las autoridades investigadoras de Corea actuaron de manera incompatible con los párrafos 1 y 4 del artículo 3 del Acuerdo Antidumping en su consideración de la repercusión de las importaciones objeto de dumping sobre el estado de la rama de producción nacional**

En apelación, el Japón presentó tres argumentos para respaldar su alegación de que las autoridades investigadoras de Corea actuaron de manera incompatible con los párrafos 1 y 4 del artículo 3, a saber, que: i) la KTC no estableció un vínculo lógico entre sus constataciones relativas al volumen y los efectos sobre los precios formuladas en el marco del párrafo 2 del artículo 3 y su constatación relativa a la repercusión formulada en el marco del párrafo 4 del artículo 3; ii) la KTC "más en general" no demostró que las importaciones objeto de dumping tuviesen fuerza explicativa con respecto a las tendencias relativas a la situación de la rama de producción nacional; y iii) la KTC no explicó adecuadamente de qué manera las importaciones habían repercutido negativamente en los productos similares nacionales en su conjunto a la luz de las tendencias positivas experimentadas por la rama de producción nacional.

Con respecto al primer argumento, el Órgano de Apelación recordó que al examinar la constatación formulada por el Grupo Especial en el contexto de la alegación 6, donde el Japón presentó un argumento idéntico, había coincidido con el Grupo Especial en que, a fin de examinar debidamente la repercusión de las importaciones objeto de dumping sobre la rama de producción nacional a los efectos del párrafo 4 del artículo 3, una autoridad investigadora no está obligada a vincular ese examen con su consideración del volumen y de los efectos de las importaciones objeto de dumping sobre los precios. Pasando al segundo argumento, el Órgano de Apelación consideró que el argumento del Japón parecía indicar que las autoridades investigadoras de Corea estaban obligadas a efectuar un análisis integral de la relación causal y de la no atribución en el marco de su examen conforme al párrafo 4 del artículo 3. El Órgano de Apelación señaló que en varios de los argumentos del Japón se alegaba que factores distintos de las importaciones objeto de dumping fueron los causantes del estado de la rama de producción nacional. El Órgano de Apelación recordó que había analizado, en el contexto de la alegación 6, una cuestión jurídica idéntica y había constatado que la demostración de que las importaciones objeto de investigación están causando daño a la rama de producción nacional constituye un análisis que es una exigencia expresa del párrafo 5 del artículo 3, y no del párrafo 4 del artículo 3.

Con respecto al tercer argumento, el Órgano de Apelación recordó que, en el contexto de la alegación formulada por el Japón al amparo de los párrafos 1 y 4 del artículo 3 del Acuerdo Antidumping, el Grupo Especial constató que la alegación del Japón relativa al estado de la rama de producción nacional estaba limitada a la afirmación de que la KTC no evaluó dos de los factores específicos enumerados en el párrafo 4 del artículo 3, uno de los cuales era la capacidad de reunir capital o la inversión. El Grupo Especial constató que el Japón no había demostrado que la evaluación por la KTC de la capacidad de inversión y financiación de la rama de producción nacional no era una evaluación que podía haber realizado una autoridad investigadora razonable y objetiva a la luz de las pruebas y los argumentos que se le habían presentado. El Órgano de Apelación observó que el Japón no impugnó en apelación esta constatación del Grupo Especial. Por lo tanto, el Órgano de Apelación no lograba entender sobre qué base el Japón le solicitaba que completara el análisis jurídico y constatará que las autoridades investigadoras de Corea actuaron de manera incompatible con los párrafos 1 y 4 del artículo 3 con respecto a su argumento relativo a las tendencias positivas experimentadas en la *inversión*, que el Grupo Especial abordó y no había sido objeto de apelación. El Órgano de Apelación además recordó que, en el contexto de la alegación 6 formulada por el Japón al amparo de los párrafos 1 y 5 del artículo 3, el Grupo Especial abordó el argumento del Japón de que la KTC no había tenido en cuenta las tendencias positivas en el período de análisis de las tendencias con respecto a las ventas, de manera que "refutaban" la existencia de una relación causal entre las importaciones objeto de dumping y el daño a la rama de producción nacional. El Órgano de Apelación observó que el Japón no apeló estas constataciones formuladas por el Grupo Especial.

Dicho esto, el Órgano de Apelación consideró que el argumento del Japón en el contexto de su alegación al amparo de los párrafos 1 y 4 del artículo 3 comprendía consideraciones más amplias que las abordadas en las anteriores constataciones del Grupo Especial. El Órgano de Apelación explicó que el Japón no solo esgrimió el argumento sobre la tendencia positiva experimentada por la rama de producción nacional respecto de las ventas, sino que también afirmó que la KTC asignó *un elevado grado de importancia a los otros factores pertinentes* en los que se destacaban aspectos negativos de la rama de producción nacional, mientras que hizo caso omiso o minimizó la importancia de aquellos factores que mostraban tendencias positivas. Así pues, en opinión del Órgano de Apelación, la afirmación del Japón de que, al proceder de ese modo, la KTC actuó de manera incompatible con los párrafos 1 y 4 del artículo 3 exigiría que el Órgano de Apelación analizara el examen que hizo la KTC de cada uno de los factores enumerados en el párrafo 4 del artículo 3 y del peso que les atribuyó. El Órgano de Apelación observó que el Grupo Especial no tuvo la ocasión de abordar estos argumentos en el contexto de la alegación formulada por el Japón al amparo de los párrafos 1 y 4 del artículo 3. El Órgano de Apelación consideró que el ejercicio de completar el análisis le obligaría a examinar la pertinencia de cada uno de los factores económicos enumerados en el párrafo 4 del artículo 3 de manera individual y realizar una evaluación colectiva a fin de analizar la compatibilidad del examen de la repercusión hecho por la KTC en el marco de los párrafos 1 y 4 del artículo 3 con respecto a la cual el Grupo Especial no formuló ninguna constatación. En consecuencia, el Órgano de Apelación constató que no podía completar el análisis jurídico sobre la cuestión de si las autoridades investigadoras de Corea actuaron de manera incompatible con los párrafos 1 y 4 del artículo 3 del Acuerdo Antidumping sobre la base del argumento del Japón de que la KTC no explicó adecuadamente de qué manera las importaciones habían repercutido negativamente en los productos similares nacionales en su conjunto a la luz de las tendencias positivas experimentadas por la rama de producción nacional.

### **3.4.7 Trato confidencial de la información**

#### **3.4.7.1 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación o aplicación del párrafo 5 del artículo 6 del Acuerdo Antidumping**

Corea mantuvo que el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación del párrafo 5 del artículo 6 del Acuerdo Antidumping "al considerar que las autoridades investigadoras deben formular declaraciones obrantes en el expediente que demuestren que se evaluó y se constató la existencia de una 'justificación suficiente' para el trato confidencial de determinados elementos o categorías de información". Corea adujo que el Grupo Especial también aplicó erróneamente la norma a los hechos al constatar que "[l]a KTC no demostró que existiera una justificación suficiente con respecto a determinados elementos de información, dado que no había ninguna prueba en el expediente 'que vincul[ara] la información a la que se otorgó trato confidencial con las categorías de información confidencial identificadas en la legislación coreana'".

El Órgano de Apelación comenzó por recordar el criterio jurídico del párrafo 5 del artículo 6 del Acuerdo Antidumping. Señaló que, aunque las partes han de presentar una "justificación suficiente" que demuestre que determinada información debe tratarse como confidencial, en última instancia corresponde a la autoridad investigadora realizar una "evaluación objetiva" de esta cuestión a fin de determinar si la solicitud de trato confidencial se ha fundamentado suficientemente para que proceda otorgar ese trato confidencial. El párrafo 5 del artículo 6 *no* prescribe los pasos *concretos* que las autoridades investigadoras deben tomar para evaluar y determinar si se ha "demostrado" la existencia de una "justificación suficiente". Sin embargo, en el contexto de un procedimiento de solución de diferencias de la OMC, se puede pedir al grupo especial que examine una alegación formulada al amparo del párrafo 5 del artículo 6 con respecto a la cuestión de si una autoridad investigadora examinó y determinó debidamente que se había demostrado la existencia de "justificación suficiente" al otorgar trato confidencial a determinada información. Con este fin, la autoridad investigadora está obligada a evaluar de manera objetiva si la solicitud de trato confidencial se ha fundamentado suficientemente para que quede acreditada la existencia de una "justificación suficiente". El hecho de que la autoridad investigadora haya realizado esta evaluación objetiva debe poder *deducirse* de su informe publicado o de los documentos justificantes conexos.

El Órgano de Apelación consideró que, al articular el criterio jurídico del párrafo 5 del artículo 6, el Grupo Especial *no* se pronunció sobre la manera concreta en que las autoridades investigadoras deben especificar que se demostró la existencia de una "justificación suficiente" al otorgar trato confidencial a determinada información. A juicio del Órgano de Apelación, la articulación por el Grupo Especial concordaba con el criterio jurídico del párrafo 5 del artículo 6. En consecuencia, el Órgano de Apelación rechazó el argumento de Corea de que el Grupo Especial incurrió en error de derecho en su interpretación del párrafo 5 del artículo 6 del Acuerdo Antidumping.

Con respecto a la aplicación de la norma a los hechos, Corea alegó que el Grupo Especial incurrió en error porque, en virtud del párrafo 5 del artículo 6, la KTC no tenía la obligación de formular declaraciones específicas sobre cada una de las solicitudes de trato confidencial, sino que debía cerciorarse únicamente de que existiera una justificación suficiente antes de tratar como confidencial la información en cuestión. El Órgano de Apelación no estuvo de acuerdo con Corea en la medida en que Corea dio a entender que una autoridad investigadora cumpliría lo dispuesto en el párrafo 5 del artículo 6 en una situación en la que *no haya* en el expediente ninguna *indicación* que establezca que dicha autoridad llevó a cabo una evaluación objetiva en cuanto a si se demostró la existencia de justificación suficiente. De conformidad con el párrafo 5 del artículo 6, el hecho de que la autoridad investigadora evaluara y determinara de manera objetiva la "demostración" de la existencia de "justificación suficiente" debe poder *extraerse* de su informe publicado o de los documentos justificantes conexos. Sin esa indicación, el Órgano de Apelación no entendió cómo cabría esperar que un grupo especial examinara una alegación formulada al amparo del párrafo 5 del artículo 6.

La alegación de Corea de que el Grupo Especial incurrió en error al constatar una incompatibilidad con el párrafo 5 del artículo 6 se basaba en dos argumentos conexos relativos a i) la conducta de las partes interesadas en la investigación subyacente y ii) el papel de la KTC. Con respecto a la acreditación de una justificación suficiente por las partes interesadas, la posición de Corea era que, al facilitar resúmenes no confidenciales mediante la supresión de la información pertinente de sus comunicaciones, quienes suministraban la información "implícitamente" afirmaron que esa información suprimida correspondía a las categorías de "información confidencial" establecidas en las leyes coreanas pertinentes. Como consecuencia de esa aseveración "implícita", adujo Corea, se demostró la existencia de una "justificación suficiente" para otorgar trato confidencial a esa información.

El Órgano de Apelación señaló que, en el marco de la legislación coreana pertinente, determinadas categorías de información podrán ser objeto de trato confidencial en investigaciones antidumping (artículo 15 del Reglamento de Aplicación de la Ley de Aduanas). El Órgano de Apelación señaló además que, aunque el Grupo Especial no veía "*a priori* ... razones por las que la legislación de un Miembro no pueda establecer categorías de información específicas a las que se otorgará normalmente trato confidencial", en última instancia no estaba convencido de que, en el presente asunto, la existencia de esa lista bastara para establecer una "justificación suficiente" para el trato confidencial de la información en cuestión. De hecho, el Grupo Especial puso de relieve que "no ha[bía] en el expediente ningún indicio de que, al otorgar trato confidencial, bien los solicitantes especificados, bien las autoridades investigadoras, tuvieron en cuenta si la información de que se trata estaba comprendida en alguna de esas categorías".

A juicio del Órgano de Apelación, la simple supresión de información no establece, en sí misma y por sí misma, que esa información corresponda a determinadas categorías jurídicas de información confidencial, y mucho menos que exista una justificación suficiente para tratar como confidencial determinada información. Por consiguiente, el Órgano de Apelación coincidió con el Grupo Especial en que la total ausencia de alguna indicación en la investigación subyacente en cuanto a la manera en que la información suprimida de las comunicaciones se relacionaba con las categorías generales de información establecidas en la legislación pertinente de Corea parecía insuficiente para demostrar la acreditación de una justificación suficiente por las partes interesadas.

Con respecto al papel desempeñado por la KTC, Corea sostuvo que, cuando la KTC recibió esos resúmenes no confidenciales, evaluó de manera objetiva si se acreditó la "justificación suficiente" al confirmar si la información suprimida correspondía a una categoría de información confidencial establecida en la legislación coreana pertinente. El Órgano de Apelación señaló que Corea había presentado también esta línea de argumentación ante el Grupo Especial. Sin embargo, el Grupo Especial no quedó convencido, dado que no había hallado en el expediente ningún sustento probatorio. En concreto, el Grupo Especial señaló que, "[a]unque dicho procedimiento [por la KTC] puede ser suficiente para satisfacer las prescripciones del párrafo 5 del artículo 6, al no haber ningún elemento en las propias comunicaciones, ni tampoco ninguna prueba en el expediente, que vincule la información a la que se otorgó trato confidencial con las categorías de información confidencial identificadas en la legislación coreana, no pod[ía] concluir que las autoridades investigadoras de Corea llevar[a]n a cabo realmente el procedimiento declarado".

El Órgano de Apelación subrayó que, en apelación, Corea no presentó ningún argumento que impugnara las constataciones fácticas del Grupo Especial de que obraba en el expediente nada que respaldara la afirmación de que las autoridades investigadoras de Corea evaluaron de manera objetiva si se había "demostrado" la existencia de justificación suficiente. A tenor de esas constataciones del Grupo Especial, el Órgano de Apelación señaló que no podía estar de acuerdo con la alegación de Corea.

Por las razones precedentes, el Órgano de Apelación constató que el Grupo Especial no incurrió en error en su interpretación o aplicación del párrafo 5 del artículo 6 del Acuerdo Antidumping. En consecuencia, el Órgano de Apelación confirmó la constatación del Grupo Especial, que figura en los párrafos 7.441, 7.451 y 8.4.b de su informe, de que el Japón demostró que las autoridades investigadoras de Corea habían actuado de manera incompatible con el párrafo 5 del artículo 6 del Acuerdo Antidumping con respecto al trato confidencial que dieron a información facilitada por los solicitantes sin exigir una justificación suficiente.

#### **3.4.7.2 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 5.1 del artículo 6 del Acuerdo Antidumping**

Corea sostuvo que el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 5.1 del artículo 6 al constatar que la KTC no exigió a los solicitantes que suministrasen resúmenes no confidenciales de la información facilitada con carácter confidencial. Según Corea, los resúmenes no confidenciales presentados por los solicitantes eran lo suficientemente detallados para permitir una comprensión razonable del contenido sustancial de la información confidencial.

El Órgano de Apelación señaló que, de conformidad con el párrafo 5.1 del artículo 6 del Acuerdo Antidumping: "[l]as autoridades exigirán a las partes interesadas que faciliten información confidencial que suministren resúmenes no confidenciales ...". Con respecto al contenido de esos resúmenes, en el párrafo 5.1 del artículo 6 se detalla que estos "serán lo suficientemente detallados para permitir una comprensión razonable del contenido sustancial de la información facilitada con carácter confidencial". En consecuencia, a juicio del Órgano de Apelación, la cuestión central planteada en apelación era si el Grupo Especial incurrió en error de derecho en el marco del párrafo 5.1 del artículo 6 al constatar que las autoridades investigadoras de Corea no exigieron que las partes que presentaron información confidencial facilitasen un resumen no confidencial "suficiente" de la información en cuestión.

Como constató el Grupo Especial, "los solicitantes presentaron versiones 'divulgadas', o públicas, respecto de al menos tres de sus comunicaciones escritas (la solicitud de investigación de fecha 23 de diciembre de 2013, el resumen de la opinión de los abogados de fecha 23 de octubre de 2014 y la opinión de réplica de los solicitantes de fecha 13 de noviembre de 2014), de cuyo texto se suprimió

determinada información borrándola por completo o reemplazándola por 'X' o asteriscos". En apelación, Corea sostuvo que estos tres documentos contienen "descripciones narrativas no confidenciales de toda la información confidencial" que "garantizaban una comprensión razonable de la esencia de la información y, por lo tanto, permitían a las partes interesadas defender sus intereses".

El Órgano de Apelación señaló que el Grupo Especial había rechazado esta opinión porque "en las versiones 'que se hicieron públicas' de las tres comunicaciones identificadas por el Japón se ha suprimido información de secciones enteras". El Grupo Especial también señaló que "[e]n la información suprimida de las comunicaciones se incluye una cantidad significativa de datos importantes" y que "[n]o hay ninguna descripción narrativa en la versión 'que se hizo pública' que permita resumir la información específica que se ha suprimido del texto". A la luz de las consideraciones precedentes, el Grupo Especial constató que, "[a]nte la *ausencia absoluta de datos* y la *falta de un resumen descriptivo* con respecto a la información suprimida, no puede decirse que las versiones 'que se hicieron públicas' de las tres comunicaciones identificadas por el Japón contengan un resumen lo suficientemente detallado 'para permitir una comprensión razonable del contenido sustancial de la información facilitada con carácter confidencial'".

El Órgano de Apelación indicó que, en los pasajes anteriores, el Grupo Especial hizo constataciones de hecho con respecto al contenido de los documentos que fueron considerados "resúmenes no confidenciales" en la investigación subyacente. El Órgano de Apelación subrayó que Corea no impugnó la valoración de los hechos realizada por el Grupo Especial con arreglo al artículo 11 del ESD. En lugar de ello, Corea repitió determinados argumentos que el Grupo Especial ya había rechazado sin explicar el motivo por el que el análisis del Grupo Especial constituía una aplicación errónea del párrafo 5.1 del artículo 6. El Órgano de Apelación no vio cómo los "resúmenes no confidenciales" en litigio podrían satisfacer el criterio jurídico de ser "lo suficientemente detallados para permitir una comprensión razonable del contenido sustancial de la información facilitada con carácter confidencial".

El Órgano de Apelación se ocupó a continuación de algunos argumentos adicionales de Corea. En particular, Corea adujo que "los resúmenes no confidenciales no son obligatorios en virtud del párrafo 5.1 del artículo 6 para cada cifra y cada elemento de información incluido en las comunicaciones de las partes, independientemente del contexto pertinente". Al Órgano de Apelación no le convenía este argumento porque el Grupo Especial no censuró a Corea en el marco del párrafo 5.1 del artículo 6 por no divulgar cada uno de los datos. En lugar de ello, la conclusión del Grupo Especial se basó en el hecho de que los "resúmenes no confidenciales" no cumplían el criterio jurídico establecido en el párrafo 5.1 del artículo 6 debido a la "ausencia absoluta de datos" y la "falta de un resumen descriptivo con respecto a la información suprimida".

Corea sostuvo además que "el párrafo 5.1 del artículo 6 no proporciona instrucciones sobre el método y el alcance de la elaboración de resúmenes no confidenciales. Por tanto, las autoridades investigadoras pueden beneficiarse de cierta deferencia en un grado razonable al aceptar o rechazar los resúmenes no confidenciales". A juicio del Órgano de Apelación, independientemente del grado de deferencia del que pueda gozar una autoridad investigadora con arreglo al párrafo 5.1 del artículo 6, debe cumplir la obligación de exigir resúmenes que sean "suficientemente detallado[s]" para permitir una comprensión razonable de la información facilitada con carácter confidencial".

Además, Corea sostuvo que no hubo vulneración de los derechos de debido proceso de las partes interesadas y que no se dejó de brindar a las partes interesadas una oportunidad para defender sus intereses. No obstante, el Órgano de Apelación señaló que este argumento de Corea había sido correctamente rechazado por el Grupo Especial, en la medida en que la indagación por un grupo especial acerca de si se ha infringido el párrafo 5.1 del artículo 6 no incluye un análisis separado de si se han vulnerado los derechos de debido proceso de las partes.

Por último, Corea sostuvo que "durante la investigación subyacente, [la] KTC analizó y divulgó de forma proactiva los resúmenes no confidenciales de la información confidencial presentada por las partes interesadas". Corea había presentado un argumento similar ante el Grupo Especial. El Grupo Especial no estaba convencido porque "[l]a presentación ulterior de un resumen no confidencial por la autoridad investigadora no la dispensa de no haber cumplido el párrafo 5.1 del artículo 6 en primera instancia". El Órgano de Apelación coincidió con el Grupo Especial. A juicio del Órgano de Apelación, con arreglo al párrafo 5.1 del artículo 6, corresponde a las autoridades la obligación de exigir resúmenes no confidenciales *de las partes*, y no parece que haya fundamento para la

afirmación de que la obligación de las autoridades pueda cumplirse por medio de resúmenes facilitados por las propias autoridades.

Por las razones precedentes, el Órgano de Apelación confirmó la constatación del Grupo Especial, que figura en los párrafos 7.450, 7.451 y 8.4.c de su informe, de que el Japón demostró que las autoridades investigadoras de Corea habían actuado de manera incompatible con el párrafo 5.1 del artículo 6 del Acuerdo Antidumping al no exigir a las partes que facilitaron la información que suministraran un resumen no confidencial suficiente de la información para la cual se solicitó trato confidencial.

### **3.4.8 Divulgación de hechos esenciales - La cuestión de si el Órgano de Apelación puede completar el análisis**

Tras haber revocado la constatación del Grupo Especial de que la alegación formulada por el Japón al amparo del párrafo 9 del artículo 6 del Acuerdo Antidumping no estaba comprendida en su mandato, el Órgano de Apelación pasó a examinar la solicitud de compleción del análisis jurídico formulada por el Japón en el marco de esta disposición. El Japón pidió al Órgano de Apelación que completara el análisis jurídico y constatará que Corea actuó de manera incompatible con el párrafo 9 del artículo 6 debido a que la KTC no informó de los "hechos esenciales" antes de su "determinación definitiva". En opinión del Japón, la KTC no informó suficientemente de los "hechos esenciales" que figuraban en los siguientes "documentos de divulgación fundamentales": el informe preliminar de la OTI, la resolución preliminar de la KTC, y el informe provisional de la OTI. Según el Japón, las autoridades investigadoras de Corea no divulgaron 14 conjuntos de "hechos esenciales", que se agruparon en cuatro temas principales: los efectos sobre los precios, el volumen de las importaciones objeto de dumping, la condición de la rama de producción nacional y la relación causal.

El Órgano de Apelación comenzó por señalar que el párrafo 9 del artículo 6 establece la "prescripción de informar, antes de formular una determinación definitiva, de los hechos esenciales considerados que sirvan de base para la decisión de aplicar o no medidas definitivas". Informar de los hechos esenciales considerados "es primordial para asegurar que las partes tengan la capacidad de defender sus intereses". Con respecto al aspecto temporal de la obligación establecida en el párrafo 9 del artículo 6, las autoridades investigadoras deben informar de los hechos esenciales considerados "antes de formular una determinación definitiva", y "con tiempo suficiente para que las partes puedan defender sus intereses".

A la luz de estas consideraciones, el Órgano de Apelación indicó que, en el presente asunto, la aplicación del criterio jurídico exigía determinar, primero, cuál es la "determinación definitiva" en la investigación subyacente y, segundo, si antes de esa "determinación definitiva" las autoridades investigadoras de Corea informaron debidamente de los "hechos esenciales" considerados de conformidad con el párrafo 9 del artículo 6.

En el presente asunto, el Órgano de Apelación observó que los participantes discrepaban en cuanto a qué documentos expedidos por las autoridades investigadoras de Corea constituían la "determinación definitiva" y cuáles eran los documentos "de divulgación". Por una parte, el Japón afirmaba que "la resolución definitiva de la KTC, de fecha 20 de enero de 2015, constituía la 'determinación definitiva' a los efectos del párrafo 9 del artículo 6, ya que englobaba la conclusión de la investigación relativa al dumping y al daño". Con respecto a la "divulgación" de hechos esenciales, el Japón adujo que se hizo en los tres documentos siguientes expedidos antes de la resolución definitiva de la KTC: i) el informe preliminar de la OTI de fecha 26 de junio de 2014; ii) la resolución preliminar de la KTC de fecha 26 de junio de 2014; y iii) el informe provisional de la OTI de fecha 23 de octubre de 2014. Por otra parte, Corea mantuvo que "la 'determinación definitiva' en el sentido del párrafo 9 del artículo 6 en el presente asunto era la decisión definitiva del MOSF" de imponer derechos definitivos publicada el 19 de agosto de 2015. Además, Corea sostuvo que los documentos en que se hizo la "divulgación" de hechos esenciales eran: i) la resolución definitiva de la KTC; y ii) el informe definitivo de la OTI, ambos publicados antes que la decisión definitiva del MOSF de imponer derechos definitivos. A la luz de estos argumentos, el Órgano de Apelación subrayó que los participantes discrepaban sobre en qué momento de la investigación las autoridades investigadoras de Corea llegaron a la "determinación definitiva" en el sentido del párrafo 9 del artículo 6. Como resultado, los participantes discrepaban también sobre qué documentos expedidos durante la investigación subyacente procedería examinar a los efectos de evaluar la "divulgación" de hechos esenciales.



Además, el Órgano de Apelación subrayó que la cuestión de si la divulgación de "hechos esenciales" se hizo a través de los documentos que alega el Japón o que menciona Corea abarcaba una serie de elementos de hecho, con respecto a los cuales el Grupo Especial no formuló ninguna constatación, y determinadas cuestiones jurídicas que no fueron examinadas por el Grupo Especial. Por ejemplo, el Grupo Especial no formuló ninguna constatación sobre la cuestión de si, con arreglo a la legislación coreana, la investigación antidumping subyacente concluyó en cuanto al fondo cuando el MOSF decidió imponer medidas definitivas o, subsidiariamente, si la investigación antidumping en litigio concluyó en cuanto al fondo cuando la KTC emitió su resolución definitiva.

A la luz de las consideraciones precedentes, el Órgano de Apelación consideró que no había constataciones del Grupo Especial, hechos no controvertidos en el expediente o un análisis suficiente de determinadas cuestiones fundamentales por el Grupo Especial, a los efectos de determinar en qué momento de la investigación en litigio se llegó a la "determinación definitiva" en el sentido del párrafo 9 del artículo 6 y cuáles eran los documentos "de divulgación" a los efectos del párrafo 9 del artículo 6. Según el Órgano de Apelación, la resolución de esas cuestiones era necesaria para determinar si Corea actuó de manera incompatible con el párrafo 9 del artículo 6 al no divulgar los "hechos esenciales". En consecuencia, el Órgano de Apelación constató que no podía completar el análisis jurídico con respecto a la alegación del Japón de que Corea actuó de manera incompatible con el párrafo 9 del artículo 6 del Acuerdo Antidumping.

### **3.5 Informe del Órgano de Apelación, Ucrania - Medidas antidumping sobre el nitrato de amonio, WT/DS493/AB/R**

Esta diferencia se refería a determinadas medidas antidumping impuestas por Ucrania sobre el nitrato de amonio procedente de Rusia. La Comisión Intergubernamental de Comercio Internacional de Ucrania (Comisión) impuso inicialmente derechos antidumping mediante su decisión de 21 de mayo de 2008 (decisión inicial de 2008). El productor ruso JSC MCC EuroChem (EuroChem), inicialmente sujeto a un derecho antidumping del 10,78%, impugnó con éxito la decisión inicial de 2008 ante los tribunales nacionales de Ucrania. A raíz de las sentencias de los tribunales ucranianos, la Comisión dictó una enmienda (enmienda de 2010) a la decisión inicial de 2008 (modificada, decisión modificada de 2008), por la que redujo el tipo del derecho antidumping impuesto a EuroChem al 0%. Tras los exámenes intermedio y por extinción realizados por el Ministerio de Desarrollo Económico y Comercio de Ucrania (Ministerio), la Comisión dictó una decisión (decisión de prórroga de 2014), por la que se imponían derechos antidumping a tipos modificados, entre ellos un derecho del 36,03% sobre EuroChem.

Ante el Grupo Especial, Rusia impugnó las medidas de Ucrania al amparo de varias disposiciones del Acuerdo Antidumping y formuló una alegación consiguiente al amparo del artículo VI del GATT de 1994.

Con respecto al mandato del Grupo Especial, el Grupo Especial constató que: i) la decisión modificada de 2008 y la enmienda de 2010 estaban comprendidas en su mandato; ii) determinadas alegaciones en el marco del párrafo 8 del artículo 5 y los párrafos 1-3 del artículo 11 del Acuerdo Antidumping, y determinadas alegaciones al amparo del párrafo 8 del artículo 6 y los párrafos 3, 5 y 6 del Anexo II del Acuerdo Antidumping estaban comprendidas en su mandato; y iii) determinadas alegaciones al amparo de los párrafos 2 y 2.2 del artículo 12 del Acuerdo Antidumping no estaban comprendidas en su mandato. El Grupo Especial consideró superflua la solicitud de Ucrania de una resolución de que determinadas alegaciones al amparo de los párrafos 1 y 4 del artículo 3 del Acuerdo Antidumping no estaban comprendidas en su mandato.

Con respecto a las alegaciones de Rusia relativas a las determinaciones sobre la existencia de dumping y la probabilidad de dumping formuladas en los exámenes intermedio y por extinción, el Grupo Especial constató que Ucrania actuó de manera incompatible con i) el párrafo 2.1.1 del artículo 2 del Acuerdo Antidumping porque las autoridades investigadoras ucranianas (la Comisión y el Ministerio) habían rechazado el precio del gas que los productores rusos investigados pagaron y comunicaron en sus registros (costo comunicado del gas) sin presentar una base adecuada con arreglo a la segunda condición de la primera frase de esa disposición; ii) el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo Antidumping porque, al reconstruir el valor normal, las autoridades investigadoras ucranianas habían utilizado un costo del gas que no reflejaba el costo de producción "en el país de origen", es decir, Rusia; iii) el párrafo 2.1 del artículo 2 del Acuerdo Antidumping porque, al realizar su prueba relativa al curso de las operaciones comerciales normales, las autoridades investigadoras ucranianas se habían basado en costos que se calcularon de manera incompatible con el

párrafo 2.1.1 del artículo 2 del Acuerdo Antidumping; y iv) los párrafos 2 y 3 del artículo 11 del Acuerdo Antidumping porque las autoridades investigadoras ucranianas se basaron en márgenes de dumping calculados de manera incompatible con los párrafos 2, 2.1 y 2.1.1 del artículo 2 del Acuerdo Antidumping para formular sus determinaciones de probabilidad de dumping. El Grupo Especial constató además que Rusia no había establecido que Ucrania hubiera actuado de manera incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo Antidumping, y aplicó el principio de economía procesal con respecto a determinadas alegaciones adicionales formuladas al amparo de los párrafos 2, 2.1.1 y 4 del artículo 2 y el párrafo 1 del artículo 11 del Acuerdo Antidumping.

Con respecto a las alegaciones de Rusia relativas a la no terminación de la investigación contra EuroChem, el Grupo Especial constató que Ucrania actuó de manera incompatible con el párrafo 8 del artículo 5 del Acuerdo Antidumping, porque las autoridades investigadoras ucranianas: i) no habían excluido a EuroChem del alcance de las medidas antidumping iniciales, específicamente la decisión modificada de 2008; ii) habían impuesto un derecho antidumping del 0% a EuroChem mediante la enmienda de 2010, en lugar de excluirlo del alcance de la investigación antidumping; y iii) habían incluido a EuroChem en el alcance de las determinaciones del examen y le habían impuesto derechos antidumping conforme a la decisión de prórroga de 2014. El Grupo Especial aplicó el principio de economía procesal con respecto a determinadas alegaciones al amparo de los párrafos 1 a 3 del artículo 11 del Acuerdo Antidumping en relación con la no terminación de la investigación contra EuroChem. Además, el Grupo Especial constató que Rusia no había establecido determinadas incompatibilidades con los párrafos 1, 2 y 3 del artículo 11 del Acuerdo Antidumping en relación con el hecho de que supuestamente las autoridades investigadoras determinaran un daño no establecido de conformidad con los párrafos 1 y 4 del artículo 3 del Acuerdo Antidumping y se basaran en ese daño en su determinación de probabilidad de dumping.

Con respecto a las alegaciones de Rusia por las que se impugnaba la conducta de las autoridades investigadoras en los exámenes intermedio y por extinción, el Grupo Especial constató que Ucrania actuó de manera incompatible con el párrafo 9 del artículo 6 del Acuerdo Antidumping, porque las autoridades investigadoras ucranianas no habían comunicado determinados hechos esenciales ni dieron a las partes interesadas tiempo suficiente para formular observaciones sobre la información comunicada del Ministerio. El Grupo Especial constató además que Rusia no estableció la existencia de determinadas incompatibilidades con los párrafos 2, 8 y 9 del artículo 6 y los párrafos 3, 5 y 6 del Anexo II del Acuerdo Antidumping, y aplicó el principio de economía procesal en relación con alegaciones adicionales formuladas al amparo del párrafo 2 del artículo 6 del Acuerdo Antidumping. Además, el Grupo Especial constató que Rusia no había establecido que Ucrania actuara de manera incompatible con el artículo VI del GATT de 1994 como consecuencia de supuestas incompatibilidades en el marco del Acuerdo Antidumping, y aplicó el principio de economía procesal con respecto a las alegaciones de Rusia al amparo del artículo 1 y el párrafo 1 del artículo 18 del Acuerdo Antidumping.

### **3.5.1 Alegaciones formuladas al amparo del párrafo 2 del artículo 6, el párrafo 1 del artículo 7 y el artículo 11 del ESD en relación con la etapa de investigación inicial**

#### **3.5.1.1 Párrafo 2 del artículo 6 del ESD: La cuestión de si la decisión modificada de 2008 y la enmienda de 2010 se identificaron como medidas concretas en litigio en la solicitud de establecimiento de un grupo especial de Rusia**

En apelación, Ucrania alegó que el Grupo Especial incurrió en error en su análisis en el marco del párrafo 2 del artículo 6 del ESD al constatar que la decisión modificada de 2008 y la enmienda de 2010 fueron identificadas como "medidas en litigio" en la solicitud de establecimiento de un grupo especial de Rusia.

El Órgano de Apelación comenzó por recordar que la solicitud de establecimiento de un grupo especial rige el mandato de este y cumple un objetivo con respecto al debido proceso, ya que proporciona información al demandado y a los terceros con respecto a la naturaleza de los argumentos del reclamante con miras a darles la oportunidad de responder en consecuencia. El cumplimiento de los requisitos del párrafo 2 del artículo 6 del ESD debe demostrarse a la luz de la solicitud de establecimiento de un grupo especial, dadas las circunstancias y caso por caso. Los grupos especiales deben realizar un examen objetivo, examinando minuciosamente la solicitud de establecimiento de un grupo especial, leída en su conjunto, y sobre la base del texto empleado, incluidas las notas. Se satisfará la prescripción del párrafo 2 del artículo 6 del ESD de identificar las

medidas concretas en litigio si esas medidas se pueden discernir en la solicitud de establecimiento de un grupo especial.

A continuación, el Órgano de Apelación examinó el análisis del Grupo Especial, que se apoyó en el texto de dos partes de la solicitud de establecimiento de un grupo especial de Rusia: i) el párrafo inicial, en que se indicaba que Rusia había solicitado la celebración de consultas con respecto a los exámenes intermedio y por extinción, y se señalaba en una nota que esas "medidas antidumping" se impusieron por medio de varios instrumentos, entre los que se incluía la decisión inicial de 2008, modificada por la enmienda de 2010 para dar lugar a la decisión modificada de 2008; y ii) el punto número 1, en que se afirmaba que Rusia alegaba infracciones en el marco del párrafo 8 del artículo 5 y los párrafos 1 a 3 del artículo 11 del Acuerdo Antidumping a causa de la supuesta omisión por las autoridades ucranianas de la exclusión de un determinado exportador ruso de las "medidas antidumping", donde se hacía referencia en una nota a la decisión de 2010 por la que se modificó la decisión inicial de 2008. El Grupo Especial consideró que las referencias a la decisión modificada de 2008 y la enmienda de 2010 demostraban que, en su solicitud de establecimiento de un grupo especial, Rusia manifestó su desacuerdo con el hecho de que supuestamente no se hubiera excluido a EuroChem de la decisión modificada de 2008 y, por lo tanto, identificó suficientemente la decisión modificada de 2008 y la enmienda de 2010 como medidas en litigio.

El Órgano de Apelación consideró que esta cuestión guardaba relación con la alegación formulada por Rusia al amparo del párrafo 8 del artículo 5 del Acuerdo Antidumping con respecto a si las autoridades investigadoras ucranianas -a raíz del éxito de las impugnaciones formuladas por EuroChem ante los tribunales- debían haber excluido a EuroChem del procedimiento antidumping, en lugar de imponer un derecho antidumping del 0%. El proceso por el que el margen de dumping asignado a EuroChem en la decisión inicial de 2008 fue invalidado y se impuso un derecho antidumping del 0% fue la enmienda de 2010, que modificó la decisión inicial de 2008, lo que dio lugar a la decisión modificada de 2008. En la solicitud de establecimiento de un grupo especial se hacía referencia en el punto número 1 a una alegación de incompatibilidad con el párrafo 8 del artículo 5 con respecto a las "medidas antidumping" en litigio. A juicio del Órgano de Apelación, la única manera correcta de entender la cuestión jurídica de si EuroChem debía haber sido excluido de los subsiguientes exámenes intermedio y por extinción era evaluar el fundamento de su no exclusión en el momento en que se emitieron la decisión modificada de 2008 y la enmienda de 2010. Por lo tanto, el Órgano de Apelación consideró que el Grupo Especial había entendido que en la solicitud de establecimiento de un grupo especial se establece un vínculo -por medio de la referencia a las "medidas antidumping" y las referencias en las notas a las decisiones pertinentes- entre los exámenes intermedio y por extinción impugnados y los instrumentos subyacentes que guardaban relación con la condición jurídica de EuroChem, entre los que se incluyen la decisión modificada de 2008 y la enmienda de 2010.

Además, el Órgano de Apelación entendió que el Grupo Especial había concluido que la base para la exclusión de EuroChem de los exámenes intermedio y por extinción estaba vinculada a la decisión de los tribunales ucranianos de invalidar el fundamento para un margen de dumping o un derecho antidumping con respecto a EuroChem, reflejada en la decisión modificada de 2008 y la enmienda de 2010. Por lo tanto, las referencias a esos dos instrumentos, incluida la nota en que se especifican las "medidas antidumping" a que se refiere el punto número 1, eran suficientemente precisas para "identificar[] las medidas concretas en litigio" en el sentido del párrafo 2 del artículo 6 del ESD.

A continuación, el Órgano de Apelación abordó los argumentos planteados por Ucrania en relación con el texto empleado en las notas o proporcionado como información de carácter general en una solicitud de establecimiento de un grupo especial. El Órgano de Apelación señaló que, aunque la ubicación de determinada información en una solicitud de establecimiento de un grupo especial puede tener cierta pertinencia para entender si las medidas en litigio son discernibles, es improbable que la ubicación en sí sea determinante, habida cuenta de la necesidad de leer la solicitud de establecimiento como un todo. Por lo tanto, el Órgano de Apelación discrepó de la afirmación de Ucrania de que en las notas se debe utilizar un texto explícito para identificar las medidas en litigio. El Órgano de Apelación también consideró que la cuestión de si la información de carácter general puede contribuir a la identificación de las medidas en litigio depende de las circunstancias y hechos de cada caso.

Por último, el Órgano de Apelación señaló que la decisión de prórroga de 2014, a que se hacía referencia en el párrafo inicial de la solicitud de establecimiento de un grupo especial, se refería en sí a la decisión modificada de 2008 y, por inferencia, a la enmienda de 2010. Además, el Órgano de

Apelación recordó el análisis no impugnado del Grupo Especial en relación con el segundo requisito del párrafo 2 del artículo 6 de hacer una breve exposición de los fundamentos de derecho de la alegación, que sea suficiente para presentar el problema con claridad. En ese análisis se observaba que el texto del punto número 1 de la solicitud de establecimiento de un grupo especial indicaba que Rusia impugnaba dos aspectos, a saber: i) que Ucrania no excluyó a EuroChem de las medidas antidumping; y ii) que Ucrania sometió a EuroChem a exámenes intermedio y por extinción. El texto de la solicitud de establecimiento de un grupo especial, leído a la luz de las notas, indicaba que el primer aspecto de la impugnación de Rusia se refería a la exclusión de la investigación antidumping inicial, y el segundo aspecto se refería a los exámenes intermedio y por extinción.

El Órgano de Apelación concluyó que el texto de la solicitud de establecimiento de un grupo especial de Rusia, incluidas las menciones expresas en las notas, hacía referencia a la decisión modificada de 2008 y a la enmienda de 2010 y vinculaba suficientemente esas medidas a la alegación formulada por Rusia al amparo del párrafo 8 del artículo 5 del Acuerdo Antidumping. Por consiguiente, el Órgano de Apelación estuvo de acuerdo con la evaluación del Grupo Especial de que la decisión modificada de 2008 y la enmienda de 2010 podían discernirse y en consecuencia estaban identificadas como medidas concretas en litigio en la solicitud de establecimiento de un grupo especial de Rusia. El Órgano de Apelación constató en consecuencia que el Grupo Especial no incurrió en error en el marco del párrafo 2 del artículo 6 del ESD porque la decisión modificada de 2008 y la enmienda de 2010 se identificaron como medidas concretas en litigio en la solicitud de establecimiento de un grupo especial de Rusia, y confirmó la constatación formulada por el Grupo Especial a este respecto.

### **3.5.1.2 Párrafo 1 del artículo 7 y artículo 11 del ESD: La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error al pronunciarse sobre la alegación formulada por Rusia al amparo del párrafo 8 del artículo 5 del Acuerdo Antidumping con respecto a la decisión modificada de 2008 y la enmienda de 2010**

Ucrania alegó que el Grupo Especial incurrió en error en el marco del párrafo 1 del artículo 7 y el artículo 11 del ESD al pronunciarse sobre la alegación formulada por Rusia al amparo del párrafo 8 del artículo 5 del Acuerdo Antidumping con respecto a la decisión modificada de 2008 y la enmienda de 2010 porque tal alegación no fue formulada en la solicitud de establecimiento de un grupo especial de Rusia y, por lo tanto, no formaba parte del mandato del Grupo Especial. Ucrania consideró que el Grupo Especial justificó de forma retroactiva la inclusión de esta alegación haciendo referencia a la información facilitada por Rusia después de su solicitud de establecimiento de un grupo especial.

El Órgano de Apelación recordó que las medidas y reclamaciones identificadas en una solicitud de establecimiento de un grupo especial de conformidad con el párrafo 2 del artículo 6 del ESD constituyen el "asunto sometido al OSD", que sirve de base del mandato del grupo especial de conformidad con el párrafo 1 del artículo 7 del ESD. El Órgano de Apelación observó su constatación de que Ucrania no había establecido que el Grupo Especial incurriera en error en el marco del párrafo 2 del artículo 6 del ESD al constatar que la decisión modificada de 2008 y la enmienda de 2010 se identificaron como medidas en litigio en la solicitud de establecimiento de un grupo especial de Rusia. Además, Ucrania no apeló contra la constatación del Grupo Especial de que Rusia había hecho, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 6 del ESD, una breve exposición de los fundamentos de derecho de su alegación formulada al amparo del párrafo 8 del artículo 5 del Acuerdo Antidumping en tanto que se relaciona con la decisión modificada de 2008 y la enmienda de 2010. Asimismo, Ucrania no expuso ningún otro motivo en apoyo de su impugnación al amparo del párrafo 1 del artículo 7 y el artículo 11 del ESD, y ratificó que, si el Órgano de Apelación confirmaba la constatación del Grupo Especial de que la decisión modificada de 2008 y la enmienda de 2010 formaban parte de su mandato, no habría ningún fundamento para considerar las alegaciones formuladas por Ucrania al amparo del párrafo 1 del artículo 7 y el artículo 11. El Órgano de Apelación constató por consiguiente que el Grupo Especial no incurrió en error en el marco del párrafo 1 del artículo 7 y el artículo 11 del ESD al pronunciarse sobre la alegación formulada por Rusia al amparo del párrafo 8 del artículo 5 del Acuerdo Antidumping en tanto se relaciona con la decisión modificada de 2008 y la enmienda de 2010.

### **3.5.2 Artículo 11 del ESD: La autoridad de los tribunales y las autoridades investigadoras ucranianos para calcular los márgenes de dumping en el marco de la legislación ucraniana.**

Ucrania alegó que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al no examinar debidamente los argumentos y las pruebas que había presentado en relación con la

facultad de los tribunales y las autoridades investigadoras ucranianos para calcular los márgenes de dumping en virtud de la legislación ucraniana. La alegación formulada por Ucrania se refería al análisis del Grupo Especial relativo a la segunda frase del párrafo 8 del artículo 5 del Acuerdo Antidumping, que exige que se ponga inmediatamente fin a la investigación antidumping y, por lo tanto, se excluya a un productor o exportador del alcance de esa investigación, cuando se haya determinado un margen de dumping *de minimis* para ese productor o exportador. Ucrania mantenía principalmente que el Grupo Especial no tomó en consideración que ni las autoridades investigadoras ucranianas ni los tribunales ucranianos volvieron a calcular -ni, en estas circunstancias, tenían competencia para volver a calcular- el margen de dumping para EuroChem.

El Órgano de Apelación examinó el análisis del Grupo Especial, su referencia a tres sentencias de los tribunales ucranianos y la enmienda de 2010 y su conclusión de que el "efecto combinado" de las sentencias de los tribunales ucranianos y su aplicación mediante la enmienda de 2010 fue que el margen de dumping correspondiente a EuroChem en la etapa de investigación inicial era *de minimis*. El Órgano de Apelación entendió que el Grupo Especial consideró que, independientemente de si las sentencias pertinentes de los tribunales y la enmienda de 2010 se referían a un margen de dumping específico, el resultado de estas decisiones fue que, en ese momento, no había ninguna base para determinar un margen de dumping o un derecho antidumping con respecto a EuroChem y que, por lo tanto, esto equivalía a una determinación de un margen de dumping *de minimis*. Según el Grupo Especial, el error identificado por los tribunales ucranianos, que dio lugar a las órdenes de los tribunales ucranianos de revocar la decisión inicial de 2008 con respecto a EuroChem, se relacionaba con la incorrecta asignación de descuentos por las autoridades investigadoras ucranianas. El Grupo Especial señaló además que esto dio lugar a que el Tribunal de Distrito concluyera que había una "ausencia de dumping" por parte de EuroChem y reafirmara que el margen de dumping de EuroChem tenía un "valor/tasa negativos". En consecuencia, el Órgano de Apelación constató que el Grupo Especial concluyó que las sentencias de los tribunales ucranianos y la enmienda de 2010 invalidaron la base que había en ese momento para determinar un margen de dumping o un derecho antidumping con respecto a EuroChem. Basándose en estas razones, el Grupo Especial constató que el efecto combinado de las sentencias de los tribunales ucranianos, y su aplicación mediante la enmienda de 2010 de la Comisión fue que el margen de dumping correspondiente a EuroChem en la etapa de investigación inicial era *de minimis*.

A continuación, el Órgano de Apelación examinó el argumento de Ucrania de que debido a que los tribunales ucranianos no son competentes para calcular márgenes de dumping, no podían haber calculado un margen de dumping para EuroChem, y que ni los tribunales ni las autoridades investigadoras ucranianos calcularon un margen de dumping para EuroChem. Para empezar, el Órgano de Apelación señaló que el Grupo Especial había hecho referencia a la comunicación de Ucrania y consideró que Ucrania había "cambiado sus argumentos fácticos" en cuanto a si, como cuestión de la legislación ucraniana, los tribunales o las autoridades investigadoras ucranianos tienen competencia para formular determinaciones de la existencia de dumping y concluyó que estos argumentos no respaldaban la posición de Ucrania. El Órgano de Apelación no consideró que el Grupo Especial haya tratado de determinar si los tribunales ucranianos tienen competencia para calcular márgenes de dumping, o si de hecho lo hicieron, y no consideró que formulara tales constataciones. En cambio, el Órgano de Apelación entendió que el Grupo Especial había concluido que, al rechazar la aplicación de descuentos realizada por el Ministerio para calcular los márgenes de dumping correspondientes a EuroChem en la decisión inicial de 2008, las sentencias de los tribunales ucranianos invalidaron la base que había en ese momento para determinar un margen de dumping o un derecho antidumping con respecto a EuroChem. El Órgano de Apelación no consideró que el Grupo Especial cuestionara las afirmaciones expuestas por Ucrania acerca de las respectivas competencias o actuaciones de las autoridades investigadoras y los tribunales ucranianos en relación con el cálculo de los márgenes de dumping. Además, el Órgano de Apelación no entendió cómo el hecho de que la Comisión no hiciera referencia en la enmienda de 2010 a un margen de dumping específico era pertinente para el análisis del Grupo Especial o lo habría alterado, puesto que el razonamiento del Grupo Especial no giraba en torno a si los tribunales ucranianos y/o las autoridades investigadoras ucranianas habían establecido un margen de dumping específico. El Órgano de Apelación también entendió que los argumentos de Ucrania relativos a la autoridad de la Comisión para volver a calcular un margen de dumping para EuroChem a raíz de las sentencias de los tribunales no eran pertinentes para el razonamiento del Grupo Especial de que el "efecto combinado" de las sentencias de los tribunales ucranianos y la enmienda de 2010 fue que en ese momento no había ninguna base para determinar un margen de dumping o un derecho antidumping con respecto a EuroChem.

El Órgano de Apelación concluyó que el Grupo Especial había proporcionado una explicación razonada y coherente al constatar que el efecto combinado de las sentencias de los tribunales ucranianos y la aplicación mediante la enmienda de 2010 fue que el margen de dumping correspondiente a EuroChem en la etapa de investigación inicial era *de minimis*, lo cual activó la obligación que corresponde a Ucrania en virtud del párrafo 8 del artículo 5 del Acuerdo Antidumping de excluir a EuroChem del alcance de la investigación antidumping. Por consiguiente, el Órgano de Apelación constató que el Grupo Especial no había actuado de manera incompatible con el artículo 11 del ESD. En consecuencia, el Órgano de Apelación no vio ninguna razón para alterar la constatación del Grupo Especial de que el efecto combinado de las sentencias de los tribunales ucranianos y la enmienda de 2010 significaba que en ese momento no había ninguna base para determinar un margen de dumping o un derecho antidumping con respecto a EuroChem y que esto equivalía a una determinación de un margen de dumping *de minimis* en el marco del párrafo 8 del artículo 5, que obligaba a Ucrania a poner inmediatamente fin a la investigación contra EuroChem y a excluirlo del alcance de esta. Por consiguiente, el Órgano de Apelación confirmó las constataciones del Grupo Especial de que Ucrania actuó de manera incompatible con el párrafo 8 del artículo 5 del Acuerdo Antidumping en relación con la decisión modificada de 2008, la enmienda de 2010 y la decisión de prórroga de 2014.

### **3.5.3 Alegaciones formuladas al amparo de los párrafos 2, 2.1 y 2.1.1 del artículo 2 del Acuerdo Antidumping en relación con las determinaciones de existencia de dumping formuladas por el Ministerio en los exámenes intermedio y por extinción**

En apelación, Ucrania formuló alegaciones de error al amparo de los párrafos 2, 2.1 y 2.1.1 del artículo 2 del Acuerdo Antidumping en relación con las determinaciones de existencia de dumping formuladas por el Ministerio en los exámenes intermedio y por extinción. Antes de examinar esas alegaciones, el Órgano de Apelación recordó que, en los exámenes intermedio y por extinción, el Ministerio rechazó el costo comunicado del gas porque el precio del gas en el mercado interno de Rusia no era un precio de mercado, ya que el Estado controlaba ese precio, que era artificialmente inferior al precio de exportación del gas de Rusia, así como al precio del gas en otros países, y que los precios del gas de Gazprom eran inferiores a su costo de producción. En cambio, el Ministerio utilizó el precio del gas exportado de Rusia en la frontera con Alemania, ajustado para tener en cuenta los gastos de transporte (el precio sustitutivo del gas) al reconstruir el valor normal del nitrato de amonio y al realizar su prueba relativa al curso de las operaciones comerciales normales.

El Órgano de Apelación también hizo una serie de observaciones generales en relación con los párrafos 2, 2.1 y 2.1.1 del artículo 2 del Acuerdo Antidumping, señalando que forman parte de las disciplinas que se refieren a la determinación de la existencia de dumping.

En relación con el párrafo 2 del artículo 2, el Órgano de Apelación observó que, aunque el valor normal habitualmente se basa en los precios de venta internos, en esa disposición se identifican las circunstancias en que no es necesario que una autoridad investigadora determine el valor normal sobre la base de tales ventas internas, a saber: i) cuando el producto similar no sea objeto de ventas en el curso de operaciones comerciales normales en el mercado interno del país exportador; y ii) cuando tales ventas no permitan una comparación adecuada, bien por la situación especial del mercado o por el bajo volumen de las ventas en el mercado interno del país exportador. Cuando se dan esas circunstancias, el margen de dumping se determinará comparando el precio de exportación con: i) un precio comparable del producto similar cuando este se exporte a un tercer país apropiado, a condición de que este precio sea representativo; o ii) el costo de producción en el país de origen más una cantidad razonable por concepto de gastos administrativos, de venta y de carácter general así como por concepto de beneficios. En lo que respecta a la reconstrucción del valor normal, el Órgano de Apelación especificó que la información o prueba que se utilice para determinar el costo de producción debe permitir que se obtenga un costo de producción "en el país de origen" y ser apropiada para ello. Una autoridad investigadora tiene por tanto que asegurarse de que la información que recopila se utilice para llegar al costo de producción en el país de origen, lo cual puede exigir que la autoridad investigadora adapte esa información.

En lo que respecta al párrafo 2.1 del artículo 2, el Órgano de Apelación observó que en esa disposición se establecen los casos en que las ventas del producto similar en el mercado interno o a un tercer país podrán considerarse no realizadas en el curso de operaciones comerciales normales y no tomarse en cuenta al determinar el valor normal.



Por último, en relación con el párrafo 2.1.1 del artículo 2, el Órgano de Apelación observó que la primera frase del párrafo dispone que la autoridad investigadora normalmente basará sus cálculos de los costos en los registros del exportador o productor objeto de investigación, siempre que tales registros: i) estén en conformidad con los principios de contabilidad generalmente aceptados (PCGA) en el país exportador y ii) reflejen razonablemente los costos asociados a la producción y venta del producto considerado. Habida cuenta de la referencia a la palabra "normalmente" en la primera frase del párrafo 2.1.1 del artículo 2, el Órgano de Apelación no excluyó que pueda haber otras circunstancias, distintas de las de las dos condiciones, en las que la obligación de basar el cálculo de los costos en los registros que lleve el exportador o productor objeto de investigación no se aplique. Sin embargo, no consideró necesario seguir examinando la cuestión de si efectivamente hay otras circunstancias en las que no se aplicaría esa obligación establecida y cuáles podrían ser esas circunstancias.

En relación concretamente con la segunda condición de la primera frase del párrafo 2.1.1 del artículo 2, el Órgano de Apelación observó que son los registros del exportador o productor individual objeto de investigación los que tienen que reflejar razonablemente los costos asociados a la producción y venta del producto considerado. El Órgano de Apelación añadió que no existe un criterio de "razonabilidad" en el marco de esa condición que rija el sentido de los propios "costos", que permita a las autoridades investigadoras dejar de lado los precios internos de los insumos cuando esos precios sean inferiores a otros precios a nivel internacional. Tras examinar las expresiones "reflejen razonablemente", "costos" y "asociados a", el Órgano de Apelación consideró que, de conformidad con la primera frase del párrafo 2.1.1 del artículo 2, tiene que haber una relación auténtica entre los costos razonablemente reflejados en los registros del exportador o productor objeto de investigación y la producción y venta del producto considerado específico. El Órgano de Apelación concluyó que puede entenderse que esa segunda condición se refiere a si los registros que lleve el exportador o productor se corresponden de manera adecuada y suficiente con los costos en que haya incurrido el exportador o productor investigado que tienen una relación auténtica con la producción y venta del producto considerado específico, o reproducen esos costos de manera adecuada y suficiente. Asimismo, el Órgano de Apelación subrayó que incluso cuando una autoridad investigadora tenga justificación, de conformidad con la primera frase del párrafo 2.1.1 del artículo 2, para no calcular los costos sobre la base de los registros del exportador o productor objeto de investigación, sigue estando sujeta a las disciplinas establecidas en el párrafo 2 del artículo 2, incluidos sus apartados pertinentes, en relación con la reconstrucción del valor normal.

### **3.5.3.1 La segunda condición de la primera frase del párrafo 2.1.1 del artículo 2 del Acuerdo Antidumping: la cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error al constatar que el Ministerio no había presentado una base adecuada para rechazar el costo comunicado del gas**

La alegación formulada por Ucrania en apelación al amparo del párrafo 2.1.1 del artículo 2 del Acuerdo Antidumping se centró en la segunda condición de la primera frase de esa disposición, a saber, la condición de que los registros que lleve el exportador o productor objeto de investigación "reflejen razonablemente los costos asociados a la producción y venta del producto considerado". Ucrania afirmó que, al constatar que el Ministerio no había presentado una base adecuada para rechazar el costo comunicado del gas con arreglo a la segunda condición de la primera frase del párrafo 2.1.1 del artículo 2, el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación y aplicación de esa condición. Según Ucrania, esos errores viciaron las constataciones formuladas por el Grupo Especial en el marco del párrafo 2.1.1 del artículo 2 del Acuerdo Antidumping, así como las formuladas en el marco del párrafo 2.1 del mismo artículo.

El Órgano de Apelación comenzó examinando el argumento de Ucrania de que el Grupo Especial y el Órgano de Apelación en *UE - Biodiésel (Argentina)* reconocieron las "transacciones no realizadas en condiciones de plena competencia" y "otras prácticas" como excepciones en el marco de la segunda condición de la primera frase del párrafo 2.1.1 del artículo 2, ya que esas transacciones o prácticas pueden afectar a la fiabilidad de los registros. Según Ucrania, pese a hacer referencia al informe del Grupo Especial en el asunto *UE - Biodiésel (Argentina)*, el Grupo Especial se abstuvo de considerar si las condiciones en el mercado interno ruso y las condiciones de las ventas de gas satisfacían las definiciones de "transacciones no realizadas en condiciones de plena competencia" u "otras prácticas".

En ese sentido, el Órgano de Apelación observó que las expresiones "transacciones no realizadas en condiciones de plena competencia" y "otras prácticas" no se encuentran en el párrafo 2.1.1 del



artículo 2 ni en ninguna otra parte del Acuerdo Antidumping; antes bien, es el Grupo Especial en el asunto *UE - Biodiésel (Argentina)* el que hizo referencia a "transacciones no realizadas en condiciones de plena competencia u otras prácticas que puedan influir en la fiabilidad de los costos comunicados". Aunque tomó nota de la interpretación que hizo Ucrania de las transacciones no realizadas en condiciones de plena competencia, el Órgano de Apelación no consideró que en el informe del Grupo Especial encargado del asunto *UE - Biodiésel (Argentina)* ni en el informe del Órgano de Apelación en ese asunto se hubiese entendido que la segunda condición de la primera frase del párrafo 2.1.1 del artículo 2 contiene "excepciones" ilimitadas con respecto a "transacciones no realizadas en condiciones de plena competencia" o a "otras prácticas". Por consiguiente, el Órgano de Apelación se mostró de acuerdo con el Grupo Especial en que la cuestión que se plantea en el marco de la segunda condición de la primera frase del párrafo 2.1.1 del artículo 2 es si los registros del exportador o productor objeto de investigación reflejan razonablemente los costos asociados a la producción y venta del producto considerado, y en que esa cuestión se debe evaluar caso por caso, a la luz de las pruebas sometidas a la autoridad investigadora y de la determinación que esta formule. En consecuencia, el Órgano de Apelación no consideró que el Grupo Especial incurriera en error al examinar si el Ministerio de Ucrania presentó una base adecuada para constatar que los registros de los productores rusos investigados, por lo que respectaba al costo comunicado del gas, no reflejaban razonablemente los costos asociados a la producción y venta del nitrato de amonio.

A continuación, el Órgano de Apelación examinó la afirmación de Ucrania de que el Grupo Especial incurrió en error porque "el Grupo Especial parec[ía] dar a entender que los registros solo se pueden considerar no fiables cuando las partes [en las transacciones relacionadas con insumos] están vinculadas". El Órgano de Apelación entendió que Ucrania aducía que el Grupo Especial parecía haber trazado una distinción entre partes vinculadas y partes no vinculadas en las transacciones relativas a insumos a efectos de la segunda condición de la primera frase del párrafo 2.1.1 del artículo 2. A juicio de Ucrania, sin embargo, el motivo por el que en el marco de esa condición se determina si los registros son "no fiables" es el carácter dependiente y no comercial de las transacciones relativas a insumos pertinentes, y cualquier vinculación jurídica entre las partes en la transacción es solo un "indicio de que esas prácticas pueden tener lugar más fácilmente". En respaldo de su interpretación de la segunda condición de la primera frase del párrafo 2.1.1 del artículo 2, Ucrania hizo referencia a: i) varias diferencias sustanciadas en la OMC en las que un grupo especial o el Órgano de Apelación supuestamente evaluaron si las transacciones se habían realizado en condiciones de plena competencia considerando si se habían respetado los principios comerciales o se habían aplicado los precios de mercado, en lugar de centrarse en si las partes en esas transacciones estaban vinculadas; y ii) la segunda Nota al artículo VI del GATT de 1994 y al párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo Antidumping como contexto pertinente que, a su juicio, confirma que el Acuerdo Antidumping no excluye la posibilidad de que determinadas prácticas gubernamentales puedan hacer que los precios sean "no fiables".

Al examinar esos argumentos de Ucrania, el Órgano de Apelación recordó que el Ministerio había constatado que el precio del gas en el mercado interno de Rusia no era un precio de mercado, ya que el Estado controlaba ese precio, que era artificialmente inferior al precio de exportación del gas de Rusia, así como al precio del gas en otros países, y que los precios del gas de Gazprom eran inferiores a su costo de producción.

En lo que se refiere a la consideración del Ministerio de que, debido a la regulación por el gobierno del precio del gas en Rusia, los costos en que habían incurrido los productores rusos objeto de investigación eran inferiores a los precios en otros países o los precios de exportación del gas de Rusia, el Órgano de Apelación recordó que, en la medida en que los costos estén auténticamente relacionados con la producción y venta del producto considerado, no hay un criterio adicional o abstracto de "razonabilidad" que rija el sentido de la palabra "costos" en la segunda condición de la primera frase del párrafo 2.1.1 del artículo 2. Al igual que el Grupo Especial, el Órgano de Apelación consideró que el examen en el marco de la segunda condición de la primera frase del párrafo 2.1.1 del artículo 2 no guarda relación con la cuestión de si los costos incluidos en los registros no son razonables porque, por ejemplo, son inferiores a los de otros países. Además, el Órgano de Apelación no vio ninguna razón para cuestionar la conclusión del Grupo Especial de que el examen que hizo el Ministerio del costo del gas en que habían incurrido los productores rusos investigados, en comparación con los precios en otros países o los precios de exportación del gas de Rusia, guardaba relación con la cuestión de si el costo del gas en que habían incurrido esos productores era razonable, en lugar de con la cuestión de si los registros reflejaban razonablemente los costos asociados a la producción y venta del nitrato de amonio.

En lo que respecta a la consideración de que Gazprom vende el gas en el mercado interno de Rusia a un precio inferior al costo, el Órgano de Apelación observó que el Grupo Especial había formulado varias constataciones fácticas clave en relación con determinaciones formuladas por el Ministerio en el informe sobre la investigación realizado en los exámenes intermedio y por extinción. Entre otras cosas, el Grupo Especial consideró que: i) "nada en [el informe sobre la investigación] muestra que [las ventas internas de Gazprom a un precio inferior al costo] influyera[n] en la fiabilidad de los registros de los productores rusos investigados, de manera que los registros no reflejasen razonablemente los costos asociados a la producción y venta del nitrato de amonio"; ii) no hubo ninguna determinación del Ministerio que estableciera que Gazprom estaba vinculado a los productores rusos investigados y el Ministerio ni siquiera consideró quién suministraba gas a esos productores; iii) "el Ministerio de Ucrania no pidió a los productores rusos investigados los nombres de sus proveedores de gas", y "EuroChem tenía ... proveedores" distintos de Gazprom; iv) en el informe sobre la investigación no había nada que respaldara la opinión de que los precios de otros proveedores de gas estaban influidos por los de Gazprom; v) "[n]o hay ninguna referencia a estos proveedores de EuroChem en el informe sobre la investigación ni ninguna constatación [del Ministerio] de que los registros de los productores rusos investigados, en la medida en que reflejaban los precios pagados a estos proveedores, no fuesen fiables"; y vi) "no hay ninguna correlación en las constataciones del Ministerio de Ucrania [formuladas en el informe sobre la investigación] entre las supuestas ventas realizadas por Gazprom a precios inferiores al costo y la fiabilidad de los registros de los productores rusos investigados". A juicio del Órgano de Apelación, estas declaraciones demostraban que el análisis del Grupo Especial se adaptaba a las circunstancias específicas de este asunto, en el que el Ministerio no formuló ninguna determinación que estableciera que Gazprom era el proveedor de gas de los productores rusos investigados o que los precios de Gazprom influían en los precios de otros proveedores de gas.

El Órgano de Apelación reconoció que el Grupo Especial no limitó su análisis a esas constataciones fácticas; antes bien, el Grupo Especial declaró a continuación que el artículo 2 del Acuerdo Antidumping trata del comportamiento en materia de fijación de precios de exportadores y productores individuales. El Grupo Especial añadió que un productor puede obtener los insumos utilizados para producir el producto considerado de varios proveedores no vinculados, y que los precios que paga el productor a esos proveedores no vinculados formarían parte de los costos en que incurre para producir el producto considerado. El Grupo Especial no consideraba que "pu[diera] decirse que los propios registros de los productores rusos investigados no [fueran] fiables o no refleja[ra]n razonablemente los costos asociados a la producción y venta del producto objeto de investigación, porque los precios de sus proveedores no vinculados est[uviera]n regulados por el gobierno, [fueran] inferiores a los precios predominantes en otros países o [fueran] precios supuestamente inferiores a su costo de producción".

Según el Órgano de Apelación, cabría sostener fundadamente que estas referencias a "proveedores no vinculados", leídas aisladamente, dan a entender que, a juicio del Grupo Especial, no se puede prescindir de los registros en virtud de la primera frase del párrafo 2.1.1 del artículo 2 únicamente sobre la base de que los precios de los insumos son establecidos por el gobierno a un nivel inferior al costo de producción, cuando los productores o exportadores del producto objeto de investigación y los proveedores de los insumos no están vinculados (pero que sí se podría cuando esas entidades están vinculadas). En la medida en que el informe del Grupo Especial da a entender tal cosa, el Órgano de Apelación expresó reservas en cuanto a la pertinencia de trazar una distinción entre partes vinculadas en las transacciones relativas a insumos, de un lado, y partes no vinculadas en tales transacciones, de otro, para la indagación en el marco de la primera frase del párrafo 2.1.1 del artículo 2. El Órgano de Apelación consideró que el simple hecho de que se considere que las partes en las transacciones relativas a insumos no están vinculadas no significa que los cálculos de los costos se deban basar necesariamente en los registros que lleve el exportador o productor en el sentido de la primera frase del párrafo 2.1.1 del artículo 2. En este contexto, el Órgano de Apelación recordó que, habida cuenta de la referencia a la palabra "normalmente" en la primera frase del párrafo 2.1.1 del artículo 2, no excluía que pudiera haber otras circunstancias, distintas de las de las dos condiciones establecidas en esa frase, en las que la obligación de basar el cálculo de los costos en los registros que lleve el exportador o productor objeto de investigación no se aplique. Sin embargo, en la medida en que podía entenderse que las declaraciones del Grupo Especial relativas a los proveedores no vinculados han sido formuladas en el contexto limitado de la segunda condición de la primera frase del párrafo 2.1.1 del artículo 2, el Órgano de Apelación no cuestionó la tesis del Grupo Especial de que los precios pagados por el productor a proveedores no vinculados formarían parte de los costos en que incurre para producir el producto considerado.

En cualquier caso, las constataciones fácticas en que se apoyó el Grupo Especial indicaban al Órgano de Apelación que el análisis y la conclusión del Grupo Especial con respecto a la opinión del Ministerio de que Gazprom vende gas a un precio inferior al costo se adaptaron a los hechos y argumentos específicos que tenía ante sí. Dado que el enfoque aplicado por el Grupo Especial es un enfoque específico para este caso, y que la conclusión del Grupo Especial se basaba en la ausencia de una determinación del Ministerio que estableciera que Gazprom era el proveedor de gas de los productores rusos investigados, o que los precios de Gazprom influyeron en los precios de esos proveedores, el Órgano de Apelación no vio ninguna razón para constatar la existencia de error en la conclusión del Grupo Especial de que los precios inferiores al costo de Gazprom no constituían una base fáctica suficiente para que el Ministerio concluyera que los registros no reflejaban razonablemente los costos asociados a la producción y venta de nitrato de amonio.

Por lo tanto, el Órgano de Apelación constató que el Grupo Especial no había incurrido en error en su interpretación o aplicación de la segunda condición de la primera frase del párrafo 2.1.1 del artículo 2 del Acuerdo Antidumping. Por consiguiente, el Órgano de Apelación confirmó la constatación del Grupo Especial de que Ucrania actuó de manera incompatible con el párrafo 2.1.1 del artículo 2 porque el Ministerio no presentó una base adecuada con arreglo a la segunda condición de la primera frase de esa disposición para rechazar el costo comunicado del gas.

Tras llegar a esta constatación, el Órgano de Apelación observó que la alegación formulada por Ucrania al amparo del párrafo 2.1 del artículo 2 del Acuerdo Antidumping dependía de que se revocase la constatación del Grupo Especial de incompatibilidad con el párrafo 2.1.1 del artículo 2. Como recordó el Órgano de Apelación, Ucrania impugnaba la constatación del Grupo Especial de que Ucrania actuó de manera incompatible con el párrafo 2.1 del artículo 2 porque, al realizar su prueba relativa al curso de las operaciones comerciales normales, el Ministerio se basó en unos costos que se habían calculado de manera incompatible con el párrafo 2.1.1 del artículo 2. Concretamente, Ucrania adujo que la constatación de incompatibilidad con el párrafo 2.1 del artículo 2 formulada por el Grupo Especial estaba viciada por los errores de interpretación y aplicación cometidos por el Grupo Especial con respecto a la segunda condición de la primera frase del párrafo 2.1.1 del artículo 2. Habida cuenta del carácter consiguiente de la apelación formulada por Ucrania al amparo del párrafo 2.1 del artículo 2, y dado que había confirmado las constataciones del Grupo Especial al amparo del párrafo 2.1.1 del artículo 2, el Órgano de Apelación también confirmó la constatación del Grupo Especial de que Ucrania actuó de manera incompatible con el párrafo 2.1 del artículo 2 porque, al realizar su prueba relativa al curso de operaciones comerciales normales, el Ministerio se basó en costos calculados de manera incompatible con el párrafo 2.1.1 del artículo 2 del Acuerdo Antidumping.

### **3.5.3.2 Párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo Antidumping: la cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error al constatar que el Ministerio no calculó el costo de producción "en el país de origen"**

Ucrania alegó que el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación y aplicación del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo Antidumping al constatar que el Ministerio no calculó el costo de producción "en el país de origen" al reconstruir el valor normal correspondiente a dos productores de nitrato de amonio rusos objeto de investigación sobre la base del precio sustitutivo del gas.

El Órgano de Apelación comenzó recordando que, al examinar las alegaciones de Rusia relativas al cálculo del costo del gas al reconstruir el valor normal en los exámenes intermedio y por extinción, el Grupo Especial evaluó si, al haber rechazado el costo comunicado del gas sin presentar una base adecuada para hacerlo en virtud de dicha condición, el Ministerio no reconstruyó el valor normal sobre la base del costo de producción en el país de origen en el sentido del párrafo 2 del artículo 2, por haber utilizado el precio sustitutivo del gas. Como recordó el Órgano de Apelación, el Grupo Especial consideró que el párrafo 2 del artículo 2 no excluye la posibilidad de que una autoridad investigadora pueda tener que utilizar pruebas de fuera del país para reconstruir el valor normal, siempre que tales pruebas permitan que se obtenga el costo de producción en el país de origen y sean apropiadas para ello. Sin embargo, el Grupo Especial no vio ninguna explicación en el informe sobre la investigación respecto de por qué los ajustes para tener en cuenta los gastos de transporte eran adecuados para adaptar el "precio de exportación de Rusia en la frontera con Alemania [] a fin de reflejar el costo de los productores rusos investigados en el país de origen". En tales circunstancias, el Grupo Especial no consideró que el ajuste para tener en cuenta los gastos de transporte fuera suficiente para adaptar el precio de exportación del gas de Rusia en la frontera alemana a fin de reflejar el costo en Rusia. A continuación, el Grupo Especial desestimó el argumento

de Ucrania de que el Ministerio no podía utilizar los precios internos del gas en Rusia porque en Rusia no existía un mercado interno del gas no distorsionado, para lo cual se apoyó en su anterior constatación de que el Ministerio no había presentado una base adecuada para rechazar el costo comunicado del gas.

El Órgano de Apelación consideró que varios de los argumentos formulados por Ucrania en relación con la interpretación y aplicación del párrafo 2 del artículo 2 dependían de la alegación de Ucrania de que el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación y aplicación de la segunda condición de la primera frase del párrafo 2.1.1 del artículo 2. En particular, Ucrania se basó en los informes del Órgano de Apelación en *CE - Elementos de fijación (China)* (párrafo 5 del artículo 21 - *China*) y *Estados Unidos - Madera blanda IV*, para aducir que calcular el costo de producción en el marco del párrafo 2 del artículo 2 sobre la base de costos adecuadamente rechazados en virtud de la segunda condición de la primera frase del párrafo 2.1.1 del artículo 2 sería entrar en un círculo vicioso y no tendría sentido desde el punto de vista económico. Para el Órgano de Apelación, ese argumento, pese a plantearse en relación con el párrafo 2 del artículo 2, partía del supuesto de que el Ministerio presentó una base adecuada con arreglo a la segunda condición de la primera frase del párrafo 2.1.1 del artículo 2, y por lo tanto dependía de que se constataste que el Grupo Especial había incurrido en error en las constataciones que formuló en el marco del párrafo 2.1.1 del artículo 2. Al haber confirmado las constataciones del Grupo Especial en el marco del párrafo 2.1.1 del artículo 2, el Órgano de Apelación rechazó los argumentos presentados en apelación por Ucrania en relación con el párrafo 2 del artículo 2, en la medida en que dependían de supuestos errores del Grupo Especial en su interpretación o aplicación en el marco del párrafo 2.1.1 del artículo 2 del Acuerdo Antidumping.

El Órgano de Apelación examinó a continuación los argumentos de Ucrania en apelación relativos a la interpretación y aplicación que hizo el Grupo Especial del párrafo 2 del artículo 2 que Ucrania había identificado como argumentos que no dependían de que el Órgano de Apelación constataste un error en la interpretación o aplicación de la segunda condición de la primera frase del párrafo 2.1.1 del artículo 2 por parte del Grupo Especial.

Comenzando por los argumentos de Ucrania relativos a la interpretación, el Órgano de Apelación observó que Ucrania impugnaba la interpretación que hacía el Grupo Especial del párrafo 2 del artículo 2 invocando determinadas constataciones del Órgano de Apelación con respecto al apartado d) del artículo 14 del Acuerdo SMC en *Estados Unidos - Madera blanda IV*. A este respecto, el Órgano de Apelación recordó que el apartado d) del artículo 14 del Acuerdo SMC contiene directrices para el cálculo de la cuantía de una subvención en función del beneficio obtenido por el receptor. En *Estados Unidos - Madera blanda IV* el Órgano de Apelación declaró que el papel de un gobierno en el suministro de una contribución financiera, por lo que respecta al suministro de bienes, puede ser tan predominante que en realidad determine el precio por el que los proveedores privados venden bienes idénticos o similares. En tales circunstancias, la comparación del precio al que el gobierno suministra los bienes con el precio al que los proveedores privados venden esos bienes en el mercado interno podría indicar un beneficio artificialmente bajo, o incluso nulo, de modo que no se captaría todo el alcance de la subvención, lo que menoscabaría los derechos de los Miembros en el marco del Acuerdo SMC de aplicar derechos compensatorios a las subvenciones. El Órgano de Apelación señaló que, aunque el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo Antidumping y el apartado d) del artículo 14 del Acuerdo SMC tienen ciertas similitudes textuales (hacen referencia, respectivamente, al costo de producción en el país de origen" y a la adecuación de la remuneración "en el país de suministro"), el apartado d) del artículo 14 contiene la frase "en relación con las condiciones reinantes en el mercado", que no figura en el párrafo 2 del artículo 2. Además, estas dos disposiciones no cumplen la misma función. La función del apartado d) del artículo 14 es determinar el beneficio conferido al receptor de una subvención por, entre otras cosas, el suministro de bienes y servicios por el gobierno, mientras que el párrafo 2 del artículo 2 se ocupa del establecimiento del valor normal cuando no puede ser determinado sobre la base de las ventas en el mercado interno. Habida cuenta de esas diferencias, el Órgano de Apelación consideró que las constataciones formuladas por el Órgano de Apelación con respecto al apartado d) del artículo 14 del Acuerdo SMC en *Estados Unidos - Madera blanda IV* no se refieren a los costos que se pueden utilizar para reconstruir el valor normal de conformidad con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo Antidumping. Por lo tanto, el Órgano de Apelación concluyó que el Grupo Especial no incurrió en error en su interpretación del párrafo 2 del artículo 2 al considerar que esas constataciones del Órgano de Apelación no eran pertinentes para su ejercicio interpretativo.

A continuación, el Órgano de Apelación examinó la alegación de Ucrania de que el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 2 del artículo 2 al constatar que ajustar el precio de exportación del gas de Rusia en la frontera alemana teniendo en cuenta los gastos de transporte no fue suficiente para adaptar el precio a fin de reflejar los precios en Rusia. A este respecto, Ucrania adujo que ninguna de las partes interesadas en la investigación había señalado diferencia alguna en las condiciones de mercado de Rusia (salvo el hecho de que los precios eran fijados por el Estado) ni en las condiciones de mercado relacionadas con los precios de exportación que hiciera necesarios otros ajustes de los precios de exportación del gas. En consecuencia, Ucrania consideró que no se podía censurar al Ministerio de Ucrania por limitar su adaptación al precio de exportación del gas para tener en cuenta los gastos de transporte.

El Órgano de Apelación recordó que la expresión "costo de producción en el país de origen" indica que sea cual sea la información o prueba que se utilice para determinar el "costo de producción", debe permitir que se obtenga un costo de producción "en el país de origen" y ser apropiada para ello. En consecuencia, según el Órgano de Apelación, una autoridad investigadora tiene que asegurarse de que la información que recopila se utilice para llegar al "costo de producción en el país de origen", y el cumplimiento de esta obligación puede exigir que la autoridad investigadora adapte esa información.

El Órgano de Apelación recordó a continuación la consideración del Grupo Especial de que el Ministerio no había dado ninguna explicación respecto de por qué los ajustes para tener en cuenta los gastos de transporte eran adecuados para adaptar el precio de exportación de Rusia en la frontera con Alemania, a fin de reflejar el costo de los productores rusos investigados en el país de origen. El Órgano de Apelación también recordó que el Grupo Especial se había basado en su constatación anterior en el marco de la segunda condición de la primera frase del párrafo 2.1.1 del artículo 2, una constatación con la que el Órgano de Apelación se mostró de acuerdo. El Órgano de Apelación consideró que, aparte de señalar la deducción de los gastos de transporte, Ucrania no había afirmado que el Ministerio hubiera adaptado de otro modo el precio de exportación del gas utilizado en sus cálculos para reflejar el costo de producción en Rusia. Por consiguiente, el Órgano de Apelación no vio ningún motivo para cuestionar la conclusión del Grupo Especial de que el ajuste para tener en cuenta los gastos de transporte realizado por el Ministerio no fue suficiente para adaptar el precio de exportación de Rusia a fin de reflejar el costo de producción en el país de origen, es decir, Rusia. El Órgano de Apelación subrayó que tenía presente el hecho de que, en las circunstancias particulares del caso, habida cuenta de que el Ministerio no presentó una base adecuada para rechazar el costo comunicado del gas en virtud de la segunda condición de la primera frase del párrafo 2.1.1 del artículo 2, puede que no hubiera ninguna base para recurrir a costos distintos de los reflejados en los registros de los productores investigados.

A la luz de lo que antecede, el Órgano de Apelación constató que el Grupo Especial no incurrió en error en su interpretación o aplicación del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo Antidumping. En consecuencia, el Órgano de Apelación confirmó la constatación del Grupo Especial de que Ucrania actuó de manera incompatible con esa disposición porque el Ministerio no calculó el costo de producción "en el país de origen".

### **3.6 Informe del Órgano de Apelación, Marruecos - Medidas antidumping sobre determinado acero laminado en caliente procedente de Turquía, WT/DS513/AB/R**

La diferencia se refería a la imposición por Marruecos de medidas antidumping definitivas sobre las importaciones de determinados productos de acero laminado en caliente procedentes de Turquía, y a determinados aspectos de las investigaciones y determinaciones que sirvieron de base a esas medidas. El informe del Grupo Especial sobre esta diferencia se distribuyó a los Miembros el 31 de octubre de 2018. El Grupo Especial constató que Turquía había establecido que Marruecos actuó de manera incompatible con las siguientes disposiciones del Acuerdo Antidumping: i) el párrafo 10 del artículo 5, al no concluir la investigación en el plazo de 18 meses; ii) el párrafo 8 del artículo 6, al rechazar la información comunicada y establecer los márgenes de dumping correspondientes a los dos productores turcos investigados sobre la base de los hechos de que se tenía conocimiento; iii) el párrafo 9 del artículo 6, al no informar a todas las partes interesadas de los hechos esenciales con respecto a su utilización de los hechos de que se tenía conocimiento para determinar los márgenes de dumping; iv) el párrafo 1 del artículo 3, al determinar que la rama de producción nacional "no había sido creada"; v) los párrafos 1 y 4 del artículo 3, al realizar indebidamente el análisis del daño en forma de un "retraso importante en la creación de la rama de producción nacional"; y vi) los párrafos 1 y 4 del artículo 3, al no evaluar cinco de los 15 factores de daño enumerados en el

párrafo 4 del artículo 3, hacer caso omiso del mercado cautivo en el análisis del daño y basar el análisis del daño en determinado informe sin investigar debidamente la importancia de las inexactitudes de dicho informe.

Marruecos apeló respecto de la interpretación y aplicación realizadas por el Grupo Especial de los párrafos 1 y 4 del artículo 3 y el párrafo 8 del artículo 6 del Acuerdo Antidumping. Asimismo, Marruecos afirmó que el Grupo Especial incurrió en error en las constataciones que formuló en el marco del párrafo 4 del artículo 4 y actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD.

En su carta de 4 de diciembre de 2019, Marruecos informó al Órgano de Apelación de su decisión de desistir de su apelación, y solicitó al Órgano de Apelación que informase al OSD de esa decisión, de conformidad con el párrafo 1 de la Regla 30 de los Procedimientos de trabajo. Marruecos solicitó asimismo al Órgano de Apelación que reflejase los motivos de la decisión de Marruecos en caso de que el Órgano de Apelación emitiera un informe. Concretamente, Marruecos declaró que la medida antidumping en que se basaba la diferencia expiró el 26 de septiembre de 2019. Según Marruecos, aunque seguía considerando que las constataciones del Grupo Especial adolecían de graves deficiencias, esas constataciones pasaron a ser superfluas tras la expiración de la medida subyacente. En consecuencia, y habida cuenta de la pesada carga de trabajo del Órgano de Apelación, Marruecos dijo que había decidido desistir de la apelación. Tras recibir la carta, el Órgano de Apelación informó prontamente al Presidente del OSD de la decisión de Marruecos de desistir de su apelación.

El 4 de diciembre de 2019, Turquía presentó una carta al Órgano de Apelación en la que tomaba nota de la decisión de Marruecos de desistir de la apelación y se unía a la solicitud de Marruecos de que el Órgano de Apelación notificase esta decisión al OSD. Además, Turquía señaló que, en la ocasión anterior en que se desistió de una apelación (*India - Automóviles*, DS146 y DS175), el Órgano de Apelación emitió un breve informe en que se tomaba nota del desistimiento. En esa diferencia, el OSD adoptó el informe del Órgano de Apelación junto con el informe del Grupo Especial. A juicio de Turquía, el Órgano de Apelación debía seguir la misma práctica en esta diferencia.

En el informe del Órgano de Apelación se describen las constataciones del Grupo Especial y se resumen los antecedentes de procedimiento del caso, pero no se analizan las cuestiones jurídicas sustantivas planteadas por Marruecos en su apelación. En el informe se recuerda lo que establecen el párrafo 4 del artículo 16 y el párrafo 14 del artículo 17 del ESD en relación con la adopción de los informes de los grupos especiales y del Órgano de Apelación. Asimismo, se indica que, a la vista del desistimiento de la apelación notificado por Marruecos en su carta de 4 de diciembre de 2019, el Órgano de Apelación concluyó su trabajo en la apelación. Por último, se señala que el plazo de 30 días especificado en el párrafo 14 del artículo 17 del ESD para adoptar el informe del Órgano de Apelación, junto con el informe del Grupo Especial, comienza a partir de la distribución del informe.

### **3.7 Informe del Órgano de Apelación, *Rusia - Medidas que afectan a la importación de equipo ferroviario y sus partes*, WT/DS499/AB/R**

La diferencia se refería a las medidas adoptadas por la Federación de Rusia (Rusia) con respecto a los productos ferroviarios procedentes de Ucrania. En particular, en esta diferencia se examinaron las siguientes decisiones: i) la decisión de suspender los certificados de evaluación de la conformidad; ii) la decisión de rechazar las solicitudes de nuevos certificados de conformidad; y iii) la decisión de no reconocer los certificados de conformidad expedidos por otros Estados miembros de la Unión Económica Euroasiática.

En 2011, la Comisión de la Unión Aduanera de la República de Belarús, la República de Kazajistán y la Federación de Rusia aprobó una decisión relativa a la adopción de los Reglamentos Técnicos de la Unión Aduanera en los que se establecen prescripciones técnicas y de seguridad para la introducción en el mercado de determinados productos ferroviarios. Los Reglamentos Técnicos de la Unión Aduanera entraron en vigor el 2014 con un período de transición durante el cual los certificados de evaluación de la conformidad expedidos antes de la entrada en vigor de dichos Reglamentos Técnicos seguían siendo válidos.

Ucrania alegó ante el Grupo Especial que, desde 2014, Rusia había suspendido sistemáticamente los certificados de evaluación de la conformidad expedidos a productores ucranianos de productos

ferroviarios antes de la entrada en vigor de los Reglamentos Técnicos de la Unión Aduanera, y había rechazado sistemáticamente o había devuelto, sin haberlas examinado, las solicitudes presentadas por los productores ucranianos de productos ferroviarios para obtener nuevos certificados de evaluación de la conformidad basados en los Reglamentos Técnicos de la Unión Aduanera. Además, Ucrania alegó que Rusia no había reconocido los certificados de otros países de la Unión Aduanera a los productores ucranianos de productos ferroviarios. Ante el Grupo Especial, Ucrania alegó lo siguiente:

1. que Rusia actuó de manera incompatible con el párrafo 1 del artículo I, el párrafo 1 del artículo XI y el párrafo 1 del artículo XIII del GATT de 1994 al impedir sistemáticamente la importación en Rusia de productos ferroviarios ucranianos mediante la suspensión de certificados válidos expedidos para productos ferroviarios, la negativa a expedir nuevos certificados para productos ferroviarios y la falta de reconocimiento de los certificados expedidos por otros países de la Unión Aduanera (la acción de impedir sistemáticamente - la primera medida);
2. que Rusia actuó de manera incompatible con los párrafos 1.1, 1.2 y 2.2 del artículo 5 del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (Acuerdo OTC) al suspender los certificados y rechazar las solicitudes presentadas por los productores ucranianos de productos ferroviarios para obtener nuevos certificados (las suspensiones y los rechazos - la segunda medida); y
3. que Rusia actuó de manera incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 y los párrafos 1.1 y 1.2 del artículo 5 del Acuerdo OTC, y con el párrafo 1 del artículo I, el párrafo 4 del artículo III y el párrafo 3 a) del artículo X del GATT de 1994, al no reconocer los certificados expedidos de conformidad con el Reglamento Técnico 001/2011 de la Unión Aduanera a los proveedores de productos ferroviarios de Ucrania en otros países de la Unión Aduanera (el no reconocimiento de certificados - la tercera medida).

Rusia se opuso a todas la alegaciones formuladas por Ucrania ante el Grupo Especial. Además, Rusia solicitó al Grupo Especial que formulara una resolución preliminar, aduciendo que la solicitud de establecimiento de un grupo especial formulada por Ucrania no cumplía los requisitos del párrafo 2 del artículo 6 del ESD.

### 3.7.1 Informe del Grupo Especial

En el informe del Grupo Especial, el Grupo Especial formuló las siguientes constataciones que son pertinentes para esta apelación:

1. en relación con la solicitud de resolución preliminar formulada por Rusia, el Grupo Especial constató que Rusia no había establecido que la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Ucrania fuera incompatible con el párrafo 2 del artículo 6 del ESD;
2. con respecto a las instrucciones por las que se suspenden los certificados (la primera medida):
  - i. que Ucrania no había establecido, respecto de cada una de las 14 instrucciones en litigio, que Rusia hubiera actuado de manera incompatible con las obligaciones que le corresponden en virtud del párrafo 1.1 del artículo 5 del Acuerdo OTC; y
  - ii. que Ucrania no había establecido, respecto de cada una de las 14 instrucciones en litigio, que Rusia hubiese actuado de manera incompatible con las obligaciones que le corresponden en virtud de las frases primera y segunda del párrafo 1.2 del artículo 5 del Acuerdo OTC;
3. con respecto a las decisiones por las que se rechazan las solicitudes de certificados (la segunda medida):
  - i. que Ucrania no había establecido, respecto de las dos decisiones por las que la Organización dependiente del presupuesto federal FBO "dev[olvió], sin haberlas



examinado," las solicitudes de certificados presentadas por los productores ucranianos de conformidad con el Reglamento Técnico 001/2011 de la Unión Aduanera, y respecto de la decisión por la que la FBO "anuló" las solicitudes de certificados presentadas por un productor ucraniano de conformidad con el Reglamento Técnico 003/2011 de la Unión Aduanera, que Rusia hubiera actuado de manera incompatible con las obligaciones que le corresponden en virtud del párrafo 1.1 del artículo 5 del Acuerdo OTC; y

- ii. que Ucrania no había establecido, respecto de las dos decisiones por las que la FBO "dev[olvió], sin haberlas examinado," las solicitudes de certificados presentadas por un productor ucraniano de conformidad con el Reglamento Técnico 001/2011 de la Unión Aduanera (la decisión 1 en la medida en que se refiere a uno de los productos abarcados por las solicitudes A3 y A4, y la decisión 2), y respecto de la decisión por la que la FBO "anuló" las solicitudes de certificados presentadas por un productor ucraniano de conformidad con el Reglamento Técnico 003/2011 de la Unión Aduanera, que Rusia hubiera actuado de manera incompatible con las obligaciones que le corresponden en virtud de las frases primera y segunda del párrafo 1.2 del artículo 5 del Acuerdo OTC;
4. con respecto al no reconocimiento de los certificados expedidos por países de la Unión Aduanera distintos de Rusia (la tercera medida):
    - i. que la prescripción de no reconocimiento se había sometido debidamente a la consideración del Grupo Especial;
    - ii. que Ucrania había establecido que Rusia había actuado de manera incompatible con el párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994; y
    - iii. que Ucrania había establecido que Rusia había actuado de manera incompatible con el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994; y
  5. con respecto a la acción de impedir sistemáticamente la importación (la cuarta medida), que Ucrania no había establecido sus alegaciones de incompatibilidad con el párrafo 1 del artículo I, el párrafo 1 del artículo XI y el párrafo 1 del artículo XIII del GATT de 1994, dado que no había demostrado la existencia de la acción de impedir sistemáticamente la importación.

Además, el Grupo Especial formuló varias constataciones que no fueron objeto de apelación. En particular: i) respecto de 13 de las 14 instrucciones por las que se suspenden los certificados, el Grupo Especial constató que Ucrania había establecido que Rusia había actuado de manera incompatible con la tercera obligación del párrafo 2.2 del artículo 5 del Acuerdo OTC; ii) respecto de una de las tres decisiones por las que se rechazan solicitudes de certificados (la decisión 1 en la medida en que se refiere a las solicitudes A1 y A2 y a uno de los productos abarcados por la solicitud A3), el Grupo Especial constató que Ucrania había establecido que Rusia había actuado de manera incompatible con las frases primera y segunda del párrafo 1.2 del artículo 5 del Acuerdo OTC; iii) respecto de las tres decisiones por las que se rechazaron las solicitudes de certificados en cuestión, el Grupo Especial constató que Ucrania no había establecido que Rusia hubiese actuado de manera incompatible con la segunda obligación del párrafo 2.2 del artículo 5 del Acuerdo OTC; iv) respecto de dos de las tres decisiones por las que se rechazaron solicitudes de certificados en cuestión, el Grupo Especial constató que Ucrania había establecido que Rusia había actuado de manera incompatible con la tercera obligación del párrafo 2.2 del artículo 5 del Acuerdo OTC; v) con respecto al no reconocimiento de los certificados expedidos por países de la Unión Aduanera distintos de Rusia, el Grupo Especial constató que Ucrania no había establecido que Rusia hubiese actuado de manera incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC; y vi) con respecto al no reconocimiento de los certificados expedidos por países de la Unión Aduanera distintos de Rusia, el Grupo Especial no formuló constataciones respecto de las alegaciones de Ucrania al amparo de los párrafos 1.1 y 1.2 del artículo 5 del Acuerdo OTC y el párrafo 3 a) del artículo X del GATT de 1994.

### 3.7.2 Informe del Órgano de Apelación

En apelación, Ucrania alegó que el Grupo Especial incurrió en error: i) en su análisis relativo a la existencia de una "situación comparable" en el sentido del párrafo 1.1 del artículo 5 del Acuerdo OTC, y al constatar que Ucrania no había establecido que Rusia hubiera actuado de manera incompatible con las obligaciones que le corresponden en virtud del párrafo 1.1 del artículo 5 en lo que respecta a las instrucciones por las que se suspenden los certificados y las decisiones por las que se rechazaron las solicitudes de certificados; ii) al constatar que Ucrania no había establecido que las alternativas menos restrictivas del comercio propuestas estuviesen razonablemente al alcance, y que Rusia hubiera actuado de manera incompatible con las obligaciones que le corresponden en virtud del párrafo 1.2 del artículo 5 del Acuerdo OTC con respecto a las instrucciones por las que se suspenden los certificados y las decisiones por las que se rechazan las solicitudes de certificado; y iii) en su evaluación de la existencia de una acción de impedir sistemáticamente la importación con respecto a las alegaciones formuladas por Ucrania al amparo del párrafo 1 del artículo I, el párrafo 1 del artículo XI y el párrafo 1 del artículo XIII del GATT de 1994.

Rusia, por su parte, alegó en apelación que el Grupo Especial incurrió en error: i) al constatar que Rusia no había establecido que la solicitud de establecimiento de un grupo especial de Ucrania fuera incompatible con el párrafo 2 del artículo 6 del ESD; ii) al constatar que Rusia no había establecido que la tercera medida, el no reconocimiento de certificados, no estaba comprendida en el mandato del Grupo Especial; iii) al formular constataciones con respecto a un elemento relacionado con la tercera medida que el Grupo Especial constató que no estaba comprendido en su mandato; iv) al eximir a Ucrania de la carga de acreditar *prima facie* que la tercera medida existía como medida única; y v) al constatar que la tercera medida existía, ya que constató que la prescripción de no reconocimiento "general" se derivaba de los Reglamentos Técnicos de la Unión Aduanera.

#### 3.7.2.1 Alegaciones de Rusia relativas a la resolución preliminar del Grupo Especial

Rusia alegó que el Grupo Especial incurrió en error al constatar en su resolución preliminar que Rusia no había establecido que la solicitud de establecimiento de un grupo especial de Ucrania fuera incompatible con el párrafo 2 del artículo 6 del ESD en dos aspectos: i) en que dicha solicitud relacionaba adecuadamente las medidas en litigio con los fundamentos de derecho de su reclamación, y ii) en que identificaba adecuadamente la tercera medida en litigio.

En lo que respecta a los vínculos existentes entre las medidas en litigio y los fundamentos de derecho de la reclamación, Rusia cuestionó la utilización por el Grupo Especial de "verbos auxiliares atenuados", como "*podría relacionarse*" o "*podrían relacionarse*" y afirmó que esta redacción ponía de manifiesto que los vínculos existentes entre las medidas y las obligaciones jurídicas no eran tan evidentes como el Grupo Especial constató. El Órgano de Apelación discrepó de Rusia y constató que las declaraciones del Grupo Especial que Rusia identificaba en relación con este argumento representaban puntos intermedios del razonamiento del Grupo Especial que, en relación con otros elementos de su análisis, constituían la base de la conclusión del Grupo Especial relativa a los vínculos existentes entre las medidas impugnadas por Ucrania y las disposiciones de la OMC supuestamente infringidas. Además, Rusia adujo que el Grupo Especial había incurrido en error al no reconocer las similitudes entre las deficiencias de la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada en este asunto y las presentadas en el asunto *China - Materias primas*. El Órgano de Apelación constató que el Grupo Especial había abordado debidamente el mismo argumento expuesto por Rusia ante el Grupo Especial y había ofrecido una explicación detallada de por qué no apreciaba suficientes similitudes entre la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada en este asunto y las presentadas en el asunto *China - Materias primas*.

En lo que respecta a la identificación de la tercera medida de la solicitud de establecimiento de un grupo especial de Ucrania, Rusia alegó que el Grupo Especial no examinó la descripción de la tercera medida que figura en dicha solicitud "por los términos en que está formulada". El Órgano de Apelación recordó que, para determinar si una solicitud de establecimiento de un grupo especial cumple lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 6, un grupo especial debe examinar minuciosamente dicha solicitud, leída *en su conjunto*. El Órgano de Apelación consideró que la lectura propuesta por Rusia de la solicitud de establecimiento de un grupo especial no tendría en cuenta determinadas partes de la solicitud de establecimiento de un grupo especial, por lo que no constituiría una lectura *en su conjunto*. El Órgano de Apelación consideró que, en este caso, el Grupo Especial evaluó la solicitud de establecimiento de un grupo especial y la tercera medida en consonancia con lo que establece el párrafo 2 del artículo 6 del ESD. Además, Rusia adujo que la tercera medida identificada

por Ucrania era un instrumento jurídico complejo y que, por lo tanto, Ucrania debía especificar las partes concretas de ese instrumento que quería impugnar ante el Grupo Especial. El Órgano de Apelación señaló que el Grupo Especial había examinado el argumento de Rusia pero constató que en la solicitud de establecimiento de un grupo especial de Ucrania se identificaba la medida en litigio y que se hacía con suficiente claridad para que el lector pudiera discernir la medida.

En resumen, el Órgano de Apelación constató por tanto que Rusia no había establecido que el Grupo Especial hubiera incurrido en error al determinar el alcance de su mandato en esta diferencia.

### **3.7.2.2 Alegaciones de Rusia relativas a las constataciones formuladas por el Grupo Especial con respecto a la tercera medida**

#### **3.7.2.2.1 Alegación de Rusia de que el Grupo Especial incurrió en error al constatar la existencia de la tercera medida**

Rusia alegó que el Grupo Especial no realizó una evaluación objetiva de conformidad con el artículo 11 del ESD al constatar que se había demostrado la existencia de la tercera medida, descrita como una prescripción de no reconocimiento *general* que, a juicio de las autoridades rusas, se *derivaba* del Reglamento Técnico 001/2011 de la Unión Aduanera. Rusia afirmó que la tercera medida constatada por el Grupo Especial no existía, porque la supuesta prescripción de no reconocimiento no era de carácter general y no se derivaba del Reglamento Técnico 001/2011.

En concreto, Rusia adujo que el texto del Reglamento Técnico 001/2011 de la Unión Aduanera es neutral en cuanto al origen y que, en virtud del Tratado de la Unión Económica Euroasiática (Tratado de la UEEA), los productos sujetos a los reglamentos técnicos de la Unión Aduanera deben ponerse en circulación en la Unión Aduanera sin prescripciones adicionales. Rusia también adujo que, en la medida en que las autoridades de Rusia en cuestión interpretaron el Reglamento Técnico 001/003 de la Unión Aduanera y concluyeron que la prescripción de no reconocimiento se derivaba de este reglamento, estas autoridades no eran competentes para interpretar el Reglamento Técnico 001/2011 de la Unión Aduanera. Con respecto a estos argumentos, el Órgano de Apelación recordó que la tercera medida no era el Reglamento Técnico 001/2011 de la Unión Aduanera en sí, sino que era la supuesta *decisión* de las autoridades rusas de no reconocer la validez de los certificados expedidos para los productos ferroviarios ucranianos por los órganos de certificación de otros países de la Unión Aduanera a no ser que los productos hubiesen sido manufacturados dentro de la Unión Aduanera. Al Órgano de Apelación no le parecieron convincentes los argumentos de Rusia, relativos al significado del Reglamento Técnico 001/2011 de la Unión Aduanera en sí, para determinar la cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en su análisis de si existía la tercera medida descrita por Ucrania. Rusia también se basó en el hecho de que sus autoridades habían *expedido* certificados relativos a productos producidos fuera de la Unión Aduanera de conformidad con el Reglamento Técnico 001/2011 de la Unión Aduanera para aducir que no existía una prescripción de no reconocimiento general derivada del Reglamento Técnico 001/2011 de la Unión Aduanera. El Órgano de Apelación recordó que la tercera medida se refería solo al *no reconocimiento* por Rusia de certificados expedidos a productores ucranianos de conformidad con el Reglamento Técnico 001/2011 de la Unión Aduanera en otros países de la Unión Aduanera y, por lo tanto, no le convenció este argumento. En resumen, el Órgano de Apelación constató que Rusia no había establecido que el Grupo Especial actuara de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al constatar que la tercera medida era de carácter general y se derivaba del Reglamento Técnico 001/2011 de la Unión Aduanera. Por lo tanto, el Órgano de Apelación confirmó la constatación del Grupo Especial de que se había demostrado la existencia de la tercera medida.

#### **3.7.2.2.2 Alegación de Rusia de que el Grupo Especial incurrió en error al eximir a Ucrania de la necesidad de acreditar *prima facie* que la tercera medida existe como una medida única**

Rusia alegó que el Grupo Especial incurrió en error en el marco del artículo 11 del ESD al eximir a Ucrania de tener que acreditar *prima facie* la existencia de una medida única compuesta por varios instrumentos distintos. Rusia adujo que los distintos documentos identificados en la solicitud de establecimiento de un grupo especial de Ucrania con respecto a la tercera medida tienen distinta fuerza jurídica y distinto ámbito de aplicación. En opinión de Rusia, Ucrania no explicó el funcionamiento conjunto de esos distintos instrumentos como una medida única. El Órgano de Apelación recordó que el artículo 11 del ESD exige a los grupos especiales que identifiquen una

medida mediante su estudio minucioso, aunque lo que se requiere exactamente dependerá de las circunstancias de cada caso. En este asunto, el Órgano de Apelación observó que el Grupo Especial evaluó las relaciones y las interacciones entre los diferentes instrumentos presentados por Ucrania y confirmó que la tercera medida existía como una única medida. En consecuencia, el Órgano de Apelación constató que Rusia no estableció que el Grupo Especial hubiera eximido a Ucrania de su deber de establecer una presunción *prima facie* de que la tercera medida existía como una medida única.

### **3.7.2.2.3 La alegación de Rusia de que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que la tercera medida estaba comprendida en su mandato**

Rusia alegó que el Grupo Especial incurrió en error en el marco del párrafo 2 del artículo 6 y el párrafo 1 del artículo 7 del ESD al constatar que la tercera medida está comprendida dentro del mandato del Grupo Especial. En opinión de Rusia, la tercera medida identificada en la solicitud de establecimiento de un grupo especial de Ucrania era el Reglamento Técnico 001/2011 de la Unión Aduanera, en sí, que era distinta de la tercera medida descrita por Ucrania y el Grupo Especial en las comunicaciones escritas y el informe del Grupo Especial, respectivamente. Rusia sostuvo que, en consecuencia, el Grupo Especial evaluó una medida que no estaba comprendida en su mandato y, por consiguiente, actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD. El Órgano de Apelación observó que la alegación de Rusia a este respecto se basaba en la premisa de que el Grupo Especial incurrió en error en su identificación de la tercera medida en la solicitud de establecimiento de un grupo especial de Ucrania. Tras haber rechazado esta premisa al abordar la alegación de Rusia relativa a la resolución preliminar del Grupo Especial, el Órgano de Apelación confirmó la constatación del Grupo Especial de que la tercera medida estaba comprendida en su mandato.

### **3.7.2.2.4 La alegación de Rusia de que el Grupo Especial incurrió en error al seguir formulando constataciones con respecto a la supuesta condición relativa al registro**

Rusia alegó que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al formular constataciones con respecto a una medida que no estaba comprendida en su mandato. En concreto, Rusia adujo que el Grupo Especial formuló constataciones sobre la supuesta "condición relativa al registro" después de haber concluido que esta medida no estaba comprendida en su mandato. El Órgano de Apelación recordó que en asuntos anteriores había aclarado que los grupos especiales no se exceden en su mandato cuando formulan observaciones simplemente descriptivas que no constituyen constataciones o conclusiones jurídicas. En este asunto, el Órgano de Apelación constató que las declaraciones del Grupo Especial en cuestión eran declaraciones simplemente descriptivas o se referían, debidamente, a la tercera medida. En consecuencia, el Órgano de Apelación constató que Rusia no había establecido que el Grupo Especial actuara de manera incompatible con el artículo 11 del ESD.

### **3.7.2.3 Alegación formulada por Ucrania al amparo del párrafo 1.1 del artículo 5 del Acuerdo OTC**

#### **3.7.2.3.1 La interpretación que hizo el Grupo Especial del párrafo 1.1 del artículo 5 del Acuerdo OTC**

Ucrania adujo que el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación y aplicación de la expresión "en una situación comparable" que figura en el párrafo 1.1 del artículo 5 al no explicar lo que se tiene que comparar exactamente, con respecto a las instrucciones por las que se suspendieron certificados y las decisiones por las que se rechazaron solicitudes de nuevos certificados. Específicamente, Ucrania consideró que el Grupo Especial proporcionó una interpretación muy limitada de la frase "en una situación comparable" y no aclaró si es necesario evaluar la situación de un país en su totalidad o la de los proveedores pertinentes.

Para empezar, el Órgano de Apelación observó que el párrafo 1.1 del artículo 5 del Acuerdo OTC comprende dos cláusulas: la primera cláusula establece una obligación de trato nacional y una obligación de trato de la nación más favorecida en relación con las condiciones de acceso a una evaluación de la conformidad para los proveedores de productos similares y la segunda cláusula define el "acceso" a los procedimientos de evaluación de la conformidad a los efectos de estas obligaciones. El Órgano de Apelación además observó que la "similitud" de los productos en cuestión es esencial para definir el alcance de las obligaciones de no discriminación en el marco del párrafo 1.1

del artículo 5, de modo que no existe la obligación de conceder acceso a la evaluación de la conformidad en condiciones no menos favorables si los productos suministrados no son "similares". Además, el Órgano de Apelación consideró que el párrafo 1.1 del artículo 5 exige que se evalúe si las condiciones del acceso a la evaluación de la conformidad que concede el Miembro regulador a los proveedores de productos nacionales o de terceros países modifican las condiciones de competencia en detrimento de los proveedores de productos importados similares. Por último, el Órgano de Apelación señaló que las obligaciones de trato nacional y de trato de la nación más favorecida establecidas en el párrafo 1.1 del artículo 5 están matizadas por la frase "en una situación comparable". Según el Órgano de Apelación, aun cuando la palabra "situación" podría abarcar un gran número de factores sobre la base de los cuales podría hacerse una comparación, los factores pertinentes serían los que inciden en las condiciones en las que se concede acceso a la evaluación de la conformidad en un caso determinado. Además, con arreglo a la segunda cláusula del párrafo 1.1 del artículo 5, las reglas del procedimiento de evaluación de la conformidad también serán pertinentes para definir el universo de situaciones que han de ser comparadas.

El Órgano de Apelación señaló que la expresión "en una situación comparable" se refiere a toda la frase "de manera que se conceda acceso a los proveedores ... en condiciones no menos favorables" y no solo a la expresión "de cualquier otro país" o a los "proveedores de productos similares". Por lo tanto, la expresión "en una situación comparable" matiza toda la prescripción de conceder acceso a los proveedores de productos similares en condiciones no menos favorables, lo que indica que la cuestión de si una situación es "comparable" debería evaluarse en relación con la medida en litigio por la que se concede acceso a la evaluación de la conformidad a los proveedores de productos similares y a la luz de las circunstancias concretas de cada caso. Además, el Órgano de Apelación consideró que la función de los procedimientos de evaluación de la conformidad, que es determinar que se cumplen las prescripciones pertinentes de los reglamentos técnicos o normas, según se indica en el párrafo 3 del Anexo 1 del Acuerdo OTC, ofrece orientación para la determinación de la existencia de una "situación comparable". Por lo tanto, los factores que inciden en la capacidad de los Miembros para determinar que se cumplen las prescripciones pertinentes de los reglamentos técnicos o las normas pueden ser pertinentes en la indagación relativa a "una situación comparable".

El Órgano de Apelación además observó que las obligaciones establecidas en el párrafo 1.1 del artículo 5 se refieren al "acceso a los *proveedores* de productos similares" a la evaluación de la conformidad y que la segunda cláusula del párrafo 1.1 del artículo 5 define el "acceso" como el "derecho de los *proveedores* a una evaluación de la conformidad". Según el Órgano de Apelación, son por consiguiente los proveedores de productos similares los que tienen derecho a una evaluación de la conformidad según las reglas del procedimiento y en condiciones no menos favorables, y la comparabilidad de las situaciones debe evaluarse por referencia a los "proveedores". Por lo tanto, los factores relacionados con todo un país pueden ser pertinentes para la indagación de si existe una "situación comparable" en la medida en que afectan a los proveedores de los productos similares en cuestión en un caso determinado.

En resumen, el Órgano de Apelación constató que la evaluación de si el acceso se concede en condiciones no menos favorables "en una situación comparable" en el sentido del párrafo 1.1 del artículo 5 debe centrarse en factores que influyan en las condiciones en las que se concede acceso a la evaluación de la conformidad en ese caso específico y en la capacidad del Miembro regulador para garantizar el cumplimiento de las prescripciones del reglamento técnico o la norma subyacente. En un caso determinado, esa evaluación puede entrañar el análisis de diversos factores, entre ellos las reglas del procedimiento de evaluación de la conformidad; si se ha impugnado su elaboración, adopción o aplicación; la naturaleza de los productos en cuestión; y la situación de un país o proveedor en particular. No obstante, los factores pertinentes para determinar la existencia de una "situación comparable" deberían guardar relación en definitiva con la capacidad del Miembro de hacer una declaración positiva de conformidad con respecto a los proveedores específicos de productos similares en cuestión, de modo que si no existiera una situación comparable en el caso de esos proveedores, la obligación de conceder un acceso no discriminatorio a la evaluación de la conformidad no sería aplicable a ellos.

Pasando al examen del análisis que hizo el Grupo Especial en el marco del párrafo 1.1 del artículo 5, el Órgano de Apelación consideró que el Grupo Especial había expuesto correctamente la interpretación de dicha disposición. Así, el Grupo Especial había reconocido correctamente que, al determinar si una situación es comparable, de modo que no deben concederse condiciones de acceso menos favorables, "es preciso distinguir los factores pertinentes que hacen que una situación sea comparable o no" y que los factores pertinentes incluirían la capacidad del Miembro importador de

realizar actividades de evaluación de la conformidad según las reglas del procedimiento con la debida seguridad. Específicamente, el Órgano de Apelación coincidió con el Grupo Especial en que los aspectos pertinentes de una situación incluirían "aquellos propios de los proveedores a los que supuestamente se ha concedido acceso en condiciones menos favorables o de la ubicación de las instalaciones de los proveedores".

A la luz de lo anterior, el Órgano de Apelación concluyó que el Grupo Especial expuso adecuadamente el marco interpretativo del párrafo 1.1 del artículo 5 del Acuerdo OTC y no incurrió en error en su interpretación de la expresión "en una situación comparable".

### **3.7.2.3.2 La aplicación por el Grupo Especial del párrafo 1.1 del artículo 5 del Acuerdo OTC**

Ucrania además adujo que, en su análisis en el marco del párrafo 1.1 del artículo 5, el Grupo Especial se basó en consideraciones generales relacionadas con la situación política o de seguridad interna en Ucrania que no influían en la situación de los proveedores pertinentes cuyos certificados fueron suspendidos o rechazados. Ucrania cuestionó en particular el énfasis que se hizo en la evaluación del Grupo Especial en el riesgo para la vida o la salud de los *inspectores* rusos, en lugar de en aspectos específicos de los *proveedores* en cuestión o la ubicación de las instalaciones de los proveedores. A juicio de Ucrania, el Grupo Especial tenía que comparar las situaciones de los proveedores específicos cuyos certificados fueron suspendidos o cuyas solicitudes fueron rechazadas por la FBO con las situaciones de los proveedores de productos similares originarios de Rusia y de otros países.

El Órgano de Apelación observó que, en su evaluación de las pruebas que obran en el expediente, el Grupo Especial solo hizo referencias limitadas a factores pertinentes relacionados con los proveedores específicos en cuestión, como la ubicación de las instalaciones de los proveedores. Es importante señalar que, si bien el Grupo Especial centró su análisis en la situación en materia de seguridad en Ucrania en general, no evaluó las pruebas obrantes en el expediente con miras a determinar cómo se relacionaba la situación en materia de seguridad con los proveedores específicos en cuestión y de hecho no se centró, como señaló en su interpretación, en "[aspectos] propios de los proveedores a los que supuestamente se ha concedido acceso en condiciones menos favorables o de la ubicación de las instalaciones de los proveedores". Así pues, el Órgano de Apelación no consideró que, en su evaluación de la existencia de una "situación comparable", el Grupo Especial hubiese tenido en cuenta la situación de los proveedores específicos en cuestión o las regiones en que se ubicaban los proveedores pertinentes o hubiese proporcionado una explicación sobre cómo las pruebas obrantes en el expediente relativas a la existencia de preocupaciones en materia de seguridad y un sentimiento de rechazo hacia Rusia en Ucrania en general se relacionaban con estas regiones y proveedores.

Además, el Órgano de Apelación señaló que, en su evaluación general de las pruebas, el Grupo Especial había hecho referencia a la importancia de proteger la vida y la salud humanas y señaló que "al aplicar el párrafo 1.1 del artículo 5, el Miembro importador puede verse en la necesidad de sopesar y confrontar los intereses de los proveedores de productos originarios de los territorios de otros Miembros en el marco de una evaluación de la conformidad con su interés por *salvaguardar la vida o la salud de sus empleados* al llevar a cabo actividades de evaluación de la conformidad, por ejemplo inspecciones, en el extranjero". El Órgano de Apelación reconoció que el Grupo Especial no se basó en la protección de la vida y la salud humanas como un objetivo legítimo pertinente en virtud del párrafo 1.1 del artículo 5 en general, sino más bien consideró que este objetivo era un factor pertinente para determinar la existencia de una "situación comparable" en las circunstancias del presente asunto, en la medida en que podía considerarse un factor que influía en la capacidad de los Miembros para determinar que se cumplen las prescripciones pertinentes de los reglamentos técnicos o las normas, y garantizar de ese modo el cumplimiento de estas prescripciones. Al mismo tiempo, el Órgano de Apelación señaló que la cuestión que tenía ante sí el Grupo Especial era si en el presente asunto existía una situación comparable. Según el Órgano de Apelación, el interés de salvaguardar la vida y la salud de los empleados gubernamentales solo podía constituir una consideración pertinente a los efectos de establecer la existencia de una "situación comparable" en la medida en que la situación aplicable a *los proveedores específicos en cuestión* obstaculiza las condiciones para conceder acceso a la evaluación de la conformidad.

El Órgano de Apelación también discrepó de la conclusión del Grupo Especial de que había una necesidad de "sopesar y confrontar" los intereses de acceso a los mercados de los proveedores de productos originarios de los territorios de otros Miembros con el interés de salvaguardar la vida y la



salud de los empleados gubernamentales. El Órgano de Apelación consideró que, si bien este criterio de confrontación puede ser apropiado para evaluar si una medida restringe el comercio más de lo necesario en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, esta no era la cuestión que se planteaba en el marco del párrafo 1.1 del artículo 5. El Órgano de Apelación tampoco vio base alguna para la declaración del Grupo Especial de que el Miembro importador goza de cierto "margen de discrecionalidad" para llevar adelante ese proceso de sopesar y confrontar los intereses de los proveedores y los empleados, en la medida en que la existencia de una "situación comparable" debía establecerse sobre la base de pruebas relativas a los proveedores en cuestión. A la luz de estas consideraciones, el Órgano de Apelación concluyó que, al centrarse en su análisis en la cuestión de si la FBO "abusó de su margen de discrecionalidad al tratar de lograr un equilibrio entre los intereses de los proveedores ucranianos y los de los empleados de la FBO", el Grupo Especial no consideró cómo el interés de salvaguardar la vida y la salud de los empleados de la FBO se relacionaba con los proveedores de productos ferroviarios ucranianos en cuestión y, por ende, no abordó la cuestión de si la situación en materia de seguridad en Ucrania que se relacionaba con los proveedores en cuestión era comparable con la situación de seguridad en otros países y de otros proveedores.

Por último, el Órgano de Apelación señaló que el error en que incurrió el Grupo Especial al aplicar el marco jurídico correcto para examinar la existencia de una "situación comparable" también se vio reflejado en su utilización de pruebas que eran o bien de carácter general y no se relacionaban con la existencia de preocupaciones en materia de seguridad y un sentimiento de rechazo hacia Rusia en las regiones específicas en las que se ubicaban los proveedores pertinentes o reflejaban la situación en regiones distintas de las de los proveedores. Además, algunas de las pruebas en que se basó el Grupo Especial se referían explícitamente al conflicto armado como limitado a las regiones de Donbass y Crimea de Ucrania, es decir, regiones distintas de las regiones en que se ubicaban los proveedores pertinentes. No obstante, el Grupo Especial consideró que estas pruebas eran pertinentes para su análisis de una situación comparable, sin examinar de qué modo era aplicable a las regiones en que se ubicaban los proveedores en cuestión, aunque semejante análisis era de particular importancia, a los efectos de responder a la pregunta de si la situación en materia de seguridad en determinadas regiones de Ucrania, combinada con la existencia de un sentimiento de rechazo hacia Rusia en esas mismas regiones, daba lugar a la ausencia de una "situación comparable" con respecto a los proveedores ubicados en esas regiones y a los efectos de la realización de inspecciones *in situ* por parte de empleados de la FBO rusos durante el período pertinente.

A la luz de lo que antecede, el Órgano de Apelación constató que el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 1.1 del artículo 5 del Acuerdo OTC a los hechos del presente asunto al constatar que, entre abril de 2014 y diciembre de 2016, se denegó a los proveedores ucranianos de productos ferroviarios el acceso no menos favorable en una situación que no era comparable a la situación en que Rusia concedió acceso a los proveedores de productos ferroviarios rusos y a los proveedores de productos ferroviarios procedentes de otros países. Por los mismos motivos, el Órgano de Apelación constató que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que se concedieron condiciones de acceso menos favorables a proveedores ucranianos de productos ferroviarios también con respecto a las dos decisiones por las que la FBO rechazó las solicitudes presentadas por proveedores ucranianos de conformidad con el Reglamento Técnico 001/2011 de la Unión Aduanera (decisiones 1 y 2). No obstante, el Órgano de Apelación no tenía ante sí suficientes constataciones fácticas del Grupo Especial o hechos no controvertidos en el expediente del Grupo Especial en los que pudiera basarse para completar el análisis jurídico.

#### **3.7.2.4 Alegación formulada por Ucrania al amparo del párrafo 1.2 del artículo 5 del Acuerdo OTC**

Ucrania adujo que el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva del asunto que se le había sometido como prescribe el artículo 11 del ESD al constatar que no había alternativas al alcance de Rusia que restringieran menos el comercio en el sentido del párrafo 1.2 del artículo 5 del Acuerdo OTC, y que Ucrania no había establecido que Rusia hubiese actuado de forma incompatible con las obligaciones que le correspondían en el marco de esa disposición, con respecto a las instrucciones por las que se suspendieron certificados y las decisiones por las que se rechazaron solicitudes de nuevos certificados.

El Órgano de Apelación comenzó su análisis subrayando que ambas frases del párrafo 1.2 del artículo 5 se referían a la noción de "necesidad", y que su significado se ha de determinar en el contexto específico de esta disposición. En concreto, la especificación "[e]llo significa" en el principio



de la segunda frase, seguida de la expresión "entre otras cosas", indicaba que la segunda frase describe una situación en que se elabora, adopta o aplica un procedimiento de evaluación de la conformidad que tenga por objeto o efecto crear obstáculos innecesarios al comercio internacional y proporciona un contexto útil para entender cómo se ha de interpretar en su conjunto la noción de "necesidad" a que se hace referencia en el párrafo 1.2 del artículo 5. El Órgano de Apelación también señaló que, en la segunda frase, la cuestión de si un procedimiento es "más estricto[]" o "se aplica[]" de forma más rigurosa de lo necesario" se ha de evaluar en relación con la cuestión de si da al Miembro importador la "debida seguridad" de que los productos están en conformidad con los reglamentos técnicos o las normas aplicables. El Órgano de Apelación también señaló las semejanzas y diferencias pertinentes entre los textos del párrafo 2 del artículo 2 y del párrafo 1.2 del artículo 5 del Acuerdo OTC y señaló que ambas disposiciones establecen la obligación de que los Miembros de la OMC no creen obstáculos innecesarios al comercio internacional y especifican determinados factores que se han de tener en cuenta en un análisis de la necesidad. El Órgano de Apelación concluyó que la existencia de un "obstáculo[] innecesario[] al comercio internacional" en el marco de las frases primera y segunda del párrafo 1.2 del artículo 5 del Acuerdo OTC, leídas en conjunto, puede establecerse sobre la base de un análisis de los factores siguientes: i) si el procedimiento de evaluación de la conformidad da la debida seguridad respecto de la conformidad con el reglamento técnico o la norma subyacente; ii) la rigurosidad del procedimiento de evaluación de la conformidad o de la manera de aplicarlo; y iii) la naturaleza de los riesgos y la gravedad de las consecuencias que generaría una falta de conformidad con el reglamento técnico o la norma. Dado que la función de los procedimientos de evaluación de la conformidad es garantizar el cumplimiento del reglamento técnico o la norma subyacente, el objetivo legítimo de este reglamento o norma también sería pertinente para determinar la naturaleza de los riesgos y la gravedad de las consecuencias que generaría una falta de conformidad. Al igual que sucede en el marco del párrafo 2 del artículo 2, el procedimiento de evaluación de la conformidad puede compararse con posibles procedimientos alternativos que están razonablemente al alcance, son menos estrictos o se aplican de manera menos rigurosa y contribuyen de forma equivalente a dar al Miembro importador la debida seguridad. En definitiva, este análisis implica sopesar y confrontar mediante un proceso holístico todos los factores pertinentes.

Con respecto a la carga de la prueba en el marco del párrafo 1.2 del artículo 5, el Órgano de Apelación recordó que mientras que el artículo XX del GATT de 1994 establece excepciones, el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC contiene obligaciones positivas y esta diferencia se debe tener en cuenta en la asignación de la carga de la prueba que se impone a los demandados y reclamantes en el marco de las disposiciones respectivas. Dado que, en virtud del párrafo 1.2 del artículo 5, corresponde al reclamante la carga de establecer los elementos de un incumplimiento de una obligación positiva, el Órgano de Apelación consideró que la asignación de la carga de la prueba a los reclamantes y a los demandados en el marco de esta disposición había de guiarse por consideraciones similares a las que existen en el marco del párrafo 2 del artículo 2. Específicamente, mientras que, en virtud del artículo XX del GATT de 1994, el demandado debe demostrar que la medida alternativa propuesta por el reclamante *no* está, en última instancia, razonablemente disponible para el demandado, en virtud del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC el reclamante debe efectuar una acreditación *prima facie* de que la medida alternativa que propone *está* razonablemente disponible. En cualquier caso, el hecho de que las medidas alternativas sirvan como "herramienta[s] conceptual[es]" en la evaluación del grado de restricción del comercio de la medida también informa la naturaleza y el alcance de las pruebas exigidas. Teniendo en cuenta que los detalles concretos de la aplicación pueden depender de la capacidad y de las circunstancias particulares del Miembro en cuestión que debe proceder a la aplicación, resultaría incongruente esperar que un reclamante proporcionara información detallada sobre cómo aplicaría en la práctica el demandado la medida alternativa propuesta y estimaciones exactas y completas de los costos que dicha aplicación conllevaría.

Con respecto a la alegación formulada por Ucrania en apelación, el Órgano de Apelación recordó que Ucrania había presentado ante el Grupo Especial cuatro medidas alternativas: i) incrementar la comunicación con los productores ucranianos pertinentes; ii) encomendar inspecciones *in situ* en Ucrania a las autoridades competentes de Kazajstán y Belarús; iii) acreditar a inspectores no rusos, ya sean expertos u organizaciones, para que realizaran inspecciones en Ucrania; y iv) realizar inspecciones *ex situ*.

El Órgano de Apelación abordó primero la alegación de Ucrania, que cuestionaba la forma en que el Grupo Especial asignó la carga de la prueba en el caso de la alternativa que consistía en que la FBO realizara inspecciones *ex situ* (cuarta alternativa). Específicamente, a juicio de Ucrania, el Grupo

Especial incurrió en error al constatar que correspondía a Ucrania presentar pruebas del cumplimiento de los requisitos legales para la realización de tales inspecciones *ex situ* como alternativa a las inspecciones *in situ*. El Órgano de Apelación recordó que Ucrania había aducido ante el Grupo Especial que Rusia podría haber efectuado inspecciones *ex situ* en vez de suspender los certificados debido a la imposibilidad de realizar controles de inspección *in situ*. Por su parte, Rusia había afirmado que solo podían realizarse inspecciones *ex situ* si se cumplían las condiciones establecidas en el artículo 7.4.1 de la Norma organizativa CTO sobre el Procedimiento relativo a la organización y ejecución del control de inspección de los productos certificados (PC-FZT 08-2013), entre otras, que no hubiera habido hechos de falta de conformidad durante el anterior control de inspección y que no hubiera reclamaciones de consumidores en relación con la calidad de los productos certificados.

El Órgano de Apelación señaló que, para el Grupo Especial, en los casos en que las pruebas obrantes en el expediente no establecían de manera inequívoca que las dos condiciones pertinentes previstas en el artículo 7.4.1 de PC-FZT 08-2013 se habían cumplido, Ucrania no había demostrado que la posibilidad de realizar inspecciones *ex situ* estuviera razonablemente al alcance en el caso de los productos ferroviarios abarcados por las instrucciones pertinentes. El Órgano de Apelación observó que Ucrania solo impugnó la aplicación por Rusia del procedimiento de evaluación de la conformidad a los certificados en cuestión, y no el procedimiento en sí. Por consiguiente, era posible que Ucrania identificara una medida alternativa que coincidiera con un instrumento que ya existía en el marco legislativo de Rusia. Al mismo tiempo, el Órgano de Apelación afirmó que no es necesario que las medidas alternativas ya existan en la legislación del Miembro demandado, aun cuando un procedimiento de evaluación de la conformidad se impugna "en su aplicación", y no "en sí". En efecto, la función de las medidas alternativas es ayudar a determinar si una medida de evaluación de la conformidad adoptada por un Miembro es más estricta o se aplica de manera más rigurosa de lo necesario para garantizar la conformidad en el marco del párrafo 1.2 del artículo 5 y no establecer positivamente que las condiciones enunciadas en la legislación nacional para la aplicación de una medida diferente pueden haber estado presentes.

Según el Órgano de Apelación, la finalidad de este análisis relacional en el marco del párrafo 1.2 del artículo 5 era, por lo tanto, comparar la medida en litigio y una medida alternativa, o sus aplicaciones respectivas, en lo que respecta a su rigurosidad y el grado en que contribuyen a lograr el objetivo de dar una debida seguridad respecto de la conformidad. Esta comparación no se podía llevar a cabo con una medida alternativa que sea de carácter meramente teórico porque, por ejemplo, el Miembro al que incumbe la aplicación no es capaz de adoptarla, o porque impone una carga indebida a ese Miembro. Al mismo tiempo, la comparación de la medida impugnada con una medida alternativa hipotética se mantiene a un nivel conceptual. Por lo tanto, el hecho de que una medida con un contenido igual o similar a la alternativa propuesta ya exista en el marco legislativo del Miembro demandado no cambia la función de la medida alternativa como un "instrumento conceptual" en el análisis de la necesidad. En consecuencia, como parte del establecimiento de una acreditación *prima facie*, el reclamante ha de proporcionar una indicación suficiente de que las alternativas propuestas estarían razonablemente al alcance del Miembro al que incumbe la aplicación, por ejemplo demostrando que los costos de las alternativas propuestas no serían *a priori* prohibitivos y que las posibles dificultades técnicas asociadas a su aplicación no serían tan importantes que hicieran que las alternativas propuestas fueran simplemente de naturaleza teórica. A continuación, la carga se trasladaría al demandado, para que aportara pruebas que demuestren que las medidas alternativas propuestas eran en efecto simplemente de naturaleza teórica o que conllevaban una carga indebida porque, por ejemplo, suponían costos prohibitivamente elevados o entrañaban dificultades técnicas importantes.

El Órgano de Apelación afirmó que, en este asunto, la comparación entre la medida efectivamente adoptada por Rusia y la medida alternativa se debía realizar a nivel conceptual a los efectos de establecer una presunción *prima facie* acerca de si la alternativa estaba razonablemente al alcance de Rusia. En cambio, el Grupo Especial había considerado que "correspondía a Ucrania presentar pruebas sobre la inexistencia de faltas de conformidad y reclamaciones de consumidores respecto de los productos ferroviarios comprendidos en los certificados suspendidos". Por lo tanto, el análisis del Grupo Especial mezcló dos conceptos distintos: la medida alternativa propuesta por Ucrania y la medida existente en el marco del artículo 7.4.1 de PC-FZT 08-2013.

En concreto, el Órgano de Apelación consideró que la cuestión sometida al Grupo Especial en el marco del párrafo 1.2 del artículo 5 era si existía una manera menos rigurosa de aplicar este procedimiento, distinta de la suspensión de los certificados, que también contribuiría de forma

equivalente al objetivo de dar a Rusia la debida seguridad de que los productos ferroviarios ucranianos estaban en conformidad con los reglamentos técnicos de Rusia, y que estaría razonablemente al alcance de Rusia. No obstante, el Grupo Especial no abordó la cuestión de si la descripción de la medida presentada por Ucrania era suficiente para demostrar *prima facie* que no habría sido inviable que Rusia adoptara esa medida alternativa. Según el Órgano de Apelación, el hecho de que determinada información estuviera a disposición de Ucrania, así como la cuestión de si "realizó esfuerzos razonables para obtener [esta] información de Rusia", era distinto de la cuestión de a qué Miembro corresponde la carga de la prueba con respecto a la aplicación de las condiciones establecidas en el artículo 7.4.1.

Teniendo en cuenta lo expuesto *supra*, el Órgano de Apelación no consideró que, a los efectos de establecer la disponibilidad razonable de la medida alternativa consistente en realizar inspecciones *ex situ*, fuese necesario que Ucrania proporcionara información sobre el cumplimiento de las dos prescripciones establecidas en el artículo 7.4.1, a saber, la inexistencia de faltas de conformidad y reclamaciones de consumidores respecto de los productos ferroviarios comprendidos en las suspensiones en litigio. Por consiguiente, la carga de la prueba que el Grupo Especial atribuyó a Ucrania superaba lo que Ucrania estaba obligada a establecer para efectuar una acreditación *prima facie* de que una medida hipotética habría estado razonablemente al alcance de Rusia en las circunstancias del caso.

Por consiguiente, el Órgano de Apelación constató que el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva del asunto que se le había sometido de conformidad con el artículo 11 del ESD al asignar la carga de la prueba en el marco del párrafo 1.2 del artículo 5 del Acuerdo OTC en su análisis de esta medida alternativa. Con respecto a las otras tres medidas alternativas propuestas, no obstante, el Órgano de Apelación constató que Ucrania no estableció que el Grupo Especial hubiese incurrido en error al hacer una evaluación objetiva del asunto que se le había sometido al constatar que Ucrania no había establecido que estas medidas estuviesen razonablemente al alcance. A falta de suficientes constataciones fácticas del Grupo Especial y hechos no controvertidos obrantes en el expediente del Grupo Especial, el Órgano de Apelación no estuvo en condiciones de completar el análisis jurídico.

### **3.7.2.5 Alegación formulada por Ucrania relativa a la existencia de la acción de impedir sistemáticamente la importación**

Ucrania afirmó que el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva del asunto que se le había sometido de conformidad con el artículo 11 del ESD al examinar la existencia de una medida global que consistía en la acción de Rusia de impedir sistemáticamente la importación de productos ferroviarios procedentes de Ucrania. Específicamente, Ucrania consideró que el Grupo Especial incurrió en error al caracterizar la medida en litigio en el sentido de que comprendía únicamente decisiones específicas por las que se suspendían certificados, se rechazaban solicitudes de nuevos certificados y no se reconocían certificados de otros países de la Unión Aduanera, que fueron impugnadas de manera separada e individual por Ucrania. Ucrania sostuvo que las decisiones individuales solo eran parte de las pruebas de la medida no escrita, y que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que la existencia de la supuesta medida no escrita estaba supeditada a la incompatibilidad de esas decisiones con las normas de la OMC. A juicio de Ucrania, esto llevó al Grupo Especial a examinar las medidas individuales de manera aislada unas de otras y le impidió evaluar si existía una acción de impedir sistemáticamente la importación sobre la base de todas las pruebas que tenía ante sí.

El Órgano de Apelación recordó que, ante el Grupo Especial, Ucrania había alegado que Rusia mantiene, desde mediados de 2014, una acción de impedir sistemáticamente la importación de productos ferroviarios ucranianos en Rusia mediante: i) la suspensión de certificados válidos que estaban en posesión de los productores ucranianos; ii) la negativa a expedir nuevos certificados; y iii) el no reconocimiento de los certificados expedidos por otros países de la Unión Aduanera, y que esta práctica es incompatible con las obligaciones que corresponden a Rusia en virtud del párrafo 1 del artículo I, el párrafo 1 del artículo XI y el párrafo 1 del artículo XIII del GATT de 1994. El Órgano de Apelación también recordó que, en *Estados Unidos - Reducción a cero (CE)*, había reconocido que, en principio, puede plantearse una impugnación "en sí" contra una medida que no se expresa en forma de documento escrito. En *Argentina - Medidas relativas a la importación*, el Órgano de Apelación había expuesto con mayor detalle el criterio para establecer la existencia de una medida no escrita y, en particular, observó que "los elementos constitutivos que se deben demostrar con pruebas y argumentos para probar la existencia de una medida impugnada estarán informados por la manera en que haya descrito o caracterizado el reclamante dicha medida".

El Órgano de Apelación observó que, al contrario de lo que ocurre con una medida escrita, no se puede establecer la existencia de medidas no escritas presentando a un grupo especial el texto de un instrumento jurídico. En cambio, se deben establecer la existencia y el contenido de una medida no escrita sobre la base de otras pruebas y argumentos, que a menudo son circunstanciales. Además, la medida concreta impugnada y la descripción o caracterización de esa medida hecha por el reclamante informarán el tipo de pruebas que debe presentar el reclamante y los elementos cuya existencia debe demostrar para determinar la existencia de la medida impugnada.

Con respecto al argumento de Ucrania de que el Grupo Especial incurrió en error al no formular conclusiones respecto de la existencia de una medida no escrita antes de evaluar los elementos específicos de esa medida, el Órgano de Apelación observó que el Grupo Especial tomó nota de hecho del contenido exacto de la supuesta medida y enumeró sus elementos constitutivos, incluida la caracterización de la medida por Ucrania como "una medida global no escrita" que comprende varios componentes y tiene como resultado la "acción de impedir sistemáticamente" la importación de productos ucranianos en Rusia. Además, parecía lógico, a la luz de las características de la medida según la descripción de Ucrania, que el análisis subsiguiente del Grupo Especial se centrara en el examen de la existencia de una medida única y su carácter sistemático.

Con respecto al análisis del Grupo Especial sobre la existencia de la supuesta medida no escrita en litigio, el Órgano de Apelación observó que la descripción de la medida hecha por la propia Ucrania presuponía la necesidad de centrarse en el fundamento básico de los casos individuales de suspensiones, rechazos y no reconocimiento de certificados. Por lo tanto, Ucrania había aducido que "los productores ucranianos han visto denegados los certificados, o no han podido utilizarlos, *por razones distintas de la falta de conformidad* con los reglamentos técnicos pertinentes" y que Rusia, "por medio de *un esfuerzo organizado*", "utiliz[ó] todos los medios posibles *para impedir la importación* de productos ferroviarios ucranianos en Rusia". Así pues, el contenido de la medida, según la descripción de Ucrania, exigía una constatación de que los elementos individuales de la medida son partes de un esfuerzo organizado o política con el objetivo de "*impedir sistemáticamente la importación*", y no distintos casos de instrucciones y decisiones adoptadas por razones relativas a la posibilidad de evaluar la conformidad con los reglamentos técnicos pertinentes. Además, ante el Grupo Especial, el debate se centró precisamente en la cuestión de si las suspensiones y los rechazos tuvieron lugar por razones relacionadas con lograr la declaración positiva de conformidad o, en cambio, por razones relacionadas con impedir la importación.

El Órgano de Apelación también recordó que "un reclamante que impugne una medida única compuesta por varios instrumentos diferentes tendrá normalmente que aportar pruebas relativas al funcionamiento conjunto de los distintos componentes como parte de una medida única y a la existencia de una medida única, distinta de sus componentes". En este asunto, correspondía por tanto a Ucrania la carga de establecer que los distintos casos de suspensiones, rechazos y no reconocimiento funcionaban conjuntamente y formaban una medida única global, distinta de sus partes, que perseguía una política consistente en el hecho de impedir la importación. En este contexto, al Órgano de Apelación le pareció que el fundamento básico de las suspensiones y los rechazos constituía un factor importante para determinar si los componentes de la supuesta medida global funcionaban conjuntamente como parte de una medida única. Concretamente, dicho fundamento guardaba relación con la imposibilidad de que la FBO evaluara la conformidad de los productos ferroviarios ucranianos con los reglamentos técnicos rusos pertinentes debido a la situación en materia de seguridad en Ucrania y, por lo tanto, con que no había una situación comparable en el sentido del párrafo 1.1 del artículo 5 del Acuerdo OTC. Si esto fuera cierto, no habría una política o plan común que relacionara las diversas suspensiones y rechazos, de modo que funcionaran conjuntamente como parte de una medida, y en consecuencia no habría pruebas de que "la FBO utilizó sus facultades con el fin de impedir la importación de productos ferroviarios ucranianos en Rusia o como parte de un plan destinado a lograr este objetivo". En cambio, cada una de esas medidas individuales estaría basada en un fundamento distinto e independiente, a saber, la imposibilidad, en cada caso particular, de completar las etapas exigidas del procedimiento de evaluación de la conformidad. Así es como el Órgano de Apelación entendió la declaración del Grupo Especial de que "el hecho de que uno de los tres elementos de la supuesta acción de impedir sistemáticamente la importación ... restrinja de forma injustificable el acceso al mercado ruso no basta para demostrar la existencia de una acción de impedir sistemáticamente las importaciones de productos ucranianos como medida independiente".

El Órgano de Apelación consideró que el texto del Grupo Especial donde se hacía referencia a la compatibilidad o incompatibilidad de las suspensiones y los rechazos era un tanto impreciso.

Sin embargo, el Órgano de Apelación entendió que al Grupo Especial le había preocupado realmente el fundamento básico de esas decisiones, que revelaría la relación entre ellas y por lo tanto la existencia de un plan común. Así pues, a juicio del Órgano de Apelación, si bien puede parecer que el razonamiento del Grupo Especial no distinguía adecuadamente entre la existencia y la compatibilidad de la supuesta medida, en realidad el Grupo Especial había examinado la compatibilidad de los componentes de las medidas únicamente en tanto en cuanto la *justificación* de su compatibilidad llevaría a la conclusión de que esas decisiones se adoptaron con independencia unas de otras y no *como parte de un plan común*. A su vez, la constatación de que no había pruebas de un plan común o esfuerzo organizado para impedir la importación en Rusia de productos ferroviarios ucranianos indicaría que en este asunto no existía una medida global no escrita consistente en la acción de impedir sistemáticamente la importación.

Además, el Órgano de Apelación observó que la supuesta medida, según la describió Ucrania, contiene en sí misma un elemento de incompatibilidad. Por lo tanto, puesto que la descripción de la medida hecha por Ucrania incluía la expresión "impedir la importación", y puesto que el Grupo Especial constató que la mayoría de los componentes individuales de la medida tenían un fundamento básico que no era "impedir la importación", la tarea del Grupo Especial de evaluar la cuestión de la existencia de la medida por separado de la cuestión de su compatibilidad se hizo particularmente difícil. Por último, el Órgano de Apelación constató que la constatación del Grupo Especial con respecto a la existencia de la supuesta medida no escrita no se basó únicamente en su evaluación del fundamento básico de las suspensiones y los rechazos.

En síntesis, habida cuenta de las características de la supuesta medida no escrita, según la presentó Ucrania, y de la evaluación de las pruebas obrantes en el expediente realizada por el Grupo Especial, el Órgano de Apelación no consideró que el Grupo Especial incurriera en error en su evaluación objetiva del asunto que se le había sometido de conformidad con el artículo 11 del ESD al constatar que Ucrania no había demostrado que Rusia hubiera impedido sistemáticamente la importación de productos ferroviarios ucranianos en Rusia.

### **3.8 Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos - Medidas compensatorias sobre el papel supercalandrado procedente del Canadá, WT/DS505/AB/R**

#### **3.8.1 Antecedentes y constataciones del Grupo Especial**

Esta diferencia se refería a la imposición por los Estados Unidos de determinadas medidas en materia de derechos compensatorios sobre las importaciones de papel supercalandrado procedentes del Canadá. El Canadá formuló múltiples alegaciones de incompatibilidad con el Acuerdo SMC y el GATT de 1994 en relación con las determinaciones del Departamento de Comercio de los Estados Unidos (USDOC) en materia de derechos compensatorios con respecto a los productores canadienses Port Hawkesbury Paper LP (PHP), Resolute FP Canada Inc. (Resolute), Irving Paper Ltd. (Irving) y Catalyst Paper Corporation (Catalyst). El Canadá también impugnó una supuesta medida no escrita de "comportamiento constante" que consistía en la formulación por el USDOC de la pregunta relativa a las "otras formas de asistencia" y, si durante la verificación el USDOC descubría información que, a su juicio, debería haberse facilitado en respuesta a esa pregunta (es decir, "asistencia no notificada"), la aplicación de los hechos desfavorables de que se tenía conocimiento para determinar que la información descubierta equivalía a subvenciones susceptibles de derechos compensatorios (la medida "otras formas de asistencia-AFA"). Los Estados Unidos discrepaban de las alegaciones de incompatibilidad del Canadá en su totalidad.

Con respecto a las alegaciones formuladas por el Canadá en relación con PHP, el Grupo Especial constató que los Estados Unidos actuaron de manera incompatible con el párrafo 1 a) 1) iv) y 1 b) del artículo 1, el párrafo 3 del artículo 11, el párrafo 8 del artículo 12 y el párrafo d) del artículo 14 del Acuerdo SMC. Con respecto a las alegaciones formuladas por el Canadá en relación con Resolute, el Grupo Especial constató que el USDOC actuó de manera incompatible con el párrafo 1 b) del artículo 1, el artículo 10, el párrafo 7 del artículo 12, el párrafo 1 del artículo 19 y los párrafos 3-4 del artículo 19 del Acuerdo SMC y con el párrafo 3 del artículo VI del GATT de 1994. El Grupo Especial se abstuvo de pronunciarse sobre determinadas alegaciones formuladas por el Canadá al amparo del párrafo 1 b) del artículo 1, el artículo 10, los párrafos 2-3 del artículo 11, los párrafos 1-3 del artículo 12, el párrafo 8 del artículo 12, el artículo 14, el párrafo 1 del artículo 19 y los párrafos 3-4 del artículo 19 del Acuerdo SMC y el párrafo 3 del artículo VI del GATT de 1994. Con respecto a las alegaciones formuladas por el Canadá en relación con Irving y Catalyst, el Grupo Especial constató que el USDOC actuó de manera incompatible con el artículo 10, el párrafo 1 del artículo 19, los

párrafos 3-4 del artículo 19 y el párrafo 1 del artículo 32 del Acuerdo SMC y con el párrafo 3 del artículo VI del GATT de 1994. El Grupo Especial se abstuvo de pronunciarse sobre determinadas alegaciones formuladas por el Canadá al amparo de los párrafos 2 y 3 del artículo 11 y el párrafo 7 del artículo 12 del Acuerdo SMC. Por último, el Grupo Especial rechazó determinadas alegaciones formuladas por el Canadá al amparo del artículo 10, el párrafo 1 del artículo 19, los párrafos 3-4 del artículo 19 y el párrafo 1 del artículo 32 del Acuerdo SMC y del párrafo 3 del artículo VI del GATT de 1994.

En relación con la medida "otras formas de asistencia-AFA", el Grupo Especial constató que el Canadá había presentado pruebas suficientes para establecer que la medida "otras formas de asistencia-AFA" impugnada constituía un "comportamiento constante". El Grupo Especial no consideró necesario abordar el argumento del Canadá de que la medida impugnada también equivalía a una "regla o norma de aplicación general y prospectiva". El Grupo Especial concluyó que la medida "otras formas de asistencia-AFA" era incompatible con el párrafo 7 del artículo 12 del Acuerdo SMC. Por último, el Grupo Especial se abstuvo de pronunciarse sobre las alegaciones formuladas por el Canadá al amparo del artículo 10, los párrafos 1-3 y 6 del artículo 11 y los párrafos 1 y 8 del artículo 12 del Acuerdo SMC.

Los Estados Unidos impugnaron las constataciones del Grupo Especial de que: i) la medida "otras formas de asistencia-AFA" era un "comportamiento constante" que podía impugnarse en el procedimiento de solución de diferencias de la OMC; y ii) la medida "otras formas de asistencia-AFA" era incompatible con el párrafo 7 del artículo 12 del Acuerdo SMC. El Canadá solicitó al Órgano de Apelación que desestimase las alegaciones formuladas por los Estados Unidos en apelación.

### **3.8.2 Párrafo 6 del artículo 17 del ESD: existencia de la medida "otras formas de asistencia-AFA"**

Para empezar, el Canadá alegó que la alegación de los Estados Unidos de que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que el Canadá había establecido la existencia de la medida "otras formas de asistencia-AFA" quedaba fuera del ámbito del examen en apelación. A juicio del Canadá, la alegación de los Estados Unidos se refería a constataciones fácticas y afectaba a la valoración de los hechos y las pruebas realizada por el Grupo Especial.

El Órgano de Apelación señaló que la aplicación de las normas a los hechos es una tipificación jurídica sujeta al examen en apelación con arreglo al párrafo 6 del artículo 17 del ESD. A juicio del Órgano de Apelación, la alegación formulada por los Estados Unidos se refería a la interpretación y aplicación por el Grupo Especial del criterio jurídico relativo al "comportamiento constante" como medida que puede ser impugnada en el marco de la solución de diferencias de la OMC. El Órgano de Apelación concluyó que la alegación de los Estados Unidos se refería a cuestiones de derecho abarcadas en el informe del Grupo Especial e interpretaciones jurídicas elaboradas por el Grupo Especial y, en consecuencia, estaba comprendida en el ámbito del examen en apelación.

### **3.8.3 Existencia de la medida "otras formas de asistencia-AFA" como "comportamiento constante"**

Los Estados Unidos alegaron que el Grupo Especial incurrió en error en su evaluación del contenido exacto, la aplicación repetida y la probabilidad de que se mantuviera la aplicación de la medida de "comportamiento constante".

En relación con el contenido exacto, los Estados Unidos afirmaron que diferencias relativas al lenguaje utilizado, las situaciones fácticas y los segmentos de los procedimientos en materia de derechos compensatorios en las pruebas examinadas por el Grupo Especial impidieron al Grupo Especial determinar el contenido exacto de la medida. El Órgano de Apelación consideró que el Grupo Especial estuvo acertado al centrarse en el fondo del comportamiento del USDOC en relación con cada elemento de la medida "otras formas de asistencia-AFA", como prueban los ejemplos que el Grupo Especial tuvo ante sí. El Órgano de Apelación estuvo de acuerdo con el Grupo Especial en que las diferencias a las que los Estados Unidos hicieron referencia no restaban valor al hecho de que el fondo del comportamiento del USDOC siguió siendo el mismo en relación con los elementos de la medida. En consecuencia, el Órgano de Apelación concluyó que el Grupo Especial no había incurrido en error al constatar que el Canadá había establecido el contenido exacto de la medida "otras formas de asistencia-AFA", que consiste en que el USDOC formula la pregunta relativa a las "otras formas

de asistencia" y cuando descubre información durante la verificación que, a su juicio, debería haberse facilitado en respuesta a esa pregunta, aplica los AFA para determinar que esa información equivale a subvenciones susceptibles de derechos compensatorios.

Con respecto a la "aplicación repetida", los Estados Unidos sostuvieron que la "aplicación repetida" ha de demostrarse por medio de la aplicación de una supuesta medida en una serie de determinaciones realizadas de modo secuencial en procedimientos sucesivos durante un período prolongado, como en el asunto *Estados Unidos - Continuación de la reducción a cero*. El Órgano de Apelación discrepó de la afirmación de los Estados Unidos y señaló que su razonamiento en esa apelación guardaba relación con la caracterización que hacían las Comunidades Europeas de esa medida en dicha diferencia. A juicio del Órgano de Apelación, el análisis del Grupo Especial reflejaba la caracterización realizada por el Canadá de la medida "otras formas de asistencia-AFA", al centrarse en la repetición de los elementos identificados por el Canadá que formaban parte de dicha medida. Asimismo, Al Órgano de Apelación no le convencía la afirmación de los Estados Unidos de que ciertos ejemplos obrantes en el expediente del Grupo Especial mostraban que el USDOC no aplicó la medida "otras formas de asistencia-AFA". El Órgano de Apelación concluyó en consecuencia que el Grupo Especial no había incurrido en error al constatar que el Canadá había establecido la aplicación repetida de la medida "otras formas de asistencia-AFA".

En relación con la probabilidad de que se mantuviera la aplicación, los Estados Unidos alegaron que para establecer este elemento debía de existir una decisión para mantener determinado comportamiento en el futuro. No obstante, el Órgano de Apelación señaló que no es necesario que un Miembro reclamante se base en una decisión formal del Miembro demandado para demostrar la existencia del "comportamiento constante". El Órgano de Apelación consideró que la probabilidad de que la aplicación se mantuviera podía demostrarse a través de varios factores. A continuación, el Órgano de Apelación estuvo de acuerdo con el Grupo Especial en que la manera constante en que el USDOC hacía referencia a la medida "otras formas de asistencia-AFA", la frecuente referencia a anteriores aplicaciones de la medida en las determinaciones del USDOC, el hecho de que el USDOC se refería a la medida como su "práctica", y la caracterización por el USDOC de una desviación de la medida como "error involuntario" respaldaban en conjunto la conclusión de que era probable que se siguiera aplicando la medida. El Órgano de Apelación concluyó en consecuencia que el Grupo Especial no incurrió en error al constatar que el Canadá había establecido que era probable que la medida siguiera aplicándose en el futuro. Por consiguiente, el Órgano de Apelación confirmó la constatación del Grupo Especial de que la medida "otras formas de asistencia-AFA" existía como un "comportamiento constante" que podía impugnarse en el procedimiento de solución de diferencias de la OMC.

#### **3.8.4 Párrafo 7 del artículo 12 del ESD: "razones"**

Los Estados Unidos alegaron que el Grupo Especial incurrió en error en el marco del párrafo 7 del artículo 12 del ESD al no exponer las "razones" para su constatación de que la medida "otras formas de asistencia-AFA" era incompatible con el párrafo 7 del artículo 12 del Acuerdo SMC.

El Órgano de Apelación recordó que, en el marco del párrafo 7 del artículo 12 del ESD, el grupo especial expondrá en su informe las constataciones de hecho, la aplicabilidad de las disposiciones pertinentes y las razones en que se basen sus conclusiones y recomendaciones. La prescripción de exponer unas "razones" establece una norma mínima con respecto al razonamiento que los grupos especiales han de exponer en apoyo de sus conclusiones. En cumplimiento de esa norma mínima, los grupos especiales han de dar explicaciones y razones suficientes para revelar la justificación esencial o fundamental de esas conclusiones.

El Órgano de Apelación constató que el Grupo Especial incorporó adecuadamente a su examen de la medida "otras formas de asistencia-AFA" las partes pertinentes de su anterior análisis "en su aplicación" en el marco del párrafo 7 del artículo 12 del Acuerdo SMC. El Órgano de Apelación consideró que, por lo tanto, el Grupo Especial había expuesto una interpretación del párrafo 7 del artículo 12 del Acuerdo SMC, había abordado aspectos fácticos pertinentes de la medida "otras formas de asistencia-AFA" y había facilitado una explicación suficiente para presentar la justificación esencial de su constatación. El Órgano de Apelación constató en consecuencia que el Grupo Especial no había incurrido en error en el marco del párrafo 7 del artículo 12 del ESD al no exponer las "razones" en que se basaba su constatación de que la medida "otras formas de asistencia-AFA" era incompatible con el párrafo 7 del artículo 12 del Acuerdo SMC.



### 3.8.5 Párrafo 7 del artículo 12 del Acuerdo SMC

Los Estados Unidos apelaron contra la constatación del Grupo Especial de que la medida "otras formas de asistencia-AFA" era incompatible con el párrafo 7 del artículo 12 del Acuerdo SMC. Los Estados Unidos alegaron que el Grupo Especial incurrió en error: i) al haber prescindido del motivo "entorpezca significativamente" para recurrir a "los hechos de que se tenía conocimiento" con arreglo al párrafo 7 del artículo 12; ii) al considerar que un comportamiento que no estaba contenido en la medida era incompatible con las normas de la OMC; y iii) al constatar que la pregunta relativa a las "otras formas de asistencia" nunca podía ser una petición de "información necesaria" con arreglo al párrafo 7 del artículo 12 del Acuerdo SMC.

El Órgano de Apelación observó que, con arreglo al párrafo 7 del artículo 12 del Acuerdo SMC, la utilización de "los hechos de que se tenga conocimiento" puede basarse en tres motivos alternativos, a saber, cuando una parte interesada o un Miembro interesado: i) "niegue el acceso a la información necesaria ... dentro de un plazo prudencial"; ii) "no ... facilite la información necesaria dentro de un plazo prudencial"; o iii) "entorpezca significativamente la investigación". A juicio del Órgano de Apelación, el análisis de la medida "otras formas de asistencia-AFA" realizado por el Grupo Especial se limitaba a las circunstancias en las que una parte interesada no facilita la "información necesaria". En consecuencia, las constataciones del Grupo Especial no se referían a la utilización por el USDOC de "los hechos de que se tenga conocimiento" cuando una parte interesada entorpezca significativamente una investigación.

Además, el Órgano de Apelación entendió que el Grupo Especial había considerado en falta al USDOC por concluir mecánicamente y sin más trámites que no se había facilitado la información necesaria y que la asistencia descubierta equivalía a una subvención susceptible de derechos compensatorios cuando descubre la asistencia no declarada durante las verificaciones (a saber, asistencia descubierta durante la verificación que, a juicio del USDOC, debería haberse facilitado en respuesta a la pregunta relativa a las "otras formas de asistencia"). El Órgano de Apelación consideró que este comportamiento, identificado como incompatible con la OMC por el Grupo Especial, formaba parte de la medida "otras formas de asistencia-AFA". El Órgano de Apelación también estuvo de acuerdo con el Grupo Especial en que el USDOC no podía limitarse a formular conclusiones sin analizar y considerar más a fondo los hechos de que se tenía conocimiento que obraran en el expediente y las debidas garantías procesales de las partes interesadas. De conformidad con el párrafo 7 del artículo 12 del Acuerdo SMC, las determinaciones habrán de formularse sobre la base de los "hechos" de que se tenga conocimiento, y no "sobre la base de especulaciones o presuposiciones sin fundamento fáctico".

Por último, el Órgano de Apelación no estuvo de acuerdo con la afirmación de los Estados Unidos según la cual el Grupo Especial había constatado que la pregunta relativa a las "otras formas de asistencia" nunca podía ser una solicitud de "información necesaria" con arreglo al párrafo 7 del artículo 12 del Acuerdo SMC. En cambio, el Órgano de Apelación señaló que el Grupo Especial había observado expresamente que la pregunta relativa a las "otras formas de asistencia" "podría guardar relación con información necesaria sobre las subvenciones adicionales del producto objeto de investigación".

El Órgano de Apelación constató en consecuencia que los Estados Unidos no habían demostrado que el Grupo Especial incurriera en error en el marco del párrafo 7 del artículo 12 del Acuerdo SMC. Por consiguiente, el Órgano de Apelación confirmó la constatación del Grupo Especial de que la medida "otras formas de asistencia-AFA" era incompatible con el párrafo 7 del artículo 12 del Acuerdo SMC.

### 3.8.6 Opinión separada de un miembro de la Sección

En una opinión separada, un miembro del Órgano de Apelación consideró que el razonamiento del Grupo Especial y de la mayoría ampliaba el concepto de "comportamiento constante" utilizado en el asunto *Estados Unidos - Continuación de la reducción a cero* hasta hacerlo de algún modo equivalente a una "regla o norma de aplicación general y prospectiva". En particular, el miembro del Órgano de Apelación consideró que el Grupo Especial incurrió en error al caracterizar el comportamiento del USDOC de una manera inaceptablemente vaga y al emplear normas probatorias insuficientes. A juicio de ese miembro del Órgano de Apelación, el Grupo Especial no examinó la comparabilidad de los procedimientos en materia de derechos compensatorios utilizados como

pruebas del "comportamiento constante". A su vez, ello menoscabó la capacidad del Grupo Especial para definir el contenido exacto, la aplicación repetida y la probabilidad de que se mantuviera la aplicación de la medida.

Además, en su opinión separada, el miembro del Órgano de Apelación señaló que la orden de imposición de derechos compensatorios emitida en los procedimientos en materia de derechos compensatorios del USDOC en el asunto Papel supercalandrado procedente del Canadá 2015 se había revocado retroactivamente hasta su comienzo. Dado que este era el único procedimiento en materia de derechos compensatorios relativo al Canadá examinado por el Grupo Especial, el miembro del Órgano de Apelación consideraba que no había una diferencia real entre los participantes.<sup>43</sup>

**3.9 Informes del Órgano de Apelación, Australia - Determinadas medidas relativas a las marcas de fábrica o de comercio, indicaciones geográficas y otras prescripciones de empaquetado genérico aplicables a los productos de tabaco y al empaquetado de esos productos, WT/DS435/AB/R, WT/DS441/AB/R**

Estas diferencias se referían a determinadas restricciones impuestas por Australia a las marcas de fábrica o de comercio, indicaciones geográficas (IG) y otras prescripciones de empaquetado genérico aplicables a todos los productos de tabaco vendidos, ofrecidos para la venta o suministrados de otro modo en Australia.

Australia mantiene una serie de medidas relacionadas con el control del tabaco, la mayoría de las cuales no fueron objeto de litigio en las presentes diferencias. El Grupo Especial indicó que las medidas en litigio en estas diferencias (las medidas TPP) comprenden las siguientes:

- a. la Ley relativa al Empaquetado Genérico del Tabaco de 2011 (Cth) (Ley TPP);
- b. el Reglamento relativo al Empaquetado Genérico del Tabaco de 2011 (Cth), modificado por el Reglamento relativo al Empaquetado Genérico del Tabaco de 2012 (Nº 1) (Cth) (Reglamento TPP); y
- c. la Ley Modificatoria relativa a las Marcas de Fábrica o de Comercio (Empaquetado Genérico del Tabaco) de 2011 (Cth) (Ley TMA).

La Ley TPP es una Ley para desalentar el consumo de productos de tabaco y para fines conexos. De conformidad con el artículo 3 de la Ley TPP, dicha Ley regula el empaquetado para la venta al por menor y el aspecto de los productos de tabaco con objeto de: i) mejorar la salud pública; y ii) dar cumplimiento a determinadas obligaciones establecidas en el Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud (OMS) para el Control del Tabaco (2003) (CMCT). Por consiguiente, las medidas TPP son uno de los medios por los que el Gobierno de Australia da cumplimiento a las obligaciones asumidas por Australia en virtud del CMCT de la OMS y, en particular, los artículos 5, 11 y 13 del CMCT.

Los productos en cuestión en estas diferencias son los productos de tabaco. En la Ley TPP, la expresión "producto de tabaco" se define como tabaco elaborado o cualquier producto que contenga tabaco y que esté destinado a ser fumado, chupado, mascado o utilizado como rapé y no esté inscrito en el Registro Australiano de Productos Terapéuticos mantenido en virtud de la Ley de Productos Terapéuticos de 1989. Esta definición comprende no solo los cigarrillos, sino también productos que no son cigarrillos, como los cigarros (puros), los cigarros pequeños (también conocidos como cigarrillos (puritos)) y los bidis.

A partir del 1 de octubre de 2012, fue obligatorio que los productos de tabaco fabricados o envasados en Australia y destinados al consumo interno cumplieran las medidas TPP. Desde el 1 de diciembre de 2012, fue obligatorio que todos los productos de tabaco vendidos, ofrecidos para la venta o de

---

<sup>43</sup> No obstante, la mayoría señaló que el Grupo Especial transmitió su informe definitivo del grupo especial a las partes antes de la revocación de la orden de imposición de derechos compensatorios; los Estados Unidos presentaron su apelación después de la revocación; y tanto los Estados Unidos como el Canadá confirmaron que había una diferencia entre ellos con respecto a la existencia y la compatibilidad con la OMC de la medida de "comportamiento constante".

otro modo suministrados en Australia cumplieran dichas medidas. A este respecto, cabe señalar que el mercado de Australia se abastece por completo mediante productos de tabaco importados.

Inicialmente, las medidas TPP de Australia fueron impugnadas por cinco Miembros de la OMC, a saber: Honduras (DS435), la República Dominicana (DS441), Cuba (DS458), Indonesia (DS467) y Ucrania (DS434). El OSD estableció Grupos Especiales distintos para que considerasen los asuntos planteados por cada uno de los cinco reclamantes. Sin embargo, tras celebrar consultas entre las partes en las cinco diferencias, el Director General estableció la composición de cinco Grupo Especiales de modo que las mismas personas actuarían como integrantes de cada uno de los diferentes Grupos Especiales. De conformidad con el párrafo 3 del artículo 9 del ESD, las partes habían convenido en armonizar el calendario de los trabajos de los Grupos Especiales en las cinco diferencias. Sin embargo, a raíz de una solicitud de Ucrania, el Grupo Especial suspendió sus trabajos en la diferencia DS434. Durante los 12 meses siguientes a la suspensión no se pidió al Grupo Especial en la diferencia DS434 que reanudara sus trabajos. Por consiguiente, en virtud de lo dispuesto en el párrafo 12 del artículo 12 del ESD, la decisión de establecer el Grupo Especial en esa diferencia quedó sin efecto. En consecuencia, el Grupo Especial solo publicó informes acerca de las cuatro reclamaciones presentadas por Honduras, la República Dominicana, Cuba e Indonesia (los reclamantes).

Honduras solicitó al Grupo Especial que constatará que las restricciones de las marcas de fábrica o de comercio en el empaquetado genérico impuestas por Australia en las medidas TPP son incompatibles con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC) (que incorpora el artículo 6*quinquies* del Acta de Estocolmo del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial de 14 de julio de 1967 (Convenio de París (1967)) y el párrafo 4 del artículo 15, el párrafo 1 del artículo 16, los artículos 17 y 20, el párrafo 2 b) del artículo 22 y el párrafo 3 del artículo 24 del Acuerdo sobre los ADPIC. Honduras solicitó asimismo al Grupo Especial que constatará que las medidas TPP son incompatibles con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (Acuerdo OTC). Además, Honduras solicitó al Grupo Especial que constatará que Australia había actuado de manera incompatible con el artículo 10*bis* del Convenio de París (1967) (incorporado en el Acuerdo sobre los ADPIC en virtud del párrafo 1 del artículo 2) y el párrafo 2 b) del artículo 22 y el párrafo 3 del artículo 24 del Acuerdo sobre los ADPIC.

La República Dominicana solicitó al Grupo Especial que constatará que, en virtud de su adopción e imposición de las medidas TPP, Australia había actuado de manera incompatible con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, el artículo 10*bis* del Convenio de París (1967) (incorporado en el Acuerdo sobre los ADPIC en virtud del párrafo 1 del artículo 2) y el párrafo 4 del artículo 15, los párrafos 1 y 3 del artículo 16, el artículo 20, el párrafo 2 b) del artículo 22 y el párrafo 3 del artículo 24 del Acuerdo sobre los ADPIC.

Cuba solicitó al Grupo Especial que constatará que las medidas TPP son incompatibles con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, el artículo 10*bis* del Convenio de París (leído junto con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC) y el párrafo 4 del artículo 15, los párrafos 1 y 3 del artículo 16, el artículo 20, el párrafo 2 b) del artículo 22 y el párrafo 3 del artículo 24 del Acuerdo sobre los ADPIC, así como con el párrafo 4 del artículo IX del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT de 1994). Indonesia solicitó al Grupo Especial que constatará que las medidas TPP, colectiva e individualmente, son incompatibles con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC (que incorpora el artículo 10*bis* del Convenio de París) y el párrafo 4 del artículo 15, los párrafos 1 y 3 del artículo 16, el artículo 20, el párrafo 2 b) del artículo 22 y el párrafo 3 del artículo 24 del Acuerdo sobre los ADPIC. Indonesia también solicitó al Grupo Especial que constatará que las medidas TPP son, colectiva e individualmente, incompatibles con el párrafo 1 a) del artículo XXIII del GATT, porque han anulado o menoscabado ventajas resultantes directa o indirectamente para Indonesia del Acuerdo OTC.

El Grupo Especial constató que los reclamantes no habían demostrado que las medidas TPP sean incompatibles con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, los artículos 6*quinquies* y 10*bis* del Convenio de París (1967) (leído junto con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC), el párrafo 4 del artículo 15, los párrafos 1 y 3 del artículo 16, el artículo 20, el párrafo 2 b) del artículo 22 y el párrafo 3 del artículo 24 del Acuerdo sobre los ADPIC y el párrafo 4 del artículo IX del GATT de 1994. Habida cuenta de estas constataciones, el Grupo Especial rechazó la solicitud de los reclamantes de que el Grupo Especial recomendara que Australia pusiera sus medidas en

conformidad con las obligaciones que le corresponden en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC y el Acuerdo OTC y el GATT de 1994.

Honduras y la República Dominicana (los apelantes) apelaron los informes del Grupo Especial. Los apelantes impugnaron determinados aspectos de las constataciones formuladas por el Grupo Especial en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC y el párrafo 1 del artículo 16 y el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC únicamente. Cabe señalar que, además de su propia apelación, la República Dominicana incorporaba por referencia todas las alegaciones y argumentos presentados en apelación por Honduras.

### **3.9.1 Alegaciones relativas a las constataciones formuladas por el Grupo Especial en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC**

El Órgano de Apelación recordó que a los efectos de establecer que una medida es incompatible con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, un reclamante debe demostrar que un reglamento técnico "restring[e] el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo". En el contexto del párrafo 2 del artículo 2, la evaluación de la "necesidad" entraña un análisis de la relación entre los siguientes factores: i) el grado en que el reglamento técnico restringe el comercio; ii) el grado en que contribuye al logro de un objetivo legítimo; y iii) los riesgos que crearía no alcanzarlo. Además, la determinación de si un reglamento técnico "restring[e] el comercio más de lo necesario" puede entrañar una comparación entre: i) el grado de la restricción del comercio y el grado de contribución de la medida en litigio al objetivo legítimo; y ii) el grado de la restricción del comercio y el grado de contribución de las posibles medidas alternativas que estén razonablemente disponibles al objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzar ese objetivo.

A juicio del Órgano de Apelación, la frase de la segunda oración del párrafo 2 del artículo 2 de que "los reglamentos técnicos no restringirán el comercio más de lo necesario" implica que está permitido "cierto" grado de restricción del comercio. La determinación de si un reglamento técnico "restring[e] el comercio más de lo necesario" puede entrañar una comparación entre: i) el grado de la restricción del comercio y el grado de contribución de la medida en litigio al objetivo legítimo; y ii) el grado de la restricción del comercio y el grado de contribución de las posibles medidas alternativas que estén razonablemente disponibles al objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzar ese objetivo. No obstante, el Órgano de Apelación reconoció que hay determinados casos en los que puede no ser necesario realizar ese análisis comparativo, por ejemplo cuando la medida no restringe el comercio en absoluto, o cuando la medida no hace ninguna contribución al logro del objetivo legítimo pertinente. Análogamente, puede no ser necesario realizar un análisis comparativo cuando puede demostrarse que, por su diseño, una medida restrictiva del comercio no puede contribuir al logro del objetivo legítimo pertinente.

En su evaluación de si los reclamantes habían demostrado que las medidas TPP son incompatibles con el párrafo 2 del artículo 2, el Grupo Especial había examinado, entre otras cosas: i) la contribución de las medidas TPP al objetivo de Australia; ii) la restrictividad del comercio de las medidas TPP; y iii) si las medidas alternativas propuestas por los reclamantes restringen menos el comercio que las medidas TPP al tiempo que hacen una contribución equivalente al objetivo de Australia. El Órgano de Apelación abordó las alegaciones de error de los apelantes con respecto a cada uno de estos tres aspectos del análisis del Grupo Especial.

#### **3.9.1.1 Las constataciones del Grupo Especial sobre la contribución de las medidas TPP al objetivo de Australia**

El Grupo Especial trató de determinar en qué grado las medidas TPP, tal como se han redactado y aplicado, contribuyen al objetivo legítimo de Australia de mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos, si es que contribuyen en grado alguno. Aunque el Grupo Especial realizó su análisis en varias etapas, destacó que su evaluación global se basaría en la totalidad de las pruebas pertinentes, tomadas en conjunto. Después de examinar: i) el diseño, la estructura y el funcionamiento previsto de las medidas TPP; ii) la aplicación efectiva de las medidas TPP; y iii) la repercusión de las medidas TPP en el comercio ilícito, el Grupo Especial concluyó que los reclamantes no habían demostrado que las medidas TPP no sean adecuadas para hacer una contribución al objetivo de Australia de mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos. Antes bien,

constató que las pruebas de que disponía, tomadas en su totalidad, respaldaban la opinión de que las medidas TPP, en combinación con otras medidas de control del tabaco mantenidas por Australia (incluidas las advertencias sanitarias gráficas [ASG] ampliadas introducidas simultáneamente con el TPP), son adecuadas para contribuir, y de hecho contribuyen, al objetivo de Australia de reducir el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos.

En apelación, Honduras adujo que, si bien el Grupo Especial había establecido el criterio jurídico correcto en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, incurrió en error de derecho porque no aplicó ese criterio jurídico a los hechos al formular sus constataciones sobre el grado de contribución de las medidas TPP al objetivo de Australia. Sin embargo, la mayoría de las alegaciones de error formuladas por los apelantes en relación con este aspecto del análisis del Grupo Especial impugnaban la objetividad de este en su evaluación de los hechos, y los apelantes aducen que el Grupo Especial incumplió el deber que le impone el artículo 11 del ESD. Australia solicitó que el Órgano de Apelación rechazara las alegaciones formuladas al amparo del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC y el artículo 11 del ESD en su totalidad.

#### **3.9.1.1.1 Alegaciones de que el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC**

Honduras reconoció que el Grupo Especial había establecido el criterio jurídico correcto en lo que respecta a la manera de evaluar el grado en que un reglamento técnico de un Miembro, en la forma en que ha sido adoptado, redactado y aplicado, contribuye al objetivo legítimo perseguido por ese Miembro. No obstante, Honduras alegó que el Grupo Especial incurrió en error de derecho porque no aplicó ese criterio jurídico a los hechos. Adujo que el Grupo Especial consideró que un examen de la totalidad de las pruebas significaba que estaba eximido de su obligación de realizar un análisis adecuado del valor probatorio de las pruebas relativas a la repercusión real de las medidas en la conducta tabáquica pertinente. Australia sostuvo que las alegaciones de Honduras se referían a la valoración de las pruebas y los argumentos realizada por el Grupo Especial y al peso relativo que este atribuyó a determinados elementos de prueba, y no al examen que realizó de las cuestiones de derecho e interpretación jurídica. En consecuencia, Australia solicitó al Órgano de Apelación que rechazara las alegaciones de Honduras de que el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC cuando evaluó la contribución de las medidas TPP al objetivo de Australia.

El Órgano de Apelación reconoció que a menudo es difícil distinguir claramente entre cuestiones que son estrictamente jurídicas o estrictamente fácticas, o que son cuestiones mixtas de derecho y de hecho. Sin embargo, en la mayoría de los casos una cuestión será *o bien* una cuestión de aplicación del derecho a los hechos *o* una cuestión de evaluación objetiva de los hechos, pero no ambas cosas. En estos procedimientos de apelación, el Órgano de Apelación consideró que las alegaciones de Honduras se referían a la valoración de los hechos y las pruebas realizada por el Grupo Especial, y no a la aplicación por este del criterio jurídico previsto en el párrafo 2 del artículo 2 a los hechos del presente asunto. En consecuencia, constató que Honduras no había justificado sus alegaciones de que el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 2 del artículo 2 a los hechos del presente asunto.

Antes bien, el Órgano de Apelación observó que, al desarrollar sus alegaciones de que el Grupo Especial incurrió en error en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC en su análisis de la contribución de las medidas TPP al objetivo de Australia, Honduras esgrimió argumentos que coincidían totalmente con los presentados para respaldar sus alegaciones al amparo del artículo 11 del ESD. Habida cuenta de la total coincidencia entre esos dos conjuntos de argumentos, y de que ambos conjuntos de argumentos se centraban en el examen por el Grupo Especial de los hechos y en su valoración de las pruebas de que disponía, el Órgano de Apelación abordó todas las impugnaciones de Honduras respecto del análisis de la contribución realizado por el Grupo Especial bajo la rúbrica de las alegaciones formuladas al amparo del artículo 11 del ESD.

#### **3.9.1.1.2 Alegaciones al amparo del artículo 11 del ESD**

Los apelantes solicitaron al Órgano de Apelación que revocara la conclusión del Grupo Especial de que las medidas TPP son adecuadas para realizar, y realizan, una contribución significativa al objetivo de Australia de reducir el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos. La solicitud de los apelantes se basó, principalmente, en sus alegaciones de que el Grupo Especial

incumplió el deber que le impone el artículo 11 del ESD de hacer una evaluación objetiva del asunto que se le había sometido, y los apelantes se centraron en la evaluación de los hechos realizada por el Grupo Especial. Honduras sostuvo que el Grupo Especial no realizó un examen objetivo de las pruebas relativas a la contribución de las medidas de empaquetado genérico al objetivo de reducir el consumo de productos de tabaco. La República Dominicana, por su parte, apeló respecto de las constataciones generales y las constataciones intermedias del Grupo Especial resultantes de la evaluación que hizo de: i) las pruebas posteriores a la implementación relativas a la repercusión *real* de las medidas TPP en las conductas tabáquicas; ii) las pruebas anteriores a la implementación relativas a la repercusión *prevista* de las medidas TPP; iii) las pruebas posteriores a la implementación relativas a la repercusión *real* de las medidas TPP en los resultados proximales y distales; y iv) la posible repercusión futura de las medidas TPP.

Australia pidió al Órgano de Apelación que rechazara todas las alegaciones formuladas por los apelantes al amparo del artículo 11 del ESD, describiéndolas como un "ataque sin precedentes" con respecto al cumplimiento por un grupo especial de su función de determinación de los hechos. En opinión de Australia, habida cuenta de la magnitud y la naturaleza de las alegaciones de los apelantes al amparo del artículo 11 del ESD, estas alegaciones son una invitación para que el Órgano de Apelación determine si las constataciones de hecho del Grupo Especial son *correctas*, más que si el Grupo Especial fue *objetivo* al realizar su evaluación de los hechos.

Antes de abordar las alegaciones de error, el Órgano de Apelación destacó determinadas consideraciones preliminares en que se basaba su enfoque en relación con las alegaciones formuladas por los apelantes al amparo del artículo 11 del ESD. Dichas consideraciones se referían a: i) la carga de la prueba en el marco del párrafo 2 del artículo 2 con respecto a la evaluación de la contribución de las medidas TPP al objetivo de Australia; ii) la naturaleza de la conclusión general del Grupo Especial y el alcance de las apelaciones de los apelantes con respecto a ella; y iii) los temas transversales que subyacen a las alegaciones formuladas por los apelantes al amparo del artículo 11 del ESD.

Con respecto a la carga de la prueba, el Órgano de Apelación recordó que, ante el Grupo Especial, los reclamantes habían alegado que las medidas TPP son incompatibles con el párrafo 2 del artículo 2 porque restringen el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo. Los reclamantes presentaron dos series de argumentos en apoyo de sus alegaciones al amparo del párrafo 2 del artículo 2. En su conjunto principal de argumentos, los reclamantes afirmaron que las medidas TPP no son adecuadas para contribuir al objetivo de Australia ni hacen ninguna contribución a ese objetivo. En su conjunto subsidiario de argumentos, los reclamantes mantuvieron que, aun cuando las medidas TPP hagan alguna contribución al objetivo de Australia, restringen el comercio más de lo necesario porque estarían razonablemente disponibles para Australia determinadas medidas alternativas que restringen menos el comercio para lograr una contribución equivalente a su objetivo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo.

El Órgano de Apelación señaló que está firmemente establecido que la parte que alega un hecho -sea el demandante o el demandado- debe aportar la prueba correspondiente. Por tanto, correspondía a los reclamantes la carga de demostrar que las medidas TPP son incompatibles con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Una consecuencia de esta distribución de la carga de la prueba era que, con respecto a su conjunto principal de argumentos, los reclamantes estaban obligados a presentar suficientes pruebas para convencer al Grupo Especial de que las medidas TPP no son adecuadas para hacer y no hacen ninguna contribución al objetivo legítimo de Australia. El Órgano de Apelación también recordó que el grado de la contribución es solo un factor del proceso general de sopesar y confrontar de un grupo especial para determinar la "necesidad" en el marco del párrafo 2 del artículo 2, y no existe un umbral de contribución predeterminado a los fines de demostrar una incompatibilidad con el párrafo 2 del artículo 2. El proceso general de sopesar y confrontar de un grupo especial no tiene por qué ser cuantitativo, y a menudo es una evaluación cualitativa. Por lo tanto, con respecto al conjunto subsidiario de argumentos de los reclamantes, el Órgano de Apelación no consideró que los reclamantes tuvieran que demostrar el grado exacto y cuantificable de la contribución que hacen las medidas TPP al objetivo de Australia para satisfacer la carga que les corresponde de demostrar que las medidas TPP "restring[en] el comercio más de lo necesario". Más bien, los reclamantes tenían que demostrar que las medidas TPP restringen el comercio más de lo necesario porque podría lograrse un grado de contribución equivalente por medios alternativos que restringen menos el comercio.

Con respecto a la naturaleza de la conclusión general del Grupo Especial y el alcance de las apelaciones de los apelantes, el Órgano de Apelación recordó que el Grupo Especial había concluido que: i) los reclamantes no habían demostrado que las medidas TPP no fueran adecuadas para hacer una contribución al objetivo de Australia de mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos; sino que más bien ii) las pruebas que tenía ante sí el Grupo Especial, tomadas en su totalidad, respaldaban la opinión de que las medidas TPP, en combinación con otras medidas de control del tabaco mantenidas por Australia (incluidas las ASG ampliadas introducidas simultáneamente con el TPP), son adecuadas para contribuir, y de hecho contribuyen, al objetivo de Australia de reducir el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos. El Órgano de Apelación coincidió con los participantes en que estos dos componentes de la conclusión general del Grupo Especial, leídos conjuntamente, constituyen el rechazo de la proposición de los reclamantes de que las medidas TPP no son adecuadas para hacer, ni hacen, una contribución al objetivo de Australia de reducir el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos.

El Órgano de Apelación también tomó nota de la otra conclusión del Grupo Especial según la cual las medidas TPP son adecuadas para realizar, y realizan, una contribución *significativa* al objetivo de Australia de reducir el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos. Consideró que esta frase de la conclusión del Grupo Especial se refería a la cuestión del "grado" de la contribución que las medidas TPP, en combinación con otras medidas de control del tabaco de Australia, hacen al objetivo de Australia, y por ende se refería al conjunto subsidiario de argumentos de los reclamantes. En consecuencia, el Órgano de Apelación entendió que el Grupo Especial formuló esta conclusión como vía que le permitiera abordar la proposición subsidiaria de los reclamantes de que, incluso si el Grupo Especial concluyera que las medidas TPP hacen una contribución al objetivo de Australia, dichas medidas seguirían restringiendo el comercio más de lo necesario porque estarían disponibles para Australia varias medidas alternativas que restringen menos el comercio y podrían lograr un grado de contribución *equivalente* al objetivo de Australia.

Con respecto a los temas transversales que subyacen a las alegaciones formuladas por los apelantes al amparo del artículo 11 del ESD, el Órgano de Apelación señaló que, aunque los apelantes habían formulado numerosas alegaciones contra declaraciones, análisis y constataciones específicos del Grupo Especial, habían tratado en gran medida esas alegaciones en el marco de amplios temas transversales, entre ellos: i) la asignación de la carga de la prueba; ii) la denegación del debido proceso; iii) la supuesta omisión por el Grupo Especial de dar explicaciones razonadas y adecuadas; y iv) la importancia de las alegaciones formuladas por los apelantes al amparo del artículo 11 del ESD. Indicó que la cuestión que se le planteaba era si los apelantes demostraron que el Grupo Especial, al realizar el análisis que llevó a su conclusión general sobre la contribución de las medidas TPP al objetivo de Australia, había hecho una evaluación objetiva *de los hechos* de conformidad con el artículo 11 del ESD. Por lo tanto, a juicio del Órgano de Apelación, la infinidad de alegaciones y argumentos de los apelantes se referían a esta única cuestión, pero no eran en y por sí mismas "cuestiones" independientes en el sentido de los párrafos 6 y 12 del artículo 17. En consecuencia, no consideró necesario abordar, independientemente, cada alegación de error formulada por los apelantes al amparo del artículo 11 del ESD. Más bien, consideró que bastaba con abordar, conjuntamente, grupos de alegaciones sobre la base de los temas transversales que subyacen a dichas alegaciones.

También a este respecto, el Órgano de Apelación observó que el análisis realizado por el Grupo Especial de la contribución de las medidas TPP al objetivo de Australia fue bastante detallado; sin embargo, las alegaciones de los apelantes al amparo del artículo 11 del ESD, en las que se impugna el análisis realizado por el Grupo Especial de la contribución de las medidas TPP al objetivo de Australia, constituían la mayor parte de su apelación. Además, con la excepción de las constataciones del Grupo Especial sobre la repercusión de las medidas TPP en el comercio ilícito, los apelantes habían impugnado todas las constataciones intermedias que formuló el Grupo Especial en su análisis, así como la conclusión general del Grupo Especial sobre la contribución de las medidas TPP al objetivo de Australia. El Órgano de Apelación señaló que la enorme cantidad de alegaciones formuladas por los apelantes al amparo del artículo 11 del ESD en los presentes procedimientos de apelación no tenía precedentes. Recordó que una alegación de que un grupo especial no ha hecho una evaluación objetiva del asunto que se le ha sometido es una alegación muy grave. No todo error cometido por un grupo especial equivale a un incumplimiento por el grupo especial de los deberes que le corresponden en virtud del artículo 11, sino únicamente aquellos que, considerados conjunta o individualmente, socavan la objetividad de la evaluación por el grupo especial del asunto sometido a su consideración. El Órgano de Apelación también subrayó que las



alegaciones de que un grupo especial había desestimado, distorsionado o tergiversado las pruebas suponían no solamente un error de juicio en la apreciación de las pruebas sino más bien un error monumental que pone en duda la buena fe del grupo especial. Por esos motivos, recordó su advertencia de que los Miembros consideraran detenidamente cuándo y en qué medida impugnar una evaluación de un asunto realizada por un grupo especial de conformidad con el artículo 11, en consonancia con la prescripción establecida en el párrafo 7 del artículo 3 del ESD de que los Miembros "reflexionen cuando decidan si sería útil actuar al amparo de los procedimientos de solución de diferencias de la OMC".

Además, recordó que anteriormente había señalado que, con arreglo a los parámetros del artículo 11 del ESD, por lo general queda a discreción del grupo especial decidir qué pruebas elige para utilizarlas en sus conclusiones, y que al evaluar el valor probatorio de las pruebas, un grupo especial no está obligado a "atribuir a las pruebas fácticas ... el mismo sentido y peso que [las partes]". Por tanto, una impugnación al amparo del artículo 11 del ESD no puede formularse simplemente afirmando que un grupo especial no estuvo de acuerdo con determinados argumentos o pruebas. En este sentido, el Órgano de Apelación hizo hincapié en que no tomaría en consideración ningún intento de los apelantes de volver a presentar sus argumentos de hecho con el pretexto de impugnar la objetividad de la evaluación de los hechos realizada por el Grupo Especial. A su juicio, tomar en consideración tales argumentos de hecho socavaría la función del Grupo Especial como instancia que decide sobre los hechos y órgano resolutorio de primera instancia en el sistema de solución de diferencias de la OMC.

Sobre la base de estas consideraciones preliminares, el Órgano de Apelación consideró apropiado abordar las alegaciones de los apelantes sobre la base de los tres enfoques siguientes: i) pocas de las alegaciones de los apelantes merecían un examen independiente (las alegaciones de los apelantes relativas a los efectos previstos de las medidas TPP, así como unas pocas alegaciones relativas a los efectos reales de las medidas TPP); ii) con respecto a la mayoría de las alegaciones formuladas por los apelantes al amparo del artículo 11 del ESD, abordaría, conjuntamente, grupos de alegaciones sobre la base de los temas transversales que subyacen a dichas alegaciones; y iii) con respecto al resto de las alegaciones formuladas por los apelantes al amparo del artículo 11 del ESD, el Órgano de Apelación no consideraba necesario pronunciarse sobre el fondo de esas alegaciones para dar una solución positiva a la diferencia que se le había sometido.

#### **3.9.1.1.2.1 Alegaciones que merecían un examen independiente**

En su análisis de los efectos previstos de las medidas TPP, el Grupo Especial examinó, entre otras cosas, el corpus de estudios -la mayoría anteriores a la implementación de las medidas TPP- que constituyó la base probatoria para la adopción de las medidas (las publicaciones TPP). El Grupo Especial constató que, en definitiva, los reclamantes no habían demostrado que las medidas TPP no podrían contribuir al objetivo de Australia de mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos, mediante el funcionamiento de los tres mecanismos identificados en la Ley TPP, en combinación con otras medidas pertinentes de control del tabaco aplicadas por Australia. Antes bien, el Grupo Especial consideró que en un contexto normativo en el que el empaquetado del tabaco constituiría la única ocasión de transmitir una percepción positiva del producto a través de las marcas, como en el caso de Australia, era razonable plantear la hipótesis de que existe alguna correlación entre la eliminación de esos elementos de diseño y el atractivo del producto, y entre ese menor atractivo del producto y los comportamientos de los consumidores. Según el Grupo Especial, tampoco parecía irrazonable, en tal contexto, de acuerdo con las pruebas de que disponía, prever que la eliminación de estos elementos también impediría que generaran señales contradictorias que socavasen otros mensajes que intentan aumentar el conocimiento de los consumidores sobre el carácter nocivo del consumo de tabaco y que forman parte de la estrategia de control del tabaco de Australia, incluidos los que transmiten las ASG.

Los apelantes alegaron que el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva de los hechos, como exige el artículo 11 del ESD, al llegar a sus conclusiones intermedias sobre la base de su evaluación de las pruebas anteriores a la implementación. En concreto, los apelantes alegaron que el Grupo Especial: i) atribuyó indebidamente valor probatorio a los estudios que componen las publicaciones TPP; y ii) desestimó las pruebas de la República Dominicana que supuestamente contradecían las conclusiones intermedias del Grupo Especial.

El Órgano de Apelación no estuvo de acuerdo con Honduras en que el Grupo Especial no había dado una explicación razonada y adecuada, o por tratar las pruebas de manera parcial, al llegar a la conclusión de que las publicaciones TPP pueden ser consideradas publicaciones procedentes de fuentes respetadas y cualificadas y, por lo tanto, no deben ser descartadas en su totalidad. En cualquier caso, no consideró que ninguno de tales supuestos errores, de haber ocurrido, hubiera sido tan importante para socavar la objetividad de la evaluación realizada por el Grupo Especial del asunto sometido a su consideración. A este respecto, destacó que era a los reclamantes, no al Grupo Especial, a quienes correspondía la carga de aducir pruebas creíbles para demostrar su tesis de que las medidas TPP no pueden contribuir al objetivo de Australia. En consecuencia, el Órgano de Apelación constató que Honduras no había demostrado que el Grupo Especial actuara de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al apoyarse en las publicaciones TPP como parte de su base probatoria más amplia para evaluar la contribución de las medidas TPP.

Además, el Órgano de Apelación no estuvo de acuerdo con la premisa que subyacía a la alegación formulada por la República Dominicana de que el corpus de pruebas que identificó la República Dominicana contradecía directamente la constatación del Grupo Especial de que los elementos de marca del empaquetado del tabaco pueden transmitir percepciones positivas a los consumidores, por lo que su supresión sería adecuada para reducir el atractivo del empaquetado (primer mecanismo) y aumentar la eficacia de las ASG (segundo mecanismo). Por el contrario, sobre la base de un examen cuidadoso de las constataciones del Grupo Especial, así como de la naturaleza y alcance de las pruebas de la República Dominicana, el Órgano de Apelación puso de manifiesto que la alegación de la República Dominicana no reflejaba una comprensión correcta del razonamiento del Grupo Especial ni de sus propias pruebas. Por consiguiente, constató que la República Dominicana no había demostrado que el Grupo Especial actuara de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al no tener en cuenta las pruebas que contradecían su conclusión, o al presentar un razonamiento incoherente cuando no abordó las pruebas relativas a la cuestión que el propio Grupo Especial había reconocido que era crucial para su análisis.

Por esos motivos, el Órgano de Apelación confirmó la conclusión intermedia del Grupo Especial sobre las pruebas relativas al diseño, estructura y funcionamiento previsto de las medidas TPP (los efectos previstos) de que los reclamantes no demostraron que las medidas TPP no puedan contribuir al objetivo de Australia por medio de los tres mecanismos por los que las medidas están destinadas a funcionar (es decir, reducir el atractivo de los productos de tabaco, aumentar la eficacia de las ASG y reducir la capacidad del paquete de inducir a error a los consumidores), y de que, por el contrario, esas pruebas son compatibles con la tesis de que las medidas TPP pueden afectar a la conducta tabáquica por medio de esos tres mecanismos.

Con respecto a las constataciones del Grupo Especial relativas a los efectos reales de las medidas TPP, el Grupo Especial examinó las pruebas posteriores a la implementación que tenía ante sí acerca de: i) los resultados proximales (es decir, reducir el atractivo de los productos de tabaco, aumentar la eficacia de las ASG y reducir la capacidad del paquete de inducir a error a los consumidores); ii) los resultados relacionados con el abandono del hábito de fumar y otros resultados distales; iii) la repercusión de las medidas TPP en la prevalencia de tabaquismo; y iv) la repercusión de las medidas TPP en el consumo y el volumen de ventas de productos de tabaco. El Órgano de Apelación consideró que las alegaciones del Grupo Especial relativas a los siguientes aspectos de los análisis realizados por el Grupo Especial de las dos últimas categorías de pruebas posteriores a la implementación (es decir, la prevalencia de tabaquismo y el consumo y el volumen de ventas de productos de tabaco) merecían un examen independiente: i) la etapa 1 del análisis realizado por el Grupo Especial de la prevalencia de tabaquismo; ii) la etapa 2 de su análisis del consumo de cigarrillos; iii) la etapa 3 de sus análisis sobre la prevalencia de tabaquismo y el consumo de cigarrillos; y iv) las preocupaciones de debido proceso relativas a la utilización por el Grupo Especial de determinadas herramientas econométricas. El Órgano de Apelación rechazó todas las alegaciones de los apelantes que consideró que merecían un examen independiente excepto dos, a saber: i) la repercusión del alto precio del tabaco en la conducta tabáquica en la etapa 3 del análisis sobre el consumo de cigarrillos realizado por el Grupo Especial; y ii) las preocupaciones de debido proceso de los apelantes relativas a la utilización por el Grupo Especial de determinadas herramientas econométricas.

En lo que se refiere al alto precio del tabaco, en la etapa 3 de su análisis de la prevalencia de tabaquismo que figura en el apéndice C, el Grupo Especial señaló que los resultados econométricos de la República Dominicana no pueden tomarse tal cual están, debido principalmente a que la mayor parte de las especificaciones de los modelos no pueden detectar la repercusión del alto precio del

tabaco (incluidos los aumentos del impuesto especial) sobre la prevalencia de tabaquismo, aunque todas las partes consideraban que los aumentos del impuesto especial al tabaco son una de las políticas de control del tabaco más eficaces. En su análisis del consumo de cigarrillos que figura en el apéndice D, el Grupo Especial no indicó si alguno de los modelos de las partes podía detectar la repercusión del alto precio del tabaco. En apelación, la República Dominicana alegó que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD: i) al tratar las pruebas de las partes de manera incongruente; y ii) al no examinar los argumentos y las pruebas de la República Dominicana.

El Órgano de Apelación constató que la posición de la República Dominicana de que el Grupo Especial rechazó determinados modelos era engañosa. El Órgano de Apelación observó que el Grupo Especial no "rechazó" ni "aceptó" ningún modelo *per se* sobre la base de ningún criterio de solidez individual. Más bien, el Grupo Especial evaluó las pruebas aportadas por las partes, empezando por las pruebas de los reclamantes, y observó múltiples motivos para poner en tela de juicio la fiabilidad de esas pruebas. El Órgano de Apelación observó además que, al evaluar las pruebas sobre la prevalencia de tabaquismo presentadas por las partes, aunque abrigaba dudas sobre algunos de los modelos de los reclamantes por considerar que no podían detectar la repercusión del alto precio del tabaco, el Grupo Especial no indicó explícitamente que los modelos de Australia podían detectar esta repercusión. Por lo tanto, el Grupo Especial no se basó en esto como motivo para constatar que los modelos de Australia eran más fiables que los modelos de los reclamantes. Dado que el Grupo Especial no se basó en esto como motivo para constatar que los modelos de Australia eran más creíbles que los modelos de los reclamantes, el Órgano de Apelación no vio ninguna incongruencia en el trato dado por el Grupo Especial a las pruebas sobre la prevalencia de tabaquismo presentadas por las partes por lo que se refiere a este "criterio" de solidez. En consecuencia, no consideró que el Grupo Especial hubiera tratado las pruebas presentadas por las partes de forma incongruente por lo que refiere a su evaluación de que las pruebas sobre prevalencia de tabaquismo presentadas por Australia eran más creíbles que las pruebas presentadas por los reclamantes y a su conclusión general de que había algunas pruebas que indicaban que las medidas TPP habían contribuido a reducir la prevalencia de tabaquismo.

Dicho esto, el Órgano de Apelación observó que no se cuestionaba que el Grupo Especial no abordó explícitamente los argumentos planteados por las partes en relación con la alegación fáctica de que el modelo de consumo de Australia mostraba un efecto positivo del aumento de los impuestos en 2013 sobre el consumo. No obstante, la decisión del Grupo Especial de no abordar estos argumentos se formuló a pesar del considerable debate mantenido entre las partes sobre esta cuestión y del hecho de que el Grupo Especial había indicado explícitamente que dichos argumentos y pruebas obraban "en el expediente". A juicio del Órgano de Apelación, el hecho de que el Grupo Especial se hubiera basado prácticamente en el mismo razonamiento para criticar los modelos de prevalencia de tabaquismo presentados por los reclamantes ponía en tela de juicio la decisión del Grupo Especial de no abordar explícitamente los argumentos y pruebas presentados por la República Dominicana con respecto a las pruebas de Australia sobre el consumo. En consecuencia, el Órgano de Apelación consideró que el hecho de que el Grupo Especial no abordara el argumento y las pruebas justificantes de la República Dominicana según los cuales los modelos de consumo de Australia demostraban que los aumentos del impuesto especial dieron lugar a un aumento del consumo de cigarrillos constituyó un error en la apreciación de las pruebas por parte del Grupo Especial.

No obstante, el Órgano de Apelación subrayó que el error del Grupo Especial a este respecto se limitaba a la evaluación que hizo de la cuestión de si las medidas TPP contribuyeron a la disminución del consumo de cigarrillos. Por lo tanto, el error del Grupo Especial solo afectaba a la conclusión del Grupo Especial en la etapa 3 de su análisis sobre el consumo de cigarrillos.

En cuanto a las preocupaciones de debido proceso de los apelantes, los apelantes alegaron que el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva de los hechos, como se prevé en el artículo 11 del ESD, al evaluar determinadas pruebas econométricas posteriores a la implementación presentadas por las partes. Honduras aclaró que su alegación concernía tanto a: i) quién realizó el análisis en nombre del Grupo Especial (Honduras alega que fue un "experto fantasma" en lugar de un experto o un grupo de expertos nombrados de conformidad con el artículo 13 del ESD o el párrafo 2 del artículo 14 del Acuerdo OTC); como a: ii) la supuesta omisión por el Grupo Especial de dar a las partes una oportunidad significativa de formular observaciones sobre el análisis que realizó. En cambio, según la República Dominicana, su alegación se limitaba a la segunda de las preocupaciones planteadas por Honduras, es decir, a la supuesta omisión por el Grupo Especial de

dar a las partes una oportunidad significativa de formular observaciones sobre el análisis que realizó. Concretamente, la República Dominicana alegó que el Grupo Especial elaboró y ejecutó determinadas pruebas econométricas por sí mismo, sin dar a las partes ninguna oportunidad de formular observaciones. La alegación de la República Dominicana se centraba en el empleo por el Grupo Especial de las herramientas econométricas de la "multicolinealidad" y la "no estacionariedad". El Órgano de Apelación observó que aunque Honduras había afirmado que sus alegaciones se referían al análisis realizado por el Grupo Especial en la totalidad de los apéndices A a E de su informe (que tenía 150 páginas), al fundamentar sus alegaciones en apelación, Honduras se refería únicamente a la utilización por el Grupo Especial de "nuevos" criterios de solidez (a saber, multicolinealidad y no estacionariedad). Por consiguiente, el análisis del Órgano de Apelación se centró en la utilización por el Grupo Especial de esos dos criterios.

Con respecto a la alegación de Honduras de que el Grupo Especial estaba obligado a nombrar expertos, el Órgano de Apelación recordó que en el párrafo 1 del artículo 13 del ESD se indicaba el "derecho", no la obligación, de un grupo especial de recabar información y asesoramiento técnico de cualquier persona o entidad que estime conveniente. Análogamente, en el párrafo 2 del artículo 13 del ESD y en el párrafo 2 del artículo 14 del Acuerdo OTC se emplea el verbo "podrá" para poner de manifiesto el espíritu permisivo de estas disposiciones. Además, la facultad de un grupo especial en virtud del artículo 13 del ESD es de carácter amplio, e incluye también la facultad de decidir no recabar tal información o asesoramiento en absoluto. Habida cuenta de las amplias facultades para recabar información que el artículo 13 del ESD confiere a un grupo especial, el Órgano de Apelación consideró que el Grupo Especial tenía claras facultades discrecionales para decidir si recababa el asesoramiento de expertos. No estuvo de acuerdo con Honduras en que el carácter técnico de las pruebas tratadas en los apéndices A a E entrañaba automáticamente que el Grupo Especial estaba "obligado" a recabar el asesoramiento de expertos externos para evaluar dichas pruebas. Asimismo, con respecto a las pruebas econométricas evaluadas por el Grupo Especial en los apéndices A a E de su informe, observó que ninguno de los reclamantes pidió al Grupo Especial que contase con expertos, de conformidad con el párrafo 2 del artículo 14 del Acuerdo OTC, que prestasen asesoramiento en cuestiones de naturaleza técnica. Al no haber una petición, no pudo aceptar el argumento de Honduras en apelación de que el Grupo Especial puso en peligro, de algún modo, los derechos de debido proceso de las partes al no recabar el asesoramiento de expertos por propia iniciativa. El Órgano de Apelación postuló que si las partes habían opinado que era, como afirmó Honduras, "absolutamente necesario" que el Grupo Especial recabara el asesoramiento de expertos, habían tenido libertad para pedir al Grupo Especial que hiciera exactamente eso. En consecuencia, constató que el Grupo Especial no actuó de manera incompatible con su deber de hacer una evaluación objetiva del asunto con arreglo al artículo 11 del ESD simplemente al tratar de evaluar las pruebas que se le habían sometido sin contar con expertos.

En relación con las alegaciones relativas a la utilización por el Grupo Especial de la multicolinealidad y la no estacionariedad, el Órgano de Apelación señaló que ni Honduras ni la República Dominicana consideraban que la utilización por el Grupo Especial de las herramientas econométricas de la multicolinealidad y la no estacionariedad estuviera prohibida, *per se*, en el marco del artículo 11 del ESD. Más bien, los apelantes mantenían que la apreciación y valoración por el Grupo Especial de los hechos que tenía ante sí, que lo llevaron a sus constataciones fácticas, y en particular su utilización de la multicolinealidad y la no estacionariedad, deberían haber sido analizadas con las partes.

El Órgano de Apelación recordó que, en el examen de las pruebas posteriores a la implementación sobre la prevalencia de tabaquismo y el consumo, la multicolinealidad y la no estacionariedad fueron dos de las preocupaciones identificadas por el Grupo Especial en relación con determinadas pruebas aportadas por los reclamantes. Además, el Grupo Especial se basó, entre otras cosas, en el hecho de que determinados elementos de prueba de Australia no se veían afectados por esas preocupaciones para concluir que las medidas TPP habían contribuido a reducir la prevalencia de tabaquismo y el consumo. El examen del Órgano de Apelación del expediente del Grupo Especial indicó que las partes no identificaron esas preocupaciones, sino que fue el propio Grupo Especial el que las planteó. Por otra parte, el Grupo Especial no formuló preguntas a las partes ni invitó de otro modo a las partes a formular observaciones sobre la utilización de esos criterios de solidez al abordar las pruebas presentadas por las partes. Al Órgano de Apelación le pareció que estas tuvieron conocimiento por primera vez de las posibles preocupaciones relacionadas con la multicolinealidad y la no estacionariedad cuando el Grupo Especial dio traslado de su informe provisional a las partes. En la etapa intermedia de reexamen, los reclamantes no plantearon preocupaciones relativas a la identificación de esas preocupaciones por el Grupo Especial. El Órgano de Apelación observó que,

para identificar las preocupaciones relativas a la multicolinealidad y la no estacionariedad en las pruebas de las partes, el Grupo Especial se vio obligado a realizar pruebas de factores de inflación de la varianza (VIF) y de raíz unitaria. La utilización por el Grupo Especial de esas pruebas técnicas fue pertinente para su evaluación de la credibilidad de las pruebas y para su determinación definitiva de que las medidas TPP habían contribuido a reducir la prevalencia de tabaquismo y el consumo. Por lo tanto, esas pruebas técnicas complejas tuvieron un papel importante en la evaluación de las pruebas por el Grupo Especial. El Órgano de Apelación observó además que la realización de esas pruebas comportó un cierto grado de discrecionalidad por parte del Grupo Especial en cuanto a si las preocupaciones relativas a la multicolinealidad y la no estacionariedad eran razones legítimas, y en qué medida, para poner en cuestión la fiabilidad de las pruebas. Dado que esas preocupaciones no fueron introducidas por las partes, sino que emanaron del propio Grupo Especial, y habida cuenta de su carácter sumamente técnico y de la discrecionalidad del Grupo Especial al basarse en ellas, consideró que el Grupo Especial debería haber examinado esas cuestiones con las partes.

El Órgano de Apelación tomó nota del argumento de Australia de que los reclamantes podrían haber utilizado la etapa intermedia de reexamen para pedir al Grupo Especial que reexaminara las partes pertinentes del informe del Grupo Especial de conformidad con el artículo 15 del ESD, pero optaron por no hacerlo. Según Australia, la conducta de las partes es una consideración pertinente en la evaluación de una alegación relativa al debido proceso formulada por una parte y tal alegación debe rechazarse cuando la parte no ha planteado objeciones no obstante la oportunidad de hacerlo. La mayor parte de la Sección que entendía en estas apelaciones no estuvo de acuerdo. En opinión de la mayoría, aunque Honduras y la República Dominicana podrían haber planteado sus preocupaciones relativas a la utilización por el Grupo Especial de esas herramientas econométricas durante la etapa intermedia de reexamen, en las circunstancias de las presentes diferencias, el hecho de que no lo hicieran no restaba importancia a la infracción del debido proceso por el Grupo Especial en el trato que dio a determinadas pruebas presentadas por los reclamantes. Aunque la mayoría reconoció que el reexamen intermedio da a las partes una oportunidad de plantear y tratar numerosos aspectos de las constataciones de un grupo especial, a su juicio el proceso de reexamen intermedio contemplado en el artículo 15 no habría sido suficiente para permitir a las partes examinar adecuadamente esas cuestiones, habida cuenta del carácter limitado del reexamen y de que se realiza en una etapa avanzada. Por estos motivos, la mayoría consideró que, al introducir en su informe provisional nuevos criterios econométricos que no había analizado con las partes, en su examen de las pruebas posteriores a la implementación relativas a la prevalencia de tabaquismo y el consumo, el Grupo Especial negó a las partes sus derechos de debido proceso y no llevó a cabo una evaluación objetiva de los hechos de conformidad con el artículo 11 del ESD. En consecuencia, la mayoría constató que el Grupo Especial incurrió en error en los casos en que utilizó la multicolinealidad y la no estacionariedad en su evaluación de pruebas de las partes posteriores a la implementación sobre la prevalencia de tabaquismo y el consumo.

En resumen, el Órgano de Apelación constató que el Grupo Especial incurrió en error, con respecto a su evaluación de la multicolinealidad, la no estacionariedad y la repercusión del alto precio del tabaco, al constatar que las pruebas econométricas de Australia eran más creíbles que las pruebas econométricas de los reclamantes.

Con respecto a la utilización por el Grupo Especial de la repercusión del alto precio del tabaco para criticar las pruebas de las partes, el Órgano de Apelación consideró que el hecho de que el Grupo Especial no hubiera abordado los argumentos de la República Dominicana socavaba irremediablemente la determinación del Grupo Especial de que las pruebas de Australia acerca de si las medidas TPP contribuyeron a la disminución del consumo de cigarrillos eran más creíbles que las pruebas de los reclamantes. En consecuencia, concluyó que el error del Grupo Especial vició su constatación fáctica, en la etapa 3 de su análisis del consumo de cigarrillos del apéndice D, de que algunos datos econométricos indicaban que las medidas TPP contribuyeron a reducir las ventas de cigarrillos al por mayor y, por lo tanto, el consumo de cigarrillos.

En cuanto a la utilización por el Grupo Especial de la multicolinealidad y la no estacionariedad, el Órgano de Apelación observó que el Grupo Especial se basó en preocupaciones relativas a la no estacionariedad y la multicolinealidad en la etapa 3 de su análisis tanto de la prevalencia de tabaquismo como del consumo de cigarrillos. Dado que ya había concluido que la constatación fáctica del Grupo Especial en la etapa 3 de su análisis del consumo de cigarrillos estuvo viciada por el hecho de que no abordara la afirmación de la República Dominicana sobre el alto precio del tabaco, el Órgano de Apelación no consideró necesario seguir evaluando las consecuencias de los errores en que incurrió el Grupo Especial con respecto a la no estacionariedad y la multicolinealidad para su

análisis del consumo. Con respecto al análisis de la prevalencia del tabaquismo, el Órgano de Apelación observó que el Grupo Especial había preferido las pruebas de Australia por múltiples razones. Por tanto, de ello se desprende que el hecho de que la utilización por el Grupo Especial de la multicolinealidad estuviera viciada no tuvo efectos en su conclusión de que las pruebas de Australia relativas a la prevalencia de tabaquismo eran más fiables que las pruebas de los reclamantes. En cambio, la única razón del Grupo Especial (en su análisis de la prevalencia de tabaquismo) para preferir las variables binarias a las variables de nivel impositivo estaba basada en la no estacionariedad. En consecuencia, el hecho de que la utilización por el Grupo Especial de la no estacionariedad estuviera viciada indicaba que un aspecto del razonamiento del Grupo Especial no se sostenía, puesto que no había base para la preferencia del Grupo Especial por las variables binarias frente a los niveles impositivos. Sin embargo, a juicio del Órgano de Apelación, esto no bastaba para poner en cuestión la determinación del Grupo Especial de que las pruebas de Australia eran más creíbles que las pruebas de los reclamantes, ya que el Grupo Especial también se basó en otros criterios para formular su determinación. Por consiguiente, el Órgano de Apelación constató que el hecho de que la utilización por el Grupo Especial de la no estacionariedad y la multicolinealidad estuviera viciada no tuvo repercusión en la conclusión del Grupo Especial de que hay indicios econométricos de que las medidas TPP contribuyeron a reducir la prevalencia general de tabaquismo en Australia.

#### **3.9.1.1.2.2 Grupos de alegaciones que el Órgano de Apelación abordó conjuntamente sobre la base de temas transversales**

El Órgano de Apelación abordó, conjuntamente, grupos de alegaciones en las que se impugnaba el análisis realizado por el Grupo Especial de la contribución de las medidas TPP al objetivo de Australia sobre la base de los temas transversales que subyacen a dichas alegaciones: i) la tergiversación de las constataciones del Grupo Especial; ii) la asignación de la carga de la prueba en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC; iii) las facultades discrecionales del Grupo Especial como instancia que decide sobre los hechos; iv) las alegaciones de que el Grupo Especial desestimó, tergiversó significativamente o distorsionó las pruebas; v) la relación entre las pruebas y los argumentos presentados al Grupo Especial; vi) el hecho de que no es necesario que los grupos especiales examinen todos los argumentos planteados por las partes; vii) las alegaciones de que las constataciones del Grupo Especial se basaban en un razonamiento incoherente o carecían de una explicación razonada y adecuada; viii) las alegaciones por las que se impugna la representación gráfica que hizo el Grupo Especial de las pruebas de las partes; ix) la presentación de hechos que no constan en el expediente del Grupo Especial; y x) las alegaciones relativas a las aseveraciones del Grupo Especial sobre la repercusión futura de las medidas TPP.

El Órgano de Apelación rechazó todas estas alegaciones de los apelantes.

#### **3.9.1.1.2.3 Alegaciones respecto de las cuales el Grupo Especial aplicó el principio de economía procesal**

El Órgano de Apelación tomó nota de las siguientes disposiciones de los tratados en su análisis de si, a fin de resolver estas diferencias, era necesario que abordara determinadas alegaciones de error planteadas por los apelantes. Señaló que el párrafo 12 del artículo 17 del ESD establece que el Órgano de Apelación examinará cada una de las cuestiones planteadas de conformidad con el párrafo 6 en el procedimiento de apelación. A su vez, reconoció que el párrafo 4 del artículo 3 del ESD indica que las recomendaciones o resoluciones que formule el OSD tendrán por objeto lograr una solución satisfactoria de la cuestión y el párrafo 7 del artículo 7 del ESD establece que el objetivo del mecanismo de solución de diferencias es hallar una solución positiva a las diferencias. A su juicio, estos objetivos generales del mecanismo de solución de diferencias de la OMC indican que, pese a que el Órgano de Apelación debe *abordar* cada una de las cuestiones planteadas en apelación, tiene la facultad discrecional de no *pronunciarse* sobre determinadas alegaciones cuando hacerlo no sea necesario para resolver la diferencia.

Sobre la base de estas consideraciones, el Órgano de Apelación no consideró necesario pronunciarse sobre las siguientes alegaciones: i) las alegaciones de la República Dominicana sobre la evaluación por el Grupo Especial de las pruebas relativas a los conjuntos de datos de la Encuesta nacional de seguimiento sobre el empaquetado genérico del tabaco (NTPPTS) y el Proyecto internacional de control del tabaco (ITC) en los resultados proximales y distales; ii) las alegaciones de Honduras relativas al efecto de las ASG ampliadas en el empaquetado genérico del tabaco; y iii) las alegaciones

de la República Dominicana sobre la utilización por el Grupo Especial de la figura C.19 en la etapa 2 de su análisis de la prevalencia de tabaquismo.

#### **3.9.1.1.2.4 La conclusión general del Grupo Especial sobre la contribución de las medidas TPP al objetivo de Australia**

En apelación, Honduras alegó que el Grupo Especial incurrió en error en el marco del artículo 11 del ESD al no dar una explicación razonada y adecuada de cómo los hechos apoyaban la determinación formulada. A juicio de Honduras, las constataciones del Grupo Especial relativas a los efectos reales de las medidas TPP sobre la conducta tabáquica no respaldan su conclusión general de que de hecho las medidas "efectivamente" realizan una contribución significativa al objetivo de Australia. La República Dominicana alegó que el Grupo Especial incurrió en error en el marco del artículo 11 del ESD al presentar un razonamiento internamente incoherente en relación con la cuestión de si los efectos reales de las medidas TPP confirmaban sus constataciones sobre los efectos previstos de las medidas formuladas sobre la base de las pruebas anteriores a la implementación. La República Dominicana añadió que, si el Órgano de Apelación revocara las constataciones del Grupo Especial sobre los efectos reales de las medidas TPP en la prevalencia de tabaquismo y el consumo, ninguna de las constataciones intermedias restantes formuladas por el Grupo Especial -es decir, ni las constataciones del Grupo Especial sobre la repercusión prevista de las medidas TPP ni sus constataciones sobre la repercusión real de las medidas en los resultados "proximales" y "distales"- sería suficiente para respaldar su conclusión general sobre la contribución de las medidas TPP.

El Órgano de Apelación recordó que, ante el Grupo Especial, la afirmación principal de los reclamantes era que las medidas TPP no pueden contribuir al objetivo de Australia mediante los mecanismos indicados en la Ley TPP, y que las pruebas posteriores a la implementación muestran que en realidad no ha habido una reducción de la prevalencia del consumo de tabaco como consecuencia de las medidas TPP. Por lo tanto, al abordar los argumentos de las partes, el Grupo Especial trató de determinar en qué grado las medidas TPP, tal como se han redactado y aplicado, contribuyen al objetivo legítimo de Australia de mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos, si es que contribuyen en grado alguno. A este respecto, el Grupo Especial reconoció que el logro de este objetivo mediante las medidas TPP se fundamenta en su capacidad de influir en conductas tabáquicas, como el inicio, el abandono y la recaída. Por esta razón, el Grupo Especial consideró que la repercusión de las medidas en dichas conductas es, *a priori*, directamente pertinente para evaluar el grado de contribución de las medidas a este objetivo. Teniendo en cuenta la descripción que hace la Ley TPP del funcionamiento previsto de las medidas TPP, el Grupo Especial evaluó en primer lugar el efecto previsto de dichas medidas, sobre la base de su diseño, estructura y funcionamiento previsto. Posteriormente, evaluó las pruebas relativas a los efectos reales de las medidas TPP tras su entrada en vigor. Concretamente, evaluó la repercusión de las medidas TPP en: i) los resultados "no conductuales" o "proximales" (a saber, el atractivo del empaquetado, la eficacia de las ASG y la capacidad del empaquetado de inducir a error a los consumidores); ii) los resultados "distales" (a saber, los resultados relativos a las intenciones o las conductas, como un aumento de las intenciones de dejar de fumar y un aumento de los intentos de dejar de fumar); y iii) la conducta tabáquica (a saber, la prevalencia y el consumo). El Grupo Especial también examinó la repercusión de las medidas TPP en el comercio ilícito. Al realizar esta labor, el Grupo Especial estimó que estaba obligado a examinar y considerar todas las pruebas a su alcance y a evaluar la pertinencia y el valor probatorio de cada elemento de prueba.

El Órgano de Apelación observó que, en su resumen de los fundamentos de su conclusión general, el Grupo Especial puso de relieve la importancia de las pruebas anteriores a la implementación relativas a los efectos previstos de las medidas TPP, destacando al mismo tiempo las limitaciones de las pruebas posteriores a la implementación relativas a la repercusión real de las medidas TPP. El Órgano de Apelación entendió que el Grupo Especial había identificado el tiempo limitado transcurrido desde la entrada en vigor de las medidas TPP, así como la dificultad de aislar los efectos de dichas medidas, como factores que socavan la calidad de las pruebas posteriores a la implementación disponibles relativas a los efectos reales de las medidas TPP. En cambio, entendió que las explicaciones del Grupo Especial indicaban que atribuyó un valor probatorio mayor a las pruebas anteriores a la implementación relativas a los efectos previstos de las medidas TPP. Además, recordó la observación del Grupo Especial de que la repercusión de las medidas TPP puede evolucionar con el tiempo. A juicio del Órgano de Apelación, dado que las medidas TPP habían estado en vigor durante muy poco tiempo en el momento en que se iniciaron las actuaciones del Grupo Especial, su observación de que la repercusión de las medidas TPP puede evolucionar con el tiempo



parecía razonable. Por tanto, en opinión del Órgano de Apelación, habiendo examinado debidamente todas las pruebas pertinentes que tenía ante sí, el Grupo Especial actuó claramente dentro de los límites de sus facultades discrecionales, como instancia que decide sobre los hechos, al atribuir un mayor peso probatorio a las pruebas de los efectos previstos de las medidas TPP que a las pruebas de los efectos reales de estas medidas. Por estas razones, rechazó la afirmación de Honduras de que, al llegar a su conclusión general sobre la contribución de las medidas TPP al objetivo de Australia, el Grupo Especial no dio una explicación razonada y adecuada de la calidad y el valor probatorio de las pruebas anteriores a la implementación a la luz de las pruebas posteriores a la implementación.

Además, el Órgano de Apelación recordó la constatación de que los reclamantes no habían demostrado que el Grupo Especial no hiciera una evaluación objetiva del asunto con respecto a su evaluación de las pruebas de los efectos *previstos* de las medidas TPP. Análogamente, con respecto a los efectos *reales* de las medidas TPP, recordó que no le había convencido ninguna de las impugnaciones planteadas por los apelantes respecto del análisis realizado por el Grupo Especial de las pruebas posteriores a la implementación relativas a los resultados proximales y distales. Por consiguiente, las constataciones formuladas por el Grupo Especial en los apéndices A y B de su informe seguían siendo válidas. Como se ha expuesto *supra*, el Órgano de Apelación consideró que, habiendo examinado debidamente todas las pruebas pertinentes que tenía ante sí, el Grupo Especial actuó claramente dentro de los límites de sus facultades discrecionales, como instancia que decide sobre los hechos, al atribuir un mayor peso probatorio a las pruebas de los efectos previstos de las medidas TPP que a las pruebas de los efectos reales de estas medidas. Por consiguiente, en su opinión, las constataciones del Grupo Especial sobre los efectos *previstos*, juntamente con sus constataciones sobre la repercusión *real* de las medidas TPP en los resultados proximales y distales, respaldan la conclusión general del Grupo Especial de que las medidas TPP, en combinación con otras medidas de control del tabaco mantenidas por Australia (incluidas las ASG ampliadas introducidas simultáneamente con el TPP), son adecuadas para contribuir, y de hecho contribuyen, al objetivo de Australia de reducir el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos.

Además, el Órgano de Apelación hizo hincapié en que había rechazado la gran mayoría de las impugnaciones de los apelantes respecto del análisis del Grupo Especial sobre la conducta tabáquica. Dicho esto, recordó que había constatado dos errores en la evaluación realizada por el Grupo Especial de las pruebas posteriores a la implementación relativas a la prevalencia de tabaquismo y al consumo. En primer lugar, el Órgano de Apelación constató que el Grupo Especial incurrió en error al utilizar la no estacionariedad y la multicolinealidad. Sin embargo, constató que este error del Grupo Especial no tuvo repercusión en la conclusión de este de que hay indicios econométricos de que las medidas TPP contribuyeron a reducir la prevalencia general de tabaquismo en Australia. En segundo lugar, con respecto a la utilización por el Grupo Especial de la repercusión del alto precio del tabaco para criticar las pruebas de las partes, constató que el Grupo Especial incurrió en error al no abordar los argumentos de la República Dominicana relativos al modelo de consumo presentado por Australia. El Órgano de Apelación había constatado que este error socavó irremediablemente, y por tanto vició, la constatación fáctica del Grupo Especial en la etapa 3 de su análisis del consumo de cigarrillos de que las pruebas de Australia eran más creíbles que las pruebas de los reclamantes, en la que el Grupo Especial había basado su conclusión de que algunos datos econométricos indicaban que las medidas TPP contribuyeron a reducir las ventas de cigarrillos al por mayor y, por lo tanto, el consumo de cigarrillos.

Tras constatar estos errores en el análisis del Grupo Especial, el Órgano de Apelación tomó nota de la afirmación de Australia de que incluso si los apelantes pudieran establecer que el Grupo Especial se excedió de los límites de sus facultades discrecionales como instancia que decide sobre los hechos, todavía tendrían que demostrar que los errores del Grupo Especial socavaron la objetividad de la evaluación del Grupo Especial. El Órgano de Apelación recordó, como había señalado en ocasiones anteriores, que no todos los errores en la evaluación de las pruebas o todos los errores de derecho constituyen un incumplimiento de parte del grupo especial de la obligación de hacer una evaluación objetiva del asunto que se le ha sometido. Más bien, para que su impugnación al amparo del artículo 11 pueda prosperar, un apelante debe demostrar que la declaración era importante para la conclusión jurídica del Grupo Especial. Por lo tanto, para revocar una constatación del Grupo Especial sobre la base del artículo 11, el Órgano de Apelación tenía que asegurarse de que los errores del Grupo Especial, considerados conjunta o individualmente, menoscababan la objetividad de la evaluación que hizo, de manera que la constatación de hecho del Grupo Especial ya no tuviera un fundamento probatorio y objetivo suficiente.

Por lo que respecta a los hechos del presente asunto, el Órgano de Apelación observó que el razonamiento del Grupo Especial con respecto a la prevalencia de tabaquismo y al consumo, por lo tanto, se elaboró sobre la base de las conclusiones formuladas por el Grupo Especial en las etapas 2 y 3 de su análisis de la prevalencia de tabaquismo (en el apéndice C) y las etapas 2 y 3 de su análisis del consumo de cigarrillos (en el apéndice D). El Grupo Especial también consideró pertinente que las pruebas indicaran que las medidas TPP habían reducido el atractivo de los productos de tabaco. El Órgano de Apelación subrayó que, de estos cinco aspectos diferentes de su análisis en los que se basó el Grupo Especial para elaborar su conclusión de que las pruebas posteriores a la implementación eran compatibles con la hipotética repercusión de las medidas TPP, los apelantes habían demostrado que el Grupo Especial incurrió en error con respecto a un aspecto únicamente, a saber, la etapa 3 del análisis del consumo de cigarrillos realizado por el Grupo Especial. Además, señaló que la prevalencia de tabaquismo y el consumo fueron simplemente dos parámetros mediante los cuales el Grupo Especial evaluó la cuestión de si las medidas TPP habían tenido un efecto real en las conductas tabáquicas (iniciación, cese y recaída). El Órgano de Apelación consideró que los apelantes no habían demostrado de qué manera los errores cometidos por el Grupo Especial en su evaluación del consumo demostrarían también que el Grupo Especial incurrió en error en su evaluación de la prevalencia de fumadores.

El Órgano de Apelación también tomó nota de la alegación de Honduras de que, aunque las constataciones del Grupo Especial se consideraran como algo dado, las propias constataciones limitadas del Grupo Especial relativas a los efectos reales de las medidas TPP sobre la conducta tabáquica no respaldaban su conclusión general de que de hecho las medidas *efectivamente* realizan una contribución *significativa* al objetivo de Australia.

El Órgano de Apelación recordó que la conclusión principal del Grupo Especial y el rechazo de las principales alegaciones de los reclamantes era que: i) los reclamantes no habían demostrado que las medidas TPP *no* sean *adecuadas* para hacer una contribución al objetivo de Australia de mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos; sino que más bien ii) las pruebas que tenía ante sí el Grupo Especial, tomadas en su totalidad, respaldaban la opinión de que las medidas TPP, en combinación con otras medidas de control del tabaco mantenidas por Australia (incluidas las ASG ampliadas introducidas simultáneamente con el TPP), *son adecuadas para contribuir, y de hecho contribuyen*, al objetivo de Australia de reducir el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos. Coincidió con los participantes en que estas constataciones, leídas conjuntamente, constituyen el rechazo de la proposición principal de los reclamantes de que las medidas TPP no son adecuadas para hacer, ni hacen, una contribución al objetivo de Australia de reducir el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos.

Sin embargo, el Órgano de Apelación hizo una distinción entre la conclusión anterior y una declaración posterior en la conclusión general del Grupo Especial en la que el Grupo Especial constató que, tomadas en su conjunto, las pruebas de que disponía apoyaban la opinión de que, aplicadas en combinación con la amplia gama de medidas de control del tabaco adicionales que mantiene Australia y que no han sido impugnadas en los presentes procedimientos, las medidas TPP son *adecuadas para realizar, y realizan, una contribución significativa* al objetivo de Australia de reducir el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos. El Órgano de Apelación no consideró casual que el Grupo Especial añadiera la palabra "significativa". En lugar de ello, consideró que esta conclusión se refería a la cuestión del "grado" de la contribución que las medidas TPP, en combinación con otras medidas de control del tabaco de Australia, hacen al objetivo de Australia. A este respecto, entendió que el Grupo Especial había concluido que las medidas TPP *son adecuadas para realizar, y realizan, una contribución significativa* al objetivo de Australia de reducir el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos como vía que le permitiera abordar la proposición subsidiaria de los reclamantes de que, incluso si el Grupo Especial concluyera que las medidas TPP hacen una contribución al objetivo de Australia, dichas medidas seguirían restringiendo el comercio más de lo necesario porque estarían disponibles para Australia varias medidas alternativas que restringen menos el comercio y podrían lograr un grado de contribución equivalente al objetivo de Australia. Por consiguiente, dadas las circunstancias específicas del presente asunto y la manera en que los reclamantes plantearon sus alegaciones ante el Grupo Especial, la opinión del Órgano de Apelación era que el grado de la contribución de las medidas TPP (es decir, si la contribución es "significativa") solo era pertinente para la comparación por el Grupo Especial del grado de restricción del comercio de las medidas TPP y el grado en que estas alcanzan el objetivo de Australia con el grado en que lo hacen las posibles medidas alternativas propuestas razonablemente disponibles y menos restrictivas del comercio que las medidas TPP, teniendo en

cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo. En consecuencia, constató que en las circunstancias específicas del asunto, la conclusión general del Grupo Especial sobre la contribución de las medidas TPP al objetivo de Australia no se vio afectada por el calificativo "significativa".

Por estas razones, el Órgano de Apelación constató que los apelantes no habían demostrado que el Grupo Especial incurriera en error en su conclusión general sobre la contribución de las medidas TPP al objetivo de Australia.

### **3.9.1.2 Las constataciones del Grupo Especial relativas a la restrictividad del comercio de las medidas TPP**

El Grupo Especial subrayó que para evaluar la restrictividad del comercio de una medida era necesario examinar el grado en que la medida causa un efecto limitativo en el comercio. El Grupo Especial consideró que la manera en que se justifica una afirmación de restrictividad del comercio puede variar de un caso a otro. Además, había señalado que cómo haya que demostrar la existencia y la amplitud de la restrictividad del comercio con respecto a los reglamentos técnicos que no se alega que sean discriminatorios dependerá de las circunstancias de un caso determinado. El Grupo Especial había considerado que, si no hay ninguna alegación de restricción *de jure* de las oportunidades de que las importaciones compitan en el mercado, ni de ninguna supuesta discriminación a este respecto (entre importaciones o entre productos importados y nacionales), se requerirá una demostración suficiente para establecer la existencia y la amplitud de cualquier efecto limitativo en el comercio internacional. Además, había añadido que una demostración de la restrictividad del comercio podrá basarse en argumentos y pruebas que sean cualitativos o cuantitativos, o ambas cosas, incluidas pruebas relativas a las características de la medida impugnada puestas de manifiesto en su diseño y funcionamiento.

Al aplicar esa norma a los hechos de estas diferencias, el Grupo Especial había coincidido con los reclamantes en que las medidas TPP limitarían las oportunidades de que los productores diferenciaron sus productos. Sin embargo, había considerado que era preciso demostrar cómo dan lugar esos efectos en las condiciones de competencia en el mercado a un efecto limitativo en el comercio internacional. El Grupo Especial había procedido a evaluar los argumentos de los reclamantes relativos a: i) los efectos de las medidas TPP en los obstáculos a la entrada en el mercado australiano; ii) los efectos de las medidas TPP en el volumen y el valor del comercio de productos de tabaco; iii) los costos de cumplimiento derivados de las medidas TPP; y iv) las sanciones previstas en las medidas TPP. El Grupo Especial había rechazado la mayoría de estos argumentos pero concluyó que las medidas TPP restringen el comercio, en tanto en cuanto reducen el volumen de productos de tabaco importados en el mercado australiano, y en consecuencia tienen un efecto limitativo en el comercio. El Grupo Especial había considerado plausible que las medidas pudieran, con el tiempo, afectar al valor general de las importaciones de tabaco, pero no consideró que las pruebas demostraran que eso hubiera ocurrido hasta la fecha.

En apelación, Honduras alegó que el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación del párrafo 2 del artículo 2 al no apoyarse en un criterio jurídico basado en las condiciones de competencia y las oportunidades de competencia. La República Dominicana consideró que el Grupo Especial interpretó correctamente el párrafo 2 del artículo 2 en el sentido de que la prueba de la restrictividad del comercio se centra en las oportunidades de competencia de que disponen los productos importados. Tanto la República Dominicana como Honduras consideraron que el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC al no constatar que la reducción de las oportunidades de diferenciar los productos sobre la base de las marcas bastaba para demostrar la restrictividad del comercio de las medidas TPP. Los apelantes también alegaron que el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 2 del artículo 2 al determinar el efecto de las medidas TPP en el valor de los productos de tabaco importados. La República Dominicana también alegó que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al constatar que los reclamantes no habían demostrado que la disminución de las ventas de cigarrillos de gama alta en relación con los de gama baja revelase "solo" o "exclusivamente" el cambio a productos de menor precio por los consumidores, en contraposición a los resultados de otros fenómenos de mercado.

### **3.9.1.2.1 Alegaciones relativas a la interpretación que hizo el Grupo Especial del párrafo 2 del artículo 2**

Honduras adujo que el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC al no apoyarse en un criterio jurídico basado en las condiciones de competencia y las oportunidades de competencia. Según Honduras, el Grupo Especial basó su análisis en si las medidas TPP son discriminatorias y prefirió una prueba de los efectos en el comercio basada en el grado en que las medidas reducían realmente el volumen de las ventas y, por consiguiente, de las importaciones. La República Dominicana adujo que el Grupo Especial articuló la interpretación correcta de la expresión "restringir el comercio", en el sentido del párrafo 2 del artículo 2, cuando explicó que anteriores evaluaciones de la restrictividad del comercio se centraron en la cuestión de si un reglamento técnico tenía un efecto limitativo en las oportunidades de competencia de que disponen los productos importados. La República Dominicana consideró que, si el Grupo Especial hubiera aplicado correctamente el criterio jurídico de la restrictividad del comercio, habría constatado que la pérdida de oportunidades de competencia para los productos de tabaco derivada del diseño, estructura y funcionamiento previsto de las medidas TPP constituye restrictividad del comercio en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

El Órgano de Apelación no estuvo de acuerdo con la caracterización que hicieron los apelantes de las constataciones interpretativas del Grupo Especial en el sentido de que una evaluación de la restrictividad del comercio se centra en evaluar las condiciones de competencia o las oportunidades de competencia de los productos. Señaló además una diferencia significativa entre, de un lado, la utilización por los grupos especiales y el Órgano de Apelación del concepto de condiciones de competencia en el contexto del párrafo 2 del artículo 2 en anteriores diferencias y, de otro lado, la utilización por los apelantes de ese concepto en las presentes diferencias. El Órgano de Apelación consideró que una demostración de una reducción de las oportunidades de competencia de los productos importados solo es pertinente para la evaluación de la restrictividad del comercio en la medida en que ponga de manifiesto un efecto limitativo en el comercio internacional. Por ejemplo, cuando se demuestre que una medida reduce las oportunidades de competencia de los productos importados, como grupo, procedentes de un Miembro, frente a los productos nacionales competidores, ello bastaría para que un grupo especial concluyera que la medida restringe realmente el comercio. El Órgano de Apelación señaló que la articulación del criterio jurídico del párrafo 2 del artículo 2 realizada por el Grupo Especial reflejó este entendimiento.

El Órgano de Apelación también observó que los apelantes parecían considerar que una demostración de una reducción de las oportunidades de competencia de algunos productos importados frente a todos los demás productos presentes en el mercado, incluidos otros productos importados procedentes del mismo Miembro, bastaría para demostrar la restrictividad del comercio. A este respecto, estuvo de acuerdo con el Grupo Especial en que el mero hecho de que se modifiquen las condiciones de competencia en un mercado no necesariamente bastaría para que un grupo especial llegara a una conclusión sobre el grado de restrictividad del comercio de un determinado reglamento técnico. El Órgano de Apelación tomó nota de la constatación del Grupo Especial de que, cuando se examinan los efectos de un reglamento técnico (con inclusión de la cuestión de si un reglamento técnico tiene un efecto limitativo en el comercio), podrían tomarse en consideración los efectos tanto de aumento como de disminución de las importaciones en el comercio de otros Miembros. En una situación en que una medida simplemente modifica las condiciones de competencia de productores individuales dentro de un mercado, y el grupo especial no puede prever la repercusión de la medida en las condiciones de competencia para los productos importados, como grupo, procedentes de un Miembro, el Órgano de Apelación no veía cómo podría el grupo especial concluir que la medida tendría necesariamente un efecto limitativo en el comercio internacional.

El Órgano de Apelación tampoco estuvo de acuerdo con los apelantes en que el Grupo Especial exigió efectivamente que, en situaciones en que se impugna una medida no discriminatoria al amparo del párrafo 2 del artículo 2, es necesario que el reclamante presente pruebas de los efectos reales en el comercio para demostrar la restrictividad del comercio de la medida. Señaló además que, en ciertas circunstancias, el diseño y la estructura de una medida pueden ser insuficientes para que un grupo especial prevea si, y en qué grado, la medida tendrá un efecto limitativo en el comercio internacional, y subrayó que un grupo especial no tiene obligación alguna de poner fin a su análisis de la restrictividad del comercio de una medida después de haber examinado solo un subconjunto de las pruebas.

### **3.9.1.2.2 Alegaciones relativas a la aplicación por el Grupo Especial del párrafo 2 del artículo 2**

#### **3.9.1.2.2.1 La reducción de las oportunidades de diferenciar sobre la base de las marcas**

Los apelantes adujeron que el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC al constatar que, aunque las medidas TPP reducían las oportunidades de que los productos se diferencien sobre la base de las marcas, ello no demostraba la restrictividad del comercio de las medidas TPP. Los apelantes adujeron asimismo que el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 2 del artículo 2 al exigir incorrectamente a los reclamantes que presentaran pruebas de los efectos reales en el comercio a fin de determinar que las medidas TPP restringen el comercio.

El Órgano de Apelación señaló que el Grupo Especial consideró que no podía determinar, exclusivamente sobre la base de su examen del diseño y la estructura de las medidas TPP, si estas medidas restringían el comercio. Observó que, para llegar a esta conclusión, el Grupo Especial destacó que la diferenciación de marcas es valiosa en el comercio internacional porque genera fidelidad en los consumidores y aumenta su disposición a pagar. El Órgano de Apelación consideró que esto indicaba que la repercusión de la reducción de las oportunidades de diferenciar sería distinta para los diferentes productores en función del grado específico de fidelidad de los clientes asociada a las marcas de los distintos productores, de modo que aunque la reducción de las oportunidades de diferenciar podría perjudicar a las oportunidades de competencia de algunos productos, necesariamente parecería mejorar las oportunidades de competencia de otros productos competidores. Por consiguiente, concluyó que los apelantes no habían demostrado que el Grupo Especial incurriera en error al no constatar que la reducción de las oportunidades de diferenciar los distintos productos causada por las medidas TPP equivale necesariamente a un efecto limitativo del comercio internacional.

El Órgano de Apelación también discrepó con los apelantes en que el Grupo Especial exigiera pruebas de los efectos reales en el comercio o aplicara una carga probatoria más rigurosa sobre la base de que no se había demostrado que las medidas TPP fueran discriminatorias. Señaló que la reducción de las oportunidades de diferenciar mediante las marcas era insuficiente para que el Grupo Especial previera si el efecto neto de las medidas TPP sería de restricción del comercio. Por esta razón, el Grupo Especial procedió a examinar las pruebas y argumentos adicionales presentados por las partes. El Órgano de Apelación también subrayó que el Grupo Especial no exigió que esas pruebas o argumentos adicionales adoptaran la forma de efectos reales en el comercio.

#### **3.9.1.2.2.2 El efecto de las medidas TPP en el valor de los productos importados**

Los apelantes alegaron que el Grupo Especial incurrió en error al concluir que las medidas TPP no darían lugar a una reducción del valor de los productos importados, aun cuando (en opinión de los apelantes) las pruebas cualitativas indicaran que ese efecto se produciría en el futuro. La República Dominicana también adujo que: i) el Grupo Especial incurrió en error al rechazar el argumento de que las medidas TPP reducían el valor de los productos importados mediante el cambio a productos de menor precio (es decir, la sustitución a la baja de marcas de mayor precio por marcas de menor precio) sobre la base de que las medidas TPP no eran la causa exclusiva de la sustitución a la baja realizada por los consumidores; ii) cualesquiera razones distintas que tuviera el Grupo Especial para rechazar el argumento de los reclamantes relativo al cambio a productos de menor precio también eran erróneas; y iii) el Grupo Especial incurrió en error al tener en cuenta la respuesta de los productores a las medidas TPP.

En cuanto al argumento de los apelantes de que las pruebas cualitativas indicaban que las medidas TPP reducirían el valor de los productos importados en el futuro, el Órgano de Apelación subrayó que el Grupo Especial tuvo en cuenta la repercusión futura de las medidas TPP en el valor. Sin embargo, observó que el Grupo Especial no consideró que las pruebas fueran suficientes para concluir que las medidas TPP daban lugar, o necesariamente darían lugar, a una reducción del valor. Tras recordar que un grupo especial no tiene obligación de basar su evaluación del grado de restrictividad del comercio en un subconjunto de las pruebas pertinentes, y teniendo presente que sopesar y confrontar las pruebas era competencia del Grupo Especial, en su función de determinación de los hechos, el Órgano de Apelación no consideró que este aspecto de los argumentos de los apelantes demostrara que el Grupo Especial incurrió en error al aplicar el párrafo 2 del artículo 2.

En cuanto a los argumentos de la República Dominicana relativos a las constataciones del Grupo Especial sobre el cambio a productos de menor precio, el Órgano de Apelación consideró que estos argumentos se basaron en una interpretación errónea del informe del Grupo Especial por parte de la República Dominicana. El Órgano de Apelación entendió que el Grupo Especial no desestimó el argumento de la República Dominicana relativo al cambio a productos de menor precio sobre la base de la relación causal, sino porque las pruebas no demostraban que las medidas TPP fueran a mantener o aumentar los precios de los cigarrillos. También rechazó los argumentos de la República Dominicana de que, subsidiariamente, el razonamiento del Grupo Especial a este respecto era erróneo. Por último, el Órgano de Apelación consideró que el Grupo Especial no incurrió en error al tener en cuenta la respuesta de los productores a las medidas TPP. Consideró que, al examinar la repercusión de las medidas TPP en los precios, el Grupo Especial estaba examinando efectivamente los hechos pertinentes para llegar a una conclusión sobre el grado de restrictividad del comercio de las medidas TPP, sobre la base de los argumentos de los propios reclamantes de que las medidas TPP dieron lugar a una disminución del valor.

### **3.9.1.2.3 Alegaciones al amparo del artículo 11 del ESD**

La República Dominicana alegó que el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva del asunto que se le había sometido, como exige el artículo 11 del ESD, al constatar que "los reclamantes no habían demostrado que la disminución de las ventas de cigarrillos de gama alta en relación con los de gama baja revelase 'solo' o 'exclusivamente' el cambio a productos de menor precio por los consumidores, en contraposición a los resultados de otros fenómenos de mercado". La República Dominicana mencionó específicamente la constatación del Grupo Especial de que parte del descenso de la proporción se debió a la reducción global del volumen total de ventas al por mayor causada por la introducción de las medidas TPP.

El Órgano de Apelación entendió que la constatación formulada por el Grupo Especial de que la reducción de la proporción entre las ventas al por mayor de cigarrillos de precio más alto y los cigarrillos de precio bajo representaba tanto una sustitución a la baja causada por las medidas TPP como la reducción global del volumen total de ventas al por mayor causada por la introducción de las medidas TPP y las ASG ampliadas era en esencia una constatación de hecho innecesaria del Grupo Especial. Asimismo, señaló que el Grupo Especial no indicó ningún fundamento para esta constatación fáctica. Dado que la constatación fáctica innecesaria del Grupo Especial no era importante para sus conclusiones con respecto a la restrictividad del comercio, y carecía de cualquier fundamento en el informe del Grupo Especial, el Órgano de Apelación declaró superflua esa constatación. Habiendo declarado superflua la constatación pertinente en que se basaban las alegaciones formuladas por la República Dominicana al amparo del artículo 11, no consideró necesario abordar dichas alegaciones.

### **3.9.1.3 Las constataciones del Grupo Especial relativas a dos de las medidas alternativas propuestas**

Ante el Grupo Especial, los reclamantes habían propuesto cuatro medidas alternativas que consideraban que eran menos restrictivas del comercio que las medidas TPP y al mismo tiempo podían hacer una contribución equivalente al objetivo de Australia. Las cuatro medidas propuestas son: i) un aumento de la edad mínima para la compra legal (EMCL) de productos de tabaco en Australia, de 18 a 21 años; ii) un aumento de la tributación de los productos de tabaco; iii) mejoras en las campañas de mercadotecnia social de Australia, o campañas de mercadotecnia social eficaces en Australia; y iv) un mecanismo de escrutinio previo para el empaquetado del tabaco. El Grupo Especial rechazó las cuatro medidas alternativas.

En apelación, los apelantes impugnaron las constataciones del Grupo Especial relativas a dos de esas medidas alternativas: i) un aumento de la EMCL de productos de tabaco en Australia; y ii) un aumento de la tributación de los productos de tabaco en Australia. Los apelantes solicitaron al Órgano de Apelación que revocara las constataciones del Grupo Especial de que esas dos medidas alternativas no eran medidas alternativas razonablemente disponibles que serían menos restrictivas del comercio que las medidas TPP y al mismo tiempo harían una contribución equivalente al objetivo legítimo de Australia. En concreto, alegaron que el Grupo Especial había incurrido en error en su aplicación del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC al constatar que los reclamantes no habían demostrado que: i) cada una de las dos medidas alternativas sería *menos restrictiva del comercio* que las medidas TPP; y que ii) cada medida alternativa haría una contribución al objetivo de Australia



*equivalente* a la de las medidas TPP. La República Dominicana también formuló alegaciones al amparo del artículo 11 del ESD.

### **3.9.1.3.1 Restrictividad del comercio de las medidas alternativas**

Los apelantes alegaron que el Grupo Especial incurrió en error en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC al constatar que los reclamantes no habían demostrado que las dos medidas alternativas en litigio serían menos restrictivas del comercio que las medidas TPP, porque esas conclusiones se basaban en las constataciones erróneas del Grupo Especial, formuladas anteriormente en su informe, relativas al grado de restrictividad del comercio de las medidas TPP. Según los apelantes, en su evaluación de la restrictividad del comercio de las medidas TPP, el Grupo Especial adoptó una interpretación demasiado restringida del concepto de "restrictividad del comercio" y, en lugar de centrarse en la repercusión de las medidas en las oportunidades de competencia de los productos de tabaco basándose en su diseño, estructura y funcionamiento previsto, exigió pruebas empíricas sobre los efectos reales en el comercio de las medidas TPP. Los apelantes consideraron que, si el Grupo Especial hubiese constatado debidamente que las medidas TPP restringen el comercio ya que, por su diseño, reducen las oportunidades de competencia derivadas de la diferenciación de marcas, habría llegado a una conclusión diferente, a saber, que las medidas TPP son más restrictivas del comercio que las medidas alternativas porque estas últimas medidas no limitan de manera similar las oportunidades de competencia de los productos de tabaco.

En relación con las constataciones del Grupo Especial sobre la restrictividad del comercio de las medidas TPP, el Órgano de Apelación recordó su constatación de que los apelantes no habían demostrado que el Grupo Especial incurriera en error en su interpretación o aplicación del párrafo 2 del artículo 2 al rechazar, en las circunstancias particulares de estas diferencias, las afirmaciones de los reclamantes de que: i) la reducción de la diferenciación de marcas (es decir, una modificación del entorno competitivo en el mercado de productos de tabaco), por sí misma, era suficiente para establecer el efecto limitativo requerido en el comercio internacional; y ii) las medidas TPP restringen el comercio debido a su repercusión en el valor general de los productos de tabaco importados. A este respecto recordó que el Grupo Especial había constatado que el mercado australiano se abastece por completo mediante productos de tabaco importados. Asimismo, puso de relieve la conclusión del Grupo Especial de que las medidas TPP restringen el comercio en tanto en cuanto afectan el volumen de productos de tabaco importados. En consecuencia, el Órgano de Apelación estuvo de acuerdo con la determinación del Grupo Especial de que una medida alternativa que pueda hacer un grado de contribución al objetivo de reducir el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos equivalente al de las medidas TPP sería tan restrictiva del comercio como las medidas TPP, en lo que concierne al volumen de las importaciones. Consideró que los apelantes no habían explicado específicamente por qué esto no ocurre en el caso de las dos medidas alternativas en cuestión. En estas circunstancias, el Órgano de Apelación no vio que hubiera fundamento suficiente para constatar que el Grupo Especial hubiera incurrido en error al constatar que no se había demostrado que ninguna de las dos medidas alternativas fuera menos restrictiva del comercio que las medidas TPP.

### **3.9.1.3.2 Contribución relativa de las medidas alternativas**

Los apelantes alegaron que el Grupo Especial incurrió en error de derecho en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC al constatar que los reclamantes no habían demostrado que cada una de las dos medidas alternativas haría una contribución al objetivo de Australia equivalente a la contribución de las medidas TPP.

El Órgano de Apelación señaló que todos los participantes estuvieron de acuerdo con la formulación que hizo el Grupo Especial del criterio jurídico, aplicable a una evaluación de la "equivalencia", es decir, de que lo que es pertinente para esta evaluación es el grado global de contribución que hace el reglamento técnico al objetivo perseguido, y no cualquier aspecto o componente individual aislado de la contribución, y de que una medida alternativa propuesta puede lograr un grado de contribución equivalente de maneras diferentes a como lo hace el reglamento técnico en litigio y existe un margen de apreciación en esa evaluación. Los participantes también estuvieron de acuerdo en que el criterio mediante el cual se ha de evaluar la equivalencia sigue siendo el mismo cuando la medida impugnada se aplica como parte de una política integral de un Miembro demandado para abordar un problema multifacético, como el tabaquismo. El Órgano de Apelación también recordó que el Grupo Especial había determinado que el objetivo de las medidas TPP era mejorar la salud pública reduciendo el



consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos. A este respecto, el Órgano de Apelación tomó nota de que el Grupo Especial rechazó la afirmación de Australia de que el objetivo en cuestión también abarca lo que Australia ha denominado los tres *objetivos específicos* o *mecanismos* de las medidas, a saber: i) disminuir el atractivo de los productos de tabaco; ii) aumentar la eficacia de las ASG; y iii) reducir la capacidad de los paquetes de inducir a error a los consumidores acerca de los efectos nocivos de fumar.

El Órgano de Apelación también señaló que el Grupo Especial evaluó el grado de contribución que las medidas TPP y cada una de las medidas alternativas hacen al objetivo citado *supra* y que, en las circunstancias específicas de estos procedimientos, el Grupo Especial decidió evaluar los respectivos grados de contribución de las medidas impugnadas y alternativas en términos cualitativos, no en términos cuantitativos. En cada caso, el Grupo Especial matizó la contribución de las medidas utilizando el mismo adjetivo "significativa". No obstante, en última instancia el Grupo Especial concluyó que los reclamantes no habían demostrado que la contribución de cada una de las medidas alternativas sería equivalente a la de las medidas TPP. En estas circunstancias, el Órgano de Apelación constató que era razonable entender que el Grupo Especial indicaba que el grado (significativ[o]) en que cada medida alternativa podría contribuir al objetivo de Australia era similar o comparable al grado ("significativ[o]") en que las medidas TPP contribuyen al mismo objetivo. En efecto, tras examinar la manera en que el Grupo Especial llegó a su constatación de contribución "significativa" en cada caso, el Órgano de Apelación no vio nada en el análisis efectuado por el Grupo Especial que indicara claramente que el grado global de reducción del consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos logrado por cada medida alternativa (además de cualquier reducción atribuible a las demás medidas de control del tabaco existentes en Australia) sería sustancialmente menor que el logrado por las medidas TPP, de manera que el nivel de protección perseguido por las medidas TPP y las demás medidas de control del tabaco de Australia supere necesariamente lo que se podría lograr razonablemente utilizando una de las medidas alternativas en sustitución de las medidas TPP.

Si bien señaló que el razonamiento específico seguido para rechazar la equivalencia difería ligeramente respecto de una y otra medida alternativa, en general el Órgano de Apelación compartía la opinión de los apelantes de que en cada caso el Grupo Especial hizo alusión a los dos puntos siguientes: i) las medidas alternativas no abordan las características de diseño del empaquetado del tabaco que tratan de abordar las medidas TPP; y ii) esto dejaría sin abordar un aspecto del enfoque integral adoptado por Australia respecto del control del tabaco y reduciría las "sinergias" entre los diferentes componentes de esa política. El Órgano de Apelación también estuvo de acuerdo con los apelantes en que los dos puntos mencionados por el Grupo Especial al rechazar la existencia de equivalencia no reflejaban el criterio jurídico correcto en el marco del párrafo 2 del artículo 2. En concreto, en lo que respecta al primer punto (a saber, que las medidas alternativas no abordan las características de diseño del empaquetado del tabaco), recordó que lo que es pertinente en una evaluación de la equivalencia es el grado global de contribución que hace el reglamento técnico al objetivo perseguido y que una medida alternativa propuesta puede lograr un grado de contribución equivalente de maneras diferentes a como lo hace el reglamento técnico en litigio.

En cuanto al segundo punto (a saber, que sustituir las medidas TPP por una de las medidas alternativas socavaría el carácter integral de la política de Australia y reduciría las sinergias), el Órgano de Apelación consideró que, incluso en el contexto de una política integral, lo que es pertinente para evaluar la equivalencia sigue siendo los grados globales de contribución que las medidas impugnadas y las medidas alternativas hacen al objetivo de Australia. Por lo tanto, postuló que si se constata que la medida alternativa en cuestión es adecuada para lograr, además de cualquier reducción del tabaquismo atribuible a las demás medidas de control del tabaco existentes en Australia, un grado de reducción del tabaquismo similar o comparable al grado de reducción logrado por las medidas TPP, entonces la cuestión de si las medidas TPP forman parte de la política más amplia de Australia y de si su contribución se deriva en parte de los efectos sinérgicos con otros componentes de esa política no tendría que haber sido una consideración decisiva al determinar la existencia de equivalencia.

Por estos motivos, en tanto en cuanto el Grupo Especial indicó que cada medida alternativa puede considerarse adecuada para lograr un grado de reducción general "significativa" del consumo de tabaco en Australia similar o comparable al de las medidas TPP, y sin embargo su contribución no sería equivalente debido a que no aborda las características de diseño del empaquetado del tabaco que tratan de abordar las medidas TPP en el contexto de la política más amplia de control del tabaco de Australia, el Órgano de Apelación constató que el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación

del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC. No obstante, advirtió que su conclusión se formuló en las circunstancias concretas de estas diferencias, sobre la base de la constatación no controvertida del Grupo Especial de que el objetivo pertinente perseguido por las medidas TPP no abarcaba los *objetivos específicos*, o *mecanismos*, de abordar las características de diseño del empaquetado del tabaco. También subrayó que Australia no había apelado las constataciones formuladas por el Grupo Especial de que ambas medidas alternativas estaban razonablemente disponibles para Australia. Por consiguiente, el Órgano de Apelación avisó de que no debería extrapolarse, de su conclusión, que un aumento de la EMCL o de la tributación de los productos de tabaco necesariamente se consideraría una medida alternativa razonablemente disponible que puede hacer una contribución equivalente a la de una medida de empaquetado genérico en otra situación u otra jurisdicción.

### **3.9.1.3.3 Alegaciones al amparo del artículo 11 del ESD**

La República Dominicana formuló dos alegaciones al amparo del artículo 11 del ESD. En primer lugar, con respecto al análisis del Grupo Especial de si cada una de las dos medidas alternativas haría una contribución equivalente al objetivo de Australia, la República Dominicana alegó que el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva del asunto de conformidad con el artículo 11 al constatar que las características de diseño del empaquetado del tabaco que transmiten mensajes no se abordarían en modo alguno sin las medidas TPP. El Órgano de Apelación subrayó que ya había abordado la alegación de error coincidente formulada por la República Dominicana al amparo del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC por la que de manera análoga se impugnaba la referencia que el Grupo Especial hizo al hecho de que las medidas alternativas no abordaban las características de diseño del empaquetado del tabaco. Por esta razón, consideró innecesario abordar este aspecto de la alegación de la República Dominicana al amparo del artículo 11 del ESD.

En segundo lugar, la República Dominicana impugnó las constataciones del Grupo Especial sobre la restrictividad del comercio y la contribución relativa que tendría un aumento de la EMCL, alegando que el razonamiento del Grupo Especial fue incoherente, o internamente contradictorio, en su examen de los posibles efectos futuros de un aumento de la EMCL. El Órgano de Apelación estuvo de acuerdo con la República Dominicana en que el Grupo Especial se había referido a determinados efectos futuros en su análisis de la restrictividad del comercio del aumento de la EMCL de 18 a 21 años propuesto. Sin embargo, discrepó de su afirmación de que el Grupo Especial no tuvo en cuenta o negó esos efectos futuros en su análisis de la contribución de un aumento de la EMCL. Al contrario, al llegar a su constatación de que esta medida alternativa sería adecuada para hacer una contribución "significativa" al objetivo de Australia, el Grupo Especial tuvo en cuenta las pruebas que indicaban que el aumento de la EMCL no solo probablemente mejoraría de manera inmediata la salud de las personas del grupo de edad destinatario, sino que también reduciría los efectos adversos en la salud a medio y largo plazo a medida que las primeras cohortes de nacimiento afectadas por el cambio normativo alcanzasen la edad adulta. Por consiguiente, el Órgano de Apelación no vio ninguna incoherencia en el trato que el Grupo Especial dio a los efectos futuros en su evaluación de la restrictividad del comercio, por una parte, y de la contribución, por la otra, de un aumento de la EMCL. Así pues, constató que la República Dominicana no había demostrado que el Grupo Especial no hiciera una evaluación objetiva del asunto que se le había sometido, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 del ESD.

### **3.9.1.3.4 Conclusión sobre las medidas alternativas**

A la luz de lo anterior, el Órgano de Apelación concluyó que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que los reclamantes no demostraron que cada una de las dos medidas alternativas sería adecuada para hacer una contribución equivalente a la de las medidas TPP. Al mismo tiempo, recordó que había constatado que el Grupo Especial no incurrió en error al constatar que los reclamantes no demostraron que esas dos medidas alternativas restrinjan el comercio menos que las medidas TPP. Por consiguiente, pese a haber llegado a la conclusión de que el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 2 del artículo 2 con respecto a la equivalencia de la contribución de cada medida alternativa, el Órgano de Apelación concluyó que las constataciones definitivas formuladas por el Grupo Especial, de que los reclamantes no demostraron que el aumento de la EMCL y el aumento de la tributación serían cada uno una alternativa a las medidas TPP menos restrictiva del comercio, que haría una contribución equivalente al objetivo de Australia, seguían siendo válidas.

#### **3.9.1.4 Conclusión general en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC**

Sobre la base de lo anterior, el Órgano de Apelación confirmó la conclusión del Grupo Especial de que los reclamantes no habían demostrado que las medidas TPP restrinjan el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

#### **3.9.1.5 Opinión separada de un miembro de la Sección**

Un miembro de la Sección señaló que concordaba con las constataciones y las conclusiones definitivas de la mayoría con respecto al párrafo 2 del artículo 2. Sin embargo, consideró que no era necesario, y por lo tanto no era aconsejable, a los efectos de resolver las presentes diferencias, que la mayoría examinara detalladamente las alegaciones de los apelantes relativas a la evaluación que el Grupo Especial hizo de la contribución de las medidas TPP al objetivo de Australia.

Este miembro recordó que el argumento principal que los reclamantes expusieron ante el Grupo Especial fue que las medidas TPP restringen el comercio más de lo necesario porque restringen el comercio y no son adecuadas para contribuir, ni contribuyen, al objetivo legítimo de salud pública de Australia. Subsidiariamente, los reclamantes adujeron que, aun suponiendo que las medidas TPP contribuyan al objetivo legítimo de salud pública de Australia, siguen restringiendo el comercio más de lo necesario porque existen medidas alternativas razonablemente disponibles para Australia que restringirían menos el comercio y, al tiempo, harían una contribución equivalente al objetivo.

El miembro señaló además que, al determinar el grado de contribución de las medidas TPP al objetivo de Australia, el Grupo Especial formuló dos constataciones. En primer lugar, el Grupo Especial constató que los reclamantes no habían demostrado que las medidas TPP no sean adecuadas para hacer una contribución al objetivo de Australia. En segundo lugar, el Grupo Especial constató que las pruebas, tomadas en su totalidad, respaldaban la opinión de que las medidas TPP son adecuadas para contribuir, y de hecho contribuyen, al objetivo de Australia. El miembro señaló que los apelantes no habían presentado argumentos acerca de la primera constatación del Grupo Especial y que consideraba que los apelantes no habían demostrado que cualesquiera errores que socavaran la segunda constatación viciarían necesariamente la primera constatación del Grupo Especial.

Dado que la primera constatación del Grupo Especial quedó inalterada en apelación, y dado que se presume que las medidas son compatibles con las normas de la OMC hasta que se demuestre lo contrario, el miembro consideró que se presume que las medidas TPP al menos pueden hacer una contribución al objetivo de Australia, pueda o no el Grupo Especial haber incurrido en error al formular la segunda constatación. En consecuencia, el miembro concluyó que los apelantes no habían demostrado que el Grupo Especial incurriera en error al rechazar su argumento principal y, con respecto a su argumento subsidiario, la cuestión de si las alternativas propuestas hacen o no una contribución equivalente a la de las medidas TPP, los apelantes no presentaron una alternativa que restrinja menos el comercio que las medidas TPP. Por lo tanto, a juicio de este miembro, no era necesario, a los efectos de resolver las presentes diferencias, examinar detalladamente las alegaciones de los apelantes relativas a la contribución de las medidas TPP al objetivo de Australia.

Este miembro tampoco estuvo de acuerdo con la constatación intermedia de la mayoría de que, al introducir en su informe provisional análisis econométricos que no se habían analizado con las partes, el Grupo Especial no respetó el debido proceso de una forma que constituye una infracción del artículo 11 del ESD. En su opinión, la utilización por el Grupo Especial de la multicolinealidad y la no estacionariedad para comprobar la solidez de las pruebas presentadas por las partes formaba parte del razonamiento del Grupo Especial, respecto de lo que un grupo especial goza de considerables facultades discrecionales. A su juicio, las partes presentaron al Grupo Especial una gran cantidad de pruebas econométricas, y era adecuado que el Grupo Especial evaluara el valor probatorio de estas pruebas. Además, observó que los reclamantes tuvieron la oportunidad de plantear sus preocupaciones relativas al análisis que hizo el Grupo Especial de la multicolinealidad y la no estacionariedad en la etapa intermedia de reexamen. Puesto que no lo hicieron, el miembro no estuvo de acuerdo con su alegación de que el Grupo Especial les denegó el debido proceso al no "dar a las partes ninguna oportunidad de formular observaciones".

### 3.9.2 Alegaciones relativas a las constataciones formuladas por el Grupo Especial en el marco del párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC

El Grupo Especial entendió que los reclamantes aducían que, al prohibir el *uso* de determinadas marcas de fábrica o de comercio relativas al tabaco en el empaquetado del tabaco y los productos de tabaco, las medidas TPP erosionan el carácter distintivo de esas marcas y, por ello, limitan la capacidad de sus titulares de ejercer sus derechos en virtud del párrafo 1 del artículo 16. A juicio del Grupo Especial, ese argumento de los reclamantes giraba en torno a la cuestión de si una reducción del carácter distintivo de una marca de fábrica o de comercio registrada afecta a los derechos que los Miembros deben otorgar al titular de la marca en virtud del párrafo 1 del artículo 16. El Grupo Especial constató que el párrafo 1 del artículo 16 se limita a prever el derecho del titular de una marca de fábrica o de comercio registrada a impedir determinadas actividades por terceros no autorizados en las condiciones establecidas en la primera frase de ese párrafo. Constató que si las actividades de un tercero no autorizado cumplen las condiciones establecidas en la primera frase del párrafo 1 del artículo 16, el titular de la marca de fábrica o de comercio tendrá derecho, con arreglo a la legislación nacional de un Miembro, a impedir esas actividades. Por lo tanto, constató que, en esencia, la obligación que impone el párrafo 1 del artículo 16 consiste en asegurar que existan derechos para obtener una reparación por tales actos de infracción. En su opinión, de ello se deduce que, para probar que las medidas TPP son incompatibles con el párrafo 1 del artículo 16, los reclamantes tendrían que demostrar que, en el marco de la legislación nacional australiana, el titular de la marca de fábrica o de comercio no tiene derecho a impedir las actividades de terceros que cumplan las condiciones establecidas en esa disposición. A juicio del Grupo Especial, el párrafo 1 del artículo 16 no establece ningún otro derecho del titular de la marca de fábrica o de comercio, ni menciona el *uso* de la marca registrada por su titular. Por lo tanto, el Grupo Especial estuvo de acuerdo con las partes en que el párrafo 1 del artículo 16 *no* establece un *derecho* del titular de la marca de fábrica o de comercio a *hacer uso* de su marca registrada.

Honduras solicitó al Órgano de Apelación que revocara la constatación del Grupo Especial de que Honduras no demostró que las medidas TPP sean incompatibles con el párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC, por los siguientes motivos: i) la interpretación que hizo el Grupo Especial de los "derechos conferidos" en el marco del párrafo 1 del artículo 16 era errónea; ii) el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 1 del artículo 16 a las medidas TPP; y iii) el Grupo Especial no cumplió la obligación que le impone el artículo 11 del ESD de hacer una evaluación objetiva del asunto.

Para empezar, el Órgano de Apelación reconoció la naturaleza excepcional del Acuerdo sobre los ADPIC, y observó que dicho Acuerdo trata de los derechos de propiedad intelectual, que son *derechos privados* de los que son titulares personas físicas o jurídicas. Además, una proporción significativa del contenido del Acuerdo sobre los ADPIC procede de acuerdos o convenios internacionales preexistentes en materia de propiedad intelectual que se negociaron fuera del marco del GATT de 1947/OMC. Asimismo, el Acuerdo sobre los ADPIC, como acuerdo que aborda los derechos de propiedad intelectual, trata principalmente de la creación y la protección de derechos privados *exclusivos*. Por definición, esos derechos exclusivos sirven para restringir la actividad comercial y exigen una intervención activa del Gobierno para lograr la observancia de esas restricciones. El Órgano de Apelación recordó que, como declararon los Grupos Especiales en *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)* y *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Estados Unidos)*, el Acuerdo sobre los ADPIC en general no prevé que se concedan derechos positivos para explotar o utilizar una determinada materia, sino que prevé que se concedan derechos negativos para impedir determinados actos. Observó que el párrafo 1 del artículo 1 impone a los Miembros la obligación de "aplicar[] las disposiciones del" Acuerdo sobre los ADPIC. Concretamente, por lo que respecta a las marcas de fábrica o de comercio, los Miembros tienen la obligación de aplicar las disposiciones de los artículos 15 a 21 de dicho Acuerdo.

Con respecto a la alegación de Honduras de que el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación del párrafo 1 del artículo 16, el razonamiento que sustentaba los argumentos de Honduras formulados en apoyo de esta alegación se centró en tres temas fundamentales e interrelacionados: i) el párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC (leído junto con los artículos 15, 17, 19 y 20 de dicho Acuerdo) confiere al titular de una marca de fábrica o de comercio registrada el *derecho a utilizar* su marca; ii) el carácter distintivo de una marca de fábrica o de comercio y la "probabilidad de confusión" en el sentido del párrafo 1 del artículo 16 son conceptos estrechamente relacionados que imponen a los Miembros la obligación de proteger el carácter

distintivo de una marca de fábrica o de comercio mediante su uso; y iii) de conformidad con el párrafo 1 del artículo 16, los Miembros deben garantizar un nivel mínimo de protección en relación con el carácter distintivo y el uso de las marcas de fábrica o de comercio, lo que entonces garantiza determinados resultados.

El Órgano de Apelación observó que mientras que el artículo 15 define la materia que puede ser objeto de protección como marca de fábrica o de comercio y las normas por las que se rige la posibilidad de registro de un signo como marca de fábrica o de comercio, el artículo 16 aborda los derechos conferidos al titular de una marca de fábrica o de comercio tras ese registro. Concretamente, el párrafo 1 del artículo 16 otorga al titular de una marca de fábrica o de comercio el derecho exclusivo de impedir que terceros no autorizados utilicen, en el curso de operaciones comerciales, signos idénticos o similares para bienes o servicios que sean idénticos o similares a aquellos para los que se ha registrado la marca, cuando el uso no autorizado dé lugar a "probabilidad de confusión". En opinión del Órgano de Apelación, la probabilidad de confusión, que puede derivarse de la conducta de terceros no autorizados identificada en el párrafo 1 del artículo 16, guarda relación con la función distintiva de la marca de fábrica o de comercio en cuestión. No obstante, si bien coincidió con Honduras en que el riesgo de que exista "probabilidad de confusión" en el sentido del párrafo 1 del artículo 16 guarda relación con la función distintiva de una marca de fábrica o de comercio, el Órgano de Apelación advirtió que no debían realizarse extrapolaciones demasiado generales a partir de esa relación. A este respecto, indicó que tampoco había encontrado en el Acuerdo ningún texto que respaldara la posición de Honduras de que el *fin* del derecho exclusivo enunciado en el párrafo 1 del artículo 16 es que el titular de una marca de fábrica o de comercio pueda proteger el *carácter distintivo* de la marca mediante el *uso* continuado de esa marca por el titular. Análogamente, ninguna de las disposiciones del Convenio de París (1967) incorporadas por referencia en el Acuerdo sobre los ADPIC conceden al titular de una marca de fábrica o de comercio un derecho positivo a hacer uso de su marca ni un derecho a proteger el carácter distintivo de esa marca mediante su uso.

En resumen, el Órgano de Apelación constató que el párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC otorga al titular de una marca de fábrica o de comercio el derecho exclusivo de impedir que terceros no autorizados utilicen, en el curso de operaciones comerciales, signos idénticos o similares para bienes o servicios que sean idénticos o similares a aquellos para los que se ha registrado la marca. El titular de una marca de fábrica o de comercio registrada puede ejercer su "derecho exclusivo" frente a un tercero no autorizado pero no frente al Miembro de la OMC en cuyo territorio la marca esté protegida. Ni el Acuerdo sobre los ADPIC ni las disposiciones del Convenio de París (1967) incorporadas por referencia en el Acuerdo sobre los ADPIC confieren al titular de una marca de fábrica o de comercio un derecho positivo a hacer uso de su marca ni un derecho a proteger el carácter distintivo de esa marca mediante su uso. Por consiguiente, los Miembros no tienen la obligación correspondiente de aplicar tales "derechos". Además, contrariamente a lo que indicó Honduras, el Órgano de Apelación constató que el párrafo 1 del artículo 16 no exige que los Miembros garanticen determinados resultados, más allá de lo que se formula expresamente en la disposición. En cambio, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo sobre los ADPIC, los Miembros están obligados a aplicar el párrafo 1 del artículo 16 asegurándose de que, en los regímenes jurídicos nacionales de los Miembros, el titular de una marca de fábrica o de comercio registrada pueda ejercer su "derecho exclusivo de impedir" la infracción de su marca por terceros no autorizados. Por lo tanto, a efectos de la solución de diferencias en el marco de la OMC, para establecer que un Miembro de la OMC ha actuado de manera incompatible con el párrafo 1 del artículo 16, el Miembro reclamante debe demostrar que, de conformidad con el régimen jurídico nacional del Miembro demandado, el titular de una marca de fábrica o de comercio registrada no puede ejercer su "derecho exclusivo de impedir" la infracción de su marca por terceros no autorizados.

Sobre la base de este entendimiento del párrafo 1 del artículo 16, el Órgano de Apelación constató que el Grupo Especial no había incurrido en error en su interpretación del párrafo 1 del artículo 16. Al no haber constatado ningún error en la interpretación hecha por el Grupo Especial, el Órgano de Apelación estuvo de acuerdo con este en que no era necesario seguir examinando la alegación fáctica de los reclamantes de que la prohibición por las medidas TPP del uso de determinadas marcas de fábrica o de comercio relativas al tabaco reducirá de hecho el carácter distintivo de tales marcas, y conducirá a una situación en la que es menos probable que surja una "probabilidad de confusión" en el mercado con respecto a esas marcas de fábrica o de comercio. Señaló que las alegaciones de Honduras de que el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 1 del artículo 16 y no hizo una evaluación objetiva del asunto como exige el artículo 11 del ESD estaban condicionadas

a que el Órgano de Apelación revocara la interpretación hecha por el Grupo Especial. Por tanto, la condición en que se basaba la apelación de Honduras, a saber, la revocación de la interpretación hecha por el Grupo Especial, no se había cumplido, y el Órgano de Apelación no consideró necesario abordar las restantes alegaciones de error formuladas por Honduras.

En consecuencia, el Órgano de Apelación confirmó la conclusión del Grupo Especial de que los reclamantes no habían demostrado que las medidas TPP sean incompatibles con el párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC.

### **3.9.3 Alegaciones relativas a las constataciones formuladas por el Grupo Especial en el marco del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC**

Con respecto a las alegaciones de los reclamantes en el marco del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC, el Grupo Especial concluyó que las prescripciones en materia de marcas de fábrica o de comercio de las medidas TPP equivalen a exigencias especiales que complican el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales. Sin embargo, el Grupo Especial constató que los reclamantes no habían demostrado que lo hicieran "injustificablemente". En consecuencia, el Grupo Especial concluyó que los reclamantes no habían demostrado que las medidas TPP sean incompatibles con el párrafo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC. En apelación, Honduras alegó que el Grupo Especial había incurrido en error en su interpretación del término "injustificablemente" que figura en el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC o, subsidiariamente, había incurrido en error en su aplicación del criterio jurídico que había elaborado a los hechos de las presentes diferencias.

Con respecto a la interpretación del artículo 20, el Órgano de Apelación señaló en primer lugar que el hecho de que el artículo 20 presuponga que el uso de una marca de fábrica o de comercio puede ser complicado "justificablemente" indica además que no hay un derecho positivo de uso de la marca de fábrica o de comercio por su titular, y que no se impone a los Miembros una obligación de proteger tal derecho positivo. A juicio del Órgano de Apelación, el término "injustificablemente" del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC refleja el grado de autonomía de reglamentación de que gozan los Miembros al imponer complicaciones al uso de marcas de fábrica o de comercio por medio de exigencias especiales. En su opinión, la referencia al concepto de justificabilidad, en lugar de al de necesidad, en el artículo 20 indica que el grado de conexión entre la complicación impuesta al uso de una marca de fábrica o de comercio y el objetivo perseguido que se refleja por medio del término "injustificablemente" es menor del que habría sido si en esa disposición se hubiera utilizado un término que transmitiera la noción de "necesidad". En consecuencia, la consideración de la cuestión de si el uso de una marca de fábrica o de comercio no ha sido complicado "injustificablemente" no se debe equiparar a la prueba de la necesidad en el sentido del artículo XX del GATT de 1994 o el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Señaló además que el término "injustificablemente" denota un acto para el que no hay una razón justa y que no puede ser explicado razonablemente. Por lo tanto, un Miembro que impone complicaciones al uso de marcas de fábrica o de comercio por medio de exigencias especiales debe poder dar una explicación razonable de la manera en que el objetivo perseguido introduciendo exigencias especiales justificaba las complicaciones resultantes.

El Órgano de Apelación estuvo de acuerdo con el Grupo Especial en que una determinación de si el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales está siendo complicado "injustificablemente" por exigencias especiales podría comportar la consideración de lo siguiente: i) la naturaleza y la magnitud de las complicaciones resultantes de las exigencias especiales, teniendo en cuenta el interés legítimo del titular de la marca de fábrica o de comercio en utilizar su marca en el curso de operaciones comerciales; ii) las razones de la imposición de exigencias especiales; y iii) una demostración del modo en que las razones de la imposición de exigencias especiales apoyan las complicaciones resultantes.

También consideró que el Grupo Especial no incurrió en error al no incluir un examen de medidas alternativas como consideración requerida para determinar si el uso de una marca de fábrica o de comercio ha sido complicado "injustificablemente" por exigencias especiales. Según el Órgano de Apelación, si bien es posible que, en las circunstancias de un caso determinado, una medida alternativa que diera lugar como mínimo a una contribución equivalente pusiera en entredicho que las razones para la adopción de las exigencias especiales apoyen suficientemente las complicaciones del uso de la marca de fábrica o de comercio resultantes, dicho examen no es una indagación necesaria en el marco del artículo 20.

El Órgano de Apelación también rechazó el argumento de Honduras de que el Grupo Especial incurrió en error al invocar la Declaración relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública (Declaración de Doha) en su interpretación del artículo 20. Estuvo de acuerdo con el Grupo Especial en que el párrafo 5 a) de la Declaración de Doha refleja las normas de interpretación aplicables, que requieren que el intérprete de un tratado tenga en cuenta el contexto y el objeto y fin del tratado que se está interpretando. En consecuencia, con independencia de la condición jurídica de la Declaración de Doha, el Órgano de Apelación no vio ningún error en el hecho de que el Grupo Especial invoque este principio general de la interpretación de los tratados. También señaló que la invocación de la Declaración de Doha no fue de importancia decisiva para el razonamiento del Grupo Especial, ya que este había llegado a sus conclusiones sobre la pertinencia contextual de los artículos 7 y 8 del Acuerdo sobre los ADPIC para la interpretación del artículo 20 antes de pasar a considerar la Declaración de Doha.

Cuando impugnó la aplicación por el Grupo Especial de la interpretación del término "injustificablemente" a los hechos de la presente diferencia, Honduras se centró en dos elementos: i) el hecho de que el Grupo Especial se centrara en el valor económico de las marcas de fábrica o de comercio al evaluar la naturaleza y la magnitud de las complicaciones resultantes de las medidas TPP, y ii) su determinación de que hay "buenas razones" que proporcionan un "apoyo suficiente" para la complicación.

Con respecto al primer elemento, Honduras cuestionó la observación del Grupo Especial de que "[l]as repercusiones prácticas" de las prohibiciones de utilizar cualesquiera componentes no verbales de las marcas de fábrica o de comercio se veían "en parte mitigadas" por el hecho de que las medidas TPP permiten utilizar marcas verbales. Honduras adujo que la prohibición de utilizar signos figurativos constituye la "complicación suma" del uso de una marca de fábrica o de comercio. El Órgano de Apelación rechazó el argumento de Honduras de que el Grupo Especial incurrió en error al no centrarse en el uso de una marca de fábrica o de comercio en lo relativo a su función distintiva y al concluir que el uso admisible de determinadas marcas verbales tenía un efecto mitigador. Tras examinar las partes pertinentes del razonamiento del Grupo Especial, señaló que, en su análisis, el Grupo Especial se refirió tanto a los elementos permisivos (es decir, el uso de marcas verbales en la forma prescrita por el Reglamento TPP) como a los elementos prohibitivos (es decir, la prohibición del uso de componentes no verbales de las marcas de fábrica o de comercio) de las medidas TPP. A juicio del Órgano de Apelación, considerando los dos elementos en conjunto, el Grupo Especial caracterizó el grado de las complicaciones en cuestión como "de gran alcance" y no como una "complicación suma" del uso de las marcas de fábrica o de comercio. La observación del Grupo Especial de que las "repercusiones prácticas" de las prohibiciones del uso de los elementos no verbales de las marcas de fábrica o de comercio se veían "en parte mitigadas" porque se permitía el uso de marcas verbales no menoscababa esta conclusión. Con respecto al argumento de Honduras de que el Grupo Especial incurrió en error porque no se centró en el uso de una marca de fábrica o de comercio individual en lo relativo a su función distintiva, el Órgano de Apelación recordó que los reclamantes no habían tratado de demostrar ante el Grupo Especial que, como consecuencia de las prescripciones en materia de marcas de fábrica o de comercio de las medidas TPP, los consumidores no han podido distinguir la fuente comercial de los productos de tabaco.

El Órgano de Apelación también rechazó el argumento de Honduras de que el Grupo Especial incurrió en error al concluir que las razones para la adopción de las exigencias especiales previstas en las medidas TPP apoyan suficientemente las complicaciones resultantes. Al hacerlo, discrepó de la afirmación de Honduras de que el Grupo Especial incurrió en error al rechazar las medidas alternativas razonablemente disponibles que complican menos el uso de las marcas de fábrica o de comercio propuestas por el reclamante. A este respecto, el Órgano de Apelación reconoció que los términos que el Grupo Especial utilizó al referirse al grado previsto de contribución de las medidas alternativas en el análisis que hizo en el marco del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC fueron incoherentes. En concreto, señaló que el Grupo Especial primero declaró que las medidas alternativas debían tener "como mínimo resultados equivalentes" a los de la medida impugnada, y después concluyó que los reclamantes no habían demostrado que las medidas alternativas contribuyesen "manifiestamente mejor" al objetivo de Australia. Sin embargo, dado que el Grupo Especial se basó en las constataciones que había formulado anteriormente en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC sobre la contribución de las medidas alternativas en el marco del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC, el Órgano de Apelación consideró que el criterio por el que se rigió el Grupo Especial fue el mismo que el que utilizó en el marco del párrafo 2 del artículo 2, es decir, que hubiera como mínimo una contribución equivalente al objetivo declarado.



El Órgano de Apelación recordó que había constatado previamente que el Grupo Especial incurrió en error en sus constataciones relativas a la equivalencia de la contribución de cada medida alternativa en el marco del párrafo 2 del artículo 2. En consecuencia, consideró que el Grupo Especial no podía haberse apoyado en estas constataciones al evaluar la contribución de las medidas alternativas pertinentes en el contexto del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC. Sin embargo, señaló que, dado el grado de autonomía reglamentaria que el artículo 20 confiere a los Miembros mediante el uso del término "injustificablemente", un análisis de las medidas alternativas no es necesario en todos y cada uno de los casos y no ofrece una orientación decisiva para determinar si las complicaciones en cuestión se imponen "injustificablemente". Por consiguiente, el Órgano de Apelación concluyó que la constatación general del Grupo Especial de que los reclamantes no han demostrado que las prescripciones en materia de marcas de fábrica o de comercio de las medidas TPP compliquen injustificablemente el uso de marcas de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales en el sentido del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC seguiría siendo válida, a pesar del error cometido por el Grupo Especial en su análisis de las medidas alternativas.

Honduras también alegó que el Grupo Especial atribuyó un peso jurídico indebido a las Directrices relativas a los artículos 11 y 13 del CMCT en su análisis, al basarse en esas disposiciones para justificar la imposición por Australia de las medidas TPP. El Órgano de Apelación rechazó el argumento de Honduras. Tras haber examinado las partes pertinentes del razonamiento del Grupo Especial, el Órgano de Apelación consideró que el Grupo Especial hizo referencia a los artículos 11 y 13 de las Directrices del CMCT al reconocer, como cuestión de hecho, que Australia fue el primer país en implementar el empaquetado genérico del tabaco y que lo hizo obrando en consonancia con el CMCT. También consideró que el Grupo Especial hizo referencia a los artículos 11 y 13 de las Directrices del CMCT como apoyo fáctico adicional para su conclusión anterior de que los reclamantes no habían establecido que Australia actuara de manera incompatible con el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC.

Además de incorporar la alegación de Honduras al amparo del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC, la República Dominicana planteó una alegación independiente relativa a la prohibición de todas las marcas de fábrica o de comercio en las barras de cigarrillos sueltas y por lo tanto actuó de manera incompatible con el párrafo 1 del artículo 7 y el artículo 11 del ESD. A juicio de esta, la prohibición del uso de marcas de fábrica o de comercio en las barras de cigarrillos era sustancialmente diferente de una sobre el empaquetado del tabaco y las barras de cigarros. El Órgano de Apelación señaló en primer lugar que la República Dominicana no formuló argumentos separados con respecto a la incompatibilidad de las prescripciones de las medidas TPP sobre el aspecto de las barras de cigarrillos. Tras haber examinado las partes pertinentes del análisis del Grupo Especial, constató que estas abarcaban las prescripciones relativas a las marcas de fábrica o de comercio de las medidas TPP en su aplicación a las barras de cigarrillos. Por consiguiente, el Órgano de Apelación no consideró que el Grupo Especial no hubiera abordado la alegación de la República Dominicana de que las prescripciones de las medidas TPP relativas a las barras de cigarrillos sueltas, que prohíben el uso de cualquier marca de fábrica o de comercio en los cigarrillos, son incompatibles con el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC.

Así pues, el Órgano de Apelación concluyó que el Grupo Especial no incurrió en error en su interpretación del término "injustificablemente" que figura en el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC, ni en su aplicación de esa interpretación a los hechos de las presentes diferencias. Por consiguiente, confirmó la constatación formulada por el Grupo Especial de que los reclamantes no han demostrado que las medidas TPP sean incompatibles con las obligaciones que corresponden a Australia en virtud del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC.

### 3.9.4 Recomendación

El Órgano de Apelación recordó que el Grupo Especial había rechazado las solicitudes de Honduras y la República Dominicana de que el Grupo Especial recomendara, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 19 del ESD, que el OSD pidiera a Australia que pusiera las medidas en litigio en conformidad con el Acuerdo sobre los ADPIC y el Acuerdo OTC. Al haber confirmado las constataciones formuladas por el Grupo Especial en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC y del párrafo 1 del artículo 16 y el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC, se seguía que el Órgano de Apelación estaba de acuerdo con el Grupo Especial en que Honduras y la República Dominicana no habían logrado demostrar que las medidas TPP de Australia sean incompatibles con las disposiciones de los acuerdos abarcados en cuestión. Por consiguiente, no formuló ninguna recomendación al OSD, en el marco del párrafo 1 del artículo 19 del ESD.

#### 4 PARTICIPANTES Y TERCEROS PARTICIPANTES EN APELACIONES

En total, 44 Miembros de la OMC participaron al menos una vez como apelantes, otros apelantes, apelados o terceros participantes en apelaciones con respecto a las cuales se distribuyó un informe del Órgano de Apelación durante 2019 y el primer semestre de 2020. Trece Miembros participaron al menos una vez como participantes principales y 41 Miembros participaron al menos una vez como terceros participantes.

Ochenta y uno de los 164 Miembros de la OMC habían participado en apelaciones en que se distribuyeron informes del Órgano de Apelación entre 1996 y el primer semestre de 2020. En el anexo 8 puede consultarse información adicional sobre la participación de los Miembros de la OMC en apelaciones.

#### 5 CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO PLANTEADAS EN LAS APELACIONES

En esta sección se resumen las cuestiones de procedimiento que se abordaron en los informes del Órgano de Apelación distribuidos en 2019 y el primer trimestre de 2020.

##### 5.1 Acumulación de procedimientos de apelación

El Órgano de Apelación consolidó los procedimientos de apelación en *Australia - Empaquetado genérico del tabaco (Honduras)* y *Australia - Empaquetado genérico del tabaco (República Dominicana)*. Después de que Honduras presentara su apelación, pero antes de que lo hiciera la República Dominicana, el Órgano de Apelación recibió una comunicación conjunta de Australia, Honduras y la República Dominicana (los participantes) en relación con estos procedimientos de apelación. La comunicación también se envió a Cuba e Indonesia y a todos los terceros en las cuatro diferencias sometidas al Grupo Especial. En su comunicación conjunta, los participantes solicitaron que, en caso de que se plantearan múltiples apelaciones, el Órgano de Apelación permitiese a Australia presentar un único anuncio de otra apelación, una única comunicación en calidad de otro apelante y una única comunicación del apelado en relación con todas las apelaciones. Los participantes solicitaron asimismo al Órgano de Apelación que considerase la posibilidad de adoptar un calendario para la presentación de las comunicaciones de los apelados y de los terceros participantes que diera a todos los participantes y terceros participantes tiempo suficiente para examinar las posibles apelaciones de cualquiera de los participantes y responder a ellas.

El Presidente del Órgano de Apelación dictó una resolución preliminar en nombre de la Sección que entiende en esas apelaciones. Dada la acumulación prevista de la apelación de Honduras con las apelaciones que presentasen los otros tres reclamantes, la Sección aceptó modificar la presentación de un anuncio de otra apelación, una comunicación en calidad de otro apelante, las comunicaciones del apelado y las comunicaciones de los terceros participantes, a fin de asegurar la equidad y el orden de las actuaciones en los procedimientos de estas apelaciones. Además, a efectos de salvaguardar los derechos de debido proceso de Australia, que podrían verse afectados si una parte reclamante presentara su anuncio de apelación y su comunicación del apelante después de conocer la primera comunicación del apelado de Australia, la Sección autorizó a Australia a presentar cualquier anuncio de otra apelación y comunicación en calidad de otro apelante en un único documento después de que la República Dominicana presentara su apelación. Por otra parte, la Sección fijó un plazo único para la presentación de las comunicaciones del apelado en estas diferencias. Del mismo modo, con respecto a la prórroga del plazo para la presentación de las comunicaciones de los terceros participantes, la Sección fijó un plazo único para la presentación de las comunicaciones de los terceros participantes en estas diferencias.

##### 5.2 Trato de la información confidencial

###### 5.2.1 Procedimiento adicional para la protección de la información confidencial

En el asunto *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)* (párrafo 5 del artículo 21 - UE), la Unión Europea solicitó a la Sección que entendía en la apelación que adoptara un procedimiento adicional para proteger la información comercial confidencial (ICC) y la información comercial sumamente sensible (ICSS) en el procedimiento de apelación. La Unión Europea propuso la adopción de un procedimiento adicional que siguiera el procedimiento adoptado recientemente por el Órgano de Apelación en la apelación de *CE y determinados Estados miembros - Grandes*

*aeronaves civiles (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)*. Adujo, entre otras cosas, que la divulgación de determinada información sensible obrante en el expediente de las actuaciones del Grupo Especial sobre el cumplimiento sería gravemente perjudicial para los fabricantes de grandes aeronaves civiles afectados y, posiblemente, para los clientes y proveedores de esos fabricantes.

El mismo día, el Presidente del Órgano de Apelación, en nombre de la Sección que entendía en esta apelación, invitó a los Estados Unidos y a los terceros participantes a que formularan observaciones sobre la solicitud de la Unión Europea, y otorgó protección adicional provisional a toda la ICC y toda la ICSS de que se diera traslado al Órgano de Apelación durante la apelación en espera de una decisión definitiva sobre la solicitud de la Unión Europea. Se recibieron observaciones de los Estados Unidos, Australia y el Canadá en respuesta a la invitación del Órgano de Apelación. Los Estados Unidos coincidieron en general con la solicitud de la Unión Europea de que el procedimiento relativo a la ICC y la ICSS adoptado en la apelación de *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)* debería servir como base para el procedimiento relativo a la ICC y la ICSS en esta apelación. No obstante, solicitaron un cambio con respecto al plazo de presentación del apéndice ICSS de una comunicación escrita, en particular para proponer que, si un apéndice ICSS se envía por un servicio de mensajería urgente, se considere presentado y notificado en la fecha en que se envía, en vez de la fecha en que se entrega. Australia no se opuso a la solicitud de la Unión Europea, pero observó que el apoyo de los dos participantes sería importante. El Canadá declaró que, si bien estaba de acuerdo con la solicitud de la Unión Europea de que el procedimiento adicional para proteger la ICC y la ICSS siguiera el procedimiento adoptado en el asunto *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)*, consideraba que el requisito de que los terceros participantes tomaran notas manuscritas en la sala de consulta que se designara era más gravoso de lo necesario, y solicitó que se modificara el procedimiento para posibilitar que hubiera un ordenador y una impresora autónomos a disposición de las personas autorizadas de los terceros participantes con respecto a la ICC en la sala de consulta designada.

Teniendo en cuenta las observaciones formuladas por los participantes, el Presidente, en nombre de la Sección, invitó a los participantes y a los terceros participantes a expresar opiniones adicionales sobre la solicitud de la Unión Europea, teniendo en cuenta los cambios propuestos por los Estados Unidos y el Canadá. Los Estados Unidos indicaron que no estaban a favor de la solicitud del Canadá de permitir la toma de notas en un ordenador con una impresora conectada porque ello incrementaba el riesgo de divulgación y en particular teniendo en cuenta que los Estados Unidos consideraban que las notas extensas sobre los hechos eran innecesarias en el contexto de esta apelación. En respuesta a la solicitud del Canadá, la Unión Europea señaló que los riesgos de divulgación se acrecientan si se permiten dispositivos electrónicos en la sala de consulta designada y que la disposición relativa a la ICC se había acordado en el entendimiento expreso de que los dispositivos electrónicos no estarían permitidos en la sala de consulta designada. Por las razones expuestas, la Unión Europea consideraba que la propuesta del Canadá solo sería aceptable si se adoptaban determinadas medidas de protección reforzada. En relación con las observaciones de los Estados Unidos, la Unión Europea se opuso a la propuesta de los Estados Unidos de que un apéndice ICSS enviado por mensajería urgente deba considerarse presentado el mismo día en que se envía. A juicio de la Unión Europea, la Regla 18 de los Procedimientos de trabajo dispone claramente que la "presentación" de una comunicación no es una formalidad administrativa, sino un acto de significación jurídica, porque la misma condición jurídica de los participantes en una apelación resulta del acto de presentación de los documentos requeridos. En cualquier caso, la Unión Europea añadió que, en caso de que el Órgano de Apelación adoptara medidas para abordar las preocupaciones de los Estados Unidos, estas debían ser imparciales y garantizar que los dos participantes dispusieran de tiempo suficiente para la presentación de comunicaciones.

La Sección emitió una resolución de procedimiento por la que se adoptó un procedimiento adicional para proteger la confidencialidad de la ICC y la ICSS en este procedimiento de apelación. La Sección no adoptó el ajuste propuesto por los Estados Unidos, pero, teniendo en cuenta la carga de los participantes, anunció que intentaría que la fecha de presentación del apéndice ICSS se fijara para tres días después del plazo previsto para el resto de la propia comunicación. La Sección adoptó el ajuste propuesto por el Canadá y permitió que las personas autorizadas de los terceros participantes con respecto a la ICC tomaran notas en un ordenador y una impresora autónomos en la sala de consulta designada.

En el asunto *Corea - Válvulas neumáticas*, el Japón y Corea solicitaron conjuntamente a la Sección del Órgano de Apelación que entendía en la apelación que adoptara un procedimiento adicional para

la protección de la ICC en el procedimiento de apelación de conformidad con el párrafo 1 de la Regla 16 de los Procedimientos de trabajo. Los participantes adjuntaron a la solicitud conjunta una propuesta relativa a un proyecto de procedimiento de trabajo adicional para que la examinara la Sección del Órgano de Apelación. La Sección invitó a los terceros participantes a que formularan observaciones sobre la solicitud conjunta pero no recibió observaciones. La Sección no consideró que el procedimiento que los participantes habían propuesto conjuntamente afectara indebidamente a la capacidad del Órgano de Apelación para resolver la diferencia, a los derechos de los terceros participantes a ser oídos ni a los derechos e intereses de los Miembros de la OMC en general. La Sección observó a ese respecto que los terceros participantes no habían formulado observaciones en relación con la solicitud de protección adicional de la ICC presentada conjuntamente por los participantes. En vista de estas consideraciones, así como de procedimientos similares que había adoptado anteriormente, la Sección tuvo en cuenta el procedimiento propuesto y dictó una resolución de procedimiento por la que concedió protección adicional, con arreglo a determinadas condiciones, a la información señalada por los participantes como ICC y a la información designada por el Grupo Especial como ICC en su informe y en el expediente del Grupo Especial.

En el asunto *Rusia - Equipo ferroviario*, los participantes en la audiencia solicitaron conjuntamente a la Sección que entendía en la apelación que en la apelación siguiera tratando como confidencial la información designada como ICC por el Grupo Especial conforme a su procedimiento de trabajo adicional para la protección de la ICC. En particular, Ucrania hizo referencia a la protección de la identidad de los productores individuales, la información relativa a los certificados y el número específico de las decisiones en cuestión. Ningún tercero formuló objeciones en relación con esta solicitud. La Sección consideró que, en las circunstancias de esta apelación, tratar la información pertinente como confidencial no afectaba indebidamente a su capacidad para resolver esta diferencia, a los derechos de participación de los terceros participantes o a los derechos e intereses de los Miembros de la OMC en general. La Sección observó a este respecto que los terceros participantes no habían formulado observaciones en relación con la solicitud conjunta de los participantes así como al alcance limitado de la información designada como ICC. A la luz de estas consideraciones, la Sección decidió aceptar la solicitud conjunta de los participantes de tratar la información designada como ICC por el Grupo Especial como confidencial en la apelación de conformidad con el párrafo 1 de la Regla 16 de los Procedimientos de trabajo.

### **5.2.2 Objeciones en cuanto a la designación de información confidencial**

En el asunto *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación) (párrafo 5 del artículo 21 - UE)*, los Estados Unidos solicitaron a la Sección que entendía en esta apelación que ampliara el plazo para que los Estados Unidos formularan sus objeciones a la inclusión de ICC en la comunicación del apelante presentada por la Unión Europea. El día siguiente, el Presidente del Órgano de Apelación, en nombre de la Sección, invitó a la Unión Europea y a los terceros participantes a que presentaran las observaciones que desearan formular sobre la solicitud de los Estados Unidos. La Unión Europea respondió que no tenía nada que objetar. La Sección observó que la comunicación de la Unión Europea que debían examinar los Estados Unidos tenía más de 400 páginas y que la Unión Europea no se oponía a la solicitud de los Estados Unidos. Sobre la base de estas consideraciones, la Sección dictó una resolución de procedimiento por la que aceptó la solicitud de los Estados Unidos. En aras de la equidad, la Sección también decidió ampliar el plazo para que la Unión Europea formulase objeciones a la inclusión de cualquier ICC en la comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de otro apelante. Ni la Unión Europea ni los Estados Unidos plantearon ninguna objeción con respecto a la inclusión de cualquier ICC en las comunicaciones del apelante y del otro apelante.

Posteriormente, la Unión Europea solicitó a la Sección que ampliara el plazo para que la Unión Europea formulara sus objeciones a la inclusión de ICC en la comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos. La Unión Europea indicó que, debido al volumen de la comunicación de los Estados Unidos, necesitaba un día adicional para completar el examen necesario relativo a la ICC. La Sección invitó a los Estados Unidos y a los terceros participantes a que formularan observaciones sobre la solicitud de la Unión Europea. Los Estados Unidos respondieron que no tenían nada que objetar a la prórroga del plazo de que disponían ambos participantes para formular sus objeciones a la inclusión de cualquier ICC en la comunicación del apelado del otro participante. El Brasil, China y Rusia afirmaron también que no se oponían a la solicitud de prórroga, pero el Brasil y China indicaron que se debía conceder a los terceros participantes una prórroga del plazo de presentación de sus comunicaciones. Tras considerar la solicitud de la Unión Europea y las observaciones de los Estados Unidos, el Brasil, China y Rusia, la Sección decidió ampliar en la misma medida el plazo

para que la Unión Europea y los Estados Unidos formularan objeciones a la inclusión de cualquier ICC en la comunicación del apelado presentada por la otra parte. La Sección señaló que como consecuencia de esta ampliación los terceros participantes recibirían más tarde las versiones expurgadas de las comunicaciones del apelado presentadas por los participantes. En consecuencia, la Sección decidió prorrogar también el plazo de presentación de las comunicaciones y los resúmenes de los terceros participantes (y de cualquier versión expurgada de ICC de dichos documentos), así como de las notificaciones de los terceros participantes según lo dispuesto en el párrafo 2 de la Regla 24 de los Procedimientos de trabajo.

Los Estados Unidos no plantearon ninguna objeción con respecto a la designación de información confidencial en la comunicación del apelado presentada por la Unión Europea. El Órgano de Apelación recibió una comunicación de la Unión Europea en la que se oponía a la inclusión de determinada ICSS en la versión expurgada de ICSS de la comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, sin la correcta designación de esa información como ICSS. La Sección invitó a los Estados Unidos a que formularan observaciones sobre la solicitud de la Unión Europea. Los Estados Unidos respondieron que la información pertinente debía tratarse como ICSS, y solicitaron que se les permitiera presentar páginas sustitutivas para las versiones que contenían ICC (expurgada de ICSS) y para las versiones que no contenían ICC (expurgada de ICC y de ICSS) de su comunicación del apelado, y un apéndice ICSS corregido. Tras considerar la solicitud de la Unión Europea y las observaciones de los Estados Unidos, la Sección otorgó más tiempo para que los Estados Unidos presentaran páginas sustitutivas para las versiones que contenían ICC (expurgadas de ICSS) y para las versiones que no contenían ICC (expurgadas de ICC y de ICSS) de su comunicación del apelado, así como el apéndice ICSS corregido. La Sección señaló también que como consecuencia de esta decisión los terceros participantes recibirían más tarde las versiones expurgadas de las comunicaciones del apelado presentadas por los participantes. En consecuencia, la Sección decidió prorrogar también el plazo de presentación de las comunicaciones y los resúmenes de los terceros participantes (y de cualquier versión expurgada de ICC de dichos documentos), así como de las notificaciones de los terceros participantes según lo dispuesto en el párrafo 2 de la Regla 24 de los Procedimientos de trabajo.

### 5.3 Trato de comunicaciones presentadas de manera tardía

En el asunto *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación) (párrafo 5 del artículo 21 - UE)*, los Estados Unidos solicitaron a la Sección que entendía en esta apelación, el día en que debían presentar su comunicación en calidad de otro apelante, que prorrogara el plazo de presentación del apéndice ICSS de su comunicación. Los Estados Unidos explicaron que habían enviado por mensajería el apéndice ICSS al Órgano de Apelación y a la Unión Europea con la expectativa de que llegara en el plazo establecido, pero no había sido el caso. Los Estados Unidos presentaron el apéndice ICSS al Órgano de Apelación un día después de la fecha de vencimiento del plazo inicial. El Presidente del Órgano de Apelación, en nombre de la Sección, invitó a la Unión Europea y a los terceros participantes a que formularan observaciones sobre si la Sección debía aceptar el apéndice ICSS de los Estados Unidos presentado fuera de plazo. La Unión Europea respondió que la explicación de los Estados Unidos era insuficiente y que agradecería recibir explicaciones y pruebas adicionales. La Sección solicitó que los Estados Unidos facilitaran los documentos pertinentes relativos a la hora y la fecha en que se entregó el apéndice ICSS al servicio de mensajería para su expedición a Ginebra. En respuesta, los Estados Unidos proporcionaron una copia impresa de la información de seguimiento del envío del apéndice ICSS, junto con datos y explicaciones adicionales. Los Estados Unidos sostuvieron que, si bien era lamentable que el paquete llegara un día más tarde de lo previsto, la decisión de concederle la prórroga solicitada no causaría ningún perjuicio. Tras haber examinado la solicitud de los Estados Unidos, la información adicional en apoyo de la solicitud, así como las observaciones de la Unión Europea, la Sección decidió aceptar fuera de plazo el apéndice ICSS de la comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de otro apelante.

En el asunto *Estados Unidos - Papel supercalandrado*, la Sección que entendía en esa apelación recibió una comunicación de China, en la que figuraba el resumen de la comunicación presentada por China en calidad de tercero participante en dicha apelación. China presentó inicialmente su comunicación en calidad de tercero participante de conformidad con el calendario de trabajo para la apelación. China indicó que el resumen se había omitido involuntariamente de su comunicación en calidad de tercero participante. El Presidente de la Sección invitó a los participantes y a los demás terceros participantes en esta apelación a formular observaciones por escrito sobre la comunicación de China. El Canadá indicó que no tenía nada que objetar a que China presentara el resumen de su

comunicación en calidad de tercero participante en esta etapa de la apelación. México señaló que, dado que la comunicación de China en calidad de tercero participante se había presentado a tiempo, los derechos de debido proceso de los participantes y los demás terceros participantes no se habían vulnerado. La Sección dictó una resolución de procedimiento en la que aceptaba el resumen de la comunicación presentada por China en calidad de tercero participante.

#### 5.4 Plazos para la presentación de comunicaciones escritas

En el asunto *Corea - Válvulas neumáticas*, la Unión Europea solicitó a la Sección del Órgano de Apelación que entendía en la apelación que modificara el plazo para la presentación de las comunicaciones de los terceros participantes. En su carta, la Unión Europea señaló que en el plan de trabajo se establecía que los plazos para presentar las comunicaciones de los apelados y las comunicaciones de los terceros participantes vencían el viernes 15 de junio de 2018 y el lunes 18 de junio de 2018, respectivamente. La Unión Europea puso de relieve que esto daba a los terceros participantes menos de un día hábil para examinar y responder las comunicaciones de los apelados en sus comunicaciones en calidad de terceros participantes. La Sección invitó a los participantes a que formularan observaciones sobre la solicitud de la Unión Europea y recibió respuestas de Corea y el Japón en la que señalaban que no tenían observaciones concretas respecto de la solicitud. Teniendo en cuenta la solicitud de la Unión Europea y las respuestas de Corea y el Japón, la Sección dictó una resolución de procedimiento de conformidad con el párrafo 2 de la Regla 16 de los Procedimientos de trabajo por la que amplió el plazo para la presentación de las comunicaciones y notificaciones de los terceros participantes con arreglo a los párrafos 1 y 2 de la Regla 24 de los Procedimientos de trabajo.

Como se examinó *supra*, en el asunto *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación) (párrafo 5 del artículo 21 - UE)*, la Sección que entendía en la apelación otorgó más tiempo para que los Estados Unidos presentaran páginas sustitutivas con el fin de introducir correcciones en la información designada como confidencial en su comunicación del apelado. Como resultado, la Sección decidió prorrogar también el plazo de presentación de las comunicaciones y los resúmenes de los terceros participantes, así como de las notificaciones de los terceros participantes, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 2 de la Regla 24 de los Procedimientos de trabajo.

En el asunto *Estados Unidos - Papel supercalandrado*, el Presidente del Órgano de Apelación recibió una comunicación de la Unión Europea en la que se solicitaba que la Sección que entendía en esta apelación modificase el plazo para la presentación de las comunicaciones de los terceros participantes a fin de concederles cuatro días hábiles completos después de la presentación de la comunicación del apelado. El Presidente del Órgano de Apelación, en nombre de la Sección que entendía en esta apelación, invitó a los participantes y a los terceros participantes en esta apelación a que formularan observaciones sobre la solicitud de la Unión Europea. El Brasil, el Canadá, China, Corea, los Estados Unidos, la India, el Japón y México indicaron que no tenían nada que objetar a la solicitud de prórroga del plazo presentada por la Unión Europea. El Presidente del Órgano de Apelación, en nombre de la Sección que entendía en esta apelación, dictó una resolución de procedimiento por la que se prorrogaba el plazo para la presentación de las comunicaciones, notificaciones y resúmenes de los terceros participantes como había solicitado la Unión Europea.

Como se ha señalado *supra*, debido a la acumulación de procedimientos de apelación en *Australia - Empaquetado genérico del tabaco (Honduras)* y *Australia - Empaquetado genérico del tabaco (República Dominicana)*, la Sección autorizó a Australia a retrasar la presentación de cualquier anuncio de otra apelación y comunicación en calidad de otro apelante en un único documento hasta después de que la República Dominicana hubiera presentado su apelación. Por otra parte, la Sección fijó un plazo único para la presentación de las comunicaciones del apelado en estas diferencias. Del mismo modo, con respecto a la prórroga del plazo para la presentación de las comunicaciones de los terceros participantes, la Sección fijó un plazo único para la presentación de las comunicaciones de los terceros participantes en estas diferencias.

#### 5.5 Solicitudes relativas a la celebración de la audiencia

En el asunto *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación) (párrafo 5 del artículo 21 - UE)*, la Sección que entendía en la apelación invitó a los participantes a que indicaran si deseaban solicitar que las sesiones de la audiencia fueran abiertas a la observación por el público y que, en tal caso, propusieran modalidades específicas al respecto. En respuesta, la Unión Europea y los



Estados Unidos solicitaron conjuntamente que la Sección que entendía en esta apelación permitiera la observación de la audiencia por el público y que adoptara un procedimiento adicional para proteger la ICC y la ICSS durante la audiencia. Los participantes propusieron que la Sección adoptase el mismo procedimiento adicional que el Órgano de Apelación había adoptado en *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)*. En concreto, con respecto a los segmentos de la audiencia que se abriesen a la observación por el público, los participantes sugirieron que las declaraciones iniciales y finales de los participantes y los terceros participantes (que estuvieran de acuerdo con la observación por el público) se grabasen en vídeo, fuesen examinadas por los participantes para comprobar que no se hubiese incluido inadvertidamente ICC o ICSS y se proyectasen al público en una fecha posterior. Con respecto a la ICSS, los participantes sugirieron que la audiencia se suspendiera temporalmente a fin de que las personas no autorizadas con respecto a la ICSS abandonaran la sala si/cuando uno de los participantes o un miembro de la Sección deseara referirse a la ICSS, o que la audiencia se dividiera en dos partes, una en la que no se hiciera referencia a ICSS y otra en que se abordara ICSS. En respuesta a la solicitud conjunta, se recibieron observaciones del Canadá y China. El Canadá expresó su apoyo a la propuesta conjunta. China solicitó que su declaración oral y sus respuestas a las preguntas en la audiencia fueran tratadas como confidenciales.

La Sección recordó los procedimientos adicionales adoptados en el asunto *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)* y en *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles y Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)*, puesto que estos se relacionaban con la observación de la audiencia por el público. Tras considerar estos procedimientos adicionales, la Sección emitió una resolución de procedimiento por la que adoptó procedimientos adicionales para proteger la ICC y la ICSS durante la audiencia, y se aceptó la solicitud de los participantes de abrir a la observación por el público las sesiones en que se pronunciaran las declaraciones iniciales (y posiblemente las declaraciones finales con sujeción a una confirmación posterior). En lo que respecta a los terceros participantes, la Sección autorizó la observación por el público de sus declaraciones iniciales y finales únicamente en la medida en que no indicaran objeciones. Además, la Sección aceptó la solicitud conjunta de autorizar la observación por el público a través de una transmisión diferida al público por medio de una grabación en vídeo. En cuanto al tratamiento de la ICSS, la Sección señaló que, en la medida de lo posible, se centraría en la ICSS en una parte de la audiencia dedicada específicamente a ella a fin de no tener que interrumpir el curso normal de la audiencia.

En el asunto *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación) (párrafo 5 del artículo 21 - UE)*, la Sección también recibió una comunicación de los Estados Unidos en que se solicitaba a la Sección que tuviera en cuenta que un miembro fundamental de la delegación de los Estados Unidos no estaría disponible en una de las fechas de audiencia de la segunda sesión de la audiencia. A la luz de ello, los Estados Unidos sugirieron que la Sección no abordara las preguntas relacionadas con determinadas esferas en el día en que el miembro de la delegación de los Estados Unidos en cuestión no estaría disponible o que alterara el calendario a fin de que la audiencia no tuviera lugar el día en que el miembro de la delegación de los Estados Unidos no estaría disponible. La Sección invitó a la Unión Europea y los terceros participantes a que presentasen observaciones. La Unión Europea respondió que, de las opciones que proponían los Estados Unidos, prefería la opción de reprogramar la audiencia, porque la opción de reservar preguntas sobre determinadas esferas para la fecha propuesta crearía un problema de calendario para un miembro de la delegación de la Unión Europea. La Sección decidió cambiar las fechas de la segunda sesión de la audiencia.

En el asunto *Rusia - Equipo ferroviario*, el Órgano de Apelación recibió una comunicación de Ucrania en la que se solicitaba que la Sección ampliara el tiempo asignado para las declaraciones iniciales en la audiencia. Ese mismo día, la Sección que entendía en la apelación invitó a Rusia y a los terceros participantes a formular observaciones sobre la petición de Ucrania. Rusia expresó su apoyo a la solicitud y pidió que se ofreciera las mismas oportunidades a Rusia y a Ucrania en caso de que la Sección decidiera aprobar la solicitud de Ucrania. No se recibieron observaciones de los terceros participantes. Tras considerar la solicitud de Ucrania y las observaciones de Rusia, la Sección decidió ampliar el tiempo para las declaraciones iniciales de ambos participantes.

En el asunto *Estados Unidos - Papel supercalandrado*, la Sección que entendía en la apelación recibió una comunicación conjunta del Canadá y los Estados Unidos en la que se solicitaba que se permitiera al público observar a los participantes y los terceros participantes que consintieran en hacer públicas sus declaraciones y sus respuestas formuladas en la audiencia. El Canadá y los Estados Unidos formularon la solicitud en el entendimiento de que cualquier información designada como



confidencial en los documentos presentados por cualquier participante en las actuaciones del Grupo Especial se protegería adecuadamente en el curso de la audiencia del Órgano de Apelación. La Sección invitó a los terceros participantes a formular observaciones sobre esta solicitud. México indicó que, sin perjuicio de su posición sistémica sobre la cuestión, no se oponía a que se permitiera la observación de la audiencia por el público en estas actuaciones. No se recibieron otras observaciones de los terceros participantes. La Sección dictó una resolución de procedimiento en relación con la solicitud conjunta del Canadá y los Estados Unidos. La Sección adoptó procedimientos adicionales sobre la tramitación de la audiencia, incluidos procedimientos relativos a la observación por el público de las declaraciones iniciales de las delegaciones de los Miembros que hubieran consentido en hacer públicas sus declaraciones. Durante la audiencia, los participantes y cuatro de los terceros participantes (el Brasil, China, el Japón y la Unión Europea) formularon declaraciones orales y respondieron a las preguntas planteadas por los Miembros de la Sección del Órgano de Apelación que entendía en la apelación. En una sala distinta se difundió una transmisión simultánea de la audiencia por circuito cerrado de televisión. Las declaraciones orales y las respuestas a las preguntas dadas por un tercero participante que había indicado su deseo de mantener la confidencialidad de sus manifestaciones no fueron objeto de observación por el público.

En los asuntos *Australia - Empaquetado genérico del tabaco (Honduras)* y *Australia - Empaquetado genérico del tabaco (República Dominicana)*, debido al número de cuestiones planteadas en estos procedimientos de apelación, la Sección que entendía en esas apelaciones celebró dos audiencias. A petición de Honduras, la Sección permitió a un miembro de la delegación de este país participar en la lectura de las declaraciones finales en la segunda audiencia por videoconferencia.

Además, en los asuntos *Australia - Empaquetado genérico del tabaco (Honduras)* y *Australia - Empaquetado genérico del tabaco (República Dominicana)*, Australia solicitó a la Sección que diera orientaciones sobre la presencia y el papel de las personas que Australia denominó "expertos fácticos" en la segunda audiencia de estos procedimientos de apelación. Australia solicitó que la Sección: i) excluyera de la segunda audiencia a las personas que comparecieron como "expertos fácticos" ante el Grupo Especial; o ii) que emitiera orientaciones claras sobre el papel de esas personas en la segunda audiencia. La República Dominicana, Honduras, el Canadá, China, la Unión Europea y los Estados Unidos presentaron observaciones en respuesta a la solicitud de Australia. La Sección respondió por carta a la solicitud de Australia. La Sección reiteró la aclaración hecha por su Presidente en la primera audiencia en el sentido de que cada Miembro tiene derecho a determinar quién formará parte de su delegación y quién habla en su nombre. La Sección añadió que, al responder a las preguntas de la Sección, cada miembro individual de una delegación responde como un abogado que representa a ese participante. Además, como todas las personas incluidas en las delegaciones de los participantes en la segunda audiencia asistirían como representantes de sus Gobiernos, también estarían sujetas a las disposiciones del ESD, entre ellas el alcance del examen en apelación definido por el párrafo 6 del artículo 17 del ESD. En este sentido, los miembros de la Sección indicaron que velarían de forma proactiva por que las respuestas de los participantes se ajustaran estrictamente a las preguntas y que intervendrían cuando lo estimasen necesario. La Sección dio nuevas orientaciones sobre el desarrollo de la segunda audiencia al comienzo de esta.

## 5.6 Transición

En varias de las apelaciones respecto de las cuales se distribuyeron informes del Órgano de Apelación en 2019 y el primer semestre de 2020, se informó a los participantes y a los terceros participantes de que, de conformidad con la Regla 15 de los Procedimientos de trabajo, el Presidente del Órgano de Apelación había notificado al Presidente del OSD la decisión del Órgano de Apelación de autorizar a determinados Miembros del Órgano de Apelación a terminar la sustanciación de la apelación, pese a que sus mandatos expiraban antes de la finalización de los procedimientos de apelación. Esas comunicaciones se presentaron en los asuntos siguientes: *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación) (párrafo 5 del artículo 21 - UE)*, respecto del Sr. Peter Van den Bossche; *Corea - Radionúclidos*, *Estados Unidos - Medidas compensatorias (China) (párrafo 5 del artículo 21 - China)*, *Corea - Válvulas neumáticas (Japón)* y *Ucrania - Nitrato de amonio* respecto del Sr. Shree Baboo Chekitan Servansing; *Rusia - Equipo ferroviario* respecto de los Sres. Shree Baboo Chekitan Servansing y Thomas R. Graham; *Estados Unidos - Papel supercalandrado* respecto de los Sres. Ujal Singh Bhatia y Thomas R. Graham; y *Australia - Empaquetado genérico del tabaco (Honduras)* y *Australia - Empaquetado genérico del tabaco (República Dominicana)* respecto de los Sres. Ujal Singh Bhatia, Shree Baboo Chekitan Servansing y Thomas R. Graham. *Australia - Empaquetado genérico del tabaco (Honduras)* y *Australia - Empaquetado genérico del tabaco (República*

*Dominicana*) fueron las primeras apelaciones en las cuales se emitió el aviso de transición respecto de los tres miembros de la Sección que entendía en las apelaciones.

### **5.7 Motivos que justifican la prórroga del plazo para la distribución de los informes del Órgano de Apelación**

El plazo de 90 días establecido en el párrafo 5 del artículo 17 del ESD para la distribución de los informes se sobrepasó en todos los procedimientos de apelación en que se distribuyeron informes del Órgano de Apelación en 2019 y el primer semestre de 2020. En cada procedimiento de apelación, el Órgano de Apelación comunicó al Presidente del OSD las razones de la imposibilidad de distribuir un informe del Órgano de Apelación dentro del plazo de 90 días.

Estas razones incluían la acumulación de trabajo y la considerable carga de trabajo del Órgano de Apelación, dificultades derivadas de la superposición en la composición de las secciones que entienden en las distintas apelaciones a causa de las vacantes en el Órgano de Apelación, procedimientos de apelación paralelos, el volumen de los expedientes de los grupos especiales, el número y la complejidad de las cuestiones planteadas en los procedimientos de apelación, junto con las demandas que estos procedimientos de apelación imponen a los servicios de traducción de la Secretaría de la OMC y la falta de personal en la Secretaría del Órgano de Apelación.

### **5.8 Desistimiento de una apelación**

Como se detalla en la sección 3.6, en el asunto *Marruecos - Acero laminado en caliente*, el apelante, Marruecos, informó al Órgano de Apelación de su decisión de desistir de su apelación, y solicitó al Órgano de Apelación que informase al OSD de esa decisión, de conformidad con el párrafo 1 de la Regla 30 de los Procedimientos de trabajo. El mismo día, Turquía presentó una carta al Órgano de Apelación en la que tomaba nota de la decisión de Marruecos de desistir de la apelación y se unía a la solicitud de Marruecos de que el Órgano de Apelación notificase esta decisión al OSD. Además, Turquía señaló que, en la ocasión anterior en que se desistió de una apelación (a saber, *India - Automóviles*, DS146 y DS175), el Órgano de Apelación emitió un breve informe en que se tomaba nota del desistimiento. Teniendo en cuenta las solicitudes de Marruecos y Turquía, el Órgano de Apelación emitió un informe en que se señalaba el desistimiento de la apelación y completó su labor en la apelación.

### **5.9 Comunicaciones *amici curiae***

En los asuntos *Australia - Empaquetado genérico del tabaco (Honduras)* y *Australia - Empaquetado genérico del tabaco (República Dominicana)*, el Órgano de Apelación recibió ocho comunicaciones *amici curiae* relacionadas con estos procedimientos de apelación. El Órgano de Apelación acusó recibo de esas comunicaciones *amici curiae* pero no se basó en ellas al formular sus constataciones.

## **6 ARBITRAJES DE CONFORMIDAD CON EL PÁRRAFO 3 C) DEL ARTÍCULO 21 DEL ESD**

En el ESD no se especifica quién actuará como árbitro de conformidad con el párrafo 3 c) del artículo 21 del ESD a los efectos de determinar el plazo prudencial de que dispone un Miembro de la OMC para aplicar las recomendaciones y resoluciones adoptadas por el OSD en casos de solución de diferencias. Las partes en el arbitraje eligen al árbitro por consenso y, si no pueden ponerse de acuerdo, lo designa el Director General de la OMC. En todos los procedimientos de arbitraje menos tres, las personas que han actuado como árbitros de conformidad con el párrafo 3 c) del artículo 21 han sido Miembros actuales o antiguos Miembros del Órgano de Apelación.<sup>44</sup> En los arbitrajes previstos en el párrafo 3 c) del artículo 21, los Miembros del Órgano de Apelación actúan a título individual.

<sup>44</sup> El Sr. Simon Farbenbloom actuó como árbitro en el asunto *Estados Unidos - Medidas antidumping sobre determinados camarones procedentes de Viet Nam*. El Sr. Farbenbloom había sido anteriormente Presidente del Grupo Especial en la diferencia subyacente. La Sra. Claudia Orozco actuó como árbitro en el asunto *Estados Unidos - Medidas antidumping y compensatorias sobre lavadoras de gran capacidad para uso doméstico procedentes de Corea*. La Sra. Orozco había sido anteriormente Presidenta del Grupo Especial en la diferencia subyacente. El Sr. Farbenbloom también fue designado árbitro en el asunto *Estados Unidos - Determinados métodos y su aplicación a procedimientos antidumping que atañen a China*, iniciado el 17 de octubre de 2017 y distribuido el 19 de enero de 2018.

En 2019 no se llevó a cabo ningún procedimiento de arbitraje de conformidad con el párrafo 3 c) del artículo 21, pero en 2020 se emitió un laudo arbitral en el asunto *Ucrania - Medidas antidumping sobre el nitrato de amonio*, como se describe más detalladamente a continuación.

### **6.1 Ucrania - Medidas antidumping sobre el nitrato de amonio, WT/DS493/RPT**

El 30 de septiembre de 2019, el OSD adoptó el informe del Órgano de Apelación y el informe del Grupo Especial en el asunto *Ucrania - Medidas antidumping sobre el nitrato de amonio*. Esta diferencia se refería a las medidas antidumping impuestas por Ucrania a las importaciones de nitrato de amonio procedentes de Rusia. A raíz de una investigación antidumping, la Comisión Intergubernamental de Comercio Internacional (Comisión) de Ucrania impuso inicialmente esos derechos mediante su decisión de 21 de mayo de 2008 (decisión inicial de 2008). El productor ruso JSC MCC EuroChem (EuroChem) impugnó con éxito la decisión inicial de 2008 ante los tribunales nacionales de Ucrania, tras lo cual la Comisión dictó una enmienda (enmienda de 2010) a la decisión inicial de 2008. Posteriormente, tras los exámenes intermedio y por extinción, la Comisión dictó una decisión (decisión de prórroga de 2014) por la que se imponían derechos antidumping a tipos modificados, también con respecto a EuroChem.

Como se expone más detalladamente en la sección 3.5 del presente Informe Anual, el Grupo Especial constató que Ucrania actuó de manera incompatible con el párrafo 8 del artículo 5 del Acuerdo Antidumping por no excluir a EuroChem del alcance de las medidas antidumping iniciales, imponer un derecho antidumping del 0% a EuroChem mediante la enmienda de 2010, e incluir a EuroChem en el alcance de las determinaciones de los exámenes intermedio y por extinción, a pesar de que en la investigación inicial se había constatado que tenía un margen de dumping *de minimis*. El Grupo Especial constató también que Ucrania actuó de manera incompatible con: i) los párrafos 2, 2.1 y 2.1.1 del artículo 2 y los párrafos 2 y 3 del artículo 11 del Acuerdo Antidumping al formular las determinaciones de dumping y de probabilidad de dumping en los exámenes intermedio y por extinción; y ii) el párrafo 9 del artículo 6 del Acuerdo Antidumping por no cumplir determinadas obligaciones en materia de divulgación en esos exámenes. Al pronunciarse respecto de la apelación de Ucrania, el Órgano de Apelación confirmó todas las constataciones del Grupo Especial que habían sido impugnadas.

En la reunión del OSD del 28 de octubre de 2019, Ucrania indicó que se proponía aplicar las recomendaciones y resoluciones del OSD en esta diferencia y declaró que necesitaría un plazo prudencial para hacerlo. Las consultas sobre el plazo prudencial para la aplicación con arreglo al párrafo 3 b) del artículo 21 del ESD no dieron lugar a un acuerdo. Por lo tanto, Rusia solicitaba que el plazo prudencial se determinara mediante arbitraje vinculante de conformidad con el párrafo 3 c) del artículo 21 del ESD. El 2 de diciembre de 2019, Rusia solicitó al Director General que designara un árbitro. El 11 de diciembre de 2019, el Director General designó al Sr. Ricardo Ramírez-Hernández para que actuara como árbitro de conformidad con el párrafo 3 c) del artículo 21 del ESD. El Sr. Ricardo Ramírez-Hernández aceptó dicho nombramiento el 12 de diciembre de 2019.

Ucrania sostuvo que 27 meses sería un plazo prudencial para aplicar las recomendaciones y resoluciones del OSD. Ucrania adujo que la aplicación obligaba a Ucrania a: i) adoptar primero un "marco legislativo general" que permita a las autoridades investigadoras ucranianas llevar a cabo investigaciones en el marco de exámenes a los efectos de cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD; y ii) realizar posteriormente un examen administrativo para modificar las medidas antidumping en litigio. Ucrania también mencionó una "circunstancia del caso" que justificaba un plazo prudencial más largo. A ese respecto, Ucrania sostuvo que se encontraba en una situación de "grave tensión internacional" desde 2014.

Rusia respondió que el plazo prudencial para aplicar las recomendaciones y resoluciones del OSD relativas al párrafo 8 del artículo 5 del Acuerdo Antidumping no estaba justificado, y que Ucrania debería haber aplicado las restantes recomendaciones y resoluciones del OSD en un plazo de dos meses. Con respecto a las obligaciones de aplicación de Ucrania en el marco del párrafo 8 del artículo 5, Rusia adujo que la segunda frase del párrafo 8 del artículo 5 exige poner *inmediatamente* fin a la investigación, y que no concurría la circunstancia de que el cumplimiento inmediato a este respecto "no fuera factible" en el sentido del párrafo 3 del artículo 21 del ESD. Rusia también adujo, con respecto a todas las recomendaciones y resoluciones del OSD en litigio, que para la aplicación no era necesario introducir modificaciones legislativas ni realizar un examen administrativo. En cambio, la aplicación solo requería una decisión administrativa de la Comisión. En cualquier caso,

Rusia sostuvo que Ucrania no había satisfecho la carga de la prueba que le correspondía al solicitar un plazo prudencial de 27 meses.

Para empezar, el Árbitro tomó nota de la distinción hecha por Rusia entre i) las recomendaciones y resoluciones del OSD relativas al párrafo 8 del artículo 5; y ii) las restantes recomendaciones y resoluciones del OSD. El Árbitro recordó que, de conformidad con el párrafo 3 c) del artículo 21 del ESD, su mandato consistía en determinar el plazo prudencial para cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD en la presente diferencia, no si "no [era] factible cumplir inmediatamente las recomendaciones y resoluciones" en el sentido de la segunda frase del párrafo 3 del artículo 21 del ESD, como sugería Rusia. El Árbitro también señaló que todas las obligaciones de aplicación de Ucrania se referían a un único conjunto de medidas que formaban parte del mismo procedimiento antidumping y que la decisión de prórroga de 2014 era el elemento central de todas las recomendaciones y resoluciones del OSD. Al Árbitro le resultaba difícil aceptar que debiera distinguir entre las diversas recomendaciones y resoluciones del OSD relativas a la misma medida, y por consiguiente consideraba apropiado determinar un único plazo prudencial con respecto a todas las obligaciones de aplicación de Ucrania.

Al abordar los medios de aplicación propuestos en esta diferencia, el Árbitro reconoció que una combinación de medidas legislativas y administrativas, como las propuestas por Ucrania, requeriría inevitablemente más tiempo que la aplicación por medios administrativos. Por consiguiente, el Árbitro decidió examinar primero los medios administrativos de aplicación disponibles en el marco legislativo vigente de Ucrania. A ese respecto, Rusia sostuvo que el párrafo 6 del artículo 5 de la legislación antidumping de Ucrania faculta a la Comisión para adoptar una decisión sumaria sobre la aplicación de las medidas antidumping y que no era necesario realizar un examen administrativo ni introducir modificaciones legislativas a efectos de la aplicación en la presente diferencia. El Árbitro señaló que en el párrafo 6 del artículo 5 se enumeran, en términos generales, las decisiones que la Comisión puede adoptar, sin especificar los trámites que deben completarse antes de que la Comisión pueda adoptar esas decisiones. Por consiguiente, el Árbitro consideró que esa disposición de la legislación antidumping de Ucrania, por sí sola, ofrecía una orientación limitada para determinar si las medidas antidumping en litigio podrían modificarse simplemente mediante una decisión de la Comisión. Si bien Rusia se basaba en determinadas decisiones anteriores de la Comisión en el sentido de que no había sido necesario realizar un examen administrativo, el Árbitro consideró que esas decisiones no eran pertinentes, principalmente porque se habían basado en disposiciones específicas de la legislación ucraniana que no eran aplicables en la presente diferencia. En términos generales, al Árbitro no le convencía el argumento de Rusia de que la aplicación en la presente diferencia pudiera lograrse mediante una decisión de la Comisión en el marco de la legislación antidumping de Ucrania, sin que las autoridades investigadoras ucranianas realizaran un examen intermedio de las medidas antidumping en litigio. Al llegar a esa conclusión, el Árbitro declaró que era consciente de que la aplicación exigía excluir a EuroChem del alcance de las medidas antidumping, calcular los márgenes de dumping y cumplir determinadas obligaciones en materia de divulgación.

Seguidamente, el Árbitro abordó el argumento de Ucrania de que en el marco legislativo de Ucrania no hay ningún fundamento jurídico para que las autoridades investigadoras ucranianas examinen las medidas antidumping en litigio y que, por consiguiente, la aplicación requería modificaciones legislativas. Según Ucrania, en el marco de su legislación antidumping, un reexamen intermedio no puede: i) ser iniciado de oficio por el Ministerio; ii) iniciarse sobre la base de que las medidas antidumping se han declarado incompatibles con las normas de la OMC; y iii) centrarse en el examen de la conformidad con las recomendaciones y resoluciones del OSD.

El Árbitro opinó que, a la luz de la comunicación de las partes y de las respuestas a las preguntas formuladas en la audiencia, Ucrania no había demostrado que sus autoridades investigadoras no pudieran razonablemente examinar las medidas antidumping en litigio para aplicar las recomendaciones y resoluciones del OSD con arreglo a su marco legislativo vigente. A ese respecto, el Árbitro observó que, conforme a lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 20 de la legislación antidumping de Ucrania, puede iniciarse un examen administrativo a instancia de "una autoridad ejecutiva del país de importación". El Árbitro observó que Ucrania no había presentado una definición de la expresión "autoridad ejecutiva". En cambio, Ucrania se había limitado a declarar, sin aportar pruebas para demostrarlo, que la práctica anterior de las autoridades investigadoras ucranianas había sido considerar que no se consideran "una autoridad ejecutiva" a los efectos de esta disposición. Como subrayó el Árbitro, Ucrania no había explicado por qué esa práctica anterior, de establecerse, impediría necesariamente que la misma entidad que realiza investigaciones y

exámenes antidumping solicitara la iniciación del examen administrativo necesario para la aplicación, o, menos aún, que otra autoridad ejecutiva de Ucrania hiciera esa solicitud.

El Árbitro también mencionó: i) el párrafo 2 del artículo 20 de la legislación antidumping de Ucrania, que ordena a las autoridades investigadoras iniciar un reexamen intermedio siempre que hay pruebas suficientes de que ya no es necesario mantener los derechos antidumping para neutralizar el dumping; y ii) el párrafo 3 del artículo 20 de esa legislación, que establece que, una vez que se inicie un reexamen intermedio, las autoridades investigadoras ucranianas examinarán "en particular" "si las circunstancias relativas al dumping y al daño han variado significativamente". El Árbitro señaló el argumento de Ucrania de que no estaba claro si ya no era necesario mantener los derechos antidumping para neutralizar el dumping en el sentido del párrafo 2 del artículo 20 y si las circunstancias relativas al dumping variaron significativamente en el sentido del párrafo 3 del artículo 20. El Árbitro observó, no obstante, que Ucrania estaba necesariamente obligada a volver a calcular los márgenes de dumping a los efectos de la aplicación en la presente diferencia. También estaba obligada a excluir a EuroChem del alcance de las medidas antidumping en litigio porque se había constatado que EuroChem, uno de los dos principales productores rusos investigados que participaron en los exámenes intermedio y por extinción, tenía un margen de dumping *de minimis*. Por consiguiente, a juicio del Árbitro, el mantenimiento de las medidas antidumping era un elemento central de las obligaciones de aplicación de Ucrania. Sin más explicaciones de Ucrania, el Árbitro no estaba convencido de que las circunstancias de la presente diferencia no justificasen la iniciación de un examen intermedio. Tampoco estaba convencido de que, una vez iniciado, las autoridades investigadoras ucranianas no pudieran centrar ese examen intermedio en la aplicación de las recomendaciones y resoluciones del OSD. A ese respecto, el Árbitro observó que Ucrania no había explicado por qué los nuevos cálculos de los márgenes de dumping y la exclusión de EuroChem no se consideraban una variación significativa de las circunstancias relativas al dumping. En cualquier caso, el párrafo 3 del artículo 20 ordena a las autoridades investigadoras ucranianas que examinen "en particular" las variaciones significativas de las circunstancias relativas al dumping, y el Árbitro entendió que esto significaba que las autoridades investigadoras ucranianas son libres de examinar otros aspectos pertinentes.

A la luz de las consideraciones anteriormente expuestas, el Árbitro concluyó que Ucrania no había demostrado que, en las circunstancias de la presente diferencia, no pudiera razonablemente iniciar y llevar a cabo un examen administrativo a los efectos de la aplicación con arreglo a su marco legislativo vigente.

En consecuencia, el Árbitro consideró que la cuestión del plazo necesario para las modificaciones legislativas propuestas de Ucrania era superflua. Concretamente, el Árbitro señaló que, si bien Ucrania tenía cierto margen de discreción para elegir la forma y el método de aplicación, esa discreción no era ilimitada, y el método de aplicación elegido debía poder poner a Ucrania en conformidad con sus obligaciones en el marco de la OMC dentro de un "plazo prudencial". El Árbitro subrayó en este contexto que el plazo prudencial deberá ser el plazo más breve posible, en el marco del ordenamiento jurídico del Miembro al que incumbe la aplicación, y que este debe aprovechar toda la flexibilidad que ofrece su sistema jurídico. Si bien el Árbitro reconoció que los medios legislativos y administrativos de aplicación propuestos por Ucrania estaban comprendidos en el conjunto de las formas admisibles de aplicación, consideró, basándose en su conclusión anterior, que no era indispensable adoptar medidas legislativas para lograr el cumplimiento en la presente diferencia. Aclaró que en su función de Árbitro con arreglo al párrafo 3 c) del artículo 21, no le correspondía decidir qué método o tipo de medida ha de elegir el Miembro al que incumbe la aplicación. Sin embargo, el Árbitro consideraba que estaba comprendido en su mandato determinar el plazo más breve posible, en el marco del ordenamiento jurídico de Ucrania, para una aplicación efectiva. Habida cuenta de que Ucrania no había demostrado que la aplicación no pudiera lograrse razonablemente por medios administrativos en virtud de su marco legislativo vigente, el Árbitro no creía que su determinación del plazo prudencial debiera tomar en consideración medidas legislativas adicionales.

Pasando al plazo para el proceso administrativo de Ucrania, el Árbitro recordó que Ucrania solicitó 12 meses para completar un examen intermedio parcial centrado en las determinaciones de los márgenes de dumping y en el cumplimiento de determinadas prescripciones de divulgación. El Árbitro recordó también la declaración de Ucrania de que sus plazos propuestos se basaban en el examen administrativo completo más rápido llevado a cabo por las autoridades investigadoras ucranianas, que tardó en completarse 11,5 meses. Seguidamente, el Árbitro observó que el plazo máximo previsto en la legislación nacional de Ucrania para un examen intermedio era de 12 meses.

Además, el Árbitro observó que los exámenes intermedio y por extinción en relación con los cuales se formularon determinaciones de incompatibilidad con las normas de la OMC, habían tardado 12 meses en completarse.

El Árbitro no podía aceptar que el plazo en que las autoridades investigadoras ucranianas pudieron llevar a cabo exámenes completos anteriores fuera una medida adecuada del plazo necesario para llevar a cabo un examen administrativo en este asunto. Como declaró el Árbitro, el examen de 11,5 meses al que se refería Ucrania fue, por su propia naturaleza, distinto de una redeterminación a efectos de aplicar recomendaciones y resoluciones del OSD. Dado el alcance limitado del examen administrativo que había de realizarse, el Árbitro tampoco podía aceptar que el examen administrativo necesario para la aplicación exigiera la misma cantidad de tiempo que los exámenes intermedio y por extinción. A ese respecto, el Árbitro subrayó que las obligaciones de Ucrania en materia de aplicación se referían únicamente a la no terminación de la investigación contra EuroChem, las determinaciones de la existencia de dumping y de probabilidad de dumping y la divulgación de los hechos esenciales. Era fundamental señalar que las respuestas de las partes a preguntas formuladas en la audiencia dejaron claro que: i) EuroChem, uno de los dos principales productores rusos investigados que participaron en los exámenes intermedio y por extinción, había de quedar excluido de las medidas antidumping en litigio, sin necesidad de una nueva determinación; ii) el nuevo análisis había de limitarse a recalcular el valor normal para los restantes productores rusos investigados, sin examinar de nuevo el precio de exportación ni el análisis del daño; y iii) algunos datos pertinentes para estos cálculos del valor normal ya obraban en el expediente.

Al considerar el plazo razonablemente necesario para llevar a cabo el examen administrativo requerido, el Árbitro observó que Ucrania no había aducido que, en virtud de la legislación ucraniana, todos los trámites y los plazos que había expuesto fueran obligatorios, ni había aportado pruebas al respecto. Sin embargo, al Árbitro no le convencía el argumento de Rusia de que Ucrania simplemente debía reconsiderar pruebas existentes a los efectos de recalcular el valor normal. Habida cuenta de las constataciones del Grupo Especial y del Órgano de Apelación de que se trataba, el Árbitro no excluyó que las autoridades investigadoras ucranianas pudieran compilar información y datos adicionales para reconstruir el valor normal. El Árbitro consideró que su determinación debía otorgar algún tiempo a las autoridades investigadoras ucranianas para emitir cuestionarios y compilar y examinar la información y los datos adicionales. Además, teniendo presente la naturaleza de la aplicación en litigio, y consciente de que los exportadores y productores investigados se beneficiaban de la posibilidad de defender sus intereses en las audiencias y durante el proceso de verificación, el Árbitro era reacio a determinar cualquier plazo para la aplicación que excluyera la posibilidad de poder realizar esos trámites de procedimiento cuando esté justificado. Dicho esto, el Árbitro subrayó que, dado el alcance limitado del examen administrativo de Ucrania, el plazo destinado a estos trámites debía reducirse razonablemente en comparación con los plazos propuestos por Ucrania.

Además, el Árbitro observó que, incluso si algunos trámites y plazos no están previstos en la legislación, estos podrían servir, no obstante, para asegurar una aplicación transparente y eficiente, que respete plenamente las debidas garantías de procedimiento de todas las partes. El Árbitro consideró que las preocupaciones relativas al debido proceso debían contrastarse con el principio del pronto cumplimiento reflejado en el párrafo 1 del artículo 21 del ESD. Para lograr ese objetivo debe aprovecharse en el proceso de aplicación toda la flexibilidad existente en el ordenamiento jurídico del Miembro al que incumbe dicha aplicación. En este caso, el Árbitro consideró que Ucrania no había explicado de qué manera los plazos asociados a los distintos trámites del examen administrativo que proponía reflejaban el uso de las flexibilidades previstas en su ordenamiento jurídico. El Árbitro opinaba que, teniendo en cuenta el alcance limitado del examen administrativo de que se trataba, Ucrania tenía a su disposición un grado considerable de flexibilidad para realizar un examen administrativo en un plazo más breve del que proponía, como demostraba la inexistencia de marcos temporales obligatorios en relación con la mayoría de los trámites que componían el examen de ese país.

Sobre la base de lo que antecede, el Árbitro concluyó que Ucrania no había satisfecho la carga de demostrar que 12 meses era el plazo más breve posible en el marco de su ordenamiento jurídico para completar el examen administrativo de que se trataba. El Árbitro opinó que Ucrania podría completar este examen administrativo en un plazo razonablemente inferior. Al mismo tiempo, habida cuenta de todos los trámites necesarios para un examen administrativo, el Árbitro no estaba de acuerdo con Rusia en que este examen podría completarse en dos meses.

Habiendo llegado a esa conclusión, el Árbitro observó que, unos días antes de la fecha inicialmente prevista para la emisión de su laudo, Ucrania había solicitado que en la determinación del plazo razonable se tuvieran en consideración las medidas adoptadas recientemente para hacer frente al virus de la COVID-19. Ucrania había mencionado la implantación del estado de emergencia en todo el país desde el 25 de marzo de 2020, por un lapso de 30 días, y había señalado en concreto las medidas de cuarentena, la suspensión de todos los servicios comerciales de transporte internacional de pasajeros con origen o destino en Ucrania, el cierre de todos los servicios no esenciales y la prohibición de reuniones de más de 10 personas. Si bien expresó su solidaridad con los países afectados por el virus de la COVID-19, Rusia respondió que no estaba claro el modo en que las medidas adoptadas por Ucrania en relación con el virus de la COVID-19 afectaban a la capacidad de Ucrania para llevar a cabo exámenes administrativos. Rusia destacó que, según las propias autoridades investigadoras ucranianas, no se dieron por terminadas ni se suspendieron investigaciones y que, aparte de algunas medidas de mitigación, las investigaciones siguieron realizándose "de la forma habitual".

El Árbitro reconoció que Ucrania no había explicado en detalle hasta qué punto las medidas que había adoptado para combatir el virus de la COVID-19 afectaban a la capacidad de las autoridades investigadoras para examinar las medidas antidumping en litigio en la presente diferencia. Al mismo tiempo, el Árbitro afirmó que era consciente de la seriedad de las medidas recientes de Ucrania relativas a la COVID-19, que se habían establecido en el marco del estado de emergencia declarado en respuesta a una pandemia, y que el tipo de medidas que describía Ucrania podría afectar a muchos aspectos del funcionamiento de un país. El Árbitro añadió que los documentos que Rusia había aportado al expediente confirmaban que las medidas adoptadas recientemente por Ucrania afectaban al desarrollo de las investigaciones de defensa comercial y que las autoridades investigadoras ucranianas estaban realizando determinadas modificaciones de procedimiento necesarias. Por ejemplo, como consecuencia del virus de la COVID-19, se habían anulado las verificaciones *in situ*, lo que podía dar lugar a que se prorrogasen los plazos para que las partes interesadas proporcionasen respuestas a los cuestionarios. Aunque al Árbitro le pareció fundado el argumento de Rusia de que la pandemia de COVID-19 no es "una excusa perentoria para incumplir las obligaciones en el marco de la OMC", al determinar el plazo razonable en la presente diferencia no podía hacer caso omiso de los hechos ocurridos recientemente en Ucrania y el resto del mundo en relación con la pandemia de COVID-19 que afectan a la labor de las autoridades investigadoras ucranianas. El Árbitro concluyó que su determinación también debía tomar en consideración los hechos ocurridos en Ucrania en relación con la pandemia de COVID-19.

Por último, el Árbitro abordó la circunstancia del caso que Ucrania alegaba que era pertinente para la determinación del plazo razonable en la presente diferencia. Ucrania solicitó que se concedieran otros seis meses porque Ucrania se encontraba, desde 2014, en una situación de "grave tensión internacional". Ucrania adujo que, desde entonces, había dado prioridad a medidas legislativas y reglamentarias urgentes para proteger su territorio y su población, y mantener la ley y el orden público a nivel interno, lo que había dado como resultado que otras iniciativas sufrieran demoras significativas. En principio, el Árbitro no descartó que una situación de "grave tensión internacional" pudiera constituir una circunstancia del caso pertinente para la determinación del plazo prudencial. No obstante, en la opinión del Árbitro, Ucrania no había demostrado suficientemente que existiera una situación de "grave tensión internacional" que afectara al plazo prudencial en la presente diferencia. El Árbitro subrayó que Ucrania no había aclarado de qué manera o en qué medida el plazo necesario para la aplicación se veía afectado por la supuesta situación de "grave tensión internacional". Ucrania tampoco había explicado cómo determinaba que seis meses eran el plazo adicional necesario en respuesta a la repercusión de la supuesta situación. Era fundamental señalar que Ucrania no había presentado ninguna prueba en apoyo de su alegación de que la situación de "grave tensión internacional" dio como resultado demoras en la realización de investigaciones antidumping.

A la luz de las consideraciones anteriormente expuestas, el Árbitro determinó que el plazo prudencial para que Ucrania aplicara las recomendaciones y resoluciones del OSD en esta diferencia era de 11 meses y 15 días contados a partir de la fecha en que el OSD adoptó los informes del Grupo Especial y del Órgano de Apelación, y expiraba el 15 de septiembre de 2020. Habida cuenta de las restricciones de acceso al recinto de la OMC impuestas a raíz de los acontecimientos relacionados con la pandemia de COVID-19, el laudo solo fue emitido por vía electrónica. Las partes no se opusieron a la emisión electrónica del laudo.



## **7 OTRAS ACTIVIDADES**

### **7.1 Registro Digital de Solución de Diferencias (RDSD)/Aplicación de Registro en Línea de Diferencias (DORA)**

#### **7.1.1 Registro Digital de Solución de Diferencias (RDSD)**

El RDSD de la OMC consistía en una completa aplicación desarrollada para administrar el conjunto del trabajo realizado en el proceso de solución de diferencias, así como para mantener información en formato digital sobre las diferencias. La aplicación comprendía: i) un registro electrónico seguro para archivar y presentar en línea documentos de solución de diferencias; ii) un servicio central de almacenamiento electrónico para todos los expedientes de solución de diferencias; y iii) un servicio de búsqueda de información y estadísticas sobre solución de diferencias.

El RDSD permitía presentar las comunicaciones de manera electrónica en las diferencias y crear un catálogo electrónico de todos los documentos presentados en un determinado asunto. El sistema contaba con: i) un servicio para presentar electrónicamente de manera segura comunicaciones y otros documentos relacionados con las diferencias; ii) un canal para dar traslado a las partes de las comunicaciones y pruebas documentales de manera segura sin utilizar papel; y iii) un calendario global de los plazos, para ayudar a los Miembros y a la Secretaría a administrar el flujo de trabajo. En cuanto al servicio de almacenamiento, el RDSD permitía acceder a información sobre las diferencias de la OMC y servía de repertorio en línea de todos los expedientes de los grupos especiales y el Órgano de Apelación.

En 2019 y principios de 2020, la Secretaría del Órgano de Apelación continuó desarrollando y probando la aplicación del RDSD, ayudando a formar a los delegados ante la OMC sobre sus diversas funciones y recopilando información sobre las diferencias para incluirla en la base de datos. En 2019 se realizaron varias mejoras en el RDSD, que se sometieron a pruebas y se incluyeron en el RDSD, y los participantes y los terceros participantes en algunos procedimientos de apelación pusieron a prueba la función de presentación electrónica de documentos como parte de una fase piloto en apelación.

#### **7.1.2 La búsqueda de un sistema más fácil de utilizar y más intuitivo: la Aplicación de Registro en Línea de Diferencias (DORA)**

La labor de programación para el proyecto del RDSD comenzó en 2013, y las primeras comunicaciones se presentaron electrónicamente en la aplicación en 2015. Desde que se comenzó a poner en marcha, ha habido enormes avances tecnológicos y, para mejorar la experiencia del usuario y mejorar aún más la aplicación, la Secretaría llegó a la conclusión de que la mejor opción era transferir las funciones del RDSD a una nueva plataforma.

Con esta idea, la Secretaría sugirió que la propia OMC asumiera el desarrollo de la aplicación de presentación electrónica de documentos y aprovechar plataformas de programación más flexibles y tecnológicamente más avanzadas. De hecho, utilizar una plataforma diferente permitiría a la OMC gestionar la aplicación y los posibles cambios en la propia OMC, sin tener que recurrir a contratistas externos. Las soluciones tecnológicas más novedosas, combinadas con la proximidad de los colegas que se ocupan de las tecnologías de la información en la OMC, permitiría a la Secretaría responder más rápidamente a los cambios en la esfera de la solución de diferencias que requiriesen modificar la plataforma de presentación electrónica de documentos.

Tras analizar las necesidades del RDSD y de los Miembros, el Servicio de Soluciones de Aplicaciones de la División de Soluciones de Tecnología de la Información (DSTI) propuso una nueva aplicación, la Aplicación de Registro en Línea de Diferencias (DORA).

En noviembre de 2019 se presentó la nueva plataforma a los delegados en una reunión del Grupo de Trabajo sobre el RDSD. En esa reunión, se explicó a los delegados las principales características de la aplicación, como el acceso a los documentos relativos a las diferencias, la carga y descarga de comunicaciones y pruebas documentales, el envío y la recepción de mensajes, y la utilización del calendario y el cronograma de las diferencias. Los delegados acogieron positivamente la nueva plataforma y la labor de desarrollo continuó a buen ritmo.

DORA se está desarrollando con las tecnologías más novedosas disponibles en el mercado actual, por lo que tiene un diseño moderno, es más rápida y fácil de utilizar que el RDSD, y simplifica el proceso de presentación electrónica de documentos. Sobre todo, es ágil, y la DSTI puede programar fácilmente de manera directa las modificaciones en la plataforma, lo que permite a la OMC incorporar prácticamente de manera inmediata las observaciones de los Miembros y sus demandas. DORA sigue manteniendo el alto nivel de seguridad del RDSD, con controles de acceso y dos factores de autenticación, al tiempo que utiliza un encriptado actualizado y elimina los problemas de sincronización. Toda la información incluida en el RDSD se está trasladando a DORA.

Habida cuenta de la versatilidad de la nueva plataforma, la Secretaría ha podido iniciar la primera fase de la puesta en funcionamiento en el primer semestre de 2020. En esta fase, se invita a las partes y los terceros en nuevas diferencias a que empiecen a utilizar DORA para presentar sus comunicaciones por vía electrónica como repertorio oficial de los expedientes de solución de diferencias para esos procedimientos. Además, también se invita a las partes y los terceros en actuaciones de grupos especiales en curso a que empiecen a utilizar el mecanismo de presentación electrónica de documentos de DORA al tiempo que presentan sus documentos por correo electrónico y en papel conforme a lo dispuesto en el procedimiento de trabajo de los grupos especiales. En la segunda fase de la puesta en funcionamiento, la Secretaría tiene previsto llevar a cabo la transición hacia la utilización de DORA como mecanismo oficial de presentación de documentos en todos los procedimientos de solución de diferencias. El calendario de esa transición será objeto de nuevas consultas con los Miembros.

## **7.2 El concurso de simulación judicial John H. Jackson sobre derecho de la OMC**

En 2019 y 2020 se celebraron, respectivamente, las ediciones 17ª y 18ª del concurso de simulación judicial John H. Jackson sobre derecho de la OMC, anteriormente conocido como concurso de simulación judicial de la Asociación Europea de Estudiantes de Derecho (ELSA) sobre derecho de la OMC. La OMC ha prestado apoyo a este concurso desde sus inicios, en calidad de patrocinador técnico. El concurso ha resultado ser una herramienta útil para el desarrollo del derecho mercantil internacional y los estudios relacionados con la OMC. En este concurso, cada uno de los equipos de estudiantes representa tanto al reclamante como al demandado en una diferencia ficticia y prepara comunicaciones por escrito y orales.

En 2019, el concurso siguió creciendo y contó con la participación de más de 90 universidades de todo el mundo. El caso de simulación de la 17ª edición, obra de Maria Anna Corvaglia, de la Universidad de Birmingham, y Rodrigo Polanco, del Instituto de Comercio Mundial de la Universidad de Berna, se refería a la producción de energía sostenible y planteaba cuestiones relacionadas con la contratación pública, las normas de origen y las subvenciones prohibidas.

Las rondas regionales de la 17ª edición se celebraron entre febrero y abril de 2019 en Nairobi (Kenya), Viena (Austria), Praga (República Checa), Singapur y Washington D.C. (Estados Unidos). En cada una de esas rondas, funcionarios de la OMC, entre ellos funcionarios de la Secretaría del Órgano de Apelación, actuaron como integrantes del grupo especial. Además, el personal de la Secretaría del Órgano de Apelación y de otras divisiones de la OMC apoyó el concurso prestando asesoramiento técnico en la materia y asistencia con cuestiones de organización, en particular acogiendo la ronda final en Ginebra (Suiza). Los 22 mejores equipos de las rondas regionales se clasificaron para la ronda final, organizada por el Instituto Universitario de Altos Estudios Internacionales y del Desarrollo y la OMC en Ginebra.

La ronda final fue celebrada del 4 al 8 de junio de 2019. Los estudiantes tuvieron la oportunidad de presentar sus argumentos ante la Secretaría de la OMC, Miembros actuales y antiguos del Órgano de Apelación, personalidades del entorno académico, abogados del sector privado y delegados que actuaron como integrantes del grupo especial en la simulación de diferencia. Resultó vencedor el equipo de la Facultad de Derecho de la Universidad Strathmore, que hizo historia al convertirse en el primer equipo africano en vencer en esta prestigiosa competición. La Facultad de Derecho de Harvard se enfrentó a la Facultad de Derecho de la Universidad Strathmore en la gran final y quedó en segundo lugar.

La 18ª edición del concurso tuvo lugar en el contexto de la pandemia mundial de COVID-19. Por este motivo, aunque se pudieron celebrar dos rondas europeas de manera presencial en febrero y a principios de marzo en Kiev (Ucrania) y Brno (República Checa), otras cuatro rondas regionales (América, África y Asia Meridional y Oriental) se tuvieron que llevar a cabo de forma virtual para

velar por la seguridad de los participantes y respetar las restricciones a los viajes. Pese a estos desafíos sin precedentes, las 76 universidades de todos los rincones del mundo que participaron hicieron gala de un entusiasmo y un interés inquebrantables durante el concurso. En el caso de simulación de la 18ª edición, elaborado por Geraldo Vidigal, Profesor Adjunto de la Universidad de Amsterdam (UvA), se plantearon cuestiones como el reconocimiento de la equivalencia y la aplicación de las medidas sanitarias y fitosanitarias en el contexto de un acuerdo comercial regional, el trato de la nación más favorecida y las excepciones en el marco del GATT de 1994.

En las rondas regionales, funcionarios de la OMC, entre ellos funcionarios de la Secretaría del Órgano de Apelación, actuaron como integrantes del grupo especial de manera presencial o virtual. Además, el personal de la Secretaría del Órgano de Apelación y de otras divisiones de la OMC apoyó el concurso prestando asesoramiento técnico en la materia y asistencia con cuestiones de organización, en particular acogiendo la primera ronda final virtual de la historia del concurso, en la que participaron 20 equipos.

La ronda final tuvo lugar del 22 al 28 de junio de 2020. Los estudiantes tuvieron la oportunidad de presentar sus argumentos ante la Secretaría de la OMC, personalidades del entorno académico y abogados del sector privado que actuaron como integrantes del grupo especial en la simulación de diferencia. Llegaron a la gran final el equipo del Government Law College de Mumbai, que acabó alzándose con el triunfo, y la Katholieke Universiteit Leuven (Bélgica), que quedó en segundo lugar.

Los equipos vencedores en las rondas regionales y la ronda final recibieron premios de la OMC y de los asociados académicos del concurso: la Universidad de Georgetown y el Instituto de Comercio Mundial en la 17ª edición, y la IE University y la Organización Europea de Derecho Público en la 18ª edición.

### 7.3 Actividades de asistencia técnica

El personal de la Secretaría del Órgano de Apelación participa en actividades de asistencia técnica relacionada con el comercio, organizadas por la OMC, destinadas a ayudar en la creación de capacidad de los países en desarrollo para que puedan participar de manera más efectiva en el comercio mundial. En el cuadro que figura a continuación puede consultarse un resumen de las actividades de este tipo realizadas por los funcionarios de la Secretaría del Órgano de Apelación en 2019.

#### **PARTICIPACIÓN DE LA SECRETARÍA DEL ÓRGANO DE APELACIÓN EN LAS ACTIVIDADES DE ASISTENCIA TÉCNICA EN 2019**

<b>Curso/Seminario</b>	<b>Lugar</b>	<b>Fechas</b>
Curso regional de política comercial para países africanos de habla francesa - Módulo de solución de diferencias	Abidjan, Côte d'Ivoire	1-3 de abril de 2019
Curso regional de política comercial para países africanos de habla inglesa - Módulo de solución de diferencias	Port Louis, Mauricio	10-13 de junio de 2019
Curso regional de política comercial para países del Caribe - Módulo de solución de diferencias	Puerto España, Trinidad y Tabago	15-18 de julio de 2019
Curso regional de política comercial para países de América Latina - Módulo de solución de diferencias	Ciudad de México, México	9-12 de septiembre de 2019
Curso regional de política comercial para Europa Central y Oriental, Asia Central y el Cáucaso - Módulo de solución de diferencias	Almaty, Kazajstán	21-23 de octubre de 2019

---

Curso/Seminario	Lugar	Fechas
Taller regional de la OMC sobre solución de diferencias para Europa Central y Oriental, Asia Central y el Cáucaso	Viena, Austria	22-25 de octubre de 2019
Cursillo de política comercial para países miembros de la Asociación Latinoamericana de Integración/Associação Latino-Americana de Integração (ALADI)	Montevideo, Uruguay	14-15 de noviembre de 2019

**ANEXO 1****DISCURSO DE DESPEDIDA**

28 DE MAYO DE 2019

PETER VAN DEN BOSSCHE, MIEMBRO DEL ÓRGANO DE APELACIÓN

Embajador Walker, Director General Adjunto Brauner, excelencias, colegas, amigos, señoras y señores,

Hoy estoy apesadumbrado, pero no es a causa de mi despedida. He trabajado en la solución de diferencias de la OMC durante nueve años, tres meses y tres semanas, y habría estado más tiempo. Algunos de ustedes pensarán que hace mucho que tendría que haberme ido y que he abusado de la buena acogida que me dispensaron en su día. Hoy estoy apesadumbrado debido a la crisis por la que atraviesa el sistema multilateral de comercio basado en normas. Aunque es un sistema que tiene mucho que mejorar para ser equitativo con todos y para adaptarse a las realidades del siglo XXI, el sistema multilateral de comercio basado en normas desarrollado progresivamente desde finales del decenio de 1940 nos ha prestado un gran servicio. Ha permitido a cientos de millones de personas salir de la pobreza, y ha seguido aportando prosperidad a muchos más. También ha hecho posible que las grandes diferencias económicas y comerciales no se agraven y escaparan a todo control.

La clave de un sistema multilateral de comercio que funcione bien es un mecanismo de solución de diferencias eficaz. Así lo entendieron los negociadores de la Ronda Uruguay, de ahí que acordaran el Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OMC, el ESD, a fin de aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio y reforzar ese sistema prohibiendo a los Miembros de la OMC que determinen unilateralmente si otro Miembro infringe las obligaciones que le corresponden en virtud de las normas de la OMC. Como escribió en 2003 el Profesor Claus-Dieter Ehlermann, uno de los siete Miembros iniciales del Órgano de Apelación, la conclusión del ESD fue un logro extraordinario que representa casi un milagro. Con su combinación de jurisdicción obligatoria, órganos resolutorios independientes e imparciales, examen en apelación y normas vinculantes, el sistema de solución de diferencias de la OMC es, desde luego, un mecanismo internacional único de solución de diferencias entre Estados soberanos. No es sorprendente que no tardara en convertirse en el mecanismo de solución de diferencias entre Estados más utilizado, y que todo el mundo lo viera como la joya de la corona de la OMC. Quienes trabajaban en otras esferas del derecho internacional lo miraban con envidia.

Aunque los Miembros estaban muy satisfechos con el funcionamiento del sistema de solución de diferencias, casi desde el principio se plantearon preocupaciones en relación con determinados aspectos del sistema. Se formularon y examinaron muchas propuestas para dar respuesta a esas preocupaciones, primero en el contexto del examen del ESD en 1998 y 1999, y más tarde en las negociaciones de la Ronda de Doha sobre la reforma del ESD. Esas negociaciones no llegaron a ningún resultado, lamentablemente, ya que, aunque algunas propuestas pretendían introducir un mayor control de los Miembros sobre la solución de diferencias, la mayoría de las propuestas tenían por objeto reforzar el sistema. ¡Qué situación tan diferente a la de hoy!

En respuesta a las preocupaciones manifestadas por los Estados Unidos, en particular en relación con el funcionamiento del Órgano de Apelación, y la obstrucción por los Estados Unidos del nombramiento de Miembros del Órgano de Apelación, más de 20 Miembros han formulado, individualmente o en grupos, propuestas de reforma del examen en apelación de la OMC. Esas propuestas tienen por objeto abordar las preocupaciones de los Estados Unidos en relación con la supuesta "extralimitación" del Órgano de Apelación, el efecto de precedente de la jurisprudencia, el plazo de 90 días para el examen en apelación, el examen por el Órgano de Apelación de las constataciones fácticas, incluidas las constataciones sobre el sentido de la legislación interna, y las normas de transición para los Miembros del Órgano de Apelación salientes. Sin embargo, a diferencia de la mayoría de las propuestas de reforma realizadas en el contexto de las negociaciones de la Ronda de Doha, las propuestas que se están examinando actualmente ya no van dirigidas a reforzar

el sistema, sino que se limitan a tratar de mantenerlo en pie de un modo u otro. No es mi intención, en este breve discurso de despedida, erigirme en defensor del Órgano de Apelación y su funcionamiento hasta la fecha, ni entrar a debatir en detalle las propuestas de reforma; esa defensa y ese debate merecen más atención que la que les puedo dedicar aquí y ahora. Por esa misma razón, tampoco trataré en este discurso de poner la crisis de la solución de diferencias de la OMC en el contexto más amplio de la crisis de la gobernanza global, una crisis que se manifiesta en el resurgimiento del unilateralismo y la incapacidad de abordar problemas globales por medio de un verdadero diálogo y una verdadera cooperación.

Sin embargo, sí me referiré a las propuestas de reforma del examen en apelación de la OMC actualmente objeto de debate. En primer lugar, aunque los Miembros han formulado, y están debatiendo actualmente, numerosas propuestas de reforma del examen en apelación de la OMC para dar respuesta a las preocupaciones planteadas por los Estados Unidos, muy pocos de esos Miembros, si es que alguno lo hace, consideran que haya algún problema de tal calado en el Órgano de Apelación y su funcionamiento como para que el bloqueo del nombramiento de los Miembros del Órgano de Apelación -que pone en peligro la existencia misma del Órgano- sea una medida apropiada y proporcionada. A este respecto, observo que no menos de 75 Miembros de la OMC han presentado en repetidas ocasiones una propuesta conjunta en la que se insta al OSD a proveer sin demora las vacantes del Órgano de Apelación. En segundo lugar, en la medida en que las preocupaciones planteadas en las propuestas de reforma son legítimas, y algunas desde luego que lo son, se pueden abordar sin socavar las características esenciales del sistema actual. La propuesta formulada por Tailandia el 25 de abril de 2019 (WT/GC/W/769) muestra el camino a seguir en este sentido. En un intento de dar respuesta a las preocupaciones planteadas por los Estados Unidos, otros Miembros de la OMC han formulado propuestas que modificarían de manera significativa rasgos esenciales del sistema actual. Sin embargo, no tengo claro, y seguro que la mayoría de ustedes tampoco, que los Estados Unidos vayan a quedar satisfechos a menos que la reforma entrañe la práctica eliminación de ese sistema. Los Estados Unidos han declarado -la ocasión más reciente fue en la reunión del Consejo General celebrada el 7 de mayo de 2019- que el Órgano de Apelación debe seguir las reglas establecidas en el ESD. Nadie discreparía de esa afirmación, pero hace mucho que los Estados Unidos guardan silencio sobre lo que eso significa en la práctica, y no han participado en los debates sobre ninguna de las propuestas de reforma que hay sobre la mesa.

Me temo que -a pesar de los denodados esfuerzos del Embajador Walker, muy encomiables, al igual que los esfuerzos de muchos Miembros de la OMC- cada vez es más probable que la crisis actual no se resuelva antes del 11 de diciembre de 2019. Si finalmente es así, el Órgano de Apelación no podrá entender ni decidir en nuevas apelaciones a partir de ese día. Como se establece en el párrafo 4 del artículo 16 del ESD, el OSD no puede adoptar un informe de un grupo especial, y este no pasa a ser jurídicamente vinculante, hasta que se ha completado la apelación. Podemos estar bastante seguros de que, una vez se haya paralizado el Órgano de Apelación, en la mayoría de los casos la parte vencida apelará el informe del grupo especial, y de ese modo impedirá que sea jurídicamente vinculante. ¿Qué sentido tendría que los Miembros de la OMC siguieran entablando procedimientos de grupos especiales si es probable que los informes de los grupos especiales no lleguen a adoptarse y por tanto no sean jurídicamente vinculantes? A partir del 11 de diciembre de 2019, por tanto, no solo es el examen en apelación, sino todo el sistema de solución de diferencias de la OMC el que dejará de estar plenamente operativo, y es posible que vaya cerrándose progresivamente.

Aunque los Estados Unidos puedan ver con buenos ojos una situación de ese tipo, es obvio que la mayoría de los demás Miembros de la OMC no lo ven así. Volver a una solución de diferencias como la que había antes de la OMC significa volver a un sistema en el que el poder económico y otros tipos de poder prevalecen sobre el derecho. Como observó recientemente el Juez James Crawford, de la Corte Internacional de Justicia, para la solución de diferencias comerciales a nivel internacional, eso equivaldría a "volver a la casilla de salida". El Embajador Julio Lacarte Muró, que fue el primer presidente del Órgano de Apelación, escribió en 2000 que el sistema de solución de diferencias de la OMC aporta seguridad a los Miembros de la OMC que "con frecuencia carecían anteriormente de la influencia política o económica necesarias para hacer respetar sus derechos y proteger sus intereses". La mayor parte de los Miembros de la OMC no quieren un comercio internacional sin normas, o, para ser más precisos, un comercio internacional que se rija por las normas que decida la parte más fuerte en una diferencia; lo que les interesa es un sistema de solución de diferencias basado en normas que sea eficaz.

Puede que los Miembros de la OMC alcancen en 2021, o poco después, un consenso sobre las reformas del sistema de solución de diferencias de la OMC, y en particular del examen en apelación en la OMC, que preserve e incluso refuerce las principales características del sistema actual, a saber, la jurisdicción obligatoria, la independencia e imparcialidad de los órganos resolutorios, el examen en apelación y el carácter vinculante de las resoluciones. Sin embargo, si no es posible alcanzar un consenso en torno a esas reformas entre todos los Miembros de la OMC, los que estén dispuestos deberían considerar la posibilidad de establecer un nuevo sistema paralelo de solución de diferencias que copie el ESD vigente, pese a sus disfunciones, con objeto de arreglar las diferencias que surjan entre ellos en el seno de la OMC de manera ordenada y basada en normas. Aunque el recurso al artículo 25 del ESD para el examen en apelación o los acuerdos entre las partes de no recurrir a la apelación puede, durante algún tiempo y en algunos casos, permitir a los Miembros mantener la disponibilidad de la solución de diferencias de la OMC, no se trata de soluciones a largo plazo.

Entre diciembre de 2009 y marzo de 2019, he actuado en 20 apelaciones y he participado en el intercambio de opiniones en otras 18. Me siento enormemente privilegiado por haber tenido la posibilidad de trabajar para la comunidad internacional de esa manera. Mi experiencia como Miembro del Órgano de Apelación de la OMC me ha enseñado -como debe ser- a ser humilde desde el punto de vista intelectual, y a respetar enormemente el conocimiento, las capacidades y la dedicación de quienes trabajan en la solución de diferencias de la OMC. Pocas de las cuestiones de interpretación o aplicación que llegan al Órgano de Apelación tienen una respuesta sencilla. Darles una respuesta sencilla no haría justicia a los argumentos presentados por al menos una de las partes. A menudo he tenido que esforzarme para encontrar la interpretación y/o aplicación correcta de las disposiciones de la OMC pertinentes en un caso concreto. Los casos más difíciles para mí fueron los que se referían al equilibrio alcanzado en el Acuerdo de la OMC en cuestión entre el libre comercio y valores sociales que entraban en conflicto con él, así como los casos relativos al papel que deben tener los gobiernos en la economía de acuerdo con las normas de la OMC. Con cierta frecuencia, las resoluciones del Órgano de Apelación han sido duramente criticadas por los Miembros. Siempre me he tomado muy en serio -al igual que mis colegas del Órgano de Apelación- esas críticas, aunque a menudo fuesen una mera reiteración de argumentos ya presentados en los procedimientos de apelación, analizados y desestimados por el Órgano de Apelación. Es posible que algunas de esas resoluciones tan criticadas fueran incorrectas. Por decirlo en latín, *errare humanum est*, pero confío en que integrantes más sabios de los grupos especiales y del Órgano de Apelación puedan corregir y corrijan en el futuro esos errores, cuando tengan la posibilidad de hacerlo, si es que la tienen. El Órgano de Apelación nunca ha dicho que sea infalible, al igual que nunca ha dicho que sus informes constituyan un precedente vinculante.

Muy a menudo me han impresionado el conocimiento y las capacidades de los juristas, ya se tratase de funcionarios gubernamentales o de profesionales del sector privado, que presentaban sus argumentos ante el Órgano de Apelación. En respuesta a las implacables preguntas del Órgano de Apelación en la audiencia, he visto magníficos ejemplos de capacidad de respuesta. También he admirado la paciencia de los juristas frente a nuestras preguntas, que, en ocasiones, dejaban claro que, a diferencia de ellos, nosotros aún estábamos tratando de comprender las complejas cuestiones planteadas en apelación.

También me han impresionado muchos grupos especiales. Nunca he envidiado la difícil tarea que les corresponde, consistente en determinar los hechos y ser los primeros en analizar la interpretación y/o aplicación correctas de las disposiciones pertinentes de la OMC. A este respecto, muchas veces he observado que el Órgano de Apelación se beneficiaba enormemente del hecho de que la argumentación de las partes en apelación era más compleja y estaba mejor articulada que la argumentación que exponían en la etapa del grupo especial.

Por último, deseo expresar mi reconocimiento a mis colegas del Órgano de Apelación y al personal de la Secretaría del Órgano de Apelación. En estos nueve años, he tenido el privilegio de trabajar con 12 Miembros del Órgano de Apelación. A pesar de las grandes diferencias en nuestra experiencia profesional y nuestros enfoques jurídicos, y a pesar de que a menudo discrepábamos profundamente en cuestiones importantes, hemos trabajado bien juntos. He aprendido mucho de mis colegas del Órgano de Apelación, razón por la que estoy en deuda con ellos. No podría haber deseado mejores colegas, en especial en momentos en los que atravesé por dificultades de índole personal. En cuanto a la Secretaría del Órgano de Apelación, solo puedo decir que su director, los juristas -tanto los más experimentados como los más noveles- que trabajan o han trabajado en ella, y el personal de apoyo actual o que ha pasado por ella, son los más excelentes y dedicados profesionales con los que he trabajado en mi vida. Ha sido para mí un privilegio trabajar con ellos diariamente estos nueve años.



Los echaré mucho de menos, y les deseo el reconocimiento profesional y el éxito que tan evidentemente merecen.

Pero no puedo dejar de concluir este discurso de despedida sin una nota sombría. Vienen tiempos muy difíciles para el sistema de solución de diferencias de la OMC. Ese sistema fue -y sigue siendo- un magnífico experimento con el imperio de la ley en las relaciones internacionales. Dentro de seis meses y dos semanas, es posible que este experimento único empiece a deshacerse y llegue gradualmente a su fin. La historia no será indulgente con los responsables del colapso del sistema de solución de diferencias de la OMC.

**ANEXO 2****PRESENTACIÓN DEL INFORME ANUAL DEL ÓRGANO DE APELACIÓN  
DE LA OMC CORRESPONDIENTE A 2018**

28 DE MAYO DE 2019

**DISCURSO DEL SR. UJAL SINGH BHATIA, PRESIDENTE DEL ÓRGANO DE APELACIÓN**

Excelencias, señoras y señores,

Puede que sea la última vez que hablo en público como Miembro del Órgano de Apelación. Puede que también sea en términos absolutos una de las últimas veces que se expresa el Órgano de Apelación. A menos que suceda algo extraordinario, en diciembre de 2019 el Órgano de Apelación perderá el quórum de tres Miembros necesario para componer una sección y entender en apelaciones.

He tenido el privilegio de ser Presidente del Órgano de Apelación dos mandatos consecutivos. Desde el punto de vista del Órgano de Apelación, no es exagerado decir que estamos viviendo tiempos extraordinarios.

En 2018, la carga de trabajo del Órgano de Apelación continuó aumentando, con apelaciones cada vez más complejas. Ese mismo año, sus Miembros pasaron de cuatro -número ya de por sí reducido- a tres.

Pese a esas dificultades, en 2018, el Órgano de Apelación distribuyó nueve informes sobre seis asuntos, entre ellos el informe sobre la diferencia *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)*. En los informes emitidos por el Órgano de Apelación en 2018 se examinaron cuestiones relacionadas con el Acuerdo Antidumping, el Acuerdo SMC, el GATT de 1994, el Acuerdo sobre las MIC, el Acuerdo OTC y el ESD. Esos informes del Órgano de Apelación abordaron cuestiones sensibles, entre ellas las subvenciones prohibidas y recurribles, el bienestar animal, los regímenes fiscales nacionales y el comercio desleal. La apelación en el asunto *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación) (párrafo 5 del artículo 21 - UE)*, presentada en 2017, siguió ocupando una parte importante de los recursos del Órgano de Apelación y su Secretaría en 2018. Además, ya en 2017 y parte de 2018, la Secretaría del Órgano de Apelación también prestó asistencia en la emisión de un laudo arbitral sobre el plazo prudencial para la aplicación de los informes del Grupo Especial y del Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Métodos antidumping (China) (párrafo 3 c) del artículo 21)*.

Y eso no es todo. Además de los informes del Órgano de Apelación y el laudo arbitral distribuidos, en 2018 fueron objeto de apelación 12 informes de Grupos Especiales relativos a 11 asuntos. En resumen, la pesada carga de trabajo del Órgano de Apelación sigue sin reducirse.

Estos datos parecen indicar que los Miembros de la OMC consideran que el sistema de apelación es un pilar fundamental de un mecanismo de solución de diferencias robusto y eficaz. Sin embargo, en el espacio de unos pocos meses el Órgano de Apelación ha pasado de ser la "joya de la corona" a constituir un problema que requiere reformas urgentes, lo que representa un giro tan drástico como desconcertante. Mi cometido hoy no es analizar los motivos de este cambio de humor, que son evidentes para quienes hayan seguido el debate. Tampoco pretendo negar que el sistema de solución de diferencias, incluido el Órgano de Apelación, necesitan reformas.

Lo que pretendo es invitar a todos los Miembros de la OMC que están debatiendo el futuro de dicho sistema a que tengan en cuenta que, para encontrar las soluciones adecuadas, hay que formular las preguntas adecuadas. Los Miembros deben reflexionar cuidadosamente sobre qué tipo de sistema desean, cuáles deben ser su función y su alcance, y qué principios fundamentales deben regir su funcionamiento. Solo entonces podrán los Miembros embarcarse en proyectos de reforma a largo plazo.

En mi opinión, los debates en curso deberían tener por objeto responder a dos cuestiones clave:

- i. ¿Qué significa para los órganos de solución de diferencias de la OMC ofrecer soluciones positivas a las diferencias comerciales?
  - ii. ¿Qué hace falta para que el sistema de solución de diferencias responda a las necesidades de todos los Miembros, tanto de los débiles como de los fuertes, y mantenga la legitimidad a ojos de las partes interesadas?
1. ¿Qué significa para los órganos de solución de diferencias de la OMC ofrecer soluciones positivas a las diferencias comerciales?
- El ESD indica que el proceso de solución de diferencias "sirve para preservar los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de los acuerdos abarcados" y "para aclarar las disposiciones vigentes de dichos acuerdos" (párrafo 2 del artículo 3).
  - A mi juicio, esas dos funciones están inextricablemente entrelazadas, y ambas sirven al objetivo general de proporcionar soluciones duraderas y positivas a las diferencias comerciales. Lo que da su carácter único al sistema de solución de diferencias en la esfera de la resolución internacional de diferencias es precisamente su carácter multilateral, junto con los amplios derechos de los terceros y la transparencia con la que las resoluciones se dan a conocer entre todos los Miembros de la OMC.
  - Obviamente, de conformidad con el ESD, las resoluciones adoptadas por el OSD solo son vinculantes para las partes en la diferencia. Sin embargo, al ir aclarando progresivamente el contenido de las disposiciones de la OMC, los grupos especiales y el Órgano de Apelación han ido orientando a los Miembros acerca de cómo cumplir las obligaciones que les corresponden en virtud de las normas de la OMC, y de ese modo han promovido una práctica coherente con dichas normas y han prevenido la iniciación de innumerables diferencias. La importancia de esas aclaraciones para los Miembros más pequeños y pobres de la OMC, que a menudo carecen de recursos para examinar sus políticas comerciales en el contexto de los compromisos que han adquirido en la OMC, no debe pasarse por alto.
  - No se puede negar que, en ocasiones, tanto los grupos especiales como el Órgano de Apelación han ejercido ampliamente el principio de economía en su razonamiento jurídico. Sin embargo, una de las principales condiciones en las que se basa la legitimidad de la solución de diferencias a escala internacional es que los órganos resolutorios deben ofrecer razones adecuadas -entre otras cosas, una interpretación de las normas pertinentes- en apoyo de sus conclusiones. Si los órganos resolutorios limitasen sus decisiones a lacónicas declaraciones de "compatibilidad/incompatibilidad", se privaría a las partes en la diferencia de su derecho de obtener resoluciones plenamente fundamentadas, lo cual difícilmente contribuiría al cumplimiento. ¿Cómo se ayudaría a los gobiernos a vencer las resistencias internas frente al cumplimiento e implementar las recomendaciones del OSD en consonancia con las normas de la OMC, si no se les dijera claramente por qué sus medidas incumplen las normas?
  - Ante este contexto, les corresponde a los Miembros decidir dónde están los límites adecuados del razonamiento jurídico, y qué papel debe desempeñar el razonamiento jurídico a la hora de lograr resultados positivos a las diferencias.
  - En el curso de ese debate, los Miembros podrían reflexionar sobre las siguientes cuestiones:
    - Los grupos especiales son los que deciden sobre los hechos, y el Órgano de Apelación es un foro en el que se decide sobre las interpretaciones jurídicas formuladas por los grupos especiales. Pero ¿qué sucede cuando el análisis fáctico de los grupos especiales es erróneo, y eso contamina su análisis jurídico?
    - ¿Constituye la "compleción del análisis" una herramienta de procedimiento válida que el Órgano de Apelación puede emplear teniendo en cuenta su mandato, habida cuenta de la inexistencia de un sistema de reenvío como tal?

2. ¿Qué hace falta para que el sistema de solución de diferencias responda a las necesidades de todos los Miembros, tanto de los débiles como de los fuertes, y mantenga la legitimidad a ojos de las partes interesadas?

- Como todos sabemos, la legitimidad de cualquier sistema multilateral de solución de diferencias solo se puede sostener si los gobiernos Miembros y otras partes interesadas consideran que funciona de manera equitativa, imparcial e independiente. Aunque la legitimidad normativa es importante, a final de cuentas, la legitimidad es una cuestión de percepción y se basa en los resultados prácticos. Esto afecta no solo a la calidad de los órganos resolutorios y sus decisiones, sino también a su respeto de los plazos.
- En los últimos meses, varias delegaciones han lamentado las demoras que han afectado a procedimientos de apelación que se han extendido más allá de los 90 días fijados en el ESD. Lamentablemente, esas críticas tienen razón: en 2018, las apelaciones se completaron como promedio en 395 días. Esos retrasos -que nos preocupan tanto como a los Miembros- se debieron con frecuencia a la incapacidad del Órgano de Apelación de asignar personal a los asuntos debido al reducido número de Miembros del Órgano de Apelación y de juristas de apoyo, así como a la complejidad de las cuestiones planteadas.
- Sin embargo, si nos centramos exclusivamente en las demoras de los procedimientos de apelación, corremos el riesgo de no ver que la duración de las diferencias de la OMC constituye un problema más amplio. En realidad, el examen en apelación no es más que una parte de la duración de los procedimientos, que ha ido aumentando de manera constante en los últimos años. Baste decir que los informes de grupos especiales examinados por el Órgano de Apelación en 2018 tardaron, como promedio, 859 días en completarse, en lugar de los 6 meses establecidos a partir de la composición del grupo especial, o, como máximo, 9 meses desde el establecimiento del grupo especial.
- Además, hay que considerar las etapas que a menudo siguen a la adopción de los informes de los grupos especiales y el Órgano de Apelación, como el plazo prudencial, los procedimientos sobre el cumplimiento y la retorsión. Si se tienen en cuenta esos factores, el panorama es bastante impresionante. Volvamos a las apelaciones que completó el Órgano de Apelación en 2018. Las solicitudes de establecimiento de un grupo especial inicial se presentaron, como promedio, 2.227 días antes de que se distribuyese el informe más reciente del Órgano de Apelación. Esas estadísticas incluyen las solicitudes de establecimiento de un grupo especial inicial en los asuntos relativos a Airbus, presentada el 3 de junio de 2005, y al Atún, presentada el 9 de marzo de 2009. Sin embargo, aun descontando esos casos extraordinariamente largos, la cifra sigue siendo muy elevada: como promedio, han pasado 1.267 días desde que se presentaron las solicitudes de establecimiento de un grupo especial hasta que se distribuyeron los informes del Órgano de Apelación. Es más, algunas de esas diferencias siguen en curso en este momento.
- Todo esto, sumado, significa que la "pronta solución" de las diferencias (párrafo 3 del artículo 3), que en su día era el factor diferencial de la OMC, es decididamente cosa del pasado. Es este contexto global del ciclo de vida total de las diferencias de la OMC lo que debería ser el centro del debate y de las iniciativas de reforma.
- Sin embargo, si queremos abordar de frente la cuestión de los 90 días, es importante que nos enfrentemos a todas las dimensiones del problema. En los últimos tres años, ha habido 29 informes de grupos especiales que han sido objeto de apelación, lo que significa un promedio de casi diez al año. La exigencia de completar ese número de apelaciones en un plazo de 90 días tiene repercusiones obvias en lo que respecta al número de Miembros del Órgano de Apelación y a los recursos en términos de personal. Esta cuestión también requeriría un debate entre los Miembros acerca del tamaño de las apelaciones, los procedimientos de extensión de la norma de los 90 días, la naturaleza y la profundidad del examen del Órgano de Apelación, etc. Asimismo, habría que debatir cómo establecer la secuencia y la estructura de la lista de espera de las apelaciones para las que no hay personal disponible. Teniendo en cuenta que el OSD adopta los informes del Órgano de Apelación por consenso negativo, el Órgano de Apelación funciona en la práctica como foro de última instancia. Por consiguiente, el Órgano de Apelación debe garantizar que sus interpretaciones y su razonamiento sean de la mayor calidad y no debe precipitarse para llegar a sus conclusiones. De hecho, no es posible

corregir las conclusiones precipitadas (salvo, quizás, si hablamos de interpretaciones autorizadas de los Miembros).

- Esto tiene implicaciones obvias para el rigor y la atención al detalle que deben tener las deliberaciones del Órgano de Apelación. Los Miembros también deben tener en cuenta estas consideraciones al abordar la regla de los 90 días.

Hay una cosa que debe quedar totalmente clara: en última instancia, el desempeño y la legitimidad del sistema de solución de diferencias no se basará en principios abstractos del derecho internacional, sino en su capacidad de dar respuesta a las necesidades acuciantes del comercio real. Cada minuto que pasa sin un sistema de solución de diferencias que funcione adecuadamente es un minuto en el que siguen vigentes medidas incompatibles con la OMC, se obstaculizan las corrientes comerciales y empresas de todo el mundo pierden preciosas oportunidades comerciales. Esto es lo que mejor subraya el valor real de un sistema de solución de diferencias independiente y eficaz en un contexto multilateral.

En las próximas semanas y meses, los Miembros de la OMC se enfrentan a decisiones críticas sobre el futuro del sistema multilateral de comercio. Seamos claros: la crisis del Órgano de Apelación es la crisis del multilateralismo comercial. Los compromisos vinculantes de los Miembros de la OMC deben basarse necesariamente en los cimientos que ofrece una resolución de diferencias imparcial y eficaz. Es difícil imaginar cómo se puede lograr sin un proceso de apelación que funcione adecuadamente.

Las decisiones que se tomen definirán las perspectivas de cooperación internacional en la esfera del comercio en los próximos decenios. Al designar al Embajador David Walker como Facilitador de este importante debate, los Miembros de la OMC han hecho una elección sabia. No tengo duda de que darán muestras de esa misma sabiduría en las decisiones que tomen en el futuro.

Por último, desearía expresar mi profundo agradecimiento a los siempre competentes miembros del personal de la Secretaría del Órgano de Apelación que han colaborado para elaborar el exhaustivo informe anual. Deseo dar las gracias en especial, sin seguir ningún orden en particular, a Chibole Wakoli, Leslie Stephenson, Alexandra Baumgart, Stephanie Carmel, Hugh Lee y Rhian Wood, así como a otros que han aportado resúmenes de casos para el informe.

No puedo concluir sin desempeñar una tarea delicada pero placentera: la de expresar mi reconocimiento a mi amigo Peter sin avergonzarlo demasiado. He tenido el privilegio de conocer a Peter y ser amigo suyo desde hace ya varios años. Durante buena parte de ese período, ha sido para mí un útil guía a través del laberinto de las complejas cuestiones jurídicas. También ha sido un faro infalible para todos los que hemos formado parte del Órgano de Apelación por su profundo compromiso con el imperio de la ley y la justicia. Siempre ha combinado el rigor académico con un firme compromiso con la justicia y la equidad. Pero, ante todo, ha sido para mí la persona que habría querido ser. Estoy seguro de que Patricia sonríe hoy. Dios te bendiga, Peter, por ser como eres.

**ANEXO 3****NOVEDADES Y DESAFÍOS DEL ÓRGANO  
DE APELACIÓN EN 2018****DUODÉCIMA ACTUALIZACIÓN ANUAL SOBRE LA SOLUCIÓN DE  
DIFERENCIAS EN LA OMC****INSTITUTO UNIVERSITARIO DE ALTOS ESTUDIOS  
INTERNACIONALES Y DEL DESARROLLO****10 DE ABRIL DE 2019****DISCURSO DE LA DRA. HONG ZHAO, PRESIDENTA DEL  
ÓRGANO DE APELACIÓN**

Buenas tardes. Para empezar, quisiera dar las gracias al Instituto Universitario por haber organizado, en colaboración con la Secretaría de la OMC, este congreso anual sobre solución de diferencias en la OMC. Les agradezco que me hayan invitado, en calidad de actual Presidenta del Órgano de Apelación, para hablar de las novedades y los desafíos del Órgano de Apelación.

Sin duda, los dos últimos años han sido notables y llenos de desafíos para el Órgano de Apelación y para el sistema de solución de diferencias de la OMC en su conjunto. Las dificultades se derivan no solo de la prolongada acumulación de apelaciones que tiene ante sí el Órgano de Apelación, sino también de la reducción del número de Miembros con que cuenta el Órgano de Apelación para examinar esos casos. Al mismo tiempo, sigue llegando una avalancha de complejas diferencias relativas a cuestiones controvertidas y delicadas, que conllevan múltiples reclamaciones, y la institución está sometida a una presión sin precedentes que la está llevando al límite de sus capacidades. El sistema de solución de diferencias no ha experimentado una situación como esta en toda su historia.

En este período, gracias al apoyo constante de los Miembros de la OMC y a la diligente labor de los Miembros del Órgano de Apelación y del personal de la Secretaría, el Órgano de Apelación emitió sus resoluciones sin menoscabo de la calidad. A lo largo de 2018, el Órgano de Apelación llevó a cabo procedimientos de apelación y distribuyó nueve informes sobre seis asuntos, entre ellos el informe sobre la apelación de gran envergadura relativa al asunto *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (artículo 21.5 - Estados Unidos)*. Los asuntos tratados en estos informes se referían al GATT de 1994, el Acuerdo sobre las MIC, el Acuerdo OTC, el Acuerdo Antidumping, el Acuerdo SMC y el ESD. Estas diferencias abordaron cuestiones sensibles, entre ellas las subvenciones prohibidas y recurribles, las salvaguardias, el bienestar animal, los regímenes fiscales nacionales y las medidas comerciales correctivas. La excepcionalmente voluminosa apelación en el asunto *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación) (artículo 21.5 - UE)*, presentada en 2017, siguió ocupando una parte importante de los recursos del Órgano de Apelación y su Secretaría a lo largo del año. La Secretaría también prestó asistencia en la emisión de un laudo arbitral sobre el plazo prudencial para la aplicación de los informes del Grupo Especial y del Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Métodos antidumping (China) (artículo 21.3 c))*. Además, en 2018 fueron objeto de apelación 12 informes de grupos especiales relativos a 11 asuntos. Asimismo, en el primer trimestre de 2019 se han presentado dos nuevas apelaciones. Por lo tanto, hay 13 apelaciones pendientes en el Órgano de Apelación. Estas cifras demuestran la confianza inquebrantable de los Miembros en el sistema de solución de diferencias, incluido su proceso de apelación.

En pocas palabras, pese a la crisis actual, el Órgano de Apelación seguirá teniendo una pesada carga de trabajo en días venideros. Huelga decir, y muchos lo saben, que el mandato de dos de los tres Miembros del Órgano de Apelación expirará el 10 de diciembre de 2019. El Órgano de Apelación no podrá examinar ninguna nueva apelación después de esa fecha si no se suplen estas vacantes. Esto podría paralizar todo el sistema de solución de diferencias o, como algunos podrían sostener, retrotraerlo a la anterior época del GATT, cuando los informes de los grupos especiales solo podían

adoptarse si ambas partes los respaldaban. En el marco del actual ESD, si un Miembro decide apelar un informe de un grupo especial después de la fecha mencionada, el proceso de solución de diferencias podría quedar suspendido indefinidamente, si para diciembre de este año no hemos logrado salir de este estancamiento.

Esto es más que alarmante.

Afortunadamente, los Miembros de la OMC están poniendo todo su empeño y energía en tratar de resolver este estancamiento. A lo largo del pasado año, el OSD y el Consejo General recibieron varias propuestas de los Miembros y grupos de Miembros. Los Miembros de la OMC examinaron varias preocupaciones sustantivas y de procedimiento relativas al funcionamiento del Órgano de Apelación, tanto en reuniones formales como informales del OSD y del Consejo General en 2018.<sup>1</sup> Además, desde enero de 2019, bajo los auspicios del Consejo General, el Embajador David Walker de Nueva Zelanda presta asistencia como facilitador a la Presidenta del Consejo General, para dirigir un proceso informal de debates centrados en cuestiones relativas al Órgano de Apelación. Ni que decir tiene que la resolución de las preocupaciones relativas al Órgano de Apelación requiere el compromiso político de todos los Miembros de la OMC. Hay un famoso dicho en las negociaciones multilaterales: "querer es poder". Creo que las cuestiones técnicas relativas al Órgano de Apelación tienen solución. De hecho, estoy segura de que el proceso actual podrá avanzar si los Miembros se entienden entre sí, salvan sus diferencias y, finalmente, alcanzan un acuerdo para salir del punto muerto.

Puesto que las discusiones entre los Miembros aún están en una etapa incipiente, y dado que soy la Presidenta del Órgano de Apelación, no voy a ahondar hoy en las cuestiones objeto de debate. El Órgano de Apelación considera que los Miembros de la OMC tienen el derecho y la obligación de decidir el futuro del sistema de solución de diferencias de la OMC. El Órgano de Apelación queda a disposición de todos los Miembros para ayudarles a resolver sus diferencias en el marco de los acuerdos abarcados. Somos muy conscientes de nuestros deberes y responsabilidades, y los cumpliremos imparcial y fielmente en el marco de nuestro mandato de conformidad con las normas establecidas en el ESD.

Habiendo examinado las novedades del Órgano de Apelación en 2018, permítanme ahora hablar de la historia de la resolución de diferencias a nivel internacional desde una perspectiva más amplia que sirva de base a las delegaciones, al mundo académico y al público para considerar la manera de desbloquear la actual crisis del sistema de solución de diferencias en la OMC.

### **En primer lugar, de la guerra a la solución pacífica de diferencias: un hito en la historia de la civilización humana**

El filósofo inglés Sir Francis Bacon dijo: "La historia hace al hombre más prudente".<sup>2</sup>

La historia parece demostrar que, durante mucho tiempo, no era raro que las naciones recurrieran a la guerra y el conflicto armado para resolver sus diferencias. Así pues, algunos expertos en derecho internacional del siglo XIX y de principios del siglo XX pensaban que el derecho internacional existía "única o principalmente para hacer de la guerra una ocupación humana y caballerosa".<sup>3</sup> La primera obra influyente sobre derecho internacional público, *De Jure Belli ac Pacis* (*Del derecho de la guerra y de la paz*), escrita por Hugo Grocio en 1625, incluía algunos capítulos sobre las cuestiones relativas a la guerra. Al mismo tiempo, hace muchos siglos que se intenta practicar, y se ha practicado, la solución de diferencias de manera pacífica y civilizada, por ejemplo, mediante la mediación, conciliación y arbitraje por un tercero. En Europa, los Profesores Hugo Grocio y Emmerich De Vattel preconizaron el arbitraje, tal como lo practicaban las ciudades-Estados griegas y las comunidades

---

<sup>1</sup> Estas preocupaciones se abordan en los siguientes documentos de la OMC: WT/DSB/M/407, WT/DSB/M/409, WT/DSB/M/410, WT/DSB/M/412, WT/DSB/M/413, WT/DSB/M/414, WT/DSB/M/415, WT/DSB/M/417, WT/GC/W/752/Rev.2, WT/GC/W/753, WT/GC/W/754/Rev.2, JOB/DSB/2 y WT/DSB/M/415.

<sup>2</sup> Francis Bacon: "La historia hace al hombre más prudente; la poesía lo hace más espiritual; las matemáticas, más penetrante; la física o filosofía natural, más profundo; la moral, más grave y más circunspecto; la retórica y la dialéctica, más contencioso y más fuerte en las disputas". (*The Collected Works of Sir Francis Bacon*)

<sup>3</sup> El Profesor Brierly discrepaba de esta opinión, pues la consideraba una de las "dos posibles ideas erróneas populares sobre [el] carácter [del derecho de las naciones]". Véase *Brierly's Law of Nations: An Introduction to the Role of International Law in International Relations*, prólogo de la primera edición, publicado en su séptima edición, Oxford University Press, 2012.



del Imperio Romano, como un medio pacífico eficaz de solución de diferencias entre las naciones-Estados. El Profesor De Vattel, famoso teórico del derecho internacional de su tiempo, consideraba que el arbitraje era "un medio práctico, racional y ético de resolver las diferencias entre los Estados".<sup>4</sup>

A lo largo de la historia de la humanidad, en oriente y en occidente, las naciones tardaron mucho tiempo en comprometerse a someterse a un conjunto de normas destinadas a poner fin a las guerras y mantener la paz. El tratado solemne entre los gobernantes de Lagash y de Umma en la antigua Mesopotamia, hacia el año 2100 a. e. c., es el primer documento que demuestra esos esfuerzos.<sup>5</sup> En 1648, tras tres años de negociaciones, las partes en el Tratado de Paz de Westfalia se comprometieron a aplicar un conjunto de normas y principios por los que se reconocía la soberanía de los Estados iguales, la no intervención, la tolerancia religiosa y la solución pacífica de diferencias mediante una "solución amistosa o debates jurídicos", poniendo fin así a la devastadora guerra de los Treinta Años en Europa. Esto marcó no solo el nacimiento del derecho internacional moderno, sino también de la solución pacífica de diferencias internacionales, que entró en una nueva era basada en los valores comunes ampliamente aceptados y los principios fundacionales del derecho internacional público.

Desde el punto de vista mundial actual, se trataba solamente de marcos de paz regionales. Hace 70 años, después de la Segunda Guerra Mundial, se creó un marco multilateral destinado a mantener la paz y la seguridad tras el sacrificio de decenas de millones de vidas. Hoy, sobre la base de ese marco, somos testigos de la proliferación de centenares de tratados y de innumerables documentos jurídicos internacionales en diversos ámbitos. El derecho internacional se ha convertido en un pilar esencial del actual orden internacional. El mantenimiento de la paz y la prosperidad se ha convertido en el objetivo final del derecho internacional en todos los ámbitos.

Mientras que los logros materiales de la civilización humana son físicamente visibles, el logro institucional invisible, a pesar de ser más valioso, es fácilmente ignorado.

Después de 70 años, parece que la solución internacional de diferencias ha llegado a una encrucijada, y ya es hora de decidir cuál es la siguiente etapa.

### **En segundo lugar, del arbitraje a los tribunales internacionales: hacia una institución judicial internacional (evolución del sistema resolutorio internacional)**

A medida que avanza la civilización, proliferan los medios y métodos de solución pacífica de las diferencias entre las naciones. Con excepción de las consultas bilaterales, los buenos oficios, la mediación y la conciliación por un tercero y el arbitraje son medios viables para lograr una solución pacífica de las diferencias entre los Estados. En particular, el auge del tribunal internacional como medio destacado de solución de conflictos es un enorme logro en la esfera de la solución pacífica de diferencias en la historia de la humanidad.

Hay estudios académicos que demuestran que el auge del sistema resolutorio internacional estuvo estrechamente ligado a los movimientos a favor de la paz de finales del siglo XIX y de la primera mitad del siglo XX.<sup>6</sup>

La creación de la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) en 1922, que se transformó en la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en 1946, representó la aceptación voluntaria de la jurisdicción de los tribunales internacionales. Después de la Guerra Fría, existían seis tribunales internacionales permanentes<sup>7</sup>, junto con el sistema de solución de diferencias no obligatorio del GATT de 1947 y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que en la práctica funciona a escala regional. Según el *Oxford Handbook on International Adjudication of 2014*, actualmente hay por lo menos dos docenas de tribunales internacionales permanentes que en su conjunto han dictado decenas de miles de sentencias judiciales. Más del 90% de esas resoluciones se han emitido después de la caída del Muro de Berlín.<sup>8</sup> La creciente influencia del sistema resolutorio internacional en la actualidad no es simplemente una cuestión de números. Aunque el recurso a los primeros órganos resolutorios

<sup>4</sup> J. Allain, *A Century of International Adjudication: The Rule of Law and Its Limits*, La Haya (Países Bajos): TMC. Asser Press 2000, página 14.

<sup>5</sup> Malcolm N. Shaw, *International Law*, octava edición, Cambridge University Press, 2017, página 10.

<sup>6</sup> El Congreso Universal de la Paz de 1889, el movimiento por la paz a través del derecho, etc. ayudaron a pasar del arbitraje a los tribunales internacionales.

<sup>7</sup> El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) es un tribunal internacional activo y eficaz.

<sup>8</sup> *The Oxford Handbook of International Adjudication*, Oxford University Press, 2014, página 54.

internacionales era principalmente voluntario, ha habido una clara evolución hacia la jurisdicción obligatoria, a menudo acompañada del acceso de actores también no estatales a los procedimientos resolutorios internacionales.

En líneas generales, con el auge del tribunal internacional de jurisdicción obligatoria, la institucionalización de la solución pacífica de diferencias entre Estados alcanza una nueva dimensión.

### **En tercer lugar, reevaluar el procedimiento de apelación en la OMC: su valor único**

Entre las dos docenas de órganos resolutorios internacionales, el Órgano de Apelación de la OMC es uno de los muy pocos que funciona activamente como mecanismo de apelación sobre una base multilateral.<sup>9</sup>

El Órgano de Apelación se estableció cuando se confirió jurisdicción obligatoria al sistema multilateral de solución de diferencias del GATT y se estipuló la norma del consenso negativo en el ESD. El derecho de apelación fue una solución de avenencia que garantizaba el equilibrio institucional para que los Miembros de la OMC aceptaran tales normas modificadas. Prevé un órgano permanente integrado por siete Miembros con una autoridad reconocida en el ámbito del comercio internacional, elegidos por todos los Miembros para un mandato de una duración determinada y procedentes de diferentes regiones del mundo. El proceso de selección ha sido concebido para garantizar la democracia y la legitimidad de la composición del Órgano de Apelación. Los siete Miembros tienen igualdad de oportunidades para formar, mediante rotación aleatoria, una división de tres Miembros encargada de llevar a cabo un examen final de las cuestiones jurídicas recurridas por los Miembros que figuran en los informes de los grupos especiales.

Por analogía, si los sistemas judiciales de múltiples niveles dentro del régimen judicial nacional favorecen el avance de la justicia para los ciudadanos de un país, la etapa de apelación representa para los Miembros un nivel más elevado de justicia y equidad dentro del sistema de solución de diferencias de la OMC. El derecho a recurrir un informe de un grupo especial es un derecho de los Miembros que está consagrado en el sistema multilateral de comercio desde la Ronda Uruguay. El número de casos resueltos por el sistema y la tasa de aplicación notablemente elevada son indicadores de la eficacia de la institución.

Dicho esto, cabe subrayar que el Órgano de Apelación no pretende en ningún caso ser perfecto. Por el contrario, los Miembros del Órgano de Apelación reconocen constantemente la necesidad de trabajar activamente en la mejora de sus prácticas, tanto a nivel del proceso resolutorio como de la gestión interna. Los Miembros del Órgano de Apelación están dispuestos a escuchar las preocupaciones de los Miembros de la OMC y a responder de manera constructiva a las propuestas de reforma de los Miembros una vez que el OSD alcance un consenso. El Órgano de Apelación agradece la comprensión mostrada por los Miembros respecto a la acumulación crónica de asuntos, por una parte, y a los limitados recursos del Órgano de Apelación, por otra parte. En respuesta a las preocupaciones por los informes largos y complejos, el Órgano de Apelación incluye, desde hace tres años, un breve resumen de sus constataciones al final de cada uno de sus informes, cuya extensión ha reducido considerablemente en comparación con años anteriores. El Órgano de Apelación está abierto a nuevas mejoras y mantiene siempre su determinación, en la medida de sus posibilidades, de prestar un servicio resolutorio de gran calidad a los Miembros de la OMC. Este compromiso nunca ha cambiado y nunca cambiará.

Para concluir, permítanme subrayar que el sistema de solución de diferencias de la OMC se encuentra en un momento crítico de su historia.

El sistema resolutorio internacional sirve para mantener la paz mundial y se ha creado con ese fin, pero el debilitamiento de esa institución acrecienta los riesgos y amenaza los intereses de todos.

Por lo tanto, ya es hora de que los Miembros de la OMC adopten medidas decisivas y encaucen el futuro de su sistema de solución de diferencias.

Gracias por su atención.

---

<sup>9</sup> Véanse los estudios de *Oxford Handbook on International Adjudication*, Oxford University Press, 2014.

**ANEXO 4****MIEMBROS DEL ÓRGANO DE APELACIÓN QUE HAN ACTUADO EN APELACIONES  
QUE HAN SIDO OBJETO DE INFORMES DISTRIBUIDOS EN 2019 Y 2020****DATOS BIOGRÁFICOS****Ujal Singh Bhatia** (India) (2011-2019)

Ujal Singh Bhatia nació en la India el 15 de abril de 1950. Fue Embajador y Representante Permanente de la India ante la OMC entre 2004 y 2010, y representó a la India en varias diferencias. También formó parte de grupos especiales de solución de diferencias de la OMC en 2007 y 2008.

El Sr. Bhatia ocupó altos cargos en el Gobierno de la India y en el estado de Orissa, desempeñando diversas funciones administrativas relacionadas con la gestión del desarrollo y la formulación de políticas. Cuenta con más de 30 años de experiencia jurídica y en órganos jurisdiccionales, durante los cuales se ha ocupado de cuestiones jurídicas y de jurisprudencia nacionales y extranjeras, así como de la negociación de acuerdos comerciales bilaterales, regionales y multilaterales.

El Sr. Bhatia ha impartido en muchas ocasiones conferencias sobre cuestiones de comercio internacional y ha publicado numerosos trabajos y artículos sobre diversos temas comerciales y económicos. Obtuvo una Maestría (M.A.) en economía por la Universidad de Manchester y por la Universidad de Delhi, así como una Licenciatura (B.A.) (con mención honorífica) en economía, también por la Universidad de Delhi.

**Thomas R. Graham** (Estados Unidos) (2011-2019)

Thomas R. Graham es el antiguo director del departamento de comercio internacional de King & Spalding, y fue el fundador del departamento de comercio internacional de Skadden, Arps, Slate, Meaher & Flom. Fue uno de los primeros abogados estadounidenses que representó a demandados en asuntos relacionados con medidas comerciales correctivas en varios países del mundo y fue uno de los pioneros en la incorporación de economistas, contables y otros profesionales no juristas a los departamentos de comercio internacional de bufetes privados.

Antes de pasar al sector privado, el Sr. Graham fue Asesor General Adjunto de la Oficina del Representante de los Estados Unidos para las Cuestiones Comerciales Internacionales. Anteriormente en su carrera, fue funcionario de asuntos jurídicos en la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra; fue Profesor visitante de derecho y ayudante del presidente de Ford Motor Company en Caracas (Venezuela).

El Sr. Graham fue el primer Presidente del Comité de Derecho Económico Internacional de la Sociedad Estadounidense de Derecho Internacional y Presidente del Subcomité de Exportaciones de la Asociación de Abogados de los Estados Unidos. Ha sido Profesor adjunto en el Georgetown Law Center y Profesor invitado de la Brookings Institution. Ha publicado libros sobre política comercial internacional y sobre comercio internacional y medio ambiente y es autor de numerosos artículos y monografías sobre derecho y política comercial internacional. También es coautor, junto con su hija, de *Getting Open: The Unknown Story of Bill Garrett and the Integration of College Basketball* (Simon & Schuster, Atria Books, 2006; Indiana University, rústica, 2008).

El Sr. Graham recibió su licenciatura en la Universidad de Indiana y su diploma en derecho (J.D.) de la Facultad de Derecho de Harvard.

**Shree Baboo Chekitan Servansing** (Mauricio) (2014-2018)

Nacido en Mauricio el 22 de abril de 1955, Shree Baboo Chekitan Servansing ha tenido una larga y destacada trayectoria profesional en la administración pública de su país. De 2004 a 2012, el Sr. Servansing fue Embajador y Representante Permanente de Mauricio ante la Oficina de las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales en Ginebra, incluida la OMC. Durante su

mandato como Representante Permanente, se desempeñó en varios comités de la OMC y presidió el Comité de Comercio y Medio Ambiente y el Comité de Comercio y Desarrollo. También presidió el Programa de Trabajo sobre las Pequeñas Economías, las sesiones específicas sobre la Ayuda para el Comercio y el Grupo Africano, y fue Coordinador del Grupo de Países de África, el Caribe y el Pacífico (ACP).

Previamente, el Sr. Servansing había ocupado diversos cargos en el Ministerio de Relaciones Exteriores de Mauricio en Mauricio, la India y Bélgica. Durante su mandato en la Embajada de Mauricio en Bélgica, participó activamente en las negociaciones entre el Grupo ACP y la UE que dieron lugar al Acuerdo de Cotonú y, posteriormente, en las negociaciones del Acuerdo de Asociación Económica. El Sr. Servansing también prestó servicios como representante personal del Primer Ministro de Mauricio en el Comité Directivo de la Nueva Alianza para el Desarrollo de África (NEPAD). En ese cargo, participó en la formulación estratégica del principal marco de desarrollo de África.

Tras retirarse de la administración pública, el Sr. Servansing dirigió el Programa ACP-UE sobre Obstáculos Técnicos al Comercio en Bruselas entre 2012 y 2014. En este puesto, era responsable de facilitar la creación de capacidad en los países ACP con el fin de aumentar la competitividad de sus exportaciones y mejorar las infraestructuras de control de la calidad para poder cumplir los reglamentos técnicos.

El Sr. Servansing cuenta con 30 años de experiencia en política comercial y negociaciones comerciales, así como en el sistema multilateral de comercio. Con frecuencia ha dado charlas sobre cuestiones comerciales internacionales y ha publicado numerosos trabajos y artículos en publicaciones de Mauricio y extranjeras sobre diversos temas relacionados con el comercio.

El Sr. Servansing tiene una maestría de la Universidad de Sussex, un título de posgrado en relaciones exteriores y comercio internacional de la Universidad Nacional de Australia y una licenciatura (matrícula de honor) de la Universidad de Mauricio.

#### **Peter Van den Bossche** (Bélgica) (2009-2017)

Peter Van den Bossche es Director de Estudios del Instituto de Comercio Mundial y Profesor de Derecho Económico Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Berna (Suiza). Desde 2018 preside la Asociación de Derecho Económico Internacional. De 2009 a 2019 fue Miembro del Órgano de Apelación de la OMC, órgano del que fue Presidente en 2015. Es Profesor honorario de la Universidad de Maastricht (Países Bajos) y Profesor visitante en el Colegio de Europa de Brujas (Bélgica), la Universidad San Francisco de Quito (Ecuador) y la Universidad LUISS Guido Carli de Roma (Italia). Es miembro del Consejo Editorial del *Journal of International Economic Law*, el *Journal of World Investment and Trade*, la *Revista Latinoamericana de Derecho Comercial Internacional* y de la Junta Consultiva del Programa de Cátedras OMC.

El Dr. Van den Bossche posee una Maestría en Derecho (LL.M.) por la Facultad de Derecho de la Universidad de Michigan (Ann Arbor) (1986) y un doctorado en derecho del Instituto Universitario Europeo de Florencia (1990). Se licenció en derecho con la calificación *magna cum laude* por la Universidad de Amberes (1982). El Dr. Van den Bossche trabajó en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Luxemburgo) como letrado del abogado general W. van Gerven (1990-1992), tras lo cual se incorporó a la Facultad de Derecho de la Universidad de Maastricht. De 1997 a 2001, el Dr. Van den Bossche fue consejero del Órgano de Apelación. En 2001 fue Director interino de la Secretaría del Órgano de Apelación de la OMC, tras lo cual volvió a la Universidad de Maastricht como Profesor de Derecho Económico Internacional. De 2005 a 2009, el Dr. Van den Bossche fue Jefe del Departamento de Derecho Internacional y Europeo de la Universidad de Maastricht.

El Dr. Van den Bossche ha actuado frecuentemente como asesor sobre cuestiones de derecho económico internacional para numerosas administraciones nacionales, organizaciones internacionales, ONG y estudios jurídicos. Asimismo, ha dirigido actividades de creación de capacidad y consultoría, ha impartido conferencias sobre derecho económico internacional en más de 35 países, y ha sido Profesor visitante en más de diez universidades. En 2010, el Dr. Van den Bossche ocupó el puesto de Investigador principal de la Cátedra Fernand Braudel en el Instituto Universitario Europeo de Florencia, y en 2014 fue Investigador principal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Melbourne.

El Dr. Van den Bossche es autor de *The Law and Policy of the World Trade Organization* (obra de la que es coautor Werner Zdouc a partir de la tercera edición) y de *Essentials of WTO Law* (con Denise Prévost).

#### **Hong Zhao (China) (2016-2020)**

La Sra. Zhao es Doctora en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad de Beijing (China), donde previamente había obtenido la licenciatura y la maestría correspondientes. En la actualidad es Profesora en varias universidades, incluidas la Universidad de Beijing, la Universidad Fudan y la Universidad de Economía y Comercio Internacional. También es miembro del Consejo del Tribunal de Arbitraje Internacional de Shenzhen. Anteriormente proporcionó servicios jurídicos en el Departamento de Tratados y Legislación del Ministerio de Comercio Exterior y Cooperación Económica (luego Ministerio de Comercio) de China. Más adelante trabajó como Representante Adjunta para las Negociaciones Comerciales en la Oficina del Representante para las Negociaciones Comerciales Internacionales del Ministerio de Comercio, y como Directora General Adjunta de la Oficina Antimonopolio del Ministerio de Comercio de China. Posteriormente, trabajó como Ministra Consejera de Asuntos Jurídicos en la Misión de China ante la OMC y, en ese período, presidió el Comité de Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio (MIC) de la OMC. Más adelante, cuando ocupaba el cargo de Comisaria de Negociaciones Comerciales en el Departamento para Asuntos de la OMC del Ministerio de Comercio de China, la Sra. Zhao participó en varias negociaciones importantes sobre el comercio internacional, en particular las negociaciones del Acuerdo sobre Facilitación del Comercio, las negociaciones sobre la ampliación del Acuerdo sobre Tecnología de la Información y el Acuerdo de Libre Comercio entre China y Australia.

La Sra. Zhao ha contribuido a la formulación de numerosos instrumentos legislativos chinos de gran calado en el ámbito económico y comercial adoptados desde los años noventa, y tiene experiencia en el sistema judicial chino, puesto que entre 1999 y 2004 ejerció como miembro del jurado en el Tribunal Económico del Segundo Tribunal Intermedio de Beijing. También ha sido profesora y tutora de estudiantes de Derecho en varias universidades chinas en materias como el derecho económico internacional, el derecho de la OMC y los derechos de propiedad intelectual.

\* \* \*

#### **DIRECTOR DE LA SECRETARÍA DEL ÓRGANO DE APELACIÓN**

##### **Werner Zdouc**

Werner Zdouc, Director de la Secretaría del Órgano de Apelación de la OMC desde 2006, se graduó en derecho por la Universidad de Graz (Austria). Posteriormente obtuvo una Maestría en derecho (LL.M.) por la Facultad de Derecho de la Universidad de Michigan y un Doctorado por la Universidad de St. Gallen (Suiza). El Dr. Zdouc se incorporó a la División de Asuntos Jurídicos de la OMC en 1995, donde asesoró a muchos grupos especiales de solución de diferencias y realizó misiones de cooperación técnica en numerosos países en desarrollo. En 2001 pasó a formar parte de la Secretaría del Órgano de Apelación como asesor jurídico. En 2008 y 2009 presidió el Comité Consultivo Mixto del Director General. Ha sido conferenciante y Profesor visitante de derecho mercantil internacional en la Universidad de Economía de Viena, en las Universidades de St. Gallen, Zúrich, Berna, Barcelona, Seúl y Fudan y en el Instituto Universitario de Ginebra. De 1987 a 1989 trabajó en organizaciones gubernamentales y no gubernamentales de ayuda para el desarrollo en Austria y América Latina. El Dr. Zdouc es autor de diversas publicaciones sobre derecho económico internacional y es miembro del Comité de Derecho Comercial de la Asociación de Derecho Internacional.

**ANEXO 5****ANTIGUOS MIEMBROS Y PRESIDENTES DEL ÓRGANO DE APELACIÓN****I. ANTIGUOS MIEMBROS DEL ÓRGANO DE APELACIÓN**

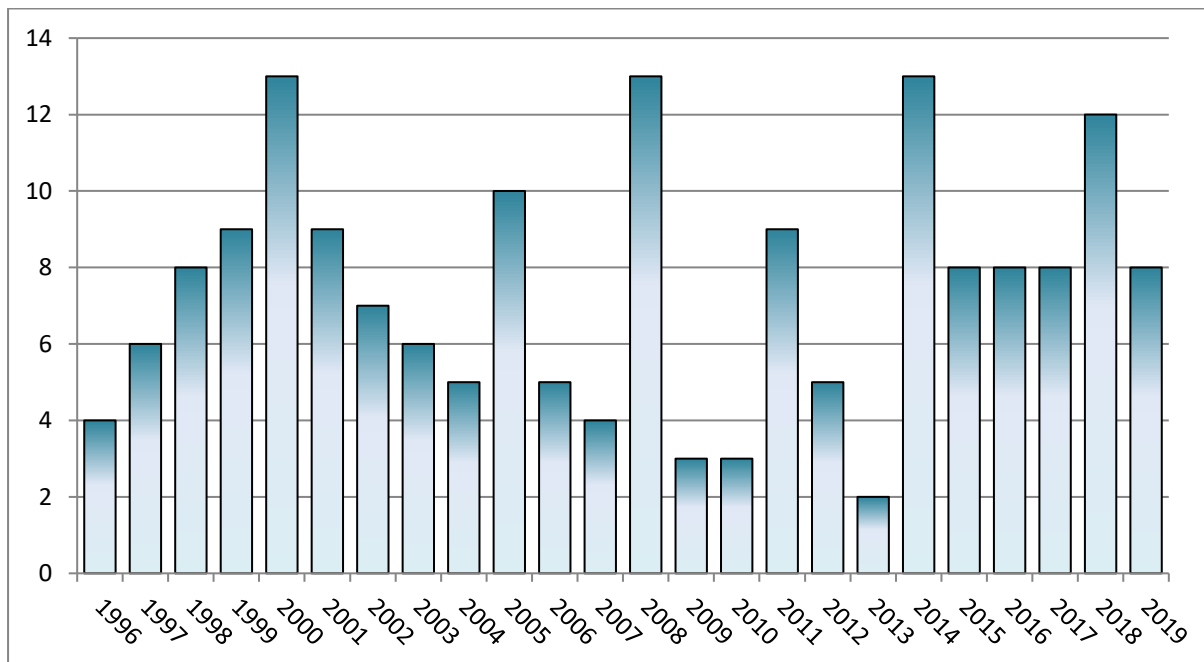
<b>Nombre</b>	<b>Nacionalidad</b>	<b>Mandato(s)</b>
Said El-Naggar	Egipto	1995-2000
Mitsuo Matsushita	Japón	1995-2000
Christopher Beeby	Nueva Zelanda	1995-1999 1999-2000
Claus-Dieter Ehlermann	Alemania	1995-1997 1997-2001
Florentino Feliciano	Filipinas	1995-1997 1997-2001
Julio Lacarte-Muró	Uruguay	1995-1997 1997-2001
James Bacchus	Estados Unidos	1995-1999 1999-2003
John Lockhart	Australia	2001-2005 2005-2006
Yasuhei Taniguchi	Japón	2000-2003 2003-2007
Merit E. Janow	Estados Unidos	2003-2007
Arumugamangalam Venkatachalam Ganesan	India	2000-2004 2004-2008
Georges Michel Abi-Saab	Egipto	2000-2004 2004-2008
Luiz Olavo Baptista	Brasil	2001-2005 2005-2009
Giorgio Sacerdoti	Italia	2001-2005 2005-2009
Jennifer Hillman	Estados Unidos	2007-2011
Lilia Bautista	Filipinas	2007-2011
Shotaro Oshima	Japón	2008-2012
David Unterhalter	Sudáfrica	2006-2009 2009-2013
Yuejiao Zhang	China	2008-2012 2012-2016
Seung Wha Chang	Corea, República de	2012-2016
Hyun Chong Kim	Corea, República de	2016-2017
Ricardo Ramírez-Hernández	México	2009-2013 2013-2017
Peter Van den Bossche	Bélgica	2009-2013 2013-2017
Shree Baboo Chekitan Servansing	Mauricio	2014-2018
Ujal Singh Bhatia	India	2011-2015 2015-2019
Thomas Graham	Estados Unidos	2011-2015 2015-2019

## II. ANTIGUOS PRESIDENTES DEL ÓRGANO DE APELACIÓN

Nombre	Nacionalidad	Mandato(s) como Presidente
Julio Lacarte-Muró	Uruguay	7 de febrero de 1996-6 de febrero de 1997 7 de febrero de 1997-6 de febrero de 1998
Christopher Beeby	Nueva Zelandia	7 de febrero de 1998-6 de febrero de 1999
Said El-Naggar	Egipto	7 de febrero de 1999-6 de febrero de 2000
Florentino Feliciano	Filipinas	7 de febrero de 2000-6 de febrero de 2001
Claus-Dieter Ehlermann	Alemania	7 de febrero de 2001-10 de diciembre de 2001
James Bacchus	Estados Unidos	15 de diciembre de 2001-14 de diciembre de 2002 15 de diciembre de 2002-10 de diciembre de 2003
Georges Abi-Saab	Egipto	13 de diciembre de 2003-12 de diciembre de 2004
Yasuhei Taniguchi	Japón	17 de diciembre de 2004-16 de diciembre de 2005
Arumugamangalam Venkatachalam Ganesan	India	17 de diciembre de 2005-16 de diciembre de 2006
Giorgio Sacerdoti	Italia	17 de diciembre de 2006-16 de diciembre de 2007
Luiz Olavo Baptista	Brasil	17 de diciembre de 2007-16 de diciembre de 2008
David Unterhalter	Sudáfrica	18 de diciembre de 2008-11 de diciembre de 2009 12 de diciembre de 2009-16 de diciembre de 2010
Lilia Bautista	Filipinas	17 de diciembre de 2010-14 de junio de 2011
Jennifer Hillman	Estados Unidos	15 de junio de 2011-10 de diciembre de 2011
Yuejiao Zhang	China	11 de diciembre de 2011-31 de mayo de 2012 1º de junio de 2012-31 de diciembre de 2012
Ricardo Ramírez-Hernández	México	1º de enero de 2013-31 de diciembre de 2013 1º de enero de 2014-31 de diciembre de 2014
Peter Van den Bossche	Bélgica	1º de enero de 2015-31 de diciembre de 2015
Thomas Graham	Estados Unidos	1º de enero de 2016-31 de diciembre de 2016 1º de julio de 2019-30 de noviembre de 2019
Ujal Singh Bhatia	India	1º de enero de 2017-31 de diciembre de 2017 1º de enero de 2018-31 de diciembre de 2018
Hong Zhao	China	1º de enero de 2019-30 de junio de 2019 1º de diciembre de 2019-30 de noviembre de 2020*

\* La Señora Zhao Hong ha sido elegida para desempeñar el cargo de Presidenta del Órgano de Apelación desde el 1º de diciembre de 2019 hasta el 30 de noviembre de 2020 de conformidad con el párrafo 1 de la Regla 5 de los Procedimientos de trabajo para el examen en apelación (WT/DSB/78).



**ANEXO 6**APELACIONES PRESENTADAS: DE 1995 AL PRIMER SEMESTRE DE 2020<sup>a</sup>**NÚMERO TOTAL DE APELACIONES: DE 1995 AL PRIMER SEMESTRE DE 2020**

a No se presentaron apelaciones ni se distribuyeron informes del Órgano de Apelación en 1995, año en que se estableció el Órgano de Apelación. Durante el primer trimestre de 2020 no se presentaron apelaciones.

**APELACIONES PRESENTADAS: DE 1995 AL PRIMER SEMESTRE DE 2020**

Año	Anuncios de apelación presentados	Anuncios de apelación en procedimientos iniciales	Anuncios de apelación en procedimientos del párrafo 5 del artículo 21
1995	0	0	0
1996	4	4	0
1997	6 <sup>a</sup>	6	0
1998	8	8	0
1999	9 <sup>b</sup>	9	0
2000	13 <sup>c</sup>	11	2
2001	9 <sup>d</sup>	5	4
2002	7 <sup>e</sup>	6	1
2003	6 <sup>f</sup>	5	1
2004	5	5	0
2005	13	11	2
2006	5	3	2
2007	4	2	2

Año	Anuncios de apelación presentados	Anuncios de apelación en procedimientos iniciales	Anuncios de apelación en procedimientos del párrafo 5 del artículo 21
2008	11 <sup>a</sup>	8	3
2009	3	1	2
2010	3	3	0
2011	9	9	0
2012	5	5	0
2013	2	2	0
2014	13	11	2
2015	8 <sup>b</sup>	6	2
2016	8	7	1
2017	8	6	2
2018	12	10	2
2019	8 <sup>i</sup>	4	4
Primer semestre de 2020	0	0	0
<b>Total</b>	<b>178</b>	<b>147</b>	<b>32</b>

- a Este número incluye dos anuncios de apelación que se presentaron al mismo tiempo en asuntos conexos y se han contabilizado por separado: *CE - Hormonas (Canadá)* y *CE - Hormonas (Estados Unidos)*. Se distribuyó un único informe del Órgano de Apelación en relación con estas apelaciones.
- b Este número excluye un anuncio de apelación que fue retirado por los Estados Unidos, que posteriormente presentaron otro en relación con el mismo informe del Grupo Especial: *Estados Unidos - EVE*.
- c Este número incluye dos anuncios de apelación que se presentaron al mismo tiempo en asuntos conexos y se han contabilizado por separado: *Estados Unidos - Ley de 1916 (CE)* y *Estados Unidos - Ley de 1916 (Japón)*. Se distribuyó un único informe del Órgano de Apelación en relación con estas apelaciones.
- d Este número excluye un anuncio de apelación que fue retirado por los Estados Unidos, que posteriormente presentaron otro en relación con el mismo informe del Grupo Especial: *Estados Unidos - Tubos*.
- e Este número incluye un anuncio de apelación que fue retirado posteriormente: *India - Automóviles*; y excluye un anuncio de apelación que fue retirado por las Comunidades Europeas, que posteriormente presentaron otro en relación con el mismo informe del Grupo Especial: *CE - Sardinas*.
- f Este número excluye un anuncio de apelación que fue retirado por los Estados Unidos, que posteriormente presentaron otro en relación con el mismo informe del Grupo Especial: *Estados Unidos - Madera blanda IV*.
- g Este número incluye dos anuncios de apelación que se presentaron al mismo tiempo en asuntos conexos y se han contabilizado por separado: *Estados Unidos - Camarones (Tailandia)* y *Estados Unidos - Directiva sobre fianzas aduaneras*.
- h Este número incluye dos anuncios de apelación que se presentaron al mismo tiempo en asuntos conexos y se han contabilizado por separado: *China - Tubos de altas prestaciones (Japón)* y *China - Medidas por las que se imponen derechos antidumping a los tubos sin soldadura (sin costura) de acero inoxidable para altas prestaciones procedentes de la Unión Europea*.
- i Este número incluye el informe del Grupo Especial en el asunto *Estados Unidos - Acero al carbono (India)* (párrafo 5 del artículo 21 - *India*), que los Estados Unidos notificaron su decisión de apelar, pero no presentaron un anuncio de apelación ni una comunicación del apelante porque no podía establecerse una sección del Órgano de Apelación para que entendiera en esta apelación (WT/DS436/22).

## ANEXO 7

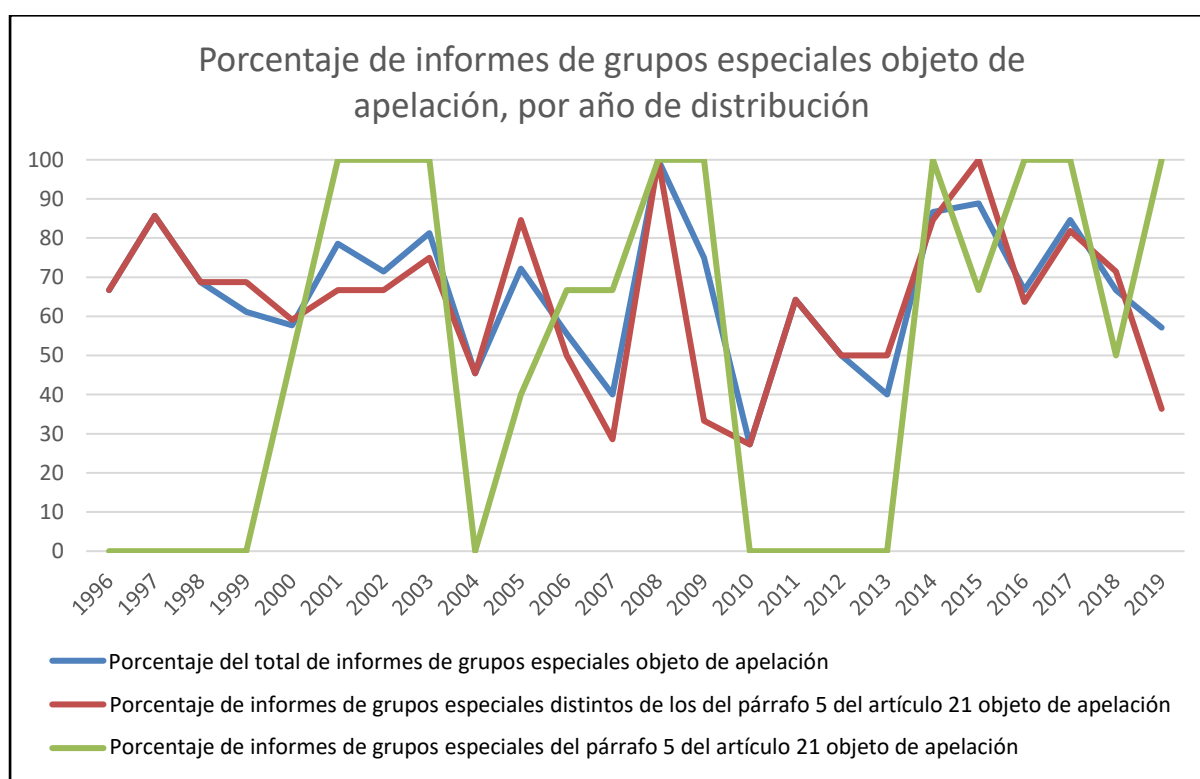
PORCENTAJE DE INFORMES DE GRUPOS ESPECIALES<sup>a</sup> OBJETO DE APELACIÓN,  
POR AÑO DE DISTRIBUCIÓN<sup>b</sup>: 1996-2019<sup>c</sup>

Año	Todos los informes de grupos especiales			Informes de grupos especiales distintos de los del párrafo 5 del artículo 21			Informes de grupos especiales del párrafo 5 del artículo 21 <sup>d</sup>		
	Informes de grupos especiales distribuidos	Informes de grupos especiales apelados	% de informes apelados <sup>f</sup>	Informes de grupos especiales distribuidos	Informes de grupos especiales apelados	% de informes apelados <sup>f</sup>	Informes de grupos especiales distribuidos	Informes de grupos especiales apelados	% de informes apelados <sup>f</sup>
1996	9	6	67%	9	6	67%	0	0	-
1997	7	6	86%	7	6	86%	0	0	-
1998	16	11	69%	16	11	69%	0	0	-
1999	18	11	61%	16	11	69%	2	0	0%
2000	26	15	58%	22	13	59%	4	2	50%
2001	14	11	79%	9	6	67%	5	5	100%
2002	14	10	71%	12	8	67%	2	2	100%
2003	16	13	81%	16	12	75%	0	1	100% <sup>e</sup>
2004	11	5	45%	11	5	45%	0	0	-
2005	18	13	72%	13	11	85%	5	2	40%
2006	9	5	56%	6	3	50%	3	2	67%
2007	10	4	40%	7	2	29%	3	2	67%
2008	13	13	100%	10	10	100%	3	3	100%
2009	4	3	75%	3	1	33%	1	2	100% <sup>e</sup>
2010	11	3	27%	11	3	27%	0	0	-
2011	14	9	64%	14	9	64%	0	0	-
2012	10	5	50%	10	5	50%	0	0	-
2013	5	2	40%	4	2	50%	1	0	0%
2014	15	13	87%	13	11	85%	2	2	100%
2015	9	8	89%	6	6	100%	3	2	67%
2016	12	8	67%	11	7	64%	1	1	100%
2017	13	11	85%	11	9	82%	2	2	100%
2018	18	12	67%	14	10	71%	4	2	50%
2019	14	8 <sup>g</sup>	57%	11	4	36%	3	4	100% <sup>e</sup>
<b>Total</b>	<b>306</b>	<b>203</b>	<b>66%</b>	<b>262</b>	<b>171</b>	<b>65%</b>	<b>44</b>	<b>32</b>	<b>73%</b>

- a Para facilitar la comparación, cada número DS se contabiliza como correspondiente a un informe independiente, incluso cuando los grupos especiales emitieron un solo informe en que se abordaban varias reclamaciones. Las únicas excepciones a este método se refieren a: i) el número total de informes distribuidos en 1999, donde se cuentan los informes de los Grupos Especiales en los asuntos *CE - Banano III (párrafo 5 del artículo 21 - CE)* y *CE - Banano III (párrafo 5 del artículo 21 - Ecuador)* como dos informes independientes; y ii) el número total de informes de grupos especiales distribuidos en 2008, donde se cuentan los informes de los Grupos Especiales en los asuntos *CE - Banano III (párrafo 5 del artículo 21 - Ecuador II)* y *CE - Banano III (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)* como dos informes independientes.
- b Las cifras de este cuadro corresponden al año en que se distribuyó el informe del Grupo Especial, incluso en los casos en que ese informe fue apelado en un año distinto.
- c En 1995 no se distribuyeron informes de grupos especiales y en el primer semestre de 2020 no se presentaron apelaciones. Por tanto, estos dos períodos se han excluido a los efectos de estas estadísticas.

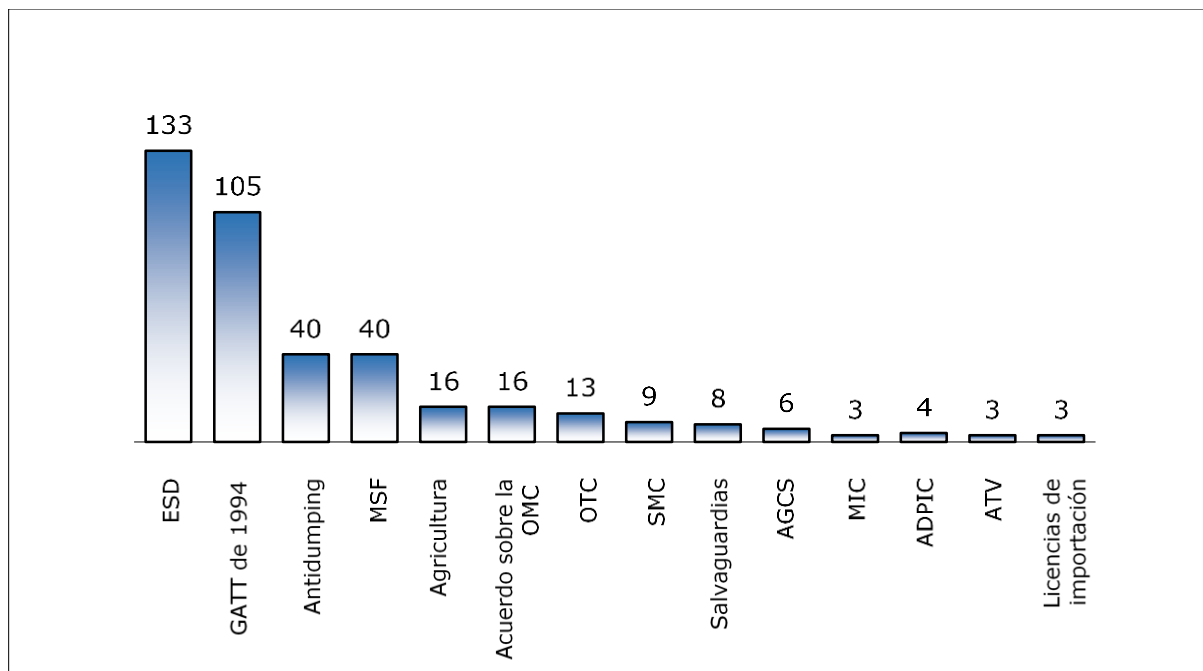
- d De conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD, se podrá establecer un grupo especial para entender de un "desacuerdo en cuanto a la existencia de medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones [del OSD] o a la compatibilidad de dichas medidas con un acuerdo abarcado" después de la adopción de un informe anterior de un grupo especial o del Órgano de Apelación.
- e El informe del Grupo Especial en el asunto *CE - Ropa de cama (párrafo 5 del artículo 21 - India)*, que se distribuyó en 2002, fue objeto de apelación en 2003. El informe del Grupo Especial en el asunto *Estados Unidos - Reducción a cero (CE)* (párrafo 5 del artículo 21 - CE), que fue distribuido en 2008, fue objeto de apelación en 2009. El informe del Grupo Especial en el asunto *Tailandia - Cigarrillos (Filipinas)* (párrafo 5 del artículo 21 - Filipinas), que se distribuyó en 2018, fue objeto de apelación en 2019.
- f Los porcentajes se han redondeado al número entero más próximo.
- g Este número incluye el informe del Grupo Especial en el asunto *Estados Unidos - Acero al carbono (India)* (párrafo 5 del artículo 21 - India), respecto del cual los Estados Unidos notificaron su decisión de apelar, pero no presentaron un anuncio de apelación ni una comunicación del apelante porque no podía establecerse una sección del Órgano de Apelación para que entendiera en esta apelación (WT/DS436/22).

**PORCENTAJE DE INFORMES DE GRUPOS ESPECIALES OBJETO DE APELACIÓN,  
POR AÑO DE DISTRIBUCIÓN: 1996-2019**



**ANEXO 8****ACUERDOS DE LA OMC ABORDADOS EN LOS INFORMES DEL ÓRGANO DE APELACIÓN  
DISTRIBUIDOS: DE 1996 AL PRIMER SEMESTRE DE 2020<sup>a</sup>**

El gráfico que figura a continuación muestra el número de veces que se han abordado los distintos acuerdos de la OMC en los 168 informes del Órgano de Apelación distribuidos entre 1996 y el primer semestre de 2020.



- a No se presentaron apelaciones ni se distribuyeron informes del Órgano de Apelación en 1995, año en que se estableció el Órgano de Apelación.

**ACUERDOS DE LA OMC ABORDADOS EN LOS INFORMES DEL ÓRGANO DE APELACIÓN DISTRIBUIDOS: DE 1996 AL PRIMER SEMESTRE DE 2020**

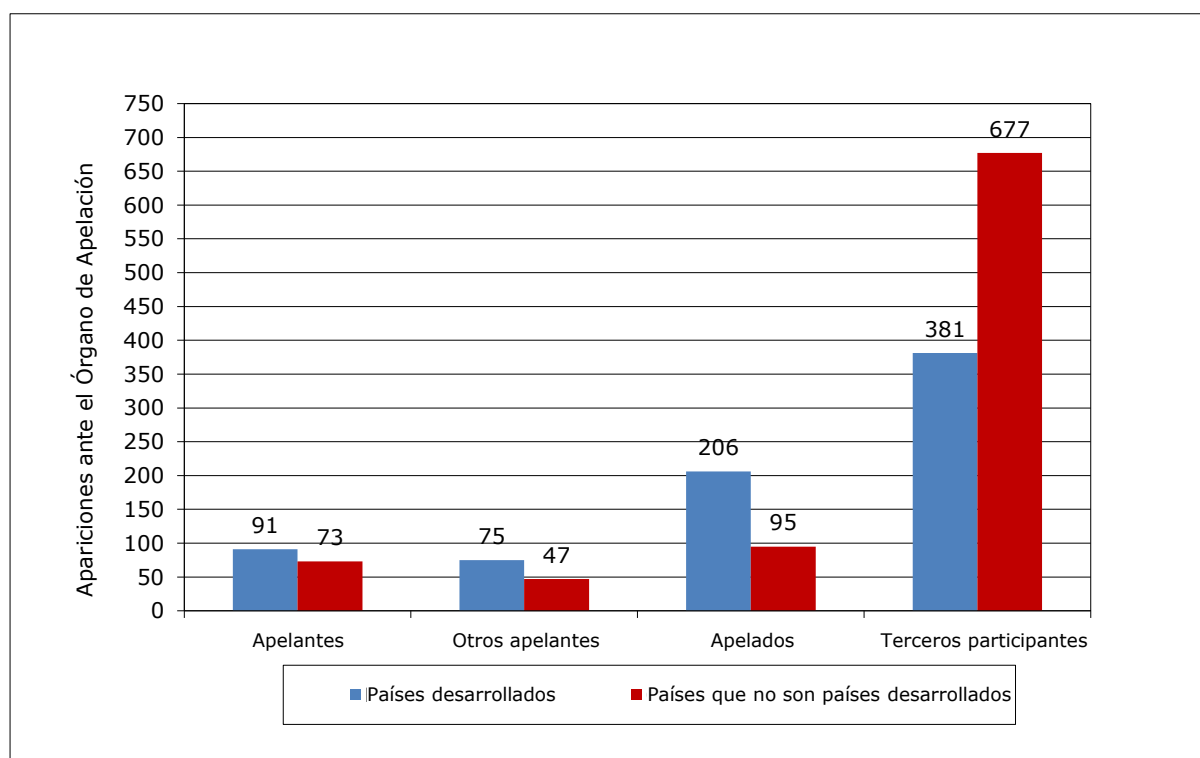
Año de distribución	ESD	Acuerdo sobre la OMC	GATT de 1994	Agricultura	MSF	ATV	OTC	MIC	Anti-dumping	Licencias de importación	SMC	Salvaguardias	AGCS	ADPIC
1996	0	0	2	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
1997	4	1	5	1	0	2	0	0	0	1	1	0	1	1
1998	7	1	4	1	2	0	0	0	1	1	0	0	0	0
1999	7	1	6	1	1	0	0	0	0	0	2	1	0	0
2000	8	1	7	2	0	0	0	0	2	0	5	2	1	1
2001	7	1	3	1	0	1	1	0	4	0	1	2	0	0
2002	8	2	4	3	0	0	1	0	1	0	3	1	1	1
2003	4	2	3	0	1	0	0	0	4	0	1	1	0	0
2004	2	0	5	0	0	0	0	0	2	0	1	0	0	0
2005	9	0	5	2	0	0	0	0	2	0	4	0	1	0
2006	5	0	3	0	0	0	0	0	3	0	2	0	0	0
2007	5	0	2	1	0	0	0	0	2	0	1	0	0	0
2008	8	1	9	1	2	0	0	0	3	0	3	0	0	0
2009	3	0	4	0	0	0	0	0	3	0	0	0	1	0
2010	1	0	0	0	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0
2011	7	1	6	0	0	0	0	0	1	0	2	0	0	0
2012	9	0	7	0	0	0	4	0	1	0	2	0	0	0
2013	0	0	2	0	0	0	0	2	0	0	2	0	0	0
2014	6	4	7	0	0	0	2	0	0	0	3	0	0	0
2015	7	0	7	1	0	0	2	0	3	1	0	0	0	0
2016	6	1	6	0	0	0	0	1	2	0	1	0	1	0
2017	6	0	2	2	1	0	0	0	2	0	1	0	0	0
2018	6	0	6	0	0	0	1	1	1	0	3	1	0	0
2019	6	0	0	0	1	0	0	0	2	0	2	0	0	0
2020	3	0	0	0	0	0	2	0	0	0	1	0	0	1
<b>Total</b>	<b>133</b>	<b>16</b>	<b>105</b>	<b>16</b>	<b>9</b>	<b>3</b>	<b>13</b>	<b>3</b>	<b>39</b>	<b>3</b>	<b>41</b>	<b>8</b>	<b>6</b>	<b>4</b>

## ANEXO 9

### PARTICIPANTES Y TERCEROS PARTICIPANTES EN APELACIONES: DE 1996 AL PRIMER SEMESTRE DE 2020<sup>a</sup>

En el gráfico *infra* se indica la relación entre los países desarrollados Miembros y los países en desarrollo Miembros por lo que respecta a sus comparecencias como apelantes, otros apelantes, apelados y terceros participantes en apelaciones respecto de las cuales se distribuyó un informe del Órgano de Apelación entre 1996 y el primer semestre de 2020.

### PARTICIPACIÓN DE LOS MIEMBROS DE LA OMC EN APELACIONES ENTRE 1996 Y EL PRIMER TRIMESTRE DE 2020



- a No se presentaron apelaciones ni se distribuyeron informes del Órgano de Apelación en 1995, año en que se estableció el Órgano de Apelación.



**I. INFORMACIÓN ESTADÍSTICA**

<b>Miembro de la OMC</b>	<b>Apelante</b>	<b>Otro apelante</b>	<b>Apelado</b>	<b>Tercero participante</b>	<b>Total</b>
Antigua y Barbuda	0	1	1	0	2
Arabia Saudita, Reino de la	0	0	0	19	19
Argentina	3	5	8	25	41
Australia	2	2	7	56	67
Bahrein, Reino de	0	0	0	1	1
Barbados	0	0	0	1	1
Belice	0	0	0	4	4
Benin	0	0	0	1	1
Bolivia, Estado Plurinacional de	0	0	0	1	1
Brasil	6	7	12	52	77
Camerún	0	0	0	3	3
Canadá	14	10	24	46	94
Chad	0	0	0	2	2
Chile	3	0	2	14	19
China	16	6	12	68	102
Colombia	1	0	0	25	26
Corea, República de	4	6	9	51	70
Costa Rica	1	0	0	3	4
Côte d'Ivoire	0	0	0	4	4
Cuba	0	0	0	5	5
Dominica	0	0	0	4	4
Ecuador	0	2	2	22	26
Egipto	0	0	0	3	3
El Salvador	0	0	0	6	6
Estados Unidos	40	26	89	54	209
Eswatini (Swazilandia)	0	0	0	1	1
Federación de Rusia	2	1	4	19	26
Fiji	0	0	0	1	1
Filipinas	3	0	3	3	9
Ghana	0	0	0	2	2
Granada	0	0	0	1	1
Guatemala	1	2	2	16	21
Guyana	0	0	0	1	1
Honduras	1	2	2	6	11
Hong Kong, China	0	0	0	8	8
India	9	2	8	56	75
Indonesia	4	1	2	7	14
Islandia	0	0	0	2	2
Israel	0	0	0	2	2
Jamaica	0	0	0	5	5

Miembro de la OMC	Apelante	Otro apelante	Apelado	Tercero participante	Total
Japón	8	8	18	82	116
Kenya	0	0	0	1	1
Kuwait, Estado de	0	0	0	1	1
Madagascar	0	0	0	1	1
Malasia	1	0	1	2	4
Malawi	0	0	0	2	2
Marruecos	1	0	0	0	1
Mauricio	0	0	0	2	2
México	6	6	9	39	60
Namibia	0	0	0	1	1
Nicaragua	0	0	0	5	5
Nigeria	0	0	0	2	2
Noruega	2	1	3	40	46
Nueva Zelanda	0	3	8	17	28
Omán	0	0	0	5	5
Pakistán	0	1	3	3	7
Panamá	1	0	2	4	7
Paraguay	0	0	0	7	7
Perú	1	1	1	8	11
Polonia	0	0	1	0	1
República Dominicana	2	0	1	4	7
Saint Kitts y Nevis	0	0	0	1	1
San Vicente y las Granadinas	0	0	0	3	3
Santa Lucía	0	0	0	4	4
Senegal	0	0	0	1	1
Singapur	0	0	0	7	7
Sudáfrica	0	0	0	3	3
Suiza	0	1	1	1	3
Suriname	0	0	0	3	3
Tailandia	3	2	5	24	34
Taipei Chino	0	1	1	47	49
Tanzanía	0	0	0	1	1
Trinidad y Tabago	0	0	0	2	2
Turquía	1	0	1	25	27
Ucrania	2	0	1	5	8
Unión Europea	25	24	56	85	190
Uruguay	0	0	0	1	1
Venezuela, República Bolivariana de	0	0	1	6	7
Viet Nam	1	1	1	11	14
Zimbabwe	0	0	0	1	1
Zambia	0	0	0	1	1
<b>Total</b>	<b>164</b>	<b>122</b>	<b>301</b>	<b>1.058</b>	<b>1.645</b>

**II. INFORMACIÓN DETALLADA POR AÑO DE DISTRIBUCIÓN****1996**

<b>Asunto</b>	<b>Apelante</b>	<b>Otro(s) apelante(s)</b>	<b>Apelado(s)</b>	<b>Tercero(s) participante(s)</b>
<i>Estados Unidos - Gasolina</i> WT/DS2/AB/R	Estados Unidos	---	Brasil República Bolivariana de Venezuela	Comunidades Europeas Noruega
<i>Japón - Bebidas alcohólicas II</i> WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R	Japón	Estados Unidos	Canadá Comunidades Europeas Estados Unidos Japón	---

**1997**

<b>Asunto</b>	<b>Apelante</b>	<b>Otro(s) apelante(s)</b>	<b>Apelado(s)</b>	<b>Tercero(s) participante(s)</b>
<i>Estados Unidos - Ropa interior</i> WT/DS24/AB/R	Costa Rica	---	Estados Unidos	India
<i>Brasil - Coco desecado</i> WT/DS22/AB/R	Filipinas	Brasil	Brasil Filipinas	Comunidades Europeas Estados Unidos
<i>Estados Unidos - Camisas y blusas de lana</i> WT/DS33/AB/R y WT/DS33/AB/R/Corr.1	India	---	Estados Unidos	---
<i>Canadá - Publicaciones</i> WT/DS31/AB/R	Canadá	Estados Unidos	Canadá Estados Unidos	---
<i>CE - Banano III</i> WT/DS27/AB/R	Comunidades Europeas	Ecuador Estados Unidos Guatemala Honduras México	Comunidades Europeas Ecuador Estados Unidos Guatemala Honduras México	Belice Camerún Colombia Costa Rica Côte d'Ivoire Dominica Ghana Granada Jamaica Japón Nicaragua República Dominicana San Vicente y las Granadinas Santa Lucía Senegal Suriname República Bolivariana de Venezuela
<i>India - Patentes (Estados Unidos)</i> WT/DS50/AB/R	India	---	Estados Unidos	Comunidades Europeas

**1998**

<b>Asunto</b>	<b>Apelante</b>	<b>Otro(s) apelante(s)</b>	<b>Apelado(s)</b>	<b>Tercero(s) participante(s)</b>
<i>CE - Hormonas</i> WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R	Comunidades Europeas	Canadá Estados Unidos	Canadá Comunidades Europeas Estados Unidos	Australia Noruega Nueva Zelandia
<i>Argentina - Textiles y prendas de vestir</i> WT/DS56/AB/R y WT/DS56/AB/R/Corr.1	Argentina	---	Estados Unidos	Comunidades Europeas
<i>CE - Equipo informático</i> WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R	Comunidades Europeas	---	Estados Unidos	Japón
<i>CE - Productos avícolas</i> WT/DS69/AB/R	Brasil	Comunidades Europeas	Brasil Comunidades Europeas	Estados Unidos Tailandia
<i>Estados Unidos - Camarones</i> WT/DS58/AB/R	Estados Unidos	---	India Malasia Pakistán Tailandia	Australia Comunidades Europeas Ecuador Hong Kong, China México Nigeria
<i>Australia - Salmón</i> WT/DS18/AB/R	Australia	Canadá	Australia Canadá	Comunidades Europeas Estados Unidos India Noruega
<i>Guatemala - Cemento I</i> WT/DS60/AB/R	Guatemala	---	México	Estados Unidos

**1999**

<b>Asunto</b>	<b>Apelante</b>	<b>Otro(s) apelante(s)</b>	<b>Apelado(s)</b>	<b>Tercero(s) participante(s)</b>
<i>Corea - Bebidas alcohólicas</i> WT/DS75/AB/R, WT/DS84/AB/R	Corea, República de	---	Comunidades Europeas Estados Unidos	México
<i>Japón - Productos agrícolas II</i> WT/DS76/AB/R	Japón	Estados Unidos	Estados Unidos Japón	Brasil Comunidades Europeas
<i>Brasil - Aeronaves</i> WT/DS46/AB/R	Brasil	Canadá	Brasil Canadá	Comunidades Europeas Estados Unidos
<i>Canadá - Aeronaves</i> WT/DS70/AB/R	Canadá	Brasil	Brasil Canadá	Comunidades Europeas Estados Unidos
<i>India - Restricciones cuantitativas</i> WT/DS90/AB/R	India	---	Estados Unidos	---
<i>Canadá - Productos lácteos</i> WT/DS103/AB/R, WT/DS113/AB/R y WT/DS113/AB/R/Corr.1	Canadá	---	Estados Unidos Nueva Zelandia	---
<i>Turquía - Textiles</i> WT/DS34/AB/R	Turquía	---	India	Hong Kong, China Japón Filipinas
<i>Chile - Bebidas alcohólicas</i> WT/DS87/AB/R, WT/DS110/AB/R	Chile	---	Comunidades Europeas	Estados Unidos México
<i>Argentina - Calzado (CE)</i> WT/DS121/AB/R	Argentina	Comunidades Europeas	Argentina Comunidades Europeas	Estados Unidos Indonesia
<i>Corea - Productos lácteos</i> WT/DS98/AB/R	Corea, República de	Comunidades Europeas	Comunidades Europeas Corea, República de	Estados Unidos

## 2000

Asunto	Apelante	Otro(s) apelante(s)	Apelado(s)	Tercero(s) participante(s)
<i>Estados Unidos - EVE</i> WT/DS108/AB/R	Estados Unidos	Comunidades Europeas	Comunidades Europeas Estados Unidos	Canadá Japón
<i>Estados Unidos - Plomo y bismuto II</i> WT/DS138/AB/R	Estados Unidos	---	Comunidades Europeas	Brasil México
<i>Canadá - Automóviles</i> WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R	Canadá	Comunidades Europeas Japón	Canadá Comunidades Europeas Japón	Corea, República de Estados Unidos
<i>Brasil - Aeronaves (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá)</i> WT/DS46/AB/RW	Brasil	---	Canadá	Comunidades Europeas Estados Unidos
<i>Canadá - Aeronaves (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil)</i> WT/DS70/AB/RW	Brasil	---	Canadá	Comunidades Europeas Estados Unidos
<i>Estados Unidos - Ley de 1916</i> WT/DS136/AB/R, WT/DS162/AB/R	Estados Unidos	Comunidades Europeas Japón	Comunidades Europeas Estados Unidos Japón	Comunidades Europeas <sup>a</sup> India Japón <sup>b</sup> México
<i>Canadá - Período de protección mediante patente</i> WT/DS170/AB/R	Canadá	---	Estados Unidos	---
<i>Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna</i> WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R	Corea, República de	---	Australia Estados Unidos	Canadá Nueva Zelandia
<i>Estados Unidos - Determinados productos procedentes de las CE</i> WT/DS165/AB/R	Comunidades Europeas	Estados Unidos	Comunidades Europeas Estados Unidos	Dominica Ecuador India Jamaica Japón Santa Lucía
<i>Estados Unidos - Gluten de trigo</i> WT/DS166/AB/R	Estados Unidos	Comunidades Europeas	Comunidades Europeas Estados Unidos	Australia Canadá Nueva Zelandia

a En la reclamación presentada por el Japón.

b En la reclamación presentada por las Comunidades Europeas.

## 2001

Asunto	Apelante	Otro(s) apelante(s)	Apelado(s)	Tercero(s) participante(s)
<i>CE - Ropa de cama</i> WT/DS141/AB/R	Comunidades Europeas	India	Comunidades Europeas India	Egipto Estados Unidos Japón
<i>CE - Amianto</i> WT/DS135/AB/R	Canadá	Comunidades Europeas	Canadá Comunidades Europeas	Brasil Estados Unidos
<i>Tailandia - Vigas doble T</i> WT/DS122/AB/R	Tailandia	---	Polonia	Comunidades Europeas Estados Unidos Japón
<i>Estados Unidos - Cordero</i> WT/DS177/AB/R, WT/DS178/AB/R	Estados Unidos	Australia Nueva Zelandia	Australia Estados Unidos Nueva Zelandia	Comunidades Europeas
<i>Estados Unidos - Acero laminado en caliente</i> WT/DS184/AB/R	Estados Unidos	Japón	Estados Unidos Japón	Brasil Canadá Chile Comunidades Europeas Corea, República de
<i>Estados Unidos - Hilados de algodón</i> WT/DS192/AB/R	Estados Unidos	---	Pakistán	Comunidades Europeas India
<i>Estados Unidos - Camarones (párrafo 5 del artículo 21 - Malasia)</i> WT/DS58/AB/RW	Malasia	---	Estados Unidos	Australia Comunidades Europeas Hong Kong, China India Japón México Tailandia
<i>México - Jarabe de maíz (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)</i> WT/DS132/AB/RW	México	---	Estados Unidos	Comunidades Europeas
<i>Canadá - Productos lácteos (párrafo 5 del artículo 21 - Nueva Zelandia y los Estados Unidos)</i> WT/DS103/AB/RW, WT/DS113/AB/RW	Canadá	---	Estados Unidos Nueva Zelandia	Comunidades Europeas



## 2002

Asunto	Apelante	Otro(s) apelante(s)	Apelado(s)	Tercero(s) participante(s)
<i>Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley de Asignaciones</i> WT/DS176/AB/R	Comunidades Europeas	Estados Unidos	Comunidades Europeas Estados Unidos	---
<i>Estados Unidos - EVE (párrafo 5 del artículo 21 - CE)</i> WT/DS108/AB/RW	Estados Unidos	Comunidades Europeas	Comunidades Europeas Estados Unidos	Australia Canadá India Japón
<i>Estados Unidos - Tubos</i> WT/DS202/AB/R	Estados Unidos	Corea, República de	Corea, República de Estados Unidos	Australia Canadá Comunidades Europeas Japón México
<i>India - Automóviles<sup>a</sup></i> WT/DS146/AB/R, WT/DS175/AB/R	India	---	Comunidades Europeas Estados Unidos	Corea, República de
<i>Chile - Sistema de bandas de precios</i> WT/DS207/AB/R y WT/DS207/AB/R/Corr.1	Chile	---	Argentina	Australia Brasil Colombia Comunidades Europeas Ecuador Estados Unidos Paraguay República Bolivariana de Venezuela
<i>CE - Sardinias</i> WT/DS231/AB/R	Comunidades Europeas	---	Perú	Canadá Chile Ecuador Estados Unidos República Bolivariana de Venezuela
<i>Estados Unidos - Acero al carbono</i> WT/DS213/AB/R y WT/DS213/AB/R/Corr.1	Estados Unidos	Comunidades Europeas	Comunidades Europeas Estados Unidos	Japón Noruega
<i>Estados Unidos - Medidas compensatorias sobre determinados productos de las CE</i> WT/DS212/AB/R	Estados Unidos	---	Comunidades Europeas	Brasil India México
<i>Canadá - Productos lácteos (párrafo 5 del artículo 21 - Nueva Zelandia y Estados Unidos II)</i> WT/DS103/AB/RW2, WT/DS113/AB/RW2	Canadá	---	Estados Unidos Nueva Zelandia	Argentina Australia Comunidades Europeas

a La India desistió de su apelación la víspera del día en que estaba prevista la celebración de la audiencia.

## 2003

Asunto	Apelante	Otro(s) apelante(s)	Apelado(s)	Tercero(s) participante(s)
<i>Estados Unidos - Ley de compensación (Enmienda Byrd)</i> WT/DS217/AB/R, WT/DS234/AB/R	Estados Unidos	---	Australia Brasil Canadá Chile Comunidades Europeas Corea, República de India Indonesia Japón México Tailandia	Argentina Costa Rica Hong Kong, China Israel Noruega
<i>CE - Ropa de cama (párrafo 5 del artículo 21 - India)</i> WT/DS141/AB/RW	India	---	Comunidades Europeas	Corea, República de Estados Unidos Japón
<i>CE - Accesorios de tubería</i> WT/DS219/AB/R	Brasil	---	Comunidades Europeas	Chile Estados Unidos Japón México
<i>Estados Unidos - Salvaguardias sobre el acero</i> WT/DS248/AB/R, WT/DS249/AB/R, WT/DS251/AB/R, WT/DS252/AB/R, WT/DS253/AB/R, WT/DS254/AB/R, WT/DS258/AB/R, WT/DS259/AB/R	Estados Unidos	Brasil China Comunidades Europeas Corea, República de Japón Noruega Nueva Zelandia Suiza	Brasil China Comunidades Europeas Corea, República de Estados Unidos Japón Noruega Nueva Zelandia Suiza	Canadá Cuba México Tailandia Taipei Chino Turquía República Bolivariana de Venezuela
<i>Japón - Manzanas</i> WT/DS245/AB/R	Japón	Estados Unidos	Estados Unidos Japón	Australia Brasil Comunidades Europeas Nueva Zelandia Taipei Chino
<i>Estados Unidos - Examen por extinción relativo al acero resistente a la corrosión</i> WT/DS244/AB/R	Japón	---	Estados Unidos	Brasil Chile Comunidades Europeas Corea, República de India Noruega

## 2004

Asunto	Apelante	Otro(s) apelante(s)	Apelado(s)	Tercero(s) participante(s)
<i>Estados Unidos - Madera blanda IV</i> WT/DS257/AB/R	Estados Unidos	Canadá	Canadá Estados Unidos	Comunidades Europeas India Japón
<i>CE - Preferencias arancelarias</i> WT/DS246/AB/R	Comunidades Europeas	---	India	Estado Plurinacional de Bolivia Brasil Colombia Costa Rica Cuba Ecuador El Salvador Estados Unidos Guatemala Honduras Mauricio Nicaragua Pakistán Panamá Paraguay Perú República Bolivariana de Venezuela
<i>Estados Unidos - Madera blanda V</i> WT/DS264/AB/R	Estados Unidos	Canadá	Canadá Estados Unidos	Comunidades Europeas India Japón
<i>Canadá - Exportaciones de trigo e importaciones de grano</i> WT/DS276/AB/R	Estados Unidos	Canadá	Canadá Estados Unidos	Australia China Comunidades Europeas México Taipei Chino
<i>Estados Unidos - Exámenes por extinción respecto de los artículos tubulares para campos petrolíferos</i> WT/DS268/AB/R	Estados Unidos	Argentina	Argentina Estados Unidos	Comunidades Europeas Corea, República de Japón México Taipei Chino

## 2005

Asunto	Apelante	Otro(s) apelante(s)	Apelado(s)	Tercero(s) participante(s)
<i>Estados Unidos - Algodón americano (upland)</i> WT/DS267/AB/R	Estados Unidos	Brasil	Brasil Estados Unidos	Argentina Australia Benin Canadá Chad China Comunidades Europeas India Nueva Zelandia Pakistán Paraguay Taipei Chino Venezuela
<i>Estados Unidos - Juegos de azar</i> WT/DS285/AB/R y WT/DS285/AB/R/Corr.1	Estados Unidos	Antigua y Barbuda	Antigua y Barbuda Estados Unidos	Canadá Comunidades Europeas Japón México Taipei Chino
<i>CE - Subvenciones a la exportación de azúcar</i> WT/DS265/AB/R, WT/DS266/AB/R, WT/DS283/AB/R	Comunidades Europeas	Australia Brasil Tailandia	Australia Brasil Comunidades Europeas Tailandia	Barbados Belice Canadá China Colombia Côte d'Ivoire Cuba Estados Unidos Fiji Guyana India Jamaica Kenya Madagascar Malawi Mauricio Nueva Zelandia Paraguay Saint Kitts y Nevis Swazilandia Tanzanía Trinidad y Tabago

**2005 (CONT.)**

<b>Asunto</b>	<b>Apelante</b>	<b>Otro(s) apelante(s)</b>	<b>Apelado(s)</b>	<b>Tercero(s) participante(s)</b>
<i>República Dominicana - Importación y venta de cigarrillos</i> WT/DS302/AB/R	República Dominicana	Honduras	Honduras República Dominicana	China Comunidades Europeas El Salvador Estados Unidos Guatemala
<i>Estados Unidos - Investigación en materia de derechos compensatorios sobre los DRAM</i> WT/DS296/AB/R	Estados Unidos	Corea, República de	Corea, República de Estados Unidos	China Comunidades Europeas Japón Taipei Chino
<i>CE - Trozos de pollo</i> WT/DS269/AB/R, WT/DS286/AB/R y WT/DS286/AB/R/Corr.1	Comunidades Europeas	Brasil Tailandia	Brasil Comunidades Europeas Tailandia	China Estados Unidos
<i>México - Medidas antidumping sobre el arroz</i> WT/DS295/AB/R	México	---	Estados Unidos	China Comunidades Europeas Turquía
<i>Estados Unidos - Medidas antidumping relativas a las tuberías para perforación petrolera</i> WT/DS282/AB/R	México	Estados Unidos	México Estados Unidos	Argentina Canadá China Comunidades Europeas Japón Taipei Chino
<i>Estados Unidos - Madera blanda IV (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá)</i> WT/DS257/AB/RW	Estados Unidos		Canadá	China Comunidades Europeas

## 2006

Asunto	Apelante	Otro(s) apelante(s)	Apelado(s)	Tercero(s) participante(s)
<i>Estados Unidos - EVE (párrafo 5 del artículo 21 - CE II)</i> WT/DS108/AB/RW2	Estados Unidos	Comunidades Europeas	Comunidades Europeas Estados Unidos	Australia Brasil China
<i>México - Impuestos sobre los refrescos</i> WT/DS308/AB/R	México	---	Estados Unidos	Canadá China Comunidades Europeas Guatemala Japón
<i>Estados Unidos - Madera blanda VI (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá)</i> WT/DS277/AB/RW y WT/DS277/AB/RW/Corr.1	Canadá	---	Estados Unidos	China Comunidades Europeas
<i>Estados Unidos - Reducción a cero (CE)</i> WT/DS294/AB/R y WT/DS294/AB/R/Corr.1	Comunidades Europeas	Estados Unidos	Comunidades Europeas Estados Unidos	Argentina Brasil China Corea, República de Hong Kong, China India Japón México Noruega Taipei Chino
<i>Estados Unidos - Madera blanda V (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá)</i> WT/DS264/AB/RW	Canadá	---	Estados Unidos	China Comunidades Europeas India Japón Nueva Zelandia Tailandia
<i>CE - Determinadas cuestiones aduaneras</i> WT/DS315/AB/R	Estados Unidos	Comunidades Europeas	Comunidades Europeas Estados Unidos	Argentina Australia Brasil China Corea, República de Hong Kong, China India Japón Taipei Chino

## 2007

Asunto	Apelante	Otro(s) apelante(s)	Apelado(s)	Tercero(s) participante(s)
<i>Estados Unidos - Reducción a cero (Japón)</i> WT/DS322/AB/R	Japón	Estados Unidos	Estados Unidos Japón	Argentina China Comunidades Europeas Corea, República de Hong Kong, China India México Noruega Nueva Zelandia Tailandia
<i>Estados Unidos - Exámenes por extinción respecto de los artículos tubulares para campos petrolíferos (párrafo 5 del artículo 21 - Argentina)</i> WT/DS268/AB/RW	Estados Unidos	Argentina	Argentina Estados Unidos	China Comunidades Europeas Corea, República de Japón México
<i>Chile - Sistema de bandas de precios (párrafo 5 del artículo 21 - Argentina)</i> WT/DS207/AB/RW	Chile	Argentina	Argentina Chile	Australia Brasil Canadá China Colombia Comunidades Europeas Estados Unidos Perú Tailandia
<i>Japón - DRAM (Corea)</i> WT/DS336/AB/R y WT/DS336/AB/R/Corr.1	Japón	Corea, República de	Corea, República de Japón	Comunidades Europeas Estados Unidos
<i>Brasil - Neumáticos recauchutados</i> WT/DS332/AB/R	Comunidades Europeas	---	Brasil	Argentina Australia China Corea, República de Cuba Estados Unidos Guatemala Japón México Paraguay Taipei Chino Tailandia



## 2008

Asunto	Apelante	Otro(s) apelante(s)	Apelado(s)	Tercero(s) participante(s)
<i>Estados Unidos - Acero inoxidable (México)</i> WT/DS344/AB/R	México	---	Estados Unidos	Chile China Comunidades Europeas Japón Tailandia
<i>Estados Unidos - Algodón americano (upland) (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil)</i> WT/DS267/AB/RW	Estados Unidos	Brasil	Brasil Estados Unidos	Argentina Australia Canadá Chad China Comunidades Europeas India Japón Nueva Zelandia Tailandia
<i>Estados Unidos - Camarones (Tailandia)</i> WT/DS343/AB/R	Tailandia	Estados Unidos	Estados Unidos Tailandia	Brasil Chile China Comunidades Europeas Corea, República de India Japón México Viet Nam
<i>Estados Unidos - Directiva sobre fianzas aduaneras</i> WT/DS345/AB/R	India	Estados Unidos	Estados Unidos India	Brasil China Comunidades Europeas Japón Tailandia
<i>Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión</i> WT/DS320/AB/R	Comunidades Europeas	Estados Unidos	Comunidades Europeas Estados Unidos	Australia Brasil China India México Noruega Nueva Zelandia Taipei Chino
<i>Canadá - Mantenimiento de la suspensión</i> WT/DS321/AB/R	Comunidades Europeas	Canadá	Canadá Comunidades Europeas	Australia Brasil China India México Noruega Nueva Zelandia Taipei Chino

**2008 (CONT.)**

<b>Asunto</b>	<b>Apelante</b>	<b>Otro(s) apelante(s)</b>	<b>Apelado(s)</b>	<b>Tercero(s) participante(s)</b>
<i>India - Derechos de importación adicionales</i> WT/DS360/AB/R	Estados Unidos	India	India Estados Unidos	Australia Chile Comunidades Europeas Japón Viet Nam
<i>CE - Banano III (párrafo 5 del artículo 21 - Ecuador II)</i> WT/DS27/AB/RW2/ECU y WT/DS27/AB/RW2/ECU/Corr.1	Comunidades Europeas	Ecuador	Comunidades Europeas Ecuador	Belice Brasil Camerún Colombia Côte d'Ivoire Dominica Estados Unidos Ghana Jamaica Japón Nicaragua Panamá República Dominicana San Vicente y las Granadinas Santa Lucía Suriname
<i>CE - Banano III (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)</i> WT/DS27/AB/RW/USA y WT/DS27/AB/RW/USA/Corr.1	Comunidades Europeas	---	Estados Unidos	Belice Brasil Camerún Colombia Côte d'Ivoire Dominica Ecuador Jamaica Japón México Nicaragua Panamá República Dominicana San Vicente y las Granadinas Santa Lucía Suriname

**2008 (CONT.)**

<b>Asunto</b>	<b>Apelante</b>	<b>Otro(s) apelante(s)</b>	<b>Apelado(s)</b>	<b>Tercero(s) participante(s)</b>
<i>China - Partes de automóviles (CE)</i> WT/DS339/AB/R	China	---	Comunidades Europeas	Argentina Australia Brasil Japón México Tailandia Taipei Chino
<i>China - Partes de automóviles (Estados Unidos)</i> WT/DS340/AB/R	China	---	Estados Unidos	Argentina Australia Brasil Japón México Tailandia Taipei Chino
<i>China - Partes de automóviles (Canadá)</i> WT/DS342/AB/R	China	---	Canadá	Argentina Australia Brasil Japón México Tailandia Taipei Chino

## 2009

Asunto	Apelante	Otro(s) apelante(s)	Apelado(s)	Tercero(s) participante(s)
<i>Estados Unidos - Continuación de la reducción a cero</i> WT/DS350/AB/R	Comunidades Europeas	Estados Unidos	Comunidades Europeas Estados Unidos	Brasil China Corea, República de Egipto India Japón México Noruega Tailandia Taipei Chino
<i>Estados Unidos - Reducción a cero (CE) (párrafo 5 del artículo 21 - CE)</i> WT/DS294/AB/RW y WT/DS294/AB/RW/Corr.1	Comunidades Europeas	Estados Unidos	Comunidades Europeas Estados Unidos	India Japón Corea, República de México Noruega Tailandia Taipei Chino
<i>Estados Unidos - Reducción a cero (Japón) (párrafo 5 del artículo 21 - Japón)</i> WT/DS322/AB/RW	Estados Unidos	---	Japón	China Comunidades Europeas Corea, República de Hong Kong, China México Noruega Tailandia Taipei Chino
<i>China - Publicaciones y productos audiovisuales</i> WT/DS363/AB/R	China	Estados Unidos	China Estados Unidos	Australia Comunidades Europeas Corea, República de Japón Taipei Chino

**2010**

<b>Asunto</b>	<b>Apelante</b>	<b>Otro(s) apelante(s)</b>	<b>Apelado(s)</b>	<b>Tercero(s) participante(s)</b>
<i>Australia - Manzanas</i> WT/DS367/AB/R	Australia	Nueva Zelandia	Australia Nueva Zelandia	Chile Estados Unidos Japón Pakistán Taipei Chino Unión Europea

## 2011

Asunto	Apelante	Otro(s) apelante(s)	Apelado(s)	Tercero(s) participante(s)
<i>Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios (China)</i> WT/DS379/AB/R	China	---	Estados Unidos	Arabia Saudita, Reino de la Argentina Australia Bahrein, Reino de Brasil Canadá India Japón Kuwait, Estado de México Noruega Taipei Chino Turquía Unión Europea
<i>CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles</i> WT/DS316/AB/R	Unión Europea	Estados Unidos	Estados Unidos Unión Europea	Australia Brasil Canadá China Corea, República de Japón
<i>Tailandia - Cigarrillos (Filipinas)</i> WT/DS371/AB/R	Tailandia	---	Filipinas	Australia China Estados Unidos India Taipei Chino Unión Europea
<i>CE - Elementos de fijación (China)</i> WT/DS397/AB/R	Unión Europea	China	China Unión Europea	Brasil Canadá Chile Colombia Estados Unidos India Japón Noruega Tailandia Taipei Chino Turquía
<i>Estados Unidos - Neumáticos (China)</i> WT/DS399/AB/R	China	---	Estados Unidos	Japón Taipei Chino Turquía Unión Europea Viet Nam

**2011 (CONT.)**

<b>Asunto</b>	<b>Apelante</b>	<b>Otro(s) apelante(s)</b>	<b>Apelado(s)</b>	<b>Tercero(s) participante(s)</b>
<i>Filipinas - Aguardientes (Unión Europea)</i> WT/DS396/AB/R	Filipinas	Unión Europea	Filipinas Unión Europea	Australia China Colombia India México Tailandia Taipei Chino
<i>Filipinas - Aguardientes (Estados Unidos)</i> WT/DS403/AB/R	Filipinas	---	Estados Unidos	Australia China Colombia India México Tailandia Taipei Chino



**2012**

<b>Asunto</b>	<b>Apelante</b>	<b>Otro(s) apelante(s)</b>	<b>Apelado(s)</b>	<b>Tercero(s) participante(s)</b>
<i>China - Materias primas (Estados Unidos)</i> WT/DS394/AB/R	China	Estados Unidos	China Estados Unidos	Arabia Saudita, Reino de la Argentina Brasil Canadá Chile Colombia Corea, República de Ecuador India Japón Noruega Taipei Chino Turquía
<i>China - Materias primas (Unión Europea)</i> WT/DS395/AB/R	China	Unión Europea	China Unión Europea	Arabia Saudita, Reino de la Argentina Brasil Canadá Chile Colombia Corea, República de Ecuador India Japón Noruega Taipei Chino Turquía
<i>China - Materias primas (México)</i> WT/DS398/AB/R	China	México	China México	Arabia Saudita, Reino de la Argentina Brasil Canadá Chile Colombia Corea, República de Ecuador India Japón Noruega Taipei Chino Turquía

**2012 (CONT.)**

<b>Asunto</b>	<b>Apelante</b>	<b>Otro(s) apelante(s)</b>	<b>Apelado(s)</b>	<b>Tercero(s) participante(s)</b>
<i>Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)</i> WT/DS353/AB/R	Unión Europea	Estados Unidos	Estados Unidos Unión Europea	Australia Brasil Canadá China Corea, República de Japón
<i>Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor</i> WT/DS406/AB/R	Estados Unidos	---	Indonesia	Brasil Colombia Guatemala México Noruega República Dominicana Turquía Unión Europea
<i>Estados Unidos - Atún II (México)</i> WT/DS381/AB/R	Estados Unidos	México	Estados Unidos México	Argentina Australia Brasil Canadá China Corea, República de Ecuador Guatemala Japón Nueva Zelandia Tailandia Taipei Chino Turquía Unión Europea República Bolivariana de Venezuela
<i>Estados Unidos - EPO (Canadá)</i> WT/DS384/AB/R	Estados Unidos	Canadá	Canadá Estados Unidos	Argentina Australia Brasil China Colombia Corea, República de Guatemala India Japón Nueva Zelandia Perú Taipei Chino Unión Europea

**2012 (CONT.)**

<b>Asunto</b>	<b>Apelante</b>	<b>Otro(s) apelante(s)</b>	<b>Apelado(s)</b>	<b>Tercero(s) participante(s)</b>
<i>Estados Unidos - EPO (México)</i> WT/DS386/AB/R	Estados Unidos	México	Estados Unidos México	Argentina Australia Brasil China Colombia Corea, República de Guatemala India Japón Nueva Zelandia Perú Taipei Chino Unión Europea
<i>China - GOES</i> WT/DS414/AB/R	China	---	Estados Unidos	Arabia Saudita, Reino de la Argentina Corea, República de Honduras India Japón Unión Europea Viet Nam

**2013**

<b>Asunto</b>	<b>Apelante</b>	<b>Otro(s) apelante(s)</b>	<b>Apelado(s)</b>	<b>Tercero(s) participante(s)</b>
<i>Canadá - Energía renovable</i> WT/DS412/AB/R	Canadá	Japón	Canadá Japón	Arabia Saudita, Reino de la Australia Brasil China Corea, República de El Salvador Estados Unidos Honduras India México Noruega Taipei Chino Unión Europea
<i>Canadá - Programa de tarifas reguladas</i> WT/DS426/AB/R	Canadá	Unión Europea	Canadá Unión Europea	Arabia Saudita, Reino de la Australia Brasil China Corea, República de El Salvador Estados Unidos India Japón México Noruega Taipei Chino Turquía

**2014**

<b>Asunto</b>	<b>Apelante</b>	<b>Otro(s) apelante(s)</b>	<b>Apelado(s)</b>	<b>Tercero(s) participante(s)</b>
<i>CE - Productos derivados de las focas (Canadá)</i> WT/DS400/AB/R	Canadá	Unión Europea	Canadá Unión Europea	Argentina China Colombia Ecuador Estados Unidos Federación de Rusia Islandia Japón México
<i>CE - Productos derivados de las focas (Noruega)</i> WT/DS401/AB/R	Noruega	Unión Europea	Noruega Unión Europea	Argentina China Colombia Ecuador Estados Unidos Federación de Rusia Islandia Japón México Namibia
<i>Estados Unidos - Medidas compensatorias y antidumping (China)</i> WT/DS449/AB/R y WT/DS449/AB/R/Corr.1	China	Estados Unidos	China Estados Unidos	Australia Canadá Federación de Rusia India Japón Turquía Unión Europea Viet Nam
<i>China - Tierras raras (Estados Unidos)</i> WT/DS431/AB/R	Estados Unidos	China	China Estados Unidos	Arabia Saudita, Reino de la Argentina Australia Brasil Canadá Colombia Corea, República de Federación de Rusia India Indonesia Japón Noruega Omán Perú Taipei Chino Turquía Unión Europea Viet Nam

**2014 (CONT.)**

<b>Asunto</b>	<b>Apelante</b>	<b>Otro(s) apelante(s)</b>	<b>Apelado(s)</b>	<b>Tercero(s) participante(s)</b>
<i>China - Tierras raras (UE)</i> WT/DS432/AB/R	China	---	Unión Europea	Arabia Saudita, Reino de la Argentina Australia Brasil Canadá Colombia Corea, República de Estados Unidos Federación de Rusia India Indonesia Japón Noruega Omán Perú Taipei Chino Turquía Viet Nam
<i>China - Tierras raras (Japón)</i> WT/DS433/AB/R	China	---	Japón	Arabia Saudita, Reino de la Argentina Australia Brasil Canadá Colombia Corea, República de Estados Unidos Federación de Rusia India Indonesia Noruega Omán Perú Taipei Chino Turquía Unión Europea Viet Nam
<i>Estados Unidos - Acero al carbono (India)</i> WT/DS436/AB/R	India	Estados Unidos	Estados Unidos India	Arabia Saudita, Reino de la Australia Canadá China Turquía Unión Europea

**2014 (CONT.)**

<b>Asunto</b>	<b>Apelante</b>	<b>Otro(s) apelante(s)</b>	<b>Apelado(s)</b>	<b>Tercero(s) participante(s)</b>
<i>Estados Unidos - Medidas compensatorias (China)</i> WT/DS437/AB/R	China	Estados Unidos	China Estados Unidos	Arabia Saudita, Reino de la Australia Brasil Canadá Corea, República de Federación de Rusia India Japón Noruega Turquía Unión Europea Viet Nam



## 2015

Asunto	Apelante	Otro(s) apelante(s)	Apelado(s)	Tercero(s) participante(s)
<i>Argentina - Medidas relativas a la importación (UE)</i> WT/DS438/AB/R	Argentina	Unión Europea	Argentina Unión Europea	Arabia Saudita, Reino de la Australia Canadá China Corea, República de Ecuador Estados Unidos Guatemala India Israel Japón Noruega Suiza Tailandia Taipei Chino Turquía
<i>Argentina - Medidas relativas a la importación (Estados Unidos)</i> WT/DS444/AB/R	Argentina	---	Estados Unidos	Arabia Saudita, Reino de la Australia Canadá China Corea, República de Ecuador Guatemala India Israel Japón Noruega Suiza Tailandia Taipei Chino Turquía Unión Europea
<i>Argentina - Medidas relativas a la importación (Japón)</i> WT/DS445/AB/R	Argentina	Japón	Argentina Japón	Arabia Saudita, Reino de la Australia Canadá China Corea, República de Ecuador Estados Unidos Guatemala India Israel Noruega Suiza Tailandia Taipei Chino Turquía Unión Europea

**2015 (CONT.)**

<b>Asunto</b>	<b>Apelante</b>	<b>Otro(s) apelante(s)</b>	<b>Apelado(s)</b>	<b>Tercero(s) participante(s)</b>
<i>Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá)</i> WT/DS384/AB/RW	Estados Unidos	Canadá	Canadá Estados Unidos	Australia Brasil China Colombia Corea, República de Guatemala India Japón México Nueva Zelandia Unión Europea
<i>Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - México)</i> WT/DS386/AB/RW	Estados Unidos	México	Estados Unidos México	Australia Brasil Canadá China Colombia Corea, República de Guatemala India Japón Nueva Zelandia Unión Europea
<i>Estados Unidos - Camarones II (Viet Nam)</i> WT/DS429/AB/R	Viet Nam	---	Estados Unidos	China Ecuador Japón Noruega Tailandia Unión Europea
<i>India - Productos agropecuarios</i> WT/DS430/AB/R	India	---	Estados Unidos	Argentina Australia Brasil China Colombia Ecuador Guatemala Japón Unión Europea
<i>Perú - Productos agropecuarios</i> WT/DS457/AB/R	Perú	Guatemala	Guatemala Perú	Argentina Brasil China Colombia Corea, República de Ecuador El Salvador Estados Unidos Honduras India Unión Europea

**2015 (CONT.)**

<b>Asunto</b>	<b>Apelante</b>	<b>Otro(s) apelante(s)</b>	<b>Apelado(s)</b>	<b>Tercero(s) participante(s)</b>
<i>China - Tubos de altas prestaciones (Japón)</i> WT/DS454/AB/R	Japón	China	China Japón	Arabia Saudita, Reino de la Corea, República de Estados Unidos Federación de Rusia India Turquía Unión Europea
<i>China - Tubos de altas prestaciones (UE)</i> WT/DS460/AB/R	China	Unión Europea	China Unión Europea	Arabia Saudita, Reino de la Corea, República de Estados Unidos Federación de Rusia India Japón Turquía
<i>Estados Unidos - Atún II (México)</i> (párrafo 5 del artículo 21 - México) WT/DS381/AB/RW	Estados Unidos	México	Estados Unidos México	Australia Canadá China Corea, República de Guatemala Japón Noruega Nueva Zelandia Tailandia Unión Europea

## 2016

Asunto	Apelante	Otro(s) apelante(s)	Apelado(s)	Tercero(s) participante(s)
<i>CE - Elementos de fijación (China)</i> - (párrafo 5 del artículo 21 - China) WT/DS397/AB/RW	Unión Europea	China	China Unión Europea	Estados Unidos Japón
<i>Argentina - Servicios financieros</i> WT/DS453/AB/R	Panamá	Argentina	Argentina Panamá	Arabia Saudita, Reino de la Australia Brasil China Ecuador Estados Unidos Guatemala Honduras India Omán Singapur Unión Europea
<i>Colombia - Textiles</i> WT/DS461/AB/R	Colombia	---	Panamá	China Ecuador El Salvador Estados Unidos Filipinas Guatemala Honduras Unión Europea
<i>Estados Unidos - Lavadoras</i> WT/DS464/AB/R	Estados Unidos	Corea, República de	Corea, República de Estados Unidos	Arabia Saudita, Reino de la Brasil Canadá China India Japón Noruega Tailandia Turquía Unión Europea Viet Nam

**2016 (CONT.)**

<b>Asunto</b>	<b>Apelante</b>	<b>Otro(s) apelante(s)</b>	<b>Apelado(s)</b>	<b>Tercero(s) participante(s)</b>
<i>India - Células solares</i> WT/DS456/AB/R	India	---	Estados Unidos	Arabia Saudita, Reino de la Brasil Canadá China Corea, República de Ecuador Federación de Rusia Japón Malasia Noruega Taipei Chino Turquía Unión Europea
<i>UE - Biodiésel (Argentina)</i> WT/DS473/AB/R	Unión Europea	Argentina	Argentina Unión Europea	Arabia Saudita, Reino de la Australia China Colombia Estados Unidos Federación de Rusia Indonesia México Noruega Turquía

## 2017

Asunto	Apelante	Otro(s) apelante(s)	Apelado(s)	Tercero(s) participante(s)
<i>Rusia - Porcinos (UE)</i> WT/DS475/AB/R	Federación de Rusia	Unión Europea	Federación de Rusia Unión Europea	Australia Brasil China Corea, República de Estados Unidos India Japón Noruega Sudáfrica Taipei Chino
<i>Estados Unidos - Métodos antidumping (China)</i> WT/DS471/AB/R	China	---	Estados Unidos	Arabia Saudita, Reino de la Brasil Canadá Corea, República de Federación de Rusia India Japón Noruega Taipei Chino Turquía Ucrania Unión Europea Viet Nam
<i>Estados Unidos - Incentivos fiscales</i> WT/DS487/AB/R	Estados Unidos	Unión Europea	Estados Unidos Unión Europea	Australia Brasil Canadá China Corea, República de Federación de Rusia Japón
<i>UE - Alcoholes grasos (Indonesia)</i> WT/DS442/AB/R	Indonesia	Unión Europea	Indonesia Unión Europea	Corea, República de Estados Unidos
<i>Indonesia - Regímenes de licencias de importación</i> WT/DS477/AB/R	Indonesia	---	Estados Unidos Nueva Zelandia	Argentina Australia Brasil Canadá China Corea, República de Japón Noruega Paraguay Singapur Taipei Chino Unión Europea

**2017 (CONT.)**

<b>Asunto</b>	<b>Apelante</b>	<b>Otro(s) apelante(s)</b>	<b>Apelado(s)</b>	<b>Tercero(s) participante(s)</b>
<i>Indonesia - Regímenes de licencias de importación</i> WT/DS478/AB/R	Indonesia	---	Estados Unidos Nueva Zelandia	Argentina Australia Brasil Canadá China Corea, República de Japón Noruega Paraguay Singapur Taipei Chino Unión Europea

## 2018

Asunto	Apelante	Otro(s) apelante(s)	Apelado(s)	Tercero(s) participante(s)
<i>Rusia - Vehículos comerciales</i> WT/DS479/AB/R	Federación de Rusia	Unión Europea	Federación de Rusia Unión Europea	Brasil China Corea, República de Estados Unidos Japón Turquía Ucrania
<i>CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)</i> WT/DS316/AB/R/RW	Unión Europea	Estados Unidos	Estados Unidos Unión Europea	Australia Brasil Canadá China Corea, República de Japón
<i>UE - PET (Pakistán)</i> WT/DS486/AB/R	Unión Europea	Pakistán	Pakistán Unión Europea	China Estados Unidos
<i>Indonesia - Productos de hierro o acero</i> WT/DS490/AB/R WT/DS496/AB/R	Indonesia	Taipei Chino Viet Nam	Indonesia Taipei Chino Viet Nam	Australia Chile China Corea, República de Estados Unidos Federación de Rusia India Japón Ucrania Unión Europea
<i>Brasil - Tributación</i> WT/DS472/AB/R WT/DS497/AB/R	Brasil	Japón <sup>b</sup> Unión Europea <sup>a</sup>	Brasil Japón <sup>d</sup> Unión Europea <sup>c</sup>	Argentina Australia Canadá China Colombia Corea, República de Estados Unidos Federación de Rusia India Japón <sup>f</sup> Singapur Sudáfrica Taipei Chino Turquía Ucrania Unión Europea <sup>e</sup>



**2018 (CONT.)**

<b>Asunto</b>	<b>Apelante</b>	<b>Otro(s) apelante(s)</b>	<b>Apelado(s)</b>	<b>Tercero(s) participante(s)</b>
<i>Estados Unidos - Atún II (México)</i> <i>(párrafo 5 del artículo 21 -</i> <i>Estados Unidos)/Estados Unidos -</i> <i>Atún II (México) (párrafo 5 del</i> <i>artículo 21 - México II)</i> WT/DS381/AB/RW/USA WT/DS381/AB/RW2	México	---	Estados Unidos	Australia Brasil Canadá China Corea, República de Ecuador Guatemala India Japón Noruega Nueva Zelandia Unión Europea

- a En el DS472 solamente.
- b En el DS497 solamente.
- c En el DS472 solamente.
- d En el DS497 solamente.
- e En el DS497 solamente.
- f En el DS472 solamente.

## 2019

Asunto	Apelante	Otro(s) apelante(s)	Apelado(s)	Tercero(s) participante(s)
<i>Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación) (párrafo 5 del artículo 21 - UE)</i> WT/DS353/AB/RW	Unión Europea	Estados Unidos	Estados Unidos Unión Europea	Australia Brasil Canadá China Corea, República de Federación de Rusia Japón
<i>Corea - Radionúclidos</i> WT/DS495/AB/R	Corea, República de	Japón	Corea, República de Japón	Brasil Canadá China Estados Unidos Federación de Rusia Guatemala India Noruega Nueva Zelandia Taipei Chino Unión Europea
<i>Estados Unidos - Medidas compensatorias (China) (párrafo 5 del artículo 21 - China).</i> WT/DS437/AB/RW	Estados Unidos	China	China Estados Unidos	Australia Canadá Corea, República de Federación de Rusia India Japón Unión Europea Viet Nam
<i>Corea - Válvulas neumáticas</i> WT/DS504/AB/R	Japón	Corea, República de	Corea, República de Japón	Brasil Canadá China Ecuador Estados Unidos Noruega Singapur Turquía Unión Europea Viet Nam
<i>Ucrania - Nitrato de amonio</i> WT/DS493/AB/R	Ucrania	---	Federación de Rusia	Argentina Australia Brasil Canadá China Colombia Estados Unidos Japón México Noruega Unión Europea

**2019 (CONT.)**

<b>Asunto</b>	<b>Apelante</b>	<b>Otro(s) apelante(s)</b>	<b>Apelado(s)</b>	<b>Tercero(s) participante(s)</b>
<i>Marruecos - Acero laminado en caliente</i> WT/DS513/AB/R	Marruecos	---	Turquía	China Corea, República de Egipto Estados Unidos Federación de Rusia India Japón Singapur Unión Europea

**2020**

<b>Asunto</b>	<b>Apelante</b>	<b>Otro(s) apelante(s)</b>	<b>Apelado(s)</b>	<b>Tercero(s) participante(s)</b>
<i>Rusia - Equipo ferroviario</i> WT/DS499/AB/R	Ucrania	Federación de Rusia	Federación de Rusia Ucrania	Canadá China Estados Unidos India Indonesia Japón Singapur Unión Europea
<i>Estados Unidos - Papel supercalandrado</i> WT/DS505/AB/R	Estados Unidos	---	Canadá	Brasil China Corea, República de India Japón México Turquía Unión Europea

## 2020 (CONT.)

Asunto	Apelante	Otro(s) apelante(s)	Apelado(s)	Tercero(s) participante(s)
<i>Australia - Empaquetado genérico del tabaco (Honduras)/Australia - Empaquetado genérico del tabaco (República Dominicana)</i> WT/DS435/AB/R WT/DS441/AB/R	Honduras República Dominicana	---	Australia	Arabia Saudita, Reino de la Argentina Brasil Canadá Chile China Corea, República de Cuba Ecuador Estados Unidos Federación de Rusia Filipinas Guatemala Honduras <sup>b</sup> India Indonesia Japón Malasia Malawi México Nicaragua Nigeria Noruega Nueva Zelandia Omán Panamá Perú República Dominicana <sup>a</sup> Singapur Sudáfrica Tailandia Taipei Chino Trinidad y Tabago Turquía Ucrania Unión Europea Uruguay Zambia Zimbabwe

a En el DS435 solamente.

b En el DS441 solamente.