LOS LÍMITES DEL UNILATERALISMO EN EL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

EL INFORME DEL GRUPO ESPECIAL SOBRE LOS ARTÍCULOS 301 A 310 DE LA LEY DE COMERCIO EXTERIOR DE LOS ESTADOS UNIDOS*

Irene BLÁZQUEZ NAVARRO

I. INTRODUCCIÓN. A. El unilateralismo en la política comercial de los Estados Unidos: el régimen normativo de los artículos 301-310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974. B. La impugnación por la Comunidad Europea de la legislación estadounidense. C. La *Ronda Uruguay*: ¿multilateralismo y unilateralismo en el nuevo sistema comercial?— II. EL CONTENIDO NORMATIVO Y EL PROCEDIMIENTO DE LOS ARTÍCULOS 301-310 DE LA LEY DE COMERCIO EXTERIOR DE 1974. A. Finalidad de los artículos 301-310. B. Criterios sustantivos: artículos 301 a) y 301 b). C. Procedimiento de los artículos 301-310: iniciación, investigaciones, consultas, represalias. D. La Declaración de Acción Administrativa de los Estados Unidos posterior a la *Ronda Uruguay*.— III. EL INFORME DEL GRUPO ESPECIAL: UNILATERALISMO PERMITIDO. A. El estatuto en el sistema GATT/OMC de las legislaciones que amparan una actuación contraria a los Acuerdos OMC. B. La compatibilidad del artículo 304 con el artículo 23.2.a) ESD. C. La compatibilidad del artículo 306 con el artículo 23.2.a) ESD. D. La compatibilidad de los artículos 305 y 306 con el artículo 23.2.c) ESD.— IV. UNA REFLEXIÓN FINAL.

* El presente artículo se inscribe dentro de un proyecto de investigación del Programa Sectorial de Promoción del Conocimiento (n. PB96-0055), financiado por la DGCYT. Una versión electrónica de este trabajo se ha publicado en el n.º 1 de la *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, disponible en la dirección http://www.reei.org.

I. INTRODUCCIÓN

A. *El unilateralismo en la política comercial de los Estados Unidos: el régimen normativo de los artículos 301-310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974*

El régimen normativo previsto en los artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974[1] permite la adopción contra un Estado extranjero de medidas unilaterales[2] de represalia comercial justificadas por razones de

1. El término "artículo 301" se suele utilizar por la doctrina norteamericana para hacer alusión al sistema normativo previsto en los artículos 301-310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974. En este escrito utilizaré expresiones genéricas, como "régimen normativo de los artículos 301-310", cuando me refiera a todo el cuerpo legislativo estadounidense y sólo hablaré de "artículo 301" cuando mi finalidad sea el análisis del contenido específico de esta disposición, es decir, las medidas concretas que puede adoptar el Representante de los Estados Unidos para las Cuestiones Comerciales (*United States Trade* Representative, USTR). Existen otros instrumentos, en los que no nos vamos a detener, relativos igualmente a la adopción de sanciones que están íntimamente relacionados con esta normativa: el "Super 301" y el "Especial 301". Sobre estos estatutos *véase* NORIO KOMURO, "The WTO Dispute Settlement Mechanism - Coverage and Procedures of the WTO Understanding", *JWT*, vol. 29, n. 4, 1995, pp. 73-78; WILLIAM H. LASH, *U.S. International Trade Regulation. A Primer*, 1998, Capítulo 9 ("Section 301 and Trade Retaliation"), pp. 105-118, en pp. 108-110; A. LYNNE PUCKETT y WILLIAM L. REYNOLDS, "Rules, Sanctions and Enforcement Under Section 301: At Odds with the WTO?", *AJIL*, vol. 90, 1996, pp. 657-689, en pp. 677-680; F. J. ZAMORA CABOT, "Los instrumentos unilaterales de apertura de mercados extranjeros: la sección 301 y siguientes del Trade Act of 1974 de los EEUU", *Historia y Derecho, Estudios jurídicos en homenaje al Prof. García Sanz*, Valencia, 1995, pp. 793-806. RAJ BHALA y KEVIN KENNEDY, *World Trade Law*, 1998, Capítulo 10 ("Section 301 Actions") y Capítulo 11 ("The Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights", en pp. 1172-1176) realizan un exhaustivo estudio de estos instrumentos. También es muy detallado e interesante el análisis de C. O'NEAL TAYLOR, "The Limits of Economic Power: Section 301 and the World Trade Organization Dispute Settlement System", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, n. 30, 1997, pp. 209-348.

2. *Véase* ANTONIO REMIRO BROTÓNS, "Universalismo, Multilateralismo, Regionalismo y Unilateralismo en el Nuevo Orden Internacional", *REDI*, vol. LI, n. 1, enero-junio 1999, pp. 11-57. Señala el Profesor Remiro en la p. 14 que "el *unilateralismo* es un término que, (...), tiene una carga intrínsecamente negativa. Cuando hablamos de unilateralismo no nos estamos refiriendo a la opción de una acción individual -o grupal- en ejercicio de un derecho o facultad que, tratándose de una gran potencia o alianza, podría interpretarse como la asunción legítima de un liderazgo sobre los demás; nos estamos refiriendo al ejercicio del poder en contravención de las normas".

política comercial. Fue diseñado como un medio de promoción del cumplimiento o la celebración de acuerdos de liberalización comercial, favorables a los intereses norteamericanos, cuya eficacia descansaba en una amenaza real de sanción unilateral. Ha sido calificado en este sentido como "crowbar"[3], es decir, como una palanca que fuerza la actuación de terceros Estados conforme a las pretensiones comerciales estadounidenses.

Junto con otros dispositivos legales cuya finalidad no responde a motivos estrictamente comerciales, sino que están destinados a adoptar sanciones comerciales por motivos de seguridad nacional o para salvaguardar el respeto de los derechos humanos[4], la normativa objeto de nuestro análisis ha sido consi-

Una recopilación de artículos sobre el unilateralismo se recoge en *EJIL*, junio 2000, vol. 11, n. 2. *Véase* A. CHAYES y A. H. CHAYES, *The New Sovereignty. Compliance with International Regulatory Agreements*, 1995, pp. 88-108, para el análisis específico de las sanciones unilaterales.

3. *Véase* CHRISTIAN SCHEDE, "The Strengthening of the Multilateral System. Article 23 of the WTO Dispute Settlement Understanding: Dismantling Unilateral Retaliation under Section 301 of the 1974 Trade Act?", *World Competition. Law and Economies Review*, vol. 20, n.1, septiembre 1996, pp. 109-138, en p. 109. En cuanto a la denominación del artículo 301 como "crowbar", SCHEDE cita en este artículo a JUDITH H. BELLO, "Section 301: The United States' Response to Latin American Trade Barriers Involving Intellectual Property", *U. Miami Inter-Am. L. Rev.* n. 21, 1989/90, en p. 495.

4. *Véase* ANTONIO REMIRO BROTÓNS, "Universalismo, Multilateralismo, Regionalismo y Unilateralismo en el Nuevo Orden Internacional", *supra* nota 2, p. 21. En relación con estos instrumentos normativos, indica el Profesor Remiro que "(R)ecurrir al comercio como arma -y no sólo como instrumento- de la política exterior es, (...), una tentación permanente. Cuba, objeto de medidas de embargo por Estados Unidos desde hace más de treinta años, ofrece el ejemplo vivo más llamativo, con la *Cuban Liberty and Democratic Solidarity (LIBERTAD) Act* - o *Ley Helms-Burton* - como estandarte. Esta legislación, igual que la promulgada (*Ley D'Amato-Kennedy*) para acosar a otros países *bárbaros*, como Libia y la República Islámica de Irán, proyecta un imperialismo legislativo y jurisdiccional que pretende ejercerse incluso, y sobre todo, a expensas de las políticas y compromisos de países aliados y amigos del *primer mundo*. Sin contar para ello con la necesaria cobertura jurídica (por ejemplo, una resolución del Consejo de Seguridad con base en el capítulo VII de la Carta) Estados Unidos se ha lanzado en plancha a la adopción y aplicación de medidas coercitivas unilaterales de carácter comercial y financiero, que eventualmente impone a las instituciones internacionales en que su peso es decisivo, blandiendo amenazas de sanciones *in foro domestico* a los renuentes. Cuando se ha discutido la conformidad de estas medidas con las obligaciones internacionales de los Estados Unidos, la tentación de invocar la excepción de seguridad nacional para escamotear procedimientos OMC que pudieran acabar en una declaración de infracción ha sido inevitable." La excepción de seguridad nacional prevista en el artículo XXI. b. iii) del GATT sería, en efecto, la única vía posible para justificar la contravención por los Estados

derada como una de las armas no militares más significativas en la política exterior de los Estados Unidos[5].

Sobre la conformidad de los artículos 301-310 de la Ley de 1974 con el Derecho internacional se ha suscitado una interesante polémica. En un extremo de la dialéctica se sitúan aquéllos que consideran que se trata de un instrumento legal, y además lícito, que asegura la aplicación efectiva por los Estados Unidos de las normas del Derecho comercial internacional. En este sentido es considerado como el estatuto principal para combatir las prácticas comerciales extranjeras ilícitas que afectan a las exportaciones norteamericanas[6]. Su legalidad internacional se podría justificar bien sobre la base del recurso a las represalias económicas de carácter unilateral[7], bien a título de contramedida, como reacción frente a un hecho ilícito previo. En el segundo caso se debería

Unidos de sus obligaciones asumidas en virtud de los Acuerdos OMC. A este respecto, *véase* JOHN H. JACKSON, "Helms-Burton, the U.S. and the WTO", *ASIL Insight*, 2. 09. 1998, www.asil.org; KEES J. KUILWIJK, "Castro's Cuba and the Helms-Burton Act. An Interpretation of the GATT Security Exemption", *JWT*, vol. 31, n. 3, 1997, pp. 51 y ss; ANDREAS F. LOWENFELD, "Congress and Cuba: the Helms-Burton Act", *AJIL*, vol. 90, 1996, pp. 431 y ss.

El 3 de octubre de 1996 la CE solicitó el establecimiento de un grupo especial para que se pronunciara sobre la conformidad de la Ley Helms-Burton con el sistema GATT/OMC. Sin embargo el grupo especial establecido por el OSD el 20 de noviembre suspendió sus trabajos, a iniciativa de la CE, el 21 de abril de 1997. Los Estados Unidos y la CE habían alcanzado finalmente un Memorandum de Entendimiento. Este caso es extraordinario desde el punto de vista del procedimiento comunitario interno relativo a la participación de la CE en el SSD de la OMC. No es sin embargo en esta ocasión cuando voy a dedicarme a su análisis. La línea defendida por la CE ha sido analizada por FRANCISCO GARCIMARTÍN, "La reacción europea a las sanciones norteamericanas contra Cuba, Irán y Libia", *GJCE*, n. 120, 1997, pp. 19-23; JURGEN HUBER, "La réaction de l'Union Européenne face aux lois américaines Helms-Burton et D'Amato", *RMCUE*, n. 408, 1997, pp. 301-308; CARMEN LÓPEZ JURADO, "La controversia entre la Unión Europea y Estados Unidos relativa a la Ley Helms-Burton" *RDCE*, n. 2, 1997, pp. 581-595.

5. *Véase* RAJ BHALA y KEVIN KENNEDY, *supra* nota 1, en el Capítulo 10 "Section 301 Actions", pp. 1010 y 1014, califican el artículo 301 como "the most potent weapon in America's unilateral action arsenal".

6. *Véase* RAJ BHALA y KEVIN KENNEDY, *supra* nota 1, en Capítulo 10 "Section 301 Actions", p. 1014.

7. Las represalias económicas unilaterales no quedan prohibidas *per se* por el Derecho internacional, pero su uso sí está limitado y resulta excepcional.

motivar la existencia de ese ilícito internacional, así como que la medida de respuesta cumple los requisitos exigidos por el Derecho internacional[8].

Se enfrentan a esta tesis los que sostienen que esta normativa no es sino un ejemplo más de la acostumbrada aplicación extraterritorial de las leyes norteamericanas.

En esta línea crítica, se considera como un instrumento que habría perdido su razón de ser en la medida en que el gran éxito de la *Ronda Uruguay* ha consistido en el establecimiento de un procedimiento obligatorio y efectivo de solución de diferencias comerciales, frente a la negociación permanente y las medidas de coerción características del sistema del GATT de 1947. El sistema actual preserva los derechos de los socios comerciales con menor presencia en la arena internacional y evita la escalada de represalias comerciales cruzadas entre las grandes potencias económicas[9].

De forma gráfica se ha explicado por los socios comerciales de los Estados Unidos principalmente afectados por esta legislación que su naturaleza *unilateral* responde a una técnica disuasoria, a través de la cual "el mero hecho de llevar un gran palo es, en muchas ocasiones, un medio tan efectivo como su utilización"[10]. En definitiva, se ha entendido como una muestra clara de que los Estados Unidos pretenden "continuar solos" en el ámbito económico-internacional.

Esta actitud merece ciertamente algún tipo de reflexión dado que, como he indicado, uno de los resultados más notables de la *Ronda Uruguay* ha sido el reforzamiento del sistema para la solución *multilateral* de las diferencias comerciales[11]. No en vano se ha señalado que el nuevo *Sistema de Solución de*

8. *Véase* ANTONIO REMIRO BROTÓNS, JAVIER DÍEZ-HOCHLEITNER, LUIS PÉREZ-PRAT DURBÁN, ESPERANZA ORIHUELA CALATAYUD, ROSA RIQUELME CORTADO, *Derecho Internacional*, 1997, pp. 455-459.

9. *Véase* ANTONIO REMIRO BROTÓNS, "Universalismo, Multilateralismo, Regionalismo y Unilateralismo en el Nuevo Orden Internacional", *supra* nota 2, pp. 18 y 23.

10. *Véase* DANIEL PRUZIN, "European Union Says WTO Ruling Defangs US Trade Sanction Law", *Euro Watch*, vol. 12, n. 3, 2000, pp. 1 y 9. PRUZIN reproduce los términos en que se expresó RODERICK ABBOT: "...countries faced with a threat of unilateral action "may in effect be forced to give in to the demands imposed by the Member exerting the threat, even before (dispute settlement) procedures have been activated. To put it differently, *merely carrying a big stick is, in many cases, as effective a means to having one's way as actually using the stick*" (énfasis añadido).

11. *Véase* THOMAS COTTIER, "Dispute Settlement in the World Trade Organization: Characteristics and Structural Implications for the European Union",

Diferencias de la Organización Mundial del Comercio (OMC) ha "multilateralizado" el sistema normativo previsto en los artículos 301-310[12], es decir, ha institucionalizado un sistema para la aplicación coactiva de los derechos comerciales, que entra en funcionamiento una vez agotados otros medios alternativos de solución de diferencias y previa autorización del *Órgano de Solución de Diferencias*.

En esta línea, se señala que el "unilateralismo agresivo"[13]característico de la legislación estadounidense resulta difícilmente compatible con el sistema GATT/OMC, y se pone en tela de juicio su posible justificación como una vía subsidiaria que permita preservar legítimamente los derechos comerciales norteamericanos en un ámbito ajeno a los Acuerdos OMC. Más aun, como hemos apuntado al principio, se duda sobre la legitimidad de una normativa que, si bien preserva formalmente el funcionamiento del *Sistema de Solución*

CMLR, vol. 35, 1998, pp. 325-378; H. CHONG KIM, "The WTO Dispute Settlement Process: A Primer", *JIEL*, vol. 2, 1999, pp. 457-476; PIET J. KUIJPER, "The New WTO Dispute Settlement System. The Impact on the European Community", *JWT*, vol. 29, n. 6, 1995, pp 49-71; DAVID PALMENTER y PETROS MAVROIDIS, *Dispute Settlement in the WTO*, 1999; ERNST-ULRICH PETERSMANN, *The GATT/WTO Dispute Settlement System: international law, international organizations and dispute settlement*, 1997.

12. *Véase* RAJ BHALA y KEVIN KENNEDY, *supra* nota 1, p. 1050 y 1066, donde sugieren que el artículo 22 del *Entendimiento* equivale a una acción multilateral del artículo 301; MATTHEW SCHAEFER, "Section 301 and the World Trade Organization: A Largely Peaceful Coexistence to Date", *JIEL*, vol. 1, n. 1, marzo 1998, pp. 156-160, en p. 17; CHRISTIAN SCHEDE, *supra nota 3*, p. 136, indica que cuando se suscita una diferencia comercial en el contexto de la OMC, ya no se plantea la necesidad de recurrir al sistema de las represalias unilaterales previstas en el artículo 301, porque actualmente la amenaza de represalias más efectiva deriva de las mejoras introducidas en el mecanismo para la solución de las diferencias de la OMC. En esta línea, el artículo 301 se ha internacionalizado, es decir, ha pasado a ser un instrumento legítimo al que, bajo ciertas cautelas, pueden recurrir todos los miembros de la OMC. Sobre la internacionalización del artículo 301 BHALA - KENNEDY y SCHEDE citan a JUDITH H. BELLO y Alan HOLMER, "GATT Dispute Settlement Agreement: Internationalization or Elimination of Section 301?", *Int'l Law*, n. 26, 1992, en p. 799 ("the (Dispute Settlement) Understanding internationalizes section 301 by providing dramatically more effective international enforcement against unfair traders") y 795, respectivamente.

13. Este término se debe a JAGDISH BHAGWATI y HUGH T. PATRICK (eds.), *Aggressive Unilateralism: America's 301 Trade Policy and the World Trading System*, 1990. Otros autores se refieren al "unilateralismo persistente": RAJ BHALA, "Hegelian Reflections on Unilateral Action in the World Trading System", *Berkeley Journal of International Law*, 1998, citado en RAJ BHALA y KEVIN KENNEDY, *supra* nota 1, en p. 1048 y nota 192.

de Diferencias de la OMC[14], permite, en cambio, la adopción de decisiones contrarias al funcionamiento del sistema multilateral.

Sobre la adecuación de esta normativa al actual sistema comercial multilateral y la viabilidad de su mantenimiento se detiene el informe cuyo estudio nos ocupa.

B. *La impugnación por la Comunidad Europea de la legislación estadounidense*

En 1998 la Comunidad Europea (CE) impugnó ante el *Órgano de Solución de Diferencias* de la OMC la compatibilidad con el sistema GATT/OMC de algunos aspectos de los artículos 301-310 la Ley de Comercio Exterior de 1974 de los Estados Unidos.

La CE estimó que esta legislación constituía una medida unilateral prohibida por el artículo 23 del *Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias*[15] de la OMC.

En marzo de 1999 se estableció un Grupo Especial, que el 22 de diciembre de ese mismo año emitió un informe[16] en el que, rechazando la pretensión comunitaria, se pronunció a favor de la adecuación de la normativa recurrida con las obligaciones derivadas de los Acuerdos OMC. Ninguna de las partes en la diferencia ha apelado este informe[17].

14. Como se verá en lo sucesivo, el funcionamiento de los artículos 301-310 es formalmente compatible con el *Entendimiento* en cuanto que los plazos en él previstos permiten que el Representante de los Estados Unidos para las Cuestiones Comerciales (USTR) no se pronuncie sobre la existencia de una medida contraria a los intereses comerciales norteamericanos hasta que lo haya hecho el Órgano de Solución de Diferencias. *Véase* DAVID W. LEEBRON, "An Overview of the Uruguay Round Results", *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 34, n. 1, pp. 11-35, en p. 17; CHRISTIAN SCHEDE, *supra* nota 3, pp. 130-135.

15. Este *Entendimiento* o *Entendimiento para la Solución de Diferencias*, que figura como Anexo 2 del *Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio*, prevé un mecanismo multilateral para la solución de las diferencias comerciales suscitadas en el contexto de los Acuerdos de la OMC.

16. *Estados Unidos - Artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974*, WT/DS152/R, informe del 22 de diciembre de 1999. Para un apunte divulgativo muy útil *véase Boletín ICE Económico*, n. 2647, 20-26 marzo de 2000, pp. 48 y 64.

17. Esta es la primera ocasión en la que una diferencia comercial que enfrenta a la CE y los Estados Unidos no ha alcanzado la fase de apelación.

El Grupo Especial entendió que la legislación impugnada no era contraria al *Entendimiento* porque su aplicación se basaba en las garantías dadas por la administración norteamericana, antes y durante el procedimiento, de recurrir a los artículos 301-310 sólo de forma que resultara compatible con las obligaciones dimanantes del *Entendimiento*[18].

Otro argumento "fuerte" en defensa de la legislación comercial en causa es que deja un margen de apreciación al Gobierno de los Estados Unidos que le permite actuar conforme a las obligaciones asumidas en virtud de los Acuerdos OMC. Como veremos a continuación, uno de los aspectos más interesantes en el que se detiene el informe del Grupo Especial consiste en el análisis de la posible contravención de las normas OMC por aquellas disposiciones legislativas que no *exigen*, pero sí *permiten*, adoptar decisiones incompatibles con dichas normas[19].

Sin embargo, el informe aclaró que esta legislación no estaría justificada si en un futuro el Gobierno de los Estados Unidos derogara o dejara sin efecto sus compromisos. Se puede entender que, en este sentido, el informe reduce la discrecionalidad del Representante de los Estados Unidos para las Cuestiones Comerciales (*United States Trade Representative*, en adelante USTR) para adoptar represalias comerciales unilaterales[20].

C. *La Ronda Uruguay: ¿multilateralismo y unilateralismo en el nuevo sistema comercial?*

Con ocasión de las negociaciones de la *Ronda Uruguay* relativas al contenido del futuro artículo 23 del *Entendimiento para la Solución de Diferencias*, la cuestión de la compatibilidad del mantenimiento de medidas unilaterales con la nueva aproximación multilateral al sistema de solución de diferencias comerciales resultó muy polémica.

Se ha puesto de relieve cómo las negociaciones del artículo 23 del *Entendimiento* son un buen ejemplo acerca de la relevancia del poder

18. *Véase Estados Unidos - Artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974*, párrafo 8.1.

19. *Véase* DAVID PALMENTER y PETROS MAVROIDIS, *supra* nota 11, pp. 25 y 26, tratan el estatuto de las legislaciones que otorgan un poder discrecional para actuar de forma contraria a los Acuerdos OMC; CHRISTIAN SCHEDE, *supra* nota 3, pp. 126 y 127.

20. *Véase* DANIEL PRUZIN, *supra* nota 10.

económico de un país, los Estados Unidos, en la dinámica de las negociaciones comerciales[21].

El artículo 23[22], que, como indica su título, trata del *Fortalecimiento del Sistema Multilateral*, establece un principio general según el cual los Miembros recurrirán a las normas y procedimientos del *Entendimiento*, que deberán acatar, cuando se trate de reparar el incumplimiento de obligaciones u otro tipo de anulación o menoscabo de las ventajas resultantes de los acuerdos abarcados, o un impedimento al logro de los objetivos de estos acuerdos.

Además, esta disposición concreta los compromisos específicos que asumen los Miembros para cumplir el principio general antes enunciado[23].

21. *Véase* CHRISTIAN SCHEDE, *supra* nota 3, p. 113. SCHEDE menciona la contribución de ROBERT E. HUDEC "Dispute Settlement" a la obra colectiva editada por JEFFREY J. SCHOTT, *Completing the Uruguay Round: A Results-Oriented Approach to the GATT Trade Negotiations*, donde señala en la página 187 que "Section 301 changed the negotiating dynamic. Instead of debating rather abstractly how much GATT dispute settlement should be strengthened, negotiators were now asking how much strengthening it would take to persuade the Congress to put these unilateral remedies back on the shelf and return to primary reliance on GATT law".

22. El art. 23 del *Entendimiento - Fortalecimiento del sistema multilateral* - dispone lo siguiente:

1. Cuando traten de reparar el incumplimiento de obligaciones u otro tipo de anulación o menoscabo de las ventajas resultantes de los acuerdos abarcados, o un impedimento al logro de cualquiera de los objetivos de los acuerdos abarcados, los Miembros recurrirán a las normas y procedimientos del presente Entendimiento, que deberán acatar.

2. En tales casos, los Miembros:

a) no formularán una determinación de que se ha producido una infracción, se han anulado o menoscabado ventajas o se ha comprometido el cumplimiento de uno de los objetivos de los acuerdos abarcados, excepto mediante el recurso a la solución de diferencias de conformidad con las normas y procedimientos del presente Entendimiento, y formularán tal determinación de forma coherente con las constataciones que figuren en el informe del grupo especial o del Órgano de Apelación, adoptado por el Órgano de Solución de Diferencias, o en el laudo arbitral dictado con arreglo al presente Entendimiento;

b) seguirán los procedimientos establecidos en el artículo 21 para determinar el plazo prudencial para que el Miembro afectado aplique las recomendaciones y resoluciones; y

c) seguirán los procedimientos establecidos en el artículo 22 para determinar el nivel de suspensión de las concesiones u otras obligaciones resultantes de los acuerdos abarcados en el caso de que el Miembro afectado no haya aplicado las recomendaciones y resoluciones dentro de ese plazo prudencial.

23. *Véase* RAJ BHALA y KEVIN KENNEDY, *supra* nota 1, en p. 43, "Introduction to the GATT-WTO System"; CHRISTIAN SCHEDE, *supra* nota 3, pp. 117-122.

Así, prohíbe a los Miembros hacer determinaciones unilaterales en las materias siguientes: (1) violación (en sentido amplio) de los acuerdos abarcados, (2) determinación del incumplimiento por otro Miembro de una recomendación del Órgano de Solución de Diferencias en el plazo prudencial establecido al efecto o (3) fijación del nivel de suspensión o concesiones apropiado y autorización de las mismas. El *Entendimiento* es, por lo tanto, el mecanismo exclusivo para la resolución de estas cuestiones[24].

El artículo 23 refleja pues la síntesis entre el reforzamiento del *Sistema de Solución de Diferencias*[25] y el compromiso explícito de los Miembros de

24. Id. en pp. 43 y 120-122, respectivamente. SCHEDE se refiere al *monopolio* de la OMC para realizar estas constataciones. BHALA y KENNEDY señalan como excepción a esta exclusividad lo dispuesto en el art. 25 del *Entendimiento*, dedicado al arbitraje como medio alternativo de solución de diferencias.

25. WILLIAM J. DAVEY, "The WTO Dispute Settlement System", *JIEL*, vol. 3, n.1, marzo 2000, pp. 15-18, en p. 15, opina que el Sistema de Solución de Diferencias de la OMC ha experimentado una serie de mejoras (que claramente han supuesto la superación de las deficiencias más preocupantes del antiguo procedimiento) y señala que el éxito del SSD es determinante para el de la propia OMC, puesto que sólo un sistema de solución de diferencias efectivo puede asegurar la ejecución de las normas, que es un punto clave para la estabilidad de las relaciones comerciales. JAVIER DÍEZ-HOCHLEITNER y CARLOS ESPÓSITO, "EU-US Trade Relations: Legitimate Expectations From the WTO Dispute Settlement System?", *The Forum for US-EU Legal Economic Affairs* organized by the Mentor Group, pp. 5-23, en p. 10, subrayan que el art. 23 del *Entendimiento* limita los poderes discrecionales de los Miembros de la OMC, que deben respetar los procedimientos en él previstos en sus respuestas a las violaciones de los Acuerdos OMC cometidas por otros Miembros. Estos autores indican que para un sector doctrinal el art. 23 ha supuesto la integración de los sistemas de medidas de autotutela. Remiten a este respecto al exhaustivo estudio de JAVIER FERNÁNDEZ PONS, "Self Help and the WTO", en PAOLO MENGOZZI (ed.), *International Trade Law on the 50th Anniversary of the Multilateral Trade System*, 1999. El razonamiento acerca del reforzamiento del sistema multilateral lo encontramos igualmente en DAVID PALMENTER y PETROS MAVROIDIS, *supra* nota 11, p. 153, que ponen el acento en la relevancia dentro del sistema de las normas relativas a la adopción y ejecución de los informes del Órgano de Solución de Diferencias. CHRISTIAN SCHEDE, *supra* nota 3, p. 112, indica que "(p)laying a central role regarding the WTO' credibility, the DSU is part of that multilateral framework providing procedural obligations for the settlement of disputes under the auspices of the WTO. Whereas the WTO Agreement generally provides that Member States are obliged to ensure the conformity of its laws, regulations and administrative procedures with its obligations (art. XVI: 4 WTO Agreement), DSU Article 23 particularly calls for resorting to the multilateral dispute settlement mechanism". Sobre la aplicación del derecho sustantivo de la OMC, *véase* ASIF QURESHI, *The World Trade Organization: Implementing International Trade Norms*, 1996. Una recensión sobre esta obra se puede encontrar

no adoptar medidas unilaterales para asegurar el respeto de sus políticas comerciales, compromiso cuyo ámbito de aplicación resultó más limitado y modesto que el previsto inicialmente en los proyectos preparatorios de esta disposición[26].

En un principio se propuso que el texto del artículo 23 estipulara la obligación de todos los Miembros de no adoptar medidas unilaterales que resultaban por sí mismas contrarias a una aproximación multilateral. El primer borrador prohibía con carácter general el recurso a las medidas unilaterales o su amenaza, que se consideraban contrarias a las normas y procedimientos multilaterales. El texto definitivo, sin embargo, sólo prohíbe estas medidas cuando se recurre a los procedimientos multilaterales del *Sistema de Solución de Diferencias* del GATT/OMC.

El *Órgano de Solución de Diferencias* ha puesto de manifiesto la tendencia de recurrir al *Entendimiento*, en las materias reguladas por los acuerdos multilaterales, de acuerdo con la finalidad del artículo 23[27].

Desde antes de la entrada en vigor del *Entendimiento*, los Estados Unidos manifestaron que el régimen normativo previsto en los artículos 301-310 no sería derogado ni modificado, pero que no por ello dejarían de recurrir en primera instancia a los derechos conferidos por el *Entendimiento*. Los Estados Unidos señalaron que, si bien aceptaban el compromiso de poner en conformidad con el *Entendimiento* su legislación e igualmente consentían en abstenerse de adoptar represalias contrarias al sistema del GATT, los artículos 301-310 no constituían un objeto de negociación en el contexto de la Ronda[28].

Desde luego que estos antecedentes explican de forma contundente el proceso legislativo desarrollado en los Estados Unidos a finales de 1994 para ejecutar los resultados de la *Ronda Uruguay*. En el último apartado del siguiente epígrafe examinaré las repercusiones de este proceso en el sistema normativo de los artículos 301-310.

en IRENE BLÁZQUEZ NAVARRO, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n. 1, 1999, pp. 299-305.

26. Se puede consultar al respecto, C. O'NEAL TAYLOR, *supra* nota 1; CHRISTIAN SCHEDE, *supra* nota 3, pp. 111-116 y TERENCE P. STEWART (ed.), *The GATT Uruguay Round: A Negotiating History* (1986-1992), 1993, vol. II.

27. WTO, Dispute Settlement Body, Annual Report (1996), WT/DSB/9, en p. 16.

28. *Véase* TERENCE P. STEWART, *supra* nota 26, p. 2779.

II. EL CONTENIDO NORMATIVO Y EL PROCEDIMIENTO DE LOS ARTÍCULOS 301-310 DE LA LEY DE COMERCIO EXTERIOR DE 1974 DE LOS ESTADOS UNIDOS

A. *Finalidad de los artículos 301-310*

El sistema normativo de los artículos 301-310[29]es un instrumento que concede al USTR la autoridad para identificar, perseguir y sancionar unilateralmente las leyes, políticas o prácticas de un gobierno extranjero relacionadas con el comercio internacional, que considera obstaculizan o limitan los derechos de los Estados Unidos por ser injustas, injustificables, no razonables o discriminatorias. Estas medidas perjudican los intereses de los exportadores de los Estados Unidos que compiten en ese Estado con productores nacionales.

La finalidad de una investigación llevada a cabo según el artículo 301 y de cualquier medida de represalia ulterior que se pueda adoptar como consecuencia de los resultados de esta investigación, consiste en persuadir a ese gobierno extranjero para que, bajo la amenaza de acciones unilaterales, modifique o elimine su conducta en relación con el trato que da a las exportaciones estadounidenses de mercancías y servicios, o en relación con el trato de las exportaciones de ese país a los Estados Unidos.

En general, las represalias adoptan la forma de un incremento de aranceles o de las barreras no arancelarias contra un tipo de mercancía o servicio particular, o contra una clase de mercancía o servicio.

B. *Criterios sustantivos: artículos 301 a) y 301 b)*

Para poder hacer un balance ajustado de los argumentos a favor y en contra de la conformidad de los artículos 301-310 con el sistema GATT/OMC, es preciso conocer también cuáles son los presupuestos sustantivos que

29. Sobre el funcionamiento de los arts. 301-310 se puede consultar la bibliografía *cit. supra* en nota 1 y además, JAGDISH BHAGWATI y HUGH T. PATRICK, *supra* nota 13; CHRISTIAN SCHEDE, *supra* nota 3, y ALAN O SYKES, "Constructive Unilateral Threats in International Commercial Relations: The Limited Case for Section 301", *Law & Policy in International* Business, n. 23, pp. 263 ss.

determinan el inicio de una investigación y la adopción de ulteriores medidas de coacción comercial conforme a esta legislación.

El artículo 301 se refiere a:

— las leyes, políticas o prácticas de un país extranjero que niegan los derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo comercial bilateral o multilateral, o son injustificables y obstaculizan o limitan el comercio de los Estados Unidos (art. 301a);

— las leyes, políticas o prácticas de un país extranjero que no son razonables o son discriminatorias y obstaculizan o limitan el comercio de los Estados Unidos (art. 301 b).

El sentido del artículo 301 en sus apartados a) y b) es distinto. En el primer caso el USTR debe analizar si la medida extranjera viola los derechos de los Estados Unidos en virtud de un acuerdo comercial bilateral o multilateral, o si es injustificable y obstaculiza o limita el comercio de los Estados Unidos. Si la medida viola los derechos comerciales de los Estados Unidos, se presume una obstaculización o limitación. En estos casos, una conclusión afirmativa sobre la existencia de una medida que se corresponda con los rasgos descritos impone la adopción imperativa de medidas de represalia.

En la segunda hipótesis (art. 301 b), se asume implícitamente que no se produce una violación de los derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo comercial. El USTR tiene que evaluar si la medida en cuestión no es razonable o es discriminatoria y, superado este test, si obstaculiza o limita el comercio de los Estados Unidos. El USTR tiene discrecionalidad para continuar el procedimiento y, por tanto, adoptar medidas de represalia.

Las definiciones utilizadas en los apartados a) y b) para identificar las medidas extranjeras que pueden desencadenar el inicio de una investigación, resultan muy laxas e incompletas. No es evidente cuáles son los rasgos que diferencian a los tipos definidos en los dos apartados del artículo 301.

No es la pretensión de estas líneas analizar con detenimiento los requisitos sustantivos que deben concurrir para motivar el inicio del procedimiento previsto en la normativa estadounidense, sino más bien indicar cuáles son las medidas que puede adoptar el USTR si concluye que se cumplen estos presupuestos y en qué plazo deben decidirse, para así enjuiciar su conformidad con el sistema GATT. Sin embargo, no quiero dejar de significar que la ausencia de pautas claras acerca de lo que se considera una medida injustificable, discriminatoria o no razonable, término este último relativo a la injusticia

o deslealtad de la medida en cuestión, es una baza evidente a favor de la discrecionalidad del ejecutivo norteamericano[30].

C. *Procedimiento de los artículos 301-310: iniciación, investigaciones, consultas, represalias*

El procedimiento previsto en los artículos 301-310 puede iniciarlo el USTR de oficio o a instancia de parte. Sin embargo, no se reconoce a los particulares *ius standi*, sino que simplemente se regula un procedimiento administrativo a través del cual éstos pueden solicitar a la administración norteamericana que actúe en defensa de sus derechos.

30. El margen de apreciación discrecional del USTR puede alcanzar cotas de arbitrariedad respecto de la determinación de las medidas "no razonables", cuya definición resulta ciertamente insatisfactoria. La referencia a "las leyes, políticas o prácticas que, aunque no supongan necesariamente una infracción de los derechos de carácter jurídico internacional que corresponden a los Estados Unidos ni sean incompatibles con ellos, sí son de otro modo *desleales* o *injustas*", carece de límites jurídicos internacionales identificables *a priori*. Probablemente es éste el motivo por el que apunta MATTHEW SCHAEFER, *supra* nota 12, en p. 159, que la aplicación del art. 301 puede resultar especialmente controvertida a la hora de determinar las medidas extranjeras que responden al test de la "no razonabilidad". SCHAEFER se remite en este sentido al estudio de THOMAS O. BAYARD y KIMBERLY A. ELLIOT, *Reciprocity and Retaliation in US Trade Policy*, 1994, en p. 347. En esta misma línea, RAJ BHALA y KEVIN KENNEDY, *supra* nota 1, indican que las carencias de esta definición se explican por su carácter subjetivo, normativo y por tanto controvertido, y difícil de aplicar en la práctica. En cuanto a la subjetividad de la definición, RAJ BHAL y KEVIN KENNEDY, *supra* nota 1, Capítulo 10, nota 84, citan a JUDITH BELLO y ALAN HOLMER, "Section 301 of the Trade Act of 1974: Requirements, Procedures and Developments", *Nw. J. Int'l L. & Bus.*, n. 7, 1986, p. 633, donde se dice que las leyes no razonables, al no ser de forma necesaria contrarias a un acuerdo internacional, representan potencialmente la determinación más unilateral que se puede llevar a cabo en virtud del artículo 301. *Véanse* además las reflexiones de KENNETH W. ABBOTT, "Defensive Unfairness: The Normative Structure of Section 301, en JAGDISH N. BHAGWATI y ROBERT E. HUDEC (eds.), *Fair Trade and Harmonization*, vol. 2, 1996, pp. 415-463. El autor distingue dentro del artículo 301 entre normas de justicia y normas de responsabilidad. Es muy clarificadora la contribución de C. O'NEAL TAYLOR, *supra* nota 1, sobre la interrelación entre los supuestos de "no violación" del sistema GATT/OMC y los casos del artículo 301 b) de la Ley de 1974. En definitiva, es el uso que en la práctica se haya hecho del artículo 301 para identificar el supuesto, el criterio determinante de la autocontención del sistema normativo norteamericano. *Véase* en este sentido el estudio de C. O'NEAL TAYLOR, *supra* nota 1.

Una solicitud dirigida al USTR debe incluir los argumentos suficientes para justificar el cumplimiento de los criterios sustantivos relevantes ya expuestos. A la hora de decidir si es adecuado admitir una solicitud, el USTR tiene en cuenta si la acción emprendida sería un remedio efectivo para combatir la medida del gobierno extranjero. En este trabajo el USTR está asistido por el denominado "Comité del artículo 301". Si acepta la petición, entonces el USTR ofrece la posibilidad de que se celebre una vista pública en la que puede intervenir cualquier particular interesado.

Como regla general, las consideraciones de índole política tienen un fuerte peso en la decisión del USTR de iniciar o no el procedimiento de los artículos 301-310. Se le concede una amplia discrecionalidad política, que le permite considerar un complejo número de factores. Entre éstos, cabe destacar: el trabajo de *lobby* que haya desarrollado la empresa afectada, el hecho de que ésta represente a un sector económico clave para la economía norteamericana, el carácter más o menos prioritario del mercado extranjero dentro de la estrategia de apertura de los Estados Unidos. Igualmente será determinante que la investigación recaiga sobre la medida de un gobierno cuyo apoyo sea necesario para los Estados Unidos de cara a sus objetivos de carácter extra-económicos, así como el factor de que el gobierno contra el que se dirige la investigación haya sido objeto recientemente de una acción de las previstas en esta regulación comercial.

Una vez que el USTR, de oficio o a instancia de parte, decide iniciar una investigación por entender que se puede identificar la medida controvertida como una de las definidas en el artículo 301 a) o b), debe solicitar al gobierno extranjero la celebración de consultas, cuyo objetivo es alcanzar una solución mutuamente aceptable. El particular no es parte en estas consultas.

En la práctica, es en este estadio en el que se resuelven gran parte de las reclamaciones formuladas y no se precisa hacer uso de las ulteriores medidas unilaterales. Ésta es la opción que resulta menos costosa para la diplomacia estadounidense. Además, sus socios comerciales, sabedores de la fuerza sancionadora del régimen normativo de los artículos 301-310, intentarán llegar a un compromiso políticamente aceptable durante esta fase.

Se debe tener presente que el artículo 303 establece que en aquellos supuestos en los que la diferencia se suscita en un ámbito regulado por un acuerdo comercial específico, el USTR se remitirá al procedimiento de arreglo

de las diferencias previsto en ese acuerdo[31]. En términos generales, el USTR deberá recurrir específicamente al *Entendimiento para la Solución de Diferencias*, debido al carácter global de los Acuerdos OMC[32].

El artículo 303 se ha utilizado como argumento para subrayar que el USTR no tiene una licencia ilimitada para comportarse como un "cowboy"[33] en el ámbito de las relaciones exteriores comerciales, sino que debe asumir los postulados del sistema multilateral. No obstante, téngase en cuenta que el USTR es, en definitiva, el juez de su propia competencia o el garante de sus obligaciones, en la medida en que tiene reconocida una absoluta discrecionalidad para decidir si la medida entra en el ámbito de aplicación de los Acuerdos OMC[34]. En conclusión, la administración norteamericana tiene una capacidad de acción mucho mayor de la que formalmente resulta apreciable[35].

31. Cuando en el plazo previsto para la celebración de las consultas (o bien en los 150 días posteriores a la fecha en que éstas se iniciaron, si este segundo plazo fuera más breve que el anterior) no se haya llegado a una solución mutuamente aceptable, el USTR solicitará con prontitud que se inicien los procedimientos formales de solución de diferencias previstos en dicho acuerdo. RAJ BHALA y KEVIN KENNEDY, *supra* nota 1, en p. 1036, puntualizan que el recurso al procedimiento de solución de diferencias previsto en un acuerdo comercial determinado es más probable que proceda en los casos del artículo 301 a), puesto que las medidas del artículo 301 b) no implican la violación de derechos dimanantes de un acuerdo comercial.

32. El carácter "cuasi-omnicomprensivo" de los Acuerdos OMC es uno de los argumentos que ha sido utilizado en contra de la posible justificación de los artículos 301-310 como mecanismo subsidiario de represalia comercial. CHRISTIAN SCHEDE, *supra* nota 3, p. 136, sostiene que la adopción de represalias en virtud de esta normativa puede cumplir un papel importante en aquellos ámbitos materiales que no sean *todavía* objeto de las obligaciones OMC. Este *todavía* expresa el carácter expansivo del régimen OMC, rasgo que se debe considerar como cautela que module la discrecionalidad de apreciación del USTR. SCHEDE, a pesar de defender la utilidad de los artículos 301-310 como mecanismo residual, no deja por ello de señalar que "the broader the range of substantive WTO obligations, the smaller the reservoir for retaliation that do not constitute treaty obligations". Por tanto, incluso en los ámbitos ajenos a las obligaciones OMC, las represalias adoptadas de conformidad con la legislación norteamericana deben respetar los compromisos asumidos por los Estados Unidos en dicho contexto multilateral.

33. *Véase* RAJ BHALA y KEVIN KENNEDY, *supra* nota 1, en p. 1036.

34. THOMAS O. BAYARD y KIMBERLY A. ELLIOT, *supra* nota 30, tienen en cuenta la discrecionalidad del USTR para adoptar decisiones a lo largo de todo el procedimiento (y no sólo en relación con el punto concreto al que me he referido) y afirman que actúa como un "self-appointed judge, jury and executioner in the pursuit of trade justice".

35. En cualquier caso, la adopción de medidas de represalia en los ámbitos regulados por los Acuerdos OMC sin recurrir previamente al *Entendimiento* de la

Son tres los resultados que se pueden alcanzar después de la fase de consultas. En primer lugar, la resolución de la diferencia. En este caso el USTR controla la ejecución por el gobierno extranjero de los términos del acuerdo.

Otra posibilidad es que, pactada una solución mutuamente aceptable, el USTR considere que no se está aplicando de forma satisfactoria. Si el gobierno extranjero no adecúa su conducta a lo acordado, se considera un incumplimiento de los regulados en el artículo 301 a), y el USTR decidirá qué nuevas medidas deberán adoptarse contra el gobierno extranjero.

Si es el informe adoptado por el *Órgano de Solución de Diferencias* el objeto del incumplimiento, el USTR adoptará nuevas medidas a más tardar 30 días después del vencimiento del plazo prudencial previsto para tal aplicación en el artículo 21 del *Entendimiento*. Volveremos sobre este punto al examinar el informe del Grupo Especial.

Por último, puede resultar que a través de las consultas no se consiga resolver la diferencia. En esta situación, el USTR, sobre la base de las investigaciones y de las consultas, determinará si se cumplen los presupuestos de los párrafos a) o b) del artículo 301. Si el USTR hace una determinación positiva acerca de la existencia de una medida que se ajuste a lo dispuesto en el artículo 301 a)[36], o si la determinación se refiere al artículo 301 b) y además decide que es adecuada su reacción[37], entonces procederá a la fijación de represalias en el plazo de los 30 días posteriores a la fecha en que se haya formulado dicha determinación.

Existen excepciones a la obligación de adoptar represalias conforme al párrafo a) del artículo 301. En primer lugar, la adopción de represalias deja de ser un mandato vinculante para el USTR si el *Órgano de Solución de Diferencias* ha adoptado el informe de un panel o del *Órgano de Apelación* en

OMC, resultaría contraria a las obligaciones asumidas por los Estados Unidos. Esa actuación podría desencadenar el inicio del procedimiento previsto en el *Entendimiento* contra los Estados Unidos y, además, sería contraria a la exigencia del propio artículo 303.

36. El USTR, como señalé al tratar los criterios sustantivos, estará obligado a adoptar represalias contra ese Estado, y hacer así efectivos los derechos comerciales estadounidenses.

37. El USTR tiene una amplia discrecionalidad para resolver si la actuación del ejecutivo es apropiada y, si así lo considerara, para adoptar todas las medidas adecuadas y posibles para proteger los derechos de los Estados Unidos Esta discrecionalidad del USTR se explica porque, tal y como hemos señalado, las medidas perseguidas por mor del artículo 301 b) no suponen la violación de un acuerdo comercial.

el que se concluye que los derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de ese acuerdo comercial no se están negando, o que la ley, política o práctica no constituye una infracción de los derechos de los Estados Unidos ni es incompatible con ellos.

Tampoco lo es si el USTR constata que, a pesar de no haberse llegado a un acuerdo en la fase de consultas, el gobierno extranjero está adoptando medidas satisfactorias para proteger los derechos de los Estados Unidos, o que ha aceptado suprimir la medida controvertida, o que ha convenido una solución rápida a la restricción.

En este mismo sentido, se exime al USTR de la aplicación obligatoria de medidas de represalia si constata que al gobierno extranjero le resulta imposible suprimir la ley, política o práctica en cuestión o adoptar los acuerdos mencionados, pero ofrece beneficios comerciales compensatorios que estima satisfactorios.

Por último, en casos extraordinarios, cuando las represalias pueden tener un efecto negativo para la economía de los Estados Unidos, claramente desproporcionado en comparación con los beneficios que se derivarían de la misma, o si su adopción puede causar un daño grave a la seguridad nacional, también quedaría exceptuada la obligación del USTR.

El alcance de las facultades sancionatorias del USTR se regula en el artículo 301 c), a través de la enumeración de una serie de medidas. Así, por ejemplo, el USTR está autorizado para suspender o retirar los beneficios que supongan las concesiones hechas para dar cumplimiento a un acuerdo comercial con el país extranjero, o a impedir el disfrute de esos beneficios. Igualmente puede imponer restricciones a la importación de mercancías o servicios. También estará legitimado para establecer con el país extranjero unos acuerdos vinculantes en virtud de los cuales éste se compromete a, por ejemplo, suprimir gradualmente la ley, política o práctica que sea objeto de la diferencia, o bien a eliminar los obstáculos o limitaciones al comercio resultantes de esa medida.

En su actuación el USTR se tiene que guiar por un criterio de proporcionalidad, es decir, estas medidas "adecuadas y posibles" deberán afectar a mercancías o servicios del país extranjero en una cuantía equivalente al valor del obstáculo o restricción que haya impuesto ese país al comercio de los Estados Unidos.

Por último, quiero resaltar la importancia capital de dos rasgos de la normativa estadounidense, en los que, sin embargo, no me voy a extender en esta ocasión, por no ser imprescindible para el estudio que nos proponemos.

Me refiero, en primer lugar, a la ausencia de una disposición expresa relativa al control judicial de la actuación discrecional del USTR, aspecto que ha dado lugar a críticas por parte de un sector de la doctrina norteamericana[38]. En segundo lugar, este régimen normativo se justifica por ser un medio de participación indirecta de los particulares en el *Sistema de Solución de Diferencias* de la OMC[39]. Volveré a abordar este aspecto en las consideraciones que unas líneas más adelante hago sobre la negociación durante la *Ronda Uruguay* del artículo 23 del *Entendimiento*.

D. *La Declaración de Acción Administrativa de los Estados Unidos posterior a la* Ronda Uruguay

Al inicio del proceso legislativo desarrollado para ejecutar los resultados de la *Ronda Uruguay*, la Administración estadounidense volvió a manifestar que los compromisos asumidos en Marraquesh no limitarían la utilización futura de los artículos 301-310. Se dejó constancia de esta intención en la Declaración de Acción Administrativa sobre el *Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias* (DAA)[40], que fue presentada por el presidente al Congreso de los Estados

38. JAVIER DÍEZ-HOCHLEITNER y CARLOS ESPÓSITO, *supra* nota 25, han puntualizado que en el caso del Reglamento comunitario 3286/94 sobre obstáculos al comercio, instrumento normativo comparable en ciertos aspectos con la regulación contenida en los artículos 301-310, la discrecionalidad de la Comisión Europea sí puede ser controlada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

39. *Véase* el exhaustivo trabajo monográfico de CARLOS ESPÓSITO, *La Organización Mundial del Comercio y los Particulares*, 1999.

40. CHRISTIAN SCHEDE, *supra* nota 3, p. 110 reproduce el siguiente extracto de la Declaración de Acción Administrativa: la Administración de los Estados Unidos tiene la intención " .... to use Section 301 to pursue vigorously foreign unfair trade barriers that violate U.S. rights or deny benefits to the United States under the Uruguay Round Agreements. The Administration equally intends to use Section 301 to pursue foreign trade barriers that are not covered by those Agreements ... The Administration expects that as a result of the Uruguay Agreements in general, and the Dispute Settlement Understanding in particular, Section 301 will be even more effective than it has been in the past adressing foreign unfair trade barriers". RAJ BHALA y KEVIN KENNEDY, *supra* nota 1, en p. 1053 y 1054, apuntan que los Estados Unidos consideran que este sistema legislativo trabaja "en tandem" con el *Entendimiento*. Para apoyar esta afirmación BHALA y KENNEDY citan la declaración del Presidente Clinton anejo a la Ley de 1994, según la cual "(i)f Members of the DSU do not comply with their obligations *at the end of the dispute settlement*

Unidos, aprobada por éste, y se recogió como anexo a la legislación estadounidense de ejecución de los resultados de la *Ronda Uruguay*[41].

A través de esta Declaración se limitaron las facultades discrecionales del USTR para que, en el ámbito de las relaciones comerciales de los Estados Unidos reguladas por las normas de la OMC, no se pronunciara en ningún caso antes de que hubieran concluido los procedimientos del *Entendimiento* y, además, tuviera en cuenta los informes adoptados por el *Órgano de Solución de Diferencias* para constatar la violación de los derechos comerciales de los Estados Unidos, así como para solicitar la suspensión de concesiones u otras obligaciones[42].

process, trade action under Section 301 of the Trade Act of 1974 will be legitimized and there will be no risk (to the United States) of counter-retaliation". En esta línea, señalan igualmente el pronunciamiento del USTR (citado en nota 3, p. 1010), que aparece recogido en el *House Comm. on Ways and Means, 105th Cong., Overview and Compilation of U.S. Trade Status*. El USTR, por su parte, mantiene que los artículos 301-310 son la contrapartida a los procedimientos de consulta y solución de diferencias de la OMC. Insiste en que este instrumento es una herramienta incluso más efectiva como consecuencia de los resultados de la *Ronda Uruguay*, puesto que se incrementa el número de las prácticas ilícitas norteamericanas que pueden ser cuestionadas por los Estados Unidos. En las líneas que siguen se tratará de poner de relieve la trascendencia que ha tenido esta Declaración de Acción Administrativa para sostener la adecuación de la legislación estadounidense al sistema GATT/OMC.

41. Todos los acuerdos del GATT aceptados por los Estados Unidos como resultado de la *Ronda Uruguay* fueron adoptados por el Presidente de los Estados Unidos como "executive agreements". Se niega el efecto directo de cualquier pronunciamiento en contra de una normativa norteamericana. Sobre la posición de los Acuerdos OMC en el sistema comunitario europeo, *véase* por todos el trabajo de JAVIER DÍEZ-HOCHLEITNER, *La posición del Derecho Internacional en el Ordenamiento comunitario*, 1998. *Véase* también el reciente artículo de JAVIER DÍEZ-HOCHLEITNER y CARLOS ESPÓSITO, "La falta de eficacia directa de los Acuerdos OMC (A propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de noviembre de 1999 en el asunto C-149/96, *Portugal c. Consejo*), *GJ*, n. 206, marzo/abril 2000, pp. 10-23.

42. *Véase Estados Unidos - Artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974*, párrafo 7.112. En la DAA, la Administración de los Estados Unidos indicó la manera en que se proponía ejercer las facultades discrecionales que le confieren los artículos 301-310 como sigue: "El ESD, aunque dará mayor eficacia al artículo 301, no exige que se introduzca ningún cambio importante en el art. 301 en relación con las investigaciones sobre una pretendida infracción de un acuerdo de la Ronda Uruguay o sobre el menoscabo de ventajas que correspondan a los Estados Unidos en virtud de tal acuerdo. En esos casos el USTR: recurrirá a los procedimientos de solución de diferencias establecidos en el ESD, como lo exige la legislación vigente; *se basará para formular conforme al artículo 301 cualquier determinación en el sentido de que ha habido una infracción o denegación de*

Las modificaciones introducidas en el régimen de los artículos 301-310 por el artículo 314 de la Ley de 1994 y la Declaración de Acción Administrativa sobre el *Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias*[43], no supusieron ningún cambio significativo en cuanto a la clarificación de los límites de la legislación estadounidense frente al *Entendimiento*. Tal y como se ha puesto de relieve, la única concesión que se hizo consistió en adecuar los plazos previstos en la normativa norteamericana a los del *Sistema de Solución de Diferencias* del GATT/OMC, de forma que el USTR puede esperar a los resultados de esos procedimientos antes de decidir sobre la violación de los acuerdos o imponer sanciones[44].

Este es uno de los dos planteamientos principales sobre los que se ha basado la justificación de la regulación prevista en los artículos 301-310, antes de que el Grupo Especial adoptara su informe el 22 de diciembre de 1999. El otro argumento en defensa de su mantenimiento se refiere al margen de apreciación del que dispone la administración norteamericana, que, como se expondrá en lo que sigue, le permite actuar sin contravenir necesariamente las obligaciones del *Entendimiento*. En definitiva, se sostiene que la legislación estadounidense no es *per se* incompatible con el *Entendimiento*, aunque su aplicación sí puede llegar a resultar contraria[45]. No existe nada en los artículos 301-310 que en sí mismo viole el artículo 23 del *Entendimiento*.

Otro de los aspectos cruciales de esta regulación que apuntan a su viabilidad, es que sigue siendo una herramienta necesaria de la política comercial norteamericana, puesto que ofrece a los particulares un vía de acceso indirecto al *Sistema de Solución de Diferencias* de la OMC, es decir, les permite

derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud del acuerdo pertinente, en las constataciones del grupo especial o del Órgano de Apelación adoptadas por el Órgano de Solución de Diferencias (énfasis añadido); tras la adopción de un informe favorable de un grupo especial o del Órgano de Apelación, dará a la parte demandada un plazo prudencial para aplicar las recomendaciones formuladas en el informe; si no se puede resolver la cuestión durante ese plazo, pedirá autorización al Órgano de Solución de Diferencias para tomar medidas de represalia".

43. *Véase* RAJ BHALA y KEVIN KENNEDY, *supra* nota 1, en p. 1054, citan el *Message from the President of the United States Transmitting the Uruguay Round Trade Agreements, Texts of Agreements Implementing Bill, Statement of Administrative Action and Requires Supporting Statements*, H.R. Doc. N. 316, 103d Cong. 2d Sess., vol. 1, 1008-1019 (Sept. 27, 1994).

44. *Véase* DAVID LEEBRON, *supra.* nota 14.

45. *Véase* RAJ BHALA y KEVIN KENNEDY, *supra* nota 1, en p. 1051; DAVID W. LEEBRON, *supra* nota 14; CHRISTIAN SCHEDE, *supra* nota 3, pp. 130-132.

solicitar a la administración norteamericana que actúe en defensa de sus prerrogativas y lleven su caso ante la OMC. Por este motivo se ha dicho que los artículos 301-310 tienen un "significado político independiente"[46].

También consideraciones de política macroeconómica, así como su vinculación con la soberanía de los Estados Unidos, ponen de manifiesto que es muy poco probable que en un futuro próximo esta legislación sea derogada o modificada significativamente. Por último, el informe del Grupo Especial ha confirmado que los artículos 301-310 no son por sí mismos contrarios al *Entendimiento*.

Sin embargo, los poderes "extra-GATT" del USTR se consideran una amenaza real, que ha perdido cualquier viso de legalidad en un sistema multilateral muy reforzado, que ha "internacionalizado" o "multilateralizado" [47] el uso de los artículos 301-310. Se habla en esta línea de su carácter superfluo o redundante[48]. Algunos se preguntan si sigue siendo válido como instrumento subsidiario, cuya utilización sólo estaría justificada en los ámbitos no regulados por los Acuerdos OMC[49]. Quizás en la *Ronda Uruguay*

46. BART S. FISCHER y RALPH G. STEINHARDT III, "Section 301 of the Trade Act of 1974: Protection for U.S. Exporters of Goods, Services and Capital", *Law and Policy in International Business*, n. 14, 1982, p. 579.

47. *Véase supra* nota 18.

48. *Véase* RAJ BHALA y KEVIN KENNEDY, *supra* nota 1, donde opinan que "(B)y requiring the USTR to follow the DSU (...), the United States statute is at best a harmless legal redundancy". CHRISTIAN SCHEDE, *supra* nota 3, p.131, justificando la normativa estadounidense, indica que "(I)n the light of Article 23.2.a), section 301 here merely serves as the domestic legal instrument to trigger the WTO dispute settlement mechanism, to determine unfair trade practices in compliance with those authorized by the DSB, and, eventually, to take retaliatory action according to the DSB' prior authorization".

49. La interdependencia característica de un sistema en el que la *globalización* es punto de referencia inexcusable, sugiere una respuesta negativa. CHRISTIAN SCHEDE, *supra* nota 3, recoge en la nota 164 las posturas de la administración estadounidense y de la CE. En el primer caso, entiende que "(T)he mere fact that the Uruguay Round Agreements treat a particular subject-matter - (...) - does not mean that the Trade Representative must initiate DSU proceedings in every Section 301 investigation involving that subject-matter. In the event that the action of the foreign government in question falls outside the disciplines of those Agreements, the Section 301 investigation would proceed without recourse to DSU procedures". Sin embargo, la Comisión Europea en su Informe de 1995 sobre las Barreras de los Estados Unidos al Comercio y a la inversión insiste en que las nuevas disposiciones del *Entendimiento* no dejan margen alguno para adoptar represalias unilaterales.

se deberían haber forzado aun más los términos del compromiso de los Estados Unidos.

III. EL INFORME DEL GRUPO ESPECIAL: EL UNILATERALISMO PERMITIDO

En cuanto al examen concreto de las cuestiones suscitadas por la CE ante el Grupo Especial, son tres los motivos de impugnación que ésta adujo. Se trataba de analizar la compatibilidad del artículo 304 con el artículo 23.2.a del *Entendimiento*, del artículo 306 con esta misma disposición, así como de resolver la cuestión de la adecuación de los artículos 305 y 306 al artículo 23.2.c del *Entendimiento*. Además, con carácter previo el informe consideró el estatuto en el sistema GATT/OMC de aquellas normativas que otorgan un poder discrecional para actuar de forma incompatible con los Acuerdos OMC.

A. *El estatuto en el sistema GATT/OMC de las legislaciones que amparan una actuación contraria a los Acuerdos OMC*

Algunos informes de los grupos especiales de la OMC han afirmado que las normativas de carácter imperativo que exigen actuar de forma incompatible con el sistema GATT/OMC se consideran prohibidas por éste, independientemente de su aplicación. Sin embargo, estos informes concluyen que las disposiciones que conceden facultades discrecionales para actuar de forma contraria con el derecho OMC, no violan en sí mismas estas obligaciones[50] y, por tanto, sólo se puede enjuiciar su adecuación al sistema con ocasión de sus medidas de aplicación.

50. *Véase* DAVID PALMENTER y PETROS MAVROIDIS, *supra* nota 11 y CHRISTIAN SCHEDE, *supra* nota 3. Estos autores se refieren al informe del grupo especial adoptado el 4 de octubre de 1994, en el asunto *Estados Unidos - Medidas que afectan a la importación, distribución interna y uso del tabaco*. El grupo especial señaló que ".... (domestic) legislation which mandated action inconsistent with the General Agreement could be challenged as such, whereas legislation which merely gave the discretion to the executive authority of a contracting party to act inconsistently with the General Agreement could not be challenged as such; only the actual application of such legislation inconsistent with the General Agreement could be subject to challenge".

En cuanto a los artículos 301-310, incluso antes de que se pronunciara el Grupo Especial en este sentido el 22 de diciembre pasado, ya se había puesto de manifiesto por la doctrina que esta legislación no exigía imperativamente a la administración norteamericana actuar de una forma que resultara, en todo caso, contraria a las obligaciones derivadas del *Entendimiento*. Más bien, como se verá a continuación, reconocía al USTR unas facultades discrecionales que debía ejercitar en cada caso concreto y que eventualmente podrían concretarse en una violación del *Entendimiento*.

Sólo si se hubiera demostrado que la interpretación de esta regulación no permitía en ningún caso una aplicación que resultara de alguna forma conforme con las obligaciones de los acuerdos OMC, habría sido posible clasificarla como una normativa imperativa y, como tal, habría violado por sí misma el *Entendimiento*. En cualquier caso, esta demostración abstracta se muestra imposible a la luz de los diversos grados de discrecionalidad que los artículos 301-310 conceden a la administración.

Se ha señalado que todavía no ha sido examinada por un grupo especial la compatibilidad de la "jurisprudencia" aludida, en la que se establece la distinción entre legislaciones imperativas y discrecionales para determinar su adecuación al derecho OMC, con el artículo XVI.4 del Acuerdo OMC. Esta disposición prevé que "(C)ada Miembro asegurará la conformidad de sus leyes, reglamentos y procedimientos administrativos con las obligaciones que les impongan los Acuerdos anexos"[51].

B. *La compatibilidad del artículo 304 con el artículo 23.2.a) ESD*

Por lo que se refiere al artículo 304, relativo a la posibilidad de que el USTR determinara por su propia autoridad si se habían violado o no los derechos de los Estados Unidos derivados de los Acuerdos OMC, la CE alegó que esta disposición le *obligaba* a pronunciarse unilateralmente sobre esta infracción. En la medida en que, además, debía hacerlo dentro de los 18 meses siguientes al inicio de una investigación, y los procedimientos del ESD podían llevar 19 meses y medio, entendió la CE que el USTR debería decidir la cues-

51. DAVID PALMENTER y PETROS MAVROIDIS, *supra* nota 11, ponen de relieve que "(A)rticle XVI.4. interpreted in the light of the *pacta sunt servanda* principle encompassed in the Vienna Convention on the Law of the Treaties, could lead to a reconsideration of the GATT law on this issue".

tión incluso antes de que el OSD se hubiera pronunciado. Esta actuación sería contraria al artículo 23.2.a ESD[52].

Los Estados Unidos sostuvieron que la disposición impugnada sólo exigía que el USTR determinara *si* - y no necesariamente que determinara *que*- se habían negado los derechos de los Estados Unidos. Además, se puso de relieve que el USTR tenía que basarse en los procedimientos de solución de diferencias de la OMC, por lo que quedaba excluida la posibilidad de que decidiera antes de que el OSD hubiera adoptado el informe del Grupo Especial o del Órgano de Apelación[53].

El Grupo Especial se refirió en primer lugar a los términos del artículo 304 y analizó en un momento posterior las obligaciones que imponía a los Miembros de la OMC el artículo 23 del *Entendimiento.*

En cuanto al contenido del artículo 304[54], constató el Grupo Especial que el USTR tenía la obligación incondicional de formular, dentro de los 18 meses siguientes a la solicitud de celebración de consultas, una determinación sobre si se estaban negando los derechos que correspondían a los Estados Unidos. También indicó que al ser la mayoría de los plazos establecidos en el ESD, bien plazos mínimos sin límite máximo[55], bien plazos máximos con carácter meramente indicativo[56], desde la solicitud de consultas hasta la adopción del informe por el OSD podían transcurrir más de 18 meses, como de hecho había ocurrido en la práctica. Por tanto, en determinadas ocasiones los Estados Unidos estarían obligados a formular su determinación antes de que hubiera transcurrido el procedimiento previsto en el *Entendimiento.*

A partir de estas dos constataciones relativas a la necesidad de que la decisión del USTR se adoptara dentro de los 18 meses siguientes a la solicitud de consultas y a la posibilidad de que en ese momento no hubiera concluido el procedimiento del *Entendimiento*, el Grupo Especial matizó que el artículo 304 dejaba al USTR amplias facultades discrecionales para decidir el contenido

52. *Véase Estados Unidos - Artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974*, párrafo 7.29.

53. *Véase Estados Unidos - Artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974*, párrafo 7.30.

54. *Véase Estados Unidos - Artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974*, párrafos 7.31-7.33.

55. *Véase Estados Unidos - Artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974*, párrafo 7.31 b), en nota 645.

56. *Véase Estados Unidos - Artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974*, párrafo 7.31 b), en nota 646.

de su pronunciamiento. Por este motivo, aunque no estaba obligado a constatar *que* se habían infringido los derechos de los Estados Unidos antes de que concluyeran los procedimientos previstos en el *Entendimiento*, los términos del artículo 304 le reservaban esta facultad unilateral, que dejaba abierta una vía de contravención del ESD.

Puesto que el Grupo Especial estableció que el artículo 304 no era en sí mismo, en su formulación abstracta, una disposición que en todo caso resultara contraria al ESD, la cuestión principal era entonces determinar si superaba el test de legalidad del artículo 23 del *Entendimiento*.

La distinción, antes expuesta[57], entre el principio general establecido en el artículo 23 del *Entendimiento* y los compromisos específicos que allí se regulaban, fue la premisa de la que partió el Grupo Especial para explicar lo que denominó el carácter dual del contenido obligacional de esta disposición.

A partir de aquí, dedujo que el artículo 23 ESD prohibía, por una parte, que los Miembros actúen unilateralmente, en casos concretos, en contra de lo previsto en los apartados a, b y c del párrafo 2[58]. Por otra parte, les prohibía que adoptaran disposiciones legislativas de carácter general que, independientemente de su aplicación, regularan un procedimiento contrario a la disciplina, o pautas de conducta, del artículo 23.2 del *Entendimiento*[59]. A continuación se concretará este aspecto.

En efecto, la cuestión a la que debía dar respuesta el Grupo Especial estaba relacionada con el tema que ya ha sido abordado, referente al estatuto en el sistema GATT/OMC de las legislaciones que amparan una actuación contraria a los Acuerdos OMC, en especial, al *Entendimiento*. ¿El artículo 23 del *Entendimiento* prohíbe sólo aquellas normativas nacionales imperativas que bien exigen actuar al margen de las obligaciones OMC, bien impiden, simplemente, su cumplimiento? ¿O resultan también contrarias al principio general sobre el que se basa el artículo 23 del *Entendimiento* las leyes

57. *Véase* epígrafe 2, punto D de este artículo.

58. *Véase Estados Unidos - Artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974*, párrafo 7.38, que coincide con la lectura del artículo 23 del *Entendimiento* realizada por BHALA y KENNEDY y SCHEDE, *supra* nota 24.

59. El Grupo Especial se basa en el artículo XVI.4 del Acuerdo OMC, que prevé lo siguiente: "(C)ada Miembro se asegurará de la conformidad de sus leyes, reglamentos y procedimientos administrativos con las obligaciones que les impongan los Acuerdos anexos". *Véase Estados Unidos - Artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974*, párrafo 7.46.

nacionales que otorgan facultades discrecionales a la administración para actuar en uno u otro sentido? Por último, ¿a qué modelo responde el artículo 304?

Seré breve en estas reflexiones, dado que ya han sido apuntadas previamente. La conclusión que alcanzó el Grupo Especial fue que de la interpretación del artículo 23 del *Entendimiento*, según los parámetros de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, se deducía que su finalidad, en concreto la del artículo 23.2.a), era conferir a los Miembros, e indirectamente a los particulares que operan en el mercado, la garantía de que no se realizaría *ninguna* determinación de esa índole. La discrecionalidad del USTR cuestionaría al menos *prima facie* esta garantía[60].

Sin embargo, el Grupo Especial concluyó que la amenaza a la garantía del artículo 23.2.a) había sido suprimida legalmente a través de la Declaración de Acción Administrativa (DAA) y las declaraciones formuladas por los Estados Unidos ante el Grupo Especial.

En cuanto a la DAA, se consideró que es un instrumento que limitaba la discrecionalidad del USTR legal y efectivamente, porque se trataba de una declaración oficial aprobada por el Congreso, en la que se enunciaban determinados compromisos y se recogía la interpretación y aplicación de los acuerdos de la *Ronda Uruguay*, así como la manera en que la Administración de los Estados Unidos proyectaba ejercer sus facultades discrecionales. Esto se hizo con la expectativa de que sus postulados fueran respetados por las futuras Administraciones de los Estados Unidos[61].

Además, la importancia jurídica internacional de estos compromisos, fue confirmada y ampliada ante el Grupo Especial. Los Estados Unidos se vincularon de manera explícita, oficial, repetida e incondicional al compromiso expresado en la DAA[62].

60. *Véase Estados Unidos - Artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974*, párrafo 7.97. Existe una obligación jurídica internacional de abstenerse de este tipo de conductas, por lo que al reservarse los Estados Unidos el derecho a actuar en este sentido se crea una presunción *prima facie* de infracción del artículo 23.2.a) del *Entendimiento*.

61. *Véase Estados Unidos - Artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974*, párrafo 7.109. Según esta Declaración " (...) el Congreso espera que las futuras administraciones observen y apliquen los (compromisos contraídos en la DAA)", entre los que cabe destacar la formulación de las determinaciones sobre las constataciones del grupo especial o del Órgano de Apelación adoptadas por el Órgano de Solución de Diferencias.

62. *Véase Estados Unidos - Artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974*, párrafos 7.115 y 7.116, donde se establece que el USTR está obligado a basarse para cualquier determinación sobre si se han negado los

Por lo que se refiere a estas declaraciones unilaterales que se formularon ante el Grupo Especial, se les atribuyó efectos jurídicos vinculantes porque se consideró que cumplían los requisitos exigidos por el Derecho internacional[63]. Esas declaraciones, aunque no creaban una nueva obligación jurídica internacional para los Estados Unidos porque ya estaban vinculados por el artículo 23 del *Entendimiento*, aclaraban determinados aspectos de la legislación interna estadounidense, en particular la forma en que los Estados Unidos habían ejecutado las obligaciones que les imponía el art. 23.2.a).

El Grupo Especial puso de relieve que si los Estados Unidos en algún momento rechazaran estos compromisos, la ley norteamericana resultaría automáticamente incompatible con las obligaciones impuestas por el artículo 23 del *Entendimiento*[64].

En mi opinión, hay que relativizar el sentido de los comentarios que, a raíz de este informe, proclaman una victoria a favor del multilateralismo. Se ha dicho que la normativa norteamericana es ahora un instrumento que ha perdido su agresividad, y, así, se ha recurrido a figuras explicativas como "una concha vacía", o un "arma sin dientes". Y ello porque el informe impone a los Estados Unidos la obligación de recurrir a las normas del *Entendimiento*, reforzando el compromiso que habían asumido a través de la DAA.

Sin embargo, la implicación principal del informe es que se permite el mantenimiento de una legislación incompatible con el sistema GATT/OMC, que, por ende, ha sido la abanderada del unilateralismo a ultranza y no ha sido clarificada, a raíz de la *Ronda Uruguay*, en sus puntos más polémicos. Ahora

derechos de los Estados Unidos en las constataciones del Grupo Especial o del Órgano de Apelación adoptadas por el Órgano de Solución de Diferencias, es decir, en los resultados de los procedimientos de solución de diferencias de la OMC.

63. *Véase Estados Unidos - Artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de* 1974, párrafos 7.118-7.125. Estas declaraciones fueron hechas de forma deliberada; para que quedase constancia de ellas fueron repetidas por escrito y fueron confirmadas en la segunda audiencia ante el Grupo Especial; los representantes que comparecieron tenían plenos poderes para hacer tales declaraciones jurídicas y actuaron dentro de los límites de las facultades que le habían conferido; estas declaraciones se hicieron sabiendo y comprendiendo perfectamente que, al igual que otra comunicación oficial, podían pasar a formar parte del informe del Grupo Especial. Representan, en definitiva, el compromiso de que las facultades discrecionales del USTR se han limitado de forma que no se puede formular una determinación de incompatibilidad antes de que concluyan los procedimientos del *Entendimiento*.

64. *Véase Estados Unidos - Artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974*, párrafos 7.126 y 136.

bien, me pregunto si los panelistas podrían haber resuelto la diferencia de forma distinta. Y, desde mi punto de vista, la respuesta es negativa. El resultado de las negociaciones comerciales multilaterales recogido en el artículo 23 del *Entendimiento* deja un pequeño margen para un unilateralismo tímido y, lo que resulta más importante, la DAA estadounidense no fue en su momento contestada. Estimo que la autoridad del Grupo Especial es deudora de la forma en que se acordaron los cimientos del sistema GATT/OMC y fue entonces, en el contexto de ese "Derecho originario", cuando no se debería haber abandonado la carta del "juego justo". Aunque es cierto que la práctica seguida por los Estados Unidos no resulta desalentadora, hacer previsiones ahora sobre su bondad en el uso del artículo 301 es un juego peligroso.

C. *La compatibilidad del artículo 306 con el artículo 23.2.a) ESD*

El segundo motivo de impugnación de la legislación norteamericana tuvo por objeto el artículo 306, en el que se preveía que cuando el USTR considerara que un gobierno extranjero no estaba aplicando de forma satisfactoria las medidas que se acordaron para solucionar la diferencia "determinará qué nuevas medidas adoptará".

En el supuesto de que la diferencia se hubiera suscitado en uno de los ámbitos cubiertos por los Acuerdos OMC, se preveía en esta disposición que el USTR debía decidir en los 30 días posteriores al vencimiento del *plazo prudencial* del artículo 21 del *Entendimiento*, si se había seguido o no el informe del OSD y, en el caso de que no se hubieran observado sus recomendaciones, qué medidas ulteriores debían adoptarse[65].

65. El art. 21.3 del *Entendimiento* dispone que en caso de que no sea factible cumplir inmediatamente las recomendaciones y resoluciones adoptadas por el Órgano de Solución de Diferencias, el Miembro afectado dispondrá de un *plazo prudencial* para hacerlo. Este plazo será el propuesto por el Miembro afectado, a condición de que sea aprobado por el Órgano de Solución de Diferencias, o bien el fijado de común acuerdo por las partes en la diferencia dentro de los 45 días siguientes a la adopción del informe por el Órgano de Solución de Diferencias o, a falta de dicho acuerdo, el que se determine mediante arbitraje vinculante en los noventa días siguientes a la fecha de adopción de las recomendaciones y resoluciones. La regla general es que el plazo prudencial no debe exceder de 15 meses a partir de esta fecha de adopción y que el período transcurrido desde el establecimiento del grupo especial hasta la fecha en que se determine el plazo prudencial tampoco excederá los 15 meses.

El Grupo Especial verificó que, tal y como alegó la CE, en algunas ocasiones el USTR decidiría antes de que hubiera finalizado el procedimiento del artículo 21.5 del *Entendimiento*[66]. En cualquier caso, puntualizó el Grupo Especial que éste tenía discrecionalidad en lo relativo al contenido de su decisión, y, por tanto, se le reservaba, como hemos visto en el supuesto anterior, el derecho de considerar que el informe del Órgano de Solución de Diferencias no se había cumplido. Si éste fuera el caso, estaríamos ante una determinación de incompatibilidad del artículo 23.2.a) del *Entendimiento*. Ahora bien, se recordó en el informe que una decisión de este tipo no tenía como resultado la suspensión automática de las concesiones u otras obligaciones. Sólo era un presupuesto necesario y previo para poder recabar la autorización del Órgano de Solución de Diferencias y que éste procediera a la suspensión multilateral de concesiones conforme al artículo 22 del *Entendimiento*.

En breve, la situación que se puede presentar es la siguiente: el USTR constata que no se ha cumplido el informe del Órgano de Solución de Diferencias y lo hace sin esperar a que se clarifique el desacuerdo sobre si realmente hubo o no ejecución adecuada. Sobre la base de su constatación, recurre directamente al artículo 22 del *Entendimiento* para solicitar la suspensión de las concesiones.

Pues bien, la cuestión que aquí se debatía era si el derecho que el artículo 306 concedía al USTR para pronunciarse antes de que hubieran terminado los procedimientos previstos en el artículo 21.5 del *Entendimiento*, constituía una infracción de lo dispuesto en el artículo 23.2.a) del *Entendimiento*.

Debemos recordar que esta disposición exige recurrir a las normas y procedimientos del *Entendimiento* para solucionar las diferencias comerciales, así como a respetar las decisiones adoptadas por el Órgano de Solución de

66. El art. 21.5 del *Entendimiento* se refiere al procedimiento que debe seguirse en los casos en que existe un *desacuerdo* sobre la correcta ejecución del informe del Órgano de Solución de Diferencias. Dispone que cualquier diferencia sobre la cuestión de la aplicación de las recomendaciones tiene que remitirse al grupo especial que conoció inicialmente el asunto para que se pronuncie dentro de 90 días. Pues bien, el procedimiento del art. 21.5 puede concluir después de los 30 días a que se refiere el art. 306, porque aunque ha de terminar en esos 90 días a contar desde la fecha en que se sometió inicialmente el asunto al grupo especial, nada se dice sobre el momento en que se le debe remitir la cuestión; esta remisión puede hacerse al finalizar el plazo prudencial o incluso después de que haya expirado.

Diferencias[67]. ¿Se refiere también el artículo 23.2.a) a la decisión del OSD que resuelve el desacuerdo entre los Miembros sobre si se cumplió o no el informe inicial?

La respuesta a esta cuestión dependía de la solución que se diera a un problema previo, el relativo a la relación existente entre los artículos 21.5 y 22.6 del *Entendimiento*[68]. Se trataba de dilucidar si cuando existía desacuerdo en cuanto a la aplicación de las recomendaciones del Órgano de Solución de Diferencias, una determinación multilateral de esta incompatibilidad debía preceder necesariamente a la autorización para suspender concesiones.

Los Estados Unidos entendieron que no podían seguir el procedimiento previsto en el artículo 21.5 del *Entendimiento*, es decir, no podían aguardar a esta determinación multilateral de incompatibilidad, dado que este procedimiento concluiría después de la expiración del plazo de 30 días establecido en el artículo 22 del *Entendimiento*[69]. Es precisamente durante este plazo cuando se podía ejercer el derecho a solicitar la suspensión de concesiones, por lo que, en ese tiempo, se debería haber alcanzado ya una conclusión sobre si el informe del Órgano de Solución de Diferencias no había sido ejecutado o se había hecho de forma incorrecta o incompleta.

67. *Véase Estados Unidos - Artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974*, párrafo 7.152.

68. La interpretación de estas disposiciones y su interrelación son actualmente objeto de las negociaciones sobre la reforma y el examen del *Entendimiento para la Solución de Diferencias*. En 1994 se acordó que el *Entendimiento* se revisaría a los cuatro años de la entrada en vigor de los Acuerdos OMC. Aunque esta revisión fue, en principio, independiente del lanzamiento de una nueva ronda multilateral de negociaciones comerciales, en la práctica se postergó hasta la Cumbre Ministerial de Seattle, que no concretó ni la agenda de las negociaciones, ni los cambios del *Entendimiento*. Sobre este particular *véase* PETER LICHTENBAUM, "Dispute Settlement and Institutional Issues", *JIEL*, vol. 3, n. 1, 2000, pp. 173-176. En cuanto a la relación entre los arts. 21.5 y 22.6 del *Entendimiento*, téngase en cuenta, JOOST PAUWELYN, "Enforcement and Countermeasures in the WTO: Rules are Rules - Toward a More Collective Approach", *AJIL*, vol. 94, n. 2, abril 2000, pp. 335 - 347; CHERISE M. VALLÉS y P. MCGIVERN, "The Right to Retaliate under the WTO Agreement: The "Sequencing" Problem" *JWT*, vol. 34, n.2, 2000, pp. 63-84. No es mi pretensión extenderme ahora sobre la reforma del ESD. Tan sólo quiero señalar que la CE y Canadá son partidarios de introducir un nuevo artículo 21 bis, según el cual la parte que solicite el establecimiento de un grupo especial del art. 21.5, no solicitará la autorización para suspender concesiones (art. 22 del *Entendimiento*) hasta que éste haya distribuido su informe a los Miembros de la OMC.

69. Se trata de los 30 días siguientes al vencimiento del plazo prudencial al que nos hemos referido antes.

Si agotaran el procedimiento del artículo 21.5 del *Entendimiento*, alegaron los Estados Unidos, perderían el derecho a obtener la autorización de suspender concesiones por consenso negativo. Señalaron seguidamente que el artículo 306 no infringía el artículo 23.2.a), porque se limitaba a transponer el plazo previsto en el artículo 22 del *Entendimiento*. Así, toda determinación que se realizara conforme al artículo 306 sería compatible con el artículo 23.2.a) porque se haría "mediante el recurso a las normas y procedimientos del *Entendimiento*", en concreto, según el artículo 22.

En conclusión, los Estados Unidos defendieron que cuando existiera desacuerdo sobre la aplicación de las recomendaciones del Órgano de Solución de Diferencias, no sería necesario concluir los procedimientos previstos en el artículo 21.5 del *Entendimiento* para pedir al Órgano de Solución de Diferencias que le autorizara a suspender concesiones. Así se salvaba el conflicto entre el plazo de 30 días del artículo 306 b) y el de 90 días del art. 21.5.

La CE consideró por el contrario que el plazo más limitado del artículo 306 con respecto al del artículo 21.5 del *Entendimiento* implicaba la posibilidad de formular una determinación unilateral contraria a este artículo. Así, la solicitud de suspensión de concesiones conforme al artículo 22.6 del *Entendimiento* sólo entraría en juego después de terminados los procedimientos del artículo 21.5, y se aplicaría exclusivamente si el Miembro afectado no puso definitivamente en conformidad con un acuerdo abarcado la medida declarada incompatible.

El Grupo Especial señaló que los términos de su mandato consistían en determinar si el artículo 306 se ajustaba a lo dispuesto por el artículo 23.2.a del *Entendimiento*, y no en resolver la diferencia relativa a la interpretación correcta de los artículos 21.5 y 22 del mismo. No entró en esta polémica y asumió en primer lugar que era correcta la tesis de los Estados Unidos y posteriormente que lo era la de la CE.

Según la interpretación de los Estados Unidos, existiría un conflicto entre los párrafos 2 a) y 2 c) del artículo 23 del *Entendimiento*, que se podría evitar adoptando la interpretación de que las constataciones del 23.2.a) son las del grupo especial que entendió inicialmente el asunto y no las del grupo especial del artículo 21.5 del *Entendimiento*.

Para la CE, una declaración de que no se había cumplido el informe del Órgano de Solución de Diferencias formulada antes de que hubieran concluido los procedimientos del artículo 21.5 del *Entendimiento* sería contraria a lo dispuesto en su artículo 23.2.a), porque tal determinación no se realizaría "mediante el recurso a la solución de diferencias de conformidad con las normas

y procedimientos del *Entendimiento*". Suponiendo que la tesis de la CE fuera correcta, estimó el Grupo Especial que existiría una contravención *prima facie* del artículo 23.2.a).

Sin embargo, el Grupo Especial determinó que incluso si se constatara la existencia de una infracción *prima facie*, ésta desaparecería, al igual que en el caso del artículo 304, por el efecto acumulativo de los compromisos estadounidenses que figuraban en la DAA y en las declaraciones formuladas por los Estados Unidos al OSD por conducto del Grupo Especial. A través de estos instrumentos se había limitado efectiva y legalmente las facultades discrecionales previstas en el artículo 306.

Con independencia de la práctica a la que se ha recurrido para solventar el problema sobre la secuencia lógica del ESD[70], considero que quizás existan argumentos para sostener que el Grupo Especial fue demasiado complaciente con la situación de incertidumbre jurídica actual[71].

70. En el asunto *Australia - Subvenciones concedidas a los productores y exportadores de cuero para automóviles* ("Australia - Cuero", WT/DS126/R, adoptado el 16 de junio de 1999, no apelado), los Estados Unidos acordaron con Australia seguir el procedimiento del artículo 21.5 del *Entendimiento* antes de imponer sanciones. A cambio, Australia acordó no recurrir al Órgano de Apelación. En el *asunto de los camarones* ("Estados Unidos - Camarones", WT/DS58/AB/R, adoptado el 12 de octubre de 1998), Estados Unidos y Malasia han llegado a un acuerdo similar. Estos pactos han desencadenado reflexiones sobre su compatibilidad con el *Entendimiento*. En efecto, su licitud podría cuestionarse en la medida en que implican la renuncia al derecho fundamental que supone la facultad reconocida a todos los Miembros de la OMC de recurrir el informe adoptado por el Órgano de Solución de Diferencias ante el Órgano de Apelación. Determinados derechos no revisten carácter dispositivo, por lo que con esta práctica de uso reciente se abre la polémica sobre la garantía del derecho de defensa en el sistema de la OMC. Bien es cierto que en los dos asuntos mencionados la posición de los Estados Unidos era diferente (demandante y demandado, respectivamente), por lo que, probablemente, una conclusión que apuntara hacia la presión comercial ilícita ejercida por los Estados Unidos al actuar en este sentido resultaría improcedente. Este es un aspecto que merece un estudio futuro más detallado.

71. En al *asunto Bananos III* se justifica el hecho de que el USTR impusiera sanciones antes de la terminación de los procedimientos del 21.5 refiriéndose a la redacción contradictoria de los artículos 21.5 y 22.6 del *Entendimiento* y a la interpretación de estas disposiciones seguidas por los Estados Unidos. Además, se alude al *asunto Australia - Salmón*, en el que Canadá también solicitó autorización al Órgano de Solución de Diferencias para suspender concesiones dentro del plazo de 30 días, a pesar de que no había acuerdo respecto de si Australia había aplicado las recomendaciones del Órgano de Solución de Diferencias y los procedimientos del artículo 21.5 no habían concluido.

Si bien es cierto que esta polémica se sustenta en un problema de sistemática legislativa y al margen de que la cuestión de fondo se refiera a la relación entre los artículos 21.5 y 22.6, no debería ser una cuestión abierta la posibilidad de que los Estados Unidos impongan sanciones en violación de los Acuerdos OMC.

D. *La compatibilidad de los artículos 305 y 306 con el artículo 23.2.c)*

La CE cuestionó en esta ocasión la facultad del USTR de establecer, dentro de los 30 días posteriores al vencimiento del plazo prudencial, qué nuevas medidas adoptaría en el caso de que no se hubieran aplicado las recomendaciones del Órgano de Solución de Diferencias (como hemos visto anteriormente, podía resultar obligatoria la adopción de estas medidas antes de que hubiera concluido el procedimiento del artículo 21.5 del *Entendimiento*). Esta previsión resultaba contraria al artículo 23.2.c), que establecía la obligación de recurrir a lo previsto en el artículo 22 del *Entendimiento* para fijar el nivel de suspensión de las obligaciones u otras concesiones, en los casos en que no se hubiera ejecutado el informe del Órgano de Solución de Diferencias. Según la CE, también sería contrario al artículo 23.2.c) el artículo 305 según el cual las medidas sobre la suspensión de las concesiones debían ser aplicadas por el USTR dentro de los 60 días posteriores al plazo prudencial.

Esta reclamación también se basaba en la relación existente entre los artículos 21.5 y 22.6 del *Entendimiento*. Así, en primer lugar el Grupo Especial consideró que si se aceptara la tesis de los Estados Unidos, éstos estarían obligados, o al menos autorizados, en virtud del artículo 22, a determinar las nuevas medidas de suspensión en los supuestos en que considerara que no se había ejecutado el informe del Órgano de Solución de Diferencias.

La tesis de la CE, como se ha expuesto, defendía que las facultades discrecionales del USTR para constatar que no se había cumplido el informe del Órgano de Solución de Diferencias antes de la conclusión de los procedimientos del artículo 21.5 del *Entendimiento*, eran *prima facie* incompatibles con el artículo 23.2.a). Dado que estas facultades discrecionales también se aplicarían a la segunda fase del artículo 306 en la que se imponían las medidas de suspensión, existiría, según la CE, de nuevo una violación *prima facie*. Sin embargo, el Grupo Especial, después de coincidir con el planteamiento de la CE, aplicó el mismo razonamiento sobre la limitación de la discrecionalidad del USTR que supusieron las declaraciones de la administración norteame-

ricana, para así concluir que mientras estos compromisos siguieran en vigor quedaría eliminada toda infracción del artículo 23.2.c).

En cuanto al artículo 305, el Grupo Especial señaló que la exigencia de aplicar las medidas dentro de los 60 días incluso en los casos en que todavía no se había obtenido la autorización del Órgano de Solución de Diferencias, podía constituir una violación *prima facie* del artículo 23.2.c), que exigía la obtención de esta autorización antes de suspender concesiones u otras obligaciones. Sin embargo, en virtud de los compromisos contraídos por los Estados Unidos se excluía nuevamente esta incompatibilidad.

IV. UNA REFLEXIÓN FINAL

El Grupo Especial entendió en su informe emitido el 22 de diciembre de 1999 que los artículos 301-310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974 de los Estados Unidos no eran contrarios al *Entendimiento para la Solución de Diferencias* de la OMC. A pesar de tratarse de un instrumento normativo que permitía la adopción de represalias *unilaterales* al margen del actual sistema *multilateral* instaurado a raíz de la *Ronda Uruguay*, el Grupo Especial se basó, por una parte, en la discrecionalidad que esta legislación concedía a la administración norteamericana para resolver las diferencias comerciales, de forma que no resultaba, en todo caso, contraria a lo dispuesto en el *Entendimiento*. Este es un argumento al que ya había recurrido la doctrina para justificar esta normativa. Por otra parte, el Grupo Especial entendió que las garantías dadas por la administración de los Estados Unidos antes y durante el procedimiento justificaban la licitud de la legislación en causa.

En los epígrafes anteriores ya he enunciado alguna reflexión sobre el razonamiento del Grupo Especial. En esta ocasión, tan sólo quiero señalar que, a mi juicio, se deja sin resolver un interrogante que es probable se suscite en un futuro. Me refiero a la hipótesis de que, a pesar de las garantías dadas por la administración norteamericana, los Estados Unidos impongan sanciones en violación del acuerdo OMC.

En el supuesto de que estas sanciones se adoptaran contra la CE, parte demandante en el informe que hemos comentado, no es evidente si ésta debería iniciar un nuevo procedimiento contra la medida en cuestión para establecer la violación. Tampoco sabemos si, en aras al respeto por la sistemática del *Entendimiento para la Solución de Diferencias*, habría que seguir el proce-

dimiento del artículo 21.5. Más aun, éste sería un escenario idóneo para resolver la polémica sobre la pertinencia de acudir directamente al artículo 22.6 del *Entendimiento*, con el argumento de que el informe establece una especie de condena "bajo condición suspensiva".

Por último, creo que también se debe subrayar que la coexistencia entre el régimen normativo de los artículos 301-310 y el *Entendimiento* ha sido, en términos generales, pacífica y que no hay argumentos sólidos para afirmar que los Estados Unidos no vayan a seguir respetando las reglas del juego, aunque siempre les quede un "As de bastos" en la manga. Actuar en este sentido menoscabaría su credibilidad en las relaciones económicas internacionales, sobre todo si consideramos que los Estados Unidos siempre han apostado por el reforzamiento del *Sistema de Solución de Diferencias* de la OMC y la promoción en el mismo de los valores de eficacia y justicia. Además, la aplicación *ultra vires* de esta normativa nos llevaría al debate sobre la eficacia de las represalias comerciales unilaterales, o de las meras amenazas de sanción. En este sentido, quizás la eficacia de esta normativa comercial no sería una garantía capaz de compensar el alto precio político que los Estados Unidos deberían asumir.