
Otras cuestiones procesales que se plantean en el procedimiento de solución de diferencias de la OMC

Resoluciones preliminares

Las solicitudes de resoluciones preliminares se han convertido en un elemento habitual del procedimiento de solución de diferencias de la OMC. A diferencia de lo que sucede en otras jurisdicciones¹, el sistema de solución de diferencias de la OMC no prevé normas sobre la forma de abordar las solicitudes presentadas por las partes para que el órgano jurisdiccional formule una resolución preliminar sobre determinadas cuestiones de naturaleza procesal o jurisdiccional. No obstante, a lo largo de los años las partes han solicitado a los grupos especiales y al Órgano de Apelación que formularan “resoluciones preliminares”² sobre diversas cuestiones. El objeto más frecuente de estas solicitudes es la compatibilidad de la solicitud de establecimiento de un grupo especial con el párrafo 2 del artículo 6 del ESD.³ Otras solicitudes se refieren, por

¹ Véase, por ejemplo, el artículo 79 (“Excepciones preliminares”) del Reglamento de la Corte de la CIJ.

² Las decisiones adoptadas por los grupos especiales y el Órgano de Apelación antes de la publicación de sus informes finales no siempre se conocen como “resoluciones preliminares”. Este es un concepto que se ha desarrollado con la práctica. Por ejemplo, los grupos especiales y el Órgano de Apelación se han referido a sus decisiones iniciales en materia de ampliación de derechos de terceros, procedimientos para la presentación de información confidencial (informe del Grupo Especial *Australia – Salmón (párrafo 5 del artículo 21 – Canadá)*, párrafos 7.5 y 7.7) o presencia de abogados privados en las audiencias (informe del Órgano de Apelación, *CE – Banano III*, párrafo 10) simplemente como “resoluciones”. Además, las partes han utilizado anteriormente otras expresiones, como solicitudes para que el Grupo Especial “se pronuncie de forma inmediata” (informe de Grupo Especial, *Australia – Salmón (párrafo 5 del artículo 21 – Canadá)*, párrafos 4.18 y 7.10) o planteamiento de una “objección preliminar” (informe de Grupo Especial, *Indonesia – Automóviles*, párrafo 14.3).

³ Véanse, por ejemplo, los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Medidas compensatorias y antidumping (China)*, párrafos 4.5–4.52; *Estados Unidos – Medidas compensatorias y antidumping (China)*, párrafos 4.1–4.28; y *Argentina – Medidas relativas a la importación*, párrafos 5.1–5.91. Véanse también los informes de los Grupos Especiales, *Estados Unidos – Medidas compensatorias y antidumping (China)*, párrafos 1.9, 1.10, 6.5, 6.6

ejemplo, a la idoneidad de las consultas⁴, cuestiones jurisdiccionales⁵, asuntos relacionados con la composición de los grupos especiales⁶, presuntos conflictos de interés⁷, la ampliación de los derechos de los terceros⁸, la admisibilidad de determinadas pruebas⁹, los procedimientos aplicables a la información comercial confidencial y otras cuestiones relacionadas con la confidencialidad¹⁰, la participación de asesores jurídicos privados o representantes de la industria¹¹, el calendario del grupo especial, los escritos *amicus curiae*¹², las audiencias públicas¹³,

y 7.1–7.5; *Estados Unidos – Acero al carbono (India)*, párrafos 1.10–1.43; *Estados Unidos – Medidas compensatorias (China)*, párrafos 1.14–1.16 y 6.6–6.8; *Argentina – Medidas relativas a la importación*, párrafos 1.32–1.36, 6.11–6.24 y anexo D; *India – Productos agropecuarios*, párrafos 1.14–1.16, 1.17–1.19 y 7.5–7.105; y *UE – Biodiésel*, párrafos 1.10, 1.11 y 7.9–7.65.

⁴ Véanse los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Algodón americano (upland)*, párrafos 278–294; *Estados Unidos – Continuación de la reducción a cero*, párrafos 213–241; y *Argentina – Medidas relativas a la importación*, párrafos 5.1–5.31.

⁵ Véanse, por ejemplo, los informes del Órgano de Apelación, *México – Impuestos sobre los refrescos*, párrafos 40–57; *México – Jarabe de maíz (párrafo 5 del artículo 21 – Estados Unidos)*, párrafo 36; *Estados Unidos – Ley de compensación (Enmienda Byrd)*, párrafo 207; y *CE – Elementos de fijación (párrafo 5 del artículo 21 – China)*, párrafo 5.292.

⁶ Véanse, por ejemplo, el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Reducción a cero (CE) (párrafo 5 del artículo 21 – CE)*, párrafos 164–172; y el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Algodón americano (upland) (párrafo 5 del artículo 21 – Brasil)*, párrafos 8.27 y 8.28 y páginas A-59–63.

⁷ Véanse, por ejemplo, el informe del Órgano de Apelación *CE – Azúcar*, párrafo 11; y los informes de los Grupos Especiales, *CE – Preferencias arancelarias*, párrafos 7.9–7.13; y *Guatemala – Cemento II*, párrafos 8.10–8.12.

⁸ Véase la sección relativa a la ampliación de los derechos de terceros en la página 81.

⁹ Véanse, por ejemplo, los informes de los Grupos Especiales, *China – Tierras raras*, párrafos 7.11–7.28; y *Rusia – Porcinos (UE)*, párrafo 6.52.

¹⁰ Véanse, por ejemplo, los informes de los Grupos Especiales, *Estados Unidos – Acero al carbono (India)*, párrafo 1.9; *India – Productos agropecuarios*, párrafos 1.11–1.13 y anexo A-2; *China – GOES (párrafo 5 del artículo 21 – Estados Unidos)*, párrafo 1.11 y anexo A-2; *Estados Unidos – EPO (párrafo 5 del artículo 21 – Canadá / párrafo 5 del artículo 21 – México)*, párrafo 1.11 y anexos A-5 y A-6; *Estados Unidos – Lavadoras*, párrafo 1.10 y anexo A-2; *Rusia – Porcinos (UE)*, párrafo 1.12 y anexo A-2; y *Rusia – Trato arancelario*, párrafo 1.13 y anexo B-2.

¹¹ En el asunto *CE – Banano*, el Órgano de Apelación consideró que los Miembros de la OMC podían asistir a la audiencia con delegaciones que incluyesen abogados del sector privado (informe del Órgano de Apelación, *CE – Banano*, párrafos 5–12). En el asunto *Rusia – Porcinos (UE)*, el Grupo Especial rechazó una solicitud formulada por la Unión Europea para que se excluyese de la delegación de Rusia a un representante de la industria porcina (informe del Grupo Especial, *Rusia – Porcinos (UE)*, párrafos 7.20–7.22).

¹² Para una lista de los informes del Órgano de Apelación en los que las secciones del Órgano de Apelación recibieron escritos *amicus curiae*, véase la página 195.

¹³ Véase la nota 139 del capítulo 4 para una lista ilustrativa de los informes de los grupos especiales en que se admitió la observación por el público de las reuniones sustantivas de

las consultas con expertos científicos¹⁴ y la interpretación en un idioma distinto de los idiomas oficiales de la OMC.¹⁵

Al margen de la obligación de respetar las debidas garantías procesales y de sustanciar el procedimiento eficientemente a fin de evitar demoras innecesarias, no existe ningún criterio preestablecido que los grupos especiales deban aplicar para decidir si deben o no emitir una resolución preliminar. Aunque el ESD y los demás acuerdos abarcados no contienen ninguna disposición explícita que indique cómo deben los grupos especiales o el Órgano de Apelación tramitar estas solicitudes, el párrafo 1 del artículo 12 y el párrafo 9 del artículo 17 del ESD, respectivamente, proporcionan a los grupos especiales y al Órgano de Apelación flexibilidad para adaptar sus procedimientos de trabajo¹⁶, bien para emitir la resolución solicitada de forma preliminar¹⁷, o bien para aplazar esa resolución hasta la emisión de su informe.¹⁸ Algunos de los grupos

los grupos especiales, y la nota 459 del capítulo 4 para una lista ilustrativa de los informes del Órgano de Apelación en que se admitió la observación de la audiencia por el público.

¹⁴ Véase la nota 52 del capítulo 2 para una lista ilustrativa de las diferencias en que los grupos especiales han nombrado expertos individuales.

¹⁵ En el asunto *Rusia – Porcinos (UE)*, el Grupo Especial aceptó la solicitud de Rusia (el demandado) para que se autorizase la interpretación simultánea (del inglés al ruso y del ruso al inglés) durante la primera y la segunda reuniones sustantivas del Grupo Especial con las partes, así como en la reunión del Grupo Especial con los expertos. Informe del Grupo Especial, *Rusia – Porcinos (UE)*, párrafos 1.13–1.17 y 7.1–7.19.

¹⁶ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Banano III*, párrafo 144.

¹⁷ En el asunto *Australia – Manzanas*, por ejemplo, el Grupo Especial indicó que había decidido emitir una resolución preliminar sobre la impugnación presentada por Australia en relación con la pertinencia de la solicitud de establecimiento de un grupo especial, “en aras del debido proceso, y especialmente para dar a las partes y terceros tiempo suficiente para preparar sus primeras comunicaciones escritas”. Véase el informe del Grupo Especial, *Australia – Manzanas*, anexo A-2, párrafo 3. En el asunto *Estados Unidos – Acero al carbono (India)*, el Grupo Especial emitió resoluciones preliminares sobre la petición formulada por los Estados Unidos para que el mandato del Grupo Especial no comprendiera determinadas alegaciones presentadas por la India en su primera comunicación escrita. El Grupo Especial emitió sus resoluciones antes de la segunda reunión sustantiva a fin de aclarar el alcance de la diferencia. Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Acero al carbono (India)*, párrafos 1.10–1.18. Véase también el informe del Grupo Especial *Estados Unidos – Medidas compensatorias y antidumping (China)*, párrafos 1.9, 1.10 y 7.1–7.5.

¹⁸ Por ejemplo, en el asunto *China – Tierras raras*, el Grupo Especial aplazó hasta la emisión de sus informes una resolución relativa a la posibilidad de recurrir a una defensa al amparo del apartado d) del artículo XX del GATT de 1994 frente a una infracción del apartado 3 de la sección 11 del Protocolo de Adhesión de China, argumentando que la resolución se refería a una compleja cuestión de fondo, no de procedimiento, y precisaba un examen detenido de los argumentos de las partes y los terceros. Informe del Grupo Especial *China – Tierras raras*, párrafos 1.11–1.14. Véase también el informe del Grupo Especial *República Dominicana – Medidas de salvaguardia*, párrafo 1.11.

especiales que han emitido resoluciones preliminares han distribuido esas resoluciones al OSD como documento de la OMC, con el consentimiento de las partes.¹⁹ No obstante, la mayoría de las resoluciones se comunican a las partes y a los terceros y se recogen posteriormente en el informe.²⁰ Recientemente, algunos grupos especiales han emitido primero sus conclusiones preliminares y posteriormente han presentado las razones detalladas en que se fundan esas conclusiones.²¹

La eficiencia del procedimiento del grupo especial y las preocupaciones relacionadas con las debidas garantías procesales exigen que las solicitudes de resoluciones preliminares se presenten en la etapa más temprana posible del procedimiento.²² Las solicitudes de resoluciones

¹⁹ Véanse las comunicaciones de los Grupos Especiales, *Canadá – Exportaciones de trigo e importaciones de grano*, WT/DS276/12, de 21 de julio de 2003; *Australia – Manzanas*, WT/DS367/7, de 23 de junio de 2008; *China – Materias primas*, WT/DS394/9, WT/DS395/9 y WT/DS398/8, de 18 de mayo de 2010; *China – Servicios de pago electrónico*, WT/DS413/4, de 30 de septiembre de 2011; *Canadá – Programa de tarifas reguladas / Canadá – Energía renovable*, WT/DS412/8 y WT/DS426/7, de 25 de mayo de 2012; *CE – Productos derivados de las focas*, WT/DS400/6 y WT/DS401/7, de 5 de febrero de 2013; *Estados Unidos – Medidas compensatorias y antidumping (China)*, WT/DS449/4, de 7 de junio de 2013; *Estados Unidos – Medidas compensatorias (China)*, WT/DS437/4, de 21 de febrero de 2013; e *India – Productos agropecuarios*, WT/DS430/5, de 28 de junio de 2013.

²⁰ Véanse, por ejemplo, los informes de los Grupos Especiales, *Guatemala – Cemento II*, párrafo 8.11; *Estados Unidos – EVE (párrafo 5 del artículo 21 – CE)*, párrafo 6.3; *CE – Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, párrafo 7.47; *Estados Unidos – Acero al carbono (India)*, párrafos 1.10 y 1.11; y *Estados Unidos – Medidas compensatorias (China)*, párrafos 1.14–1.16.

²¹ Véanse, por ejemplo, los informes del Órgano de Apelación, *Canadá – Energía renovable / Canadá – Programa de tarifas reguladas*, párrafo 7.8; *Estados Unidos – Cordero*, párrafos 5.15 y 5.16; y *Rusia – Trato arancelario*, párrafos 1.14 y 1.15.

²² En consecuencia, algunas partes han presentado sus solicitudes de resoluciones preliminares en el momento de la composición del grupo especial o poco después. Véanse, por ejemplo, los informes de los Grupos Especiales, *CE – Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas*, párrafos 1.4, 2.2 y 7.1; *Estados Unidos – Algodón americano (upland)*, párrafos 1.5 y 7.1; *Estados Unidos – Medidas compensatorias y antidumping (China)*, párrafos 1.5 y 1.9; y *Estados Unidos – Medidas compensatorias (China)*, párrafos 1.5 y 1.14. Si un Miembro desea plantear una objeción en un procedimiento de solución de diferencias, debe hacerlo siempre rápidamente. De no hacerlo, se podría considerar que el Miembro ha renunciado a su derecho a que el grupo especial examine sus objeciones. Véase el informe del Órgano de Apelación, *México – Jarabe de maíz (párrafo 5 del artículo 21 – Estados Unidos)*, párrafo 50. Por lo que se refiere a las solicitudes de resoluciones preliminares formuladas durante el procedimiento de examen en apelación, “[l]as objeciones relativas a la jurisdicción deben plantearse lo antes posible” (informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Ley Antidumping de 1916*, párrafo 54) y “desde el punto de vista de las debidas garantías procesales es preferible que el apelante plantee tales cuestiones en el anuncio

preliminares *no* deben utilizarse como instrumento de litigación.²³ Los procedimientos de trabajo recientes de los grupos especiales incluyen una fórmula habitual²⁴ alentando a la presentación temprana de las solicitudes de resoluciones preliminares.²⁵ Las partes deben pues presentar cualquier solicitud de resolución preliminar en la primera oportunidad que tenga para hacerlo y, en cualquier caso, a más tardar en su primera comunicación escrita al grupo especial.

Generalmente, ni los grupos especiales ni el Órgano de Apelación consideran necesario celebrar una audiencia o reunión separada en la

de apelación, de modo que los apelados tengan conocimiento de que esta alegación se formulará en la apelación”. Véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Ley de compensación (Enmienda Byrd)*, párrafo 208.

²³ No hay nada en el ESD que impida a un demandado solicitar más aclaraciones sobre las alegaciones formuladas en la solicitud de establecimiento de un grupo especial, incluso antes de la presentación de la primera comunicación escrita. Las “normas de procedimiento del sistema de solución de diferencias de la OMC tienen por objeto promover, no el desarrollo de técnicas de litigio, sino simplemente la solución equitativa, rápida y eficaz de las diferencias comerciales”. Informe del Órgano de Apelación, *Tailandia – Vigas doble T*, párrafo 97 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – EVE*, párrafo 166).

²⁴ El texto puede ser del siguiente tenor:

Una parte presentará cualquier solicitud de resolución preliminar en la primera oportunidad que tenga para hacerlo y, en cualquier caso, a más tardar en su primera comunicación escrita al Grupo Especial. Si el [reclamante] solicita tal resolución, [el demandado] responderá a ella en su primera comunicación escrita. Si la solicita el [demandado], [el reclamante] presentará su respuesta a la solicitud antes de la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, en un momento que determinará el Grupo Especial a la luz de la solicitud. Se concederán excepciones a este procedimiento previa justificación suficiente.

²⁵ Aunque los Procedimientos de trabajo para el examen en apelación actuales (WT/AB/WP/6) no contienen ninguna disposición que aborde específicamente la cuestión de las solicitudes de resoluciones preliminares, el párrafo 1 de la Regla 16 proporciona al Órgano de Apelación flexibilidad suficiente para adoptar un “procedimiento adicional”, en interés de “la equidad y el orden de las actuaciones”, en los supuestos en que se plantee una cuestión de procedimiento no contemplada en los Procedimientos de trabajo para el examen en apelación. Ese procedimiento adicional no puede ser incompatible con el ESD, con los demás acuerdos abarcados o con los propios Procedimientos de trabajo (informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros – Grandes aeronaves civiles*, anexo III, párrafo 7). En la práctica, se alienta a los participantes a presentar esas solicitudes lo antes posible. Debido a la brevedad de los plazos de los procedimientos de examen en apelación, estas solicitudes se han presentado con frecuencia antes de la audiencia. Véanse, por ejemplo, los informes del Órgano de Apelación, *CE – Amianto*, párrafo 51; *Estados Unidos – Continuación de la reducción a cero*, párrafos 7–10, anexo III; *CE y determinados Estados miembros – Grandes aeronaves civiles*, anexo III, párrafos 1, 2, 7 y 28; y *Canadá – Programa de tarifas reguladas / Canadá – Energía renovable*, anexo 4, párrafos 1 y 8.

que las partes puedan exponer alegaciones orales y plantear preguntas relacionadas con las solicitudes de resoluciones preliminares.²⁶ Sin embargo, en algunas ocasiones los grupos especiales y el Órgano de Apelación han pedido la celebración de una reunión específica con las partes para abordar esas solicitudes.²⁷

Los grupos especiales suelen proporcionar a los terceros la oportunidad de formular observaciones sobre las solicitudes de resoluciones preliminares²⁸, a menos que esas solicitudes se hayan presentado una vez agotado el derecho a participar en calidad de tercero. La razón de ello es que el párrafo 3 del artículo 10 del ESD garantiza a los terceros el derecho

²⁶ Informe del Grupo Especial, *Argentina – Medidas relativas a la importación*, anexo D-2, párrafos 3.19 y 3.20.

²⁷ Véanse los informes del Órgano de Apelación, *Brasil – Aeronaves*, párrafos 103–125; *Canadá – Aeronaves*, párrafos 125–147; *CE y determinados Estados miembros – Grandes aeronaves civiles*, anexo III; y *Estados Unidos – Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)*, anexo III. Véanse también los informes de los Grupos Especiales, *Canadá – Exportaciones de trigo e importaciones de grano*, párrafo 6.10; y *China – Materias primas*, párrafos 7.1–7.4.

²⁸ Los primeros grupos especiales no siguieron una práctica sistemática en lo que se refiere a la participación de terceros en la etapa de resolución preliminar del procedimiento del grupo especial. Para ejemplos de ocasiones en que los grupos especiales no consultaron con los terceros antes de adoptar una resolución preliminar, véanse los informes de los Grupos Especiales, *Indonesia – Automóviles*, párrafos 14.1–14.9; *Corea – Bebidas alcohólicas*, párrafos 10.14–10.16 y 10.20–10.23; e *India – Restricciones cuantitativas*, párrafos 5.8–5–10. Para ejemplos de ocasiones en que los grupos especiales invitaron a los terceros a participar en la etapa de resolución preliminar del procedimiento del grupo especial, véanse, por ejemplo, los informes de los Grupos Especiales, *Canadá – Exportaciones de trigo e importaciones de grano*, párrafos 6.6 y 6.7; y *Estados Unidos – Algodón americano (upland)*, párrafo 7.3. Del mismo modo, los primeros grupos especiales establecidos de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD emitieron resoluciones preliminares en las que rechazaban la idea de que los terceros estuvieran autorizados a participar en todos los procedimientos hasta que se celebre la reunión única del grupo especial sobre el cumplimiento. Véanse los informes de los Grupos Especiales, *Australia – Cuero para automóviles II (párrafo 5 del artículo 21 – Estados Unidos)*, párrafos 3.7–3.10; y *Australia – Salmón (párrafo 5 del artículo 21 – Canadá)*, párrafos 7.5 y 7.6. Sin embargo, desde la resolución preliminar del Grupo Especial en la diferencia *Canadá – Productos lácteos* (informe del Grupo Especial), *Canadá – Productos lácteos (párrafo 5 del artículo 21 – Nueva Zelandia y los Estados Unidos)*, párrafo 2.34) y las declaraciones del Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos – EVE* (informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – EVE (párrafo 5 del artículo 21 – CE)*, párrafo 245), se ha permitido la participación de los terceros en el procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 hasta la celebración de la reunión única del grupo especial sobre el cumplimiento. Véase también la declaración formulada por el Brasil en la reunión del OSD de 28 de enero de 2013, en la que expresó su apoyo a que se diera acceso a los terceros a las solicitudes de resoluciones preliminares, con referencia al procedimiento del grupo especial sobre el cumplimiento en la diferencia *Estados Unidos – Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación) (párrafo 5 del artículo 21 – CE)*, así como a la distribución de las resoluciones preliminares por los grupos especiales (WT/DSB/M/328).

a participar en los procedimientos del grupo especial hasta la primera reunión que este celebre.²⁹ Generalmente, el Órgano de Apelación también ha proporcionado a los terceros la oportunidad de formular observaciones sobre las solicitudes de resoluciones preliminares.³⁰

Confidencialidad

Observaciones generales

El principio de confidencialidad se aplica a la totalidad del procedimiento de solución de diferencias de la OMC: las consultas (párrafo 6 del artículo 4 del ESD); las deliberaciones de los grupos especiales y las comunicaciones por escrito (párrafo 1 del artículo 14 y párrafo 2 del artículo 18 del ESD y párrafo 3 de los Procedimientos de trabajo del Apéndice 3 del ESD); y las actuaciones del Órgano de Apelación (párrafo 10 del artículo 17 del ESD).³¹

No obstante, las partes pueden ejercer su derecho a poner en conocimiento del público sus comunicaciones, y se les puede pedir que faciliten un resumen no confidencial de esas comunicaciones (párrafo 2 del artículo 18 del ESD y párrafo 3 de los Procedimientos de trabajo recogidos en el Apéndice 3 del ESD). Además, los informes de los grupos especiales y del Órgano de Apelación contienen también una descripción del procedimiento, incluidas las posiciones adoptadas por los distintos participantes. Estos informes se publican una vez que han sido distribuidos oficialmente a los Miembros de la OMC.

Confidencialidad durante las consultas

Por lo que se refiere al principio de confidencialidad durante las consultas, los grupos especiales han aclarado que la obligación de mantener la confidencialidad se impone a los Miembros que participaron en las consultas

²⁹ Véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – EVE* (párrafo 5 del artículo 21 – CE), párrafo 245.

³⁰ Véanse, por ejemplo, los informes del Órgano de Apelación, *CE – Banano III*, párrafos 5–12; *Brasil – Aeronaves*, párrafos 103–125; *Canadá – Aeronaves*, párrafos 125–147; *Tailandia – Vigas doble T*, párrafos 62–78; *Estados Unidos – Ley de compensación (Enmienda Byrd)*, párrafos 185 y 187; y *Canadá – Programa de tarifas reguladas / Canadá – Energía renovable*, anexo 4, párrafo 4.

³¹ Los grupos especiales y el Órgano de Apelación han desarrollado procedimientos de trabajo específicos para tratar la información confidencial. Abordaremos estos procedimientos en las secciones posteriores.

y se refiere a información que no es, de otro modo, de dominio público.³² El objetivo fundamental de las consultas es permitir a la partes recabar información pertinente; por lo tanto, al revelar en el curso del procedimiento del grupo especial información obtenida durante las consultas, las partes no incumplen el principio de confidencialidad.³³ Sin embargo, los grupos especiales no deben investigar lo ocurrido durante las consultas.³⁴

Además, los grupos especiales han considerado que pueden tomar nota de las pruebas documentales relativas a una simple cuestión de hecho, consistente en saber si ciertas cuestiones se plantearon durante las consultas sin contrariar el propósito de las consultas.³⁵ En este sentido, incluso la información obtenida en relación con procedimientos de grupos especiales anteriores en los que las partes eran las mismas y se había abordado el mismo asunto son admisibles en los procedimientos posteriores.³⁶ No obstante, si no se alcanza una solución mutuamente convenida, las ofertas de solución formuladas en el contexto de las consultas no tienen consecuencias jurídicas en las etapas ulteriores de la solución de la diferencia, en lo que se refiere a los derechos de las partes en dicha diferencia.³⁷

Confidencialidad durante las actuaciones del grupo especial

Por lo que se refiere a las comunicaciones por escrito, aunque las partes no pueden hacer públicas las comunicaciones de la otra parte, cada parte tiene el derecho de hacer públicas sus propias posiciones.³⁸ Las partes y los terceros en una diferencia son plenamente responsables de los actos de sus funcionarios, así como de sus representantes, abogados o consultores³⁹, formen o no parte de sus delegaciones.⁴⁰ Estas reglas también se aplican al procedimiento de arbitraje de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del ESD.⁴¹

³² Informe del Grupo Especial, *Canadá – Exportaciones de trigo e importaciones de grano*, párrafo 5.6.

³³ Informe del Grupo Especial, *Corea – Bebidas alcohólicas*, párrafo 10.23.

³⁴ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Aves de corral (China)*, párrafo 7.35.

³⁵ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Cordero*, párrafos 5.39 y 5.40.

³⁶ Informe del Grupo Especial, *Australia – Cuero para automóviles II*, párrafo 9.34.

³⁷ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Ropa interior*, párrafo 7.27.

³⁸ Informe del Grupo Especial, *Argentina – Derechos antidumping sobre los pollos*, párrafo 7.14.

³⁹ Informes de los Grupos Especiales, *Estados Unidos – Salvaguardias sobre el acero*, párrafo 5.3; y *CE – Preferencias arancelarias*, párrafos 7.15 y 7.16.

⁴⁰ Informe del Grupo Especial, *Brasil – Aeronaves (párrafo 5 del artículo 21 – Canadá II)*, párrafos 3.5-3.10.

⁴¹ Decisión del Árbitro, *Estados Unidos – Algodón americano (upland) (párrafo 6 del artículo 22 – Estados Unidos I)*, párrafo 1.33.

El párrafo 1 del artículo 14 del ESD dispone que las deliberaciones de los grupos especiales deben ser confidenciales. Los grupos especiales han aclarado que esta disposición se refiere a los grupos especiales y a sus obligaciones en materia de confidencialidad, y no a las obligaciones de las partes a este respecto.⁴² Aunque normalmente las audiencias se celebran a puerta cerrada, los grupos especiales han permitido la apertura de las audiencias para su observación por el público, a petición de las partes. Los grupos especiales han considerado que permitir la observación de las audiencias por el público no vulnera el requisito de confidencialidad previsto en el párrafo 1 del artículo 14 del ESD.⁴³

En la práctica, los grupos especiales han elaborado, a petición de las partes, procedimientos de trabajo específicos para tratar la información confidencial. Para una explicación de los distintos procedimientos de trabajo adoptados por los grupos especiales para tratar la información confidencial, véase la página 113.

Confidencialidad durante el examen en apelación

Como se explica en el informe del Órgano de Apelación *Brasil – Aeronaves*, la obligación de mantener la confidencialidad se aplica a cualquier comunicación escrita, memorandos jurídicos, respuestas escritas a preguntas y declaraciones orales de los participantes y los terceros participantes; las transcripciones o cintas de las audiencias; y las deliberaciones, el intercambio de opiniones y los trabajos internos del Órgano de Apelación.⁴⁴

En caso de que las circunstancias particulares de una apelación lo hagan necesario, el Órgano de Apelación puede adoptar procedimientos para dispensar protección adicional a la ICC y a la IEC. En este sentido, en algunos casos recientes el Órgano de Apelación ha adoptado procedimientos para proteger información delicada de conformidad con

⁴² Informe del Grupo Especial, *Brasil – Aeronaves* (párrafo 5 del artículo 21 – *Canadá II*), nota 13.

⁴³ Informes de los Grupos Especiales, *Estados Unidos – Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.49; y *Canadá – Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.47. Véase la nota 139 del capítulo 4 para una lista de los informes de grupos especiales en que el Grupo Especial permitió la observación de la audiencia por el público.

⁴⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Brasil – Aeronaves*, párrafo 121. En el asunto *Tailandia – Vigas doble T*, Tailandia alegó que el asesor jurídico privado de Polonia podría haber infringido las normas de la OMC en materia de confidencialidad al dar a conocer la comunicación confidencial de Tailandia a una asociación empresarial que presentó un escrito *amicus curiae* en el que se citaba dicha comunicación (informe del Órgano de Apelación, *Tailandia – Vigas doble T*, párrafo 74).

el párrafo 1 de la Regla 16 de los Procedimientos de trabajo.⁴⁵ Además, cuando se ha permitido la observación de la audiencia por el público a petición de los participantes, el Órgano de Apelación ha adoptado procedimientos adicionales para asegurar la protección de la información comercial confidencial y de la información estrictamente confidencial durante la audiencia.⁴⁶

Representación legal

El ESD no contempla específicamente la cuestión de quién puede representar a una parte ante los grupos especiales y el Órgano de Apelación. Una cuestión que se planteó al poco tiempo de empezar a funcionar el sistema de solución de diferencias fue la de si las partes y los terceros en una diferencia solo podían enviar a funcionarios gubernamentales como representantes a las reuniones con el grupo especial y a la audiencia del Órgano de Apelación, como sucedía en la época del GATT.

En el asunto *CE – Banano III*, la delegación de uno de los terceros que asistió a la audiencia del Grupo Especial incluía asesores jurídicos no gubernamentales. Debido a las objeciones de los reclamantes, el Grupo Especial decidió no permitir la presencia de asesores jurídicos privados en la audiencia. Sin embargo, en la etapa de apelación el Órgano de Apelación discrepó del razonamiento del Grupo Especial y permitió la presencia de asesores jurídicos privados en su audiencia. No hay ninguna disposición del Acuerdo sobre la OMC, del ESD o de los Procedimientos de trabajo ni ninguna norma de derecho internacional consuetudinario o regla de la práctica de los tribunales internacionales que impida a un Miembro de la OMC decidir cuál debe ser la composición de su delegación en los procedimientos de solución de diferencias de la OMC.⁴⁷ La representación por “agentes” no gubernamentales es también una tradición consagrada en los tribunales internacionales. En su calidad de tribunales cuasijudiciales conforme al derecho internacional, los grupos especiales y el Órgano de Apelación no son diferentes, en este aspecto, de otros tribunales internacionales.

⁴⁵ Informes del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros – Grandes aeronaves civiles*, párrafo 19; y *Estados Unidos – Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)*, párrafos 23 y 24.

⁴⁶ Informes del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros – Grandes aeronaves civiles*, párrafo 22; *Estados Unidos – Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)*, párrafo 31; y *Estados Unidos – EPO*, párrafo 12.

⁴⁷ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Banano III*, párrafo 10.

Actualmente, es práctica común que un asesor jurídico privado represente a las partes en las actuaciones de los grupos especiales y el Órgano de Apelación. Actúan como parte de la delegación del Miembro de la OMC de que se trate y litigan en su nombre. Aún más corriente es la participación de despachos de abogados en la elaboración de las comunicaciones escritas de las partes, si bien su intervención no suele ser evidente porque son las partes implicadas quienes presentan esas comunicaciones. Esto es particularmente pertinente para los países en desarrollo Miembros, porque así pueden participar en los procedimientos de solución de diferencias aunque carezcan de personal con conocimientos técnicos específicos sobre solución de diferencias en la OMC.⁴⁸ Como es natural, el Miembro interesado es responsable de estos representantes, como en el caso de todos los delegados gubernamentales, y debe garantizar que respetarán el carácter confidencial de las actuaciones.⁴⁹

Comunicaciones *amicus curiae*

Otra cuestión que no aparece explícitamente contemplada en el ESD es la de si los grupos especiales y el Órgano de Apelación pueden aceptar y considerar comunicaciones no solicitadas de entidades que no son partes ni terceros en la diferencia. Estas comunicaciones suelen denominarse escritos *amicus curiae*.⁵⁰ En muchos casos, las comunicaciones proceden de ONG (incluidas asociaciones empresariales) o del mundo académico.

No hay ninguna disposición del ESD que permita explícitamente a entidades que no sean miembros de la OMC, como por ejemplo ONG o particulares, presentar escritos *amicus curiae* no solicitados a los grupos especiales o al Órgano de Apelación. No obstante, tampoco existe una prohibición expresa de esta práctica.

Escritos amicus curiae en el procedimiento de los grupos especiales

La primera vez que un grupo especial se enfrentó a la cuestión de si podía aceptar escritos *amicus curiae* presentados por ONG y no solicitados fue en *Estados Unidos – Camarones*. En esta diferencia, el Grupo Especial

⁴⁸ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Banano III*, párrafo 12; véase la sección relativa a la representación legal de los países en desarrollo Miembros (incluida la ofrecida por el Centro de Asesoría Legal en Asuntos de la OMC) en la página 213.

⁴⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Tailandia – Vigas doble T*, párrafo 68.

⁵⁰ Para una definición de los escritos *amicus curiae*, véase la nota 1 del capítulo 2.

recibió escritos de tres ONG. Los reclamantes pidieron al Grupo Especial que no los examinase. El demandado, los Estados Unidos, que estaba familiarizado con la práctica de los escritos *amicus curiae* en sus propios tribunales nacionales, instó al Grupo Especial a que lo hiciera. El Grupo Especial estimó que aceptar escritos no solicitados era incompatible con las disposiciones del ESD.⁵¹ El Órgano de Apelación discrepó de la opinión del Grupo Especial y concluyó que las amplias facultades de los grupos especiales para recabar información de cualquier fuente pertinente (artículo 13 del ESD) y seguir los Procedimientos de trabajo que se recogen en el Apéndice 3 del ESD o apartarse de ellos (párrafo 1 del artículo 12 del ESD) les permiten aceptar y considerar información y asesoramiento, o rechazarlos, aunque se presenten sin haber sido solicitados.⁵² Por lo tanto, los grupos especiales pueden aceptar y examinar escritos *amicus curiae*, pero no tienen ninguna obligación de hacerlo.⁵³ No obstante, los escritos adjuntos a la comunicación de una parte se consideran parte integrante de esa comunicación.⁵⁴

Aunque el Órgano de Apelación ha confirmado esta opinión en varias ocasiones⁵⁵, la cuestión sigue siendo motivo de desacuerdo entre los Miembros de la OMC. Algunos consideran que el ESD no permite que los grupos especiales acepten y consideren escritos *amicus curiae* no solicitados. Estiman que el procedimiento de solución de diferencias en la OMC concierne exclusivamente a los Miembros y no creen que los que no son partes puedan intervenir por ningún concepto, sobre todo si se trata de organizaciones no gubernamentales.⁵⁶

Hasta la fecha solo unos pocos grupos especiales han ejercido su facultad discrecional de aceptar y considerar los escritos no solicitados.⁵⁷

⁵¹ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Camarones*, párrafo 7.8.

⁵² Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Camarones*, párrafos 105–108.

⁵³ Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Plomo y bismuto II*, párrafo 39; *Estados Unidos – Camarones*, párrafo 108; y *CE – Sardinias*, párrafos 157 y 167.

⁵⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Camarones*, párrafos 89–91.

⁵⁵ Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Plomo y bismuto II*, párrafo 42; y *CE – Sardinias*, párrafos 159 y 160.

⁵⁶ Las declaraciones de estos Miembros pueden consultarse en las actas de las reuniones en que el OSD adoptó el correspondiente informe del Grupo Especial (y del Órgano de Apelación). Véase también el acta de la reunión del Consejo General de 22 de noviembre de 2000 (WT/GC/M/60).

⁵⁷ Véanse, por ejemplo, los informes de los Grupos Especiales, *Estados Unidos – Atún II (México)*, párrafos 7.1–7.9; *Estados Unidos – EPO*, párrafos 2.9 y 2.10; y *CE – Productos derivados de las focas*, párrafos 1.17–1.19.

Escritos amicus curiae en el examen en apelación

El Órgano de Apelación también ha recibido escritos *amicus curiae* no solicitados. Al igual que sucede en el procedimiento del grupo especial, la entidad que presenta el escrito al Órgano de Apelación no ostenta un derecho a que este sea examinado.⁵⁸ El Órgano de Apelación está autorizado a aceptar y considerar cualquier información que considere pertinente y útil para decidir una apelación, incluidos los escritos *amicus curiae* no solicitados. Esto se debe a las amplias facultades de que dispone para adoptar reglas de procedimiento, a condición de que no estén en conflicto con el ESD o los acuerdos abarcados (párrafo 9 del artículo 17 del ESD).⁵⁹ Del mismo modo que en el procedimiento del grupo especial, los escritos *amicus curiae* que los participantes incorporan a sus comunicaciones en la etapa del examen en apelación se consideran parte integrante de esa comunicación.

En el asunto *CE – Amianto*, el Órgano de Apelación previó que podía recibir un alto número de escritos *amicus curiae* y adoptó un procedimiento adicional exclusivo para dicha apelación, de conformidad con el párrafo 1 de la Regla 16 de los Procedimientos de trabajo.⁶⁰ En el procedimiento adicional se especificaban varios criterios para estas comunicaciones. Las personas que no fueran partes ni terceros y desearan presentar una comunicación de este tipo debían pedir autorización para ello. Ante la adopción de estos procedimientos adicionales, el Consejo General de la OMC examinó la cuestión en una reunión extraordinaria, en la que varios Miembros de la OMC consideraron inadmisibles que el Órgano de Apelación aceptase y considerase escritos *amicus curiae*.⁶¹ Después de examinar las solicitudes, el Órgano de Apelación denegó a todos los solicitantes la autorización para presentar escritos.⁶²

En el asunto *CE – Sardinias*, el Órgano de Apelación recibió una comunicación *amicus curiae* de un Miembro de la OMC que no había participado como tercero en el procedimiento del grupo especial y, por consiguiente, no podía intervenir como tercero participante en el

⁵⁸ Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Plomo y bismuto II*, párrafos 40 y 41; y *CE – Sardinias*, párrafos 161–164 y 167.

⁵⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Plomo y bismuto II*, párrafo 43.

⁶⁰ Véase la sección relativa al procedimiento del examen en apelación en la página 122.

⁶¹ Acta de la reunión del Consejo General celebrada el 22 de noviembre de 2000 (WT/GC/M/60).

⁶² Informe del Órgano de Apelación, *CE – Amianto*, párrafos 52–55.

procedimiento de apelación.⁶³ El Órgano de Apelación recordó que estaba autorizado a recibir escritos *amicus curiae* de particulares u organizaciones, y llegó a la conclusión de que también estaba autorizado a aceptar estas comunicaciones de un Miembro de la OMC. Sin embargo, el Órgano de Apelación consideró que el escrito no le ayudaba a resolver la apelación.⁶⁴

Hasta la fecha, el Órgano de Apelación no ha basado explícitamente su razonamiento, o las constataciones de su informe, en comunicaciones *amicus curiae* no solicitadas. No obstante, al igual que sucede en el caso de los grupos especiales, ha dado generalmente a los participantes la oportunidad de formular observaciones sobre los escritos *amicus curiae* presentados en determinadas apelaciones.⁶⁵

⁶³ Véase la sección relativa a los terceros participantes en los procedimientos de examen en apelación en la página 128.

⁶⁴ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Sardinias*, párrafo 170.

⁶⁵ De las 33 apelaciones sobre las que se han distribuido informes del Órgano de Apelación desde 2010 hasta hoy, se han presentado escritos *amicus curiae* en seis: *Estados Unidos – Derechos antidumping y compensatorios (China)*; *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor*; *Estados Unidos – Atún II (México)*; *Canadá – Energía renovable / Canadá – Programa de tarifas reguladas*; *CE – Productos derivados de las focas*; y *Estados Unidos – Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 – México). En cada una de estas apelaciones, la sección del Órgano de Apelación no consideró que para pronunciar su decisión fuera necesario basarse en los escritos *amicus curiae* presentados. Véanse los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Derechos antidumping y compensatorios (China)*, párrafo 18; *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 11; *Estados Unidos – Atún II (México)*, párrafo 8; *Canadá – Energía renovable / Canadá – Programa de tarifas reguladas*, párrafo 1.30; *CE – Productos derivados de las focas*, párrafo 1.15; y *Estados Unidos – Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 – México), nota 68 del párrafo 1.16.