

LA LEGALIDAD DE LAS MEDIDAS DE POLÍTICA COMERCIAL DEL REGLAMENTO (UE) 2021/167 A LA LUZ DEL DERECHO DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

THE LEGALITY OF THE TRADE POLICY MEASURES OF THE REGULATION (EU) 2021/167 IN THE LIGHT OF WTO LAW

CARMEN LÓPEZ-JURADO ROMERO DE LA CRUZ*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. EL CONTEXTO: LA CRISIS DEL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA OMC Y LA CELEBRACIÓN DEL ACUERDO MULTILATERAL DE ARBITRAJE DE APELACIÓN. III. OBJETIVOS DEL REGLAMENTO (UE) 2021/167. IV. EL DIFÍCIL ENCAJE DEL REGLAMENTO (UE) 2021/167 CON EL DERECHO DE LA OMC V. ARGUMENTOS A FAVOR DE LA LEGALIDAD DE LAS MEDIDAS DE POLÍTICA COMERCIAL DEL REGLAMENTO (UE) 2021/167. VI. ¿SE PUEDE CONSIDERAR QUE EL PLANTEAMIENTO DE UN RECURSO ANTE EL ÓRGANO DE APELACIÓN ES EXPRESIÓN DE MALA FE? VII. REFLEXIONES FINALES.

RESUMEN: Este trabajo analiza el Reglamento (UE) 2021/167, que permite a la UE aplicar medidas de política comercial de carácter unilateral a los miembros de la OMC que decidan recurrir un informe de un grupo especial que le sea favorable a la UE ante el Órgano de Apelación. Su objetivo es determinar su legalidad a la luz del derecho de la OMC. Nos preguntamos concretamente de qué modo reaccionaría un grupo especial de la OMC ante el argumento comunitario de que el planteamiento por parte de un Miembro de la OMC de un recurso nulo de pleno derecho ante un OA, cuya existencia actual es meramente nominal, es un acto de mala fe. Para ello, se analiza, en primer término, cuál ha sido el contexto que ha propiciado la adopción de este Reglamento. En segundo lugar, se examina la medida en que el derecho internacional general puede ser invocado como motivo determinante para la aplicación de estas medidas de política comercial de carácter unilateral. En tercer lugar, se estudia el argumento de la mala fe que alega la UE como justificación última de la aplicación de tales medidas.

Fecha de recepción del trabajo: 15 de julio de 2022. Fecha de aceptación de la versión final: 2 de noviembre de 2022.

* Profesora titular de Derecho Internacional Público. Universidad de Granada. lopezju@ugr.es. Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de investigación del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades titulado «La acción exterior de la Unión Europea y el Estado de Derecho» (RTI2018-101041-B-100), del que son investigadores principales la Profa. Dra. Carmela Pérez Bernárdez y el Prof. Dr. Luis Miguel Hinojosa Martínez

ABSTRACT: *This paper analyzes Regulation (EU) 2021/167, which allows the EU to apply unilateral trade policy measures to WTO members that decide to appeal a panel report that is favorable to the EU before the Appellate Body (AB). Its objective is to determine their legality in the light of WTO law. Specifically, we ask how a WTO panel would react to the EU's argument that a WTO member's filing of a null and void appeal with an AB, whose current existence is merely nominal, is an act of bad faith. To this end, firstly, the context that led to the adoption of this Regulation is analyzed. Secondly, the extent to which general international law can be invoked as a determining reason for the application of these unilateral sanctioning measures is examined. Thirdly, it examines the argument of bad faith put forward by the EU as the ultimate justification for the application of such measures.*

PALABRAS CLAVE: Organización Mundial del Comercio, Estado de Derecho, contramedidas unilaterales, Reglamento (UE) núm. 2021/167, *lex specialis*, buena fe.

KEYWORDS: *World Trade Organization, Rule of Law, unilateral countermeasures, Regulation (EU) num. 2021/167, lex specialis, Good faith.*

I. INTRODUCCIÓN

Ante un sistema comercial internacional en proceso de colapso, con tensiones que la Organización Mundial del Comercio (OMC) difícilmente puede controlar, la Unión Europea (UE) ha decidido articular una respuesta pragmática en aplicación de lo que denomina como “autonomía estratégica abierta”. Aplicada al ámbito comercial, ello supone que la UE, a la vez que pretende intensificar la cooperación global que representa la OMC, está dispuesta a proteger su economía frente a prácticas comerciales desleales. En esta línea, en su Comunicación titulada “Revisión de la Política comercial: Una Política Comercial abierta, sostenible y asertiva”, la Comisión Europea explicita su determinación de utilizar los instrumentos de la política comercial común (PCC) en apoyo de los intereses geopolíticos de la UE¹.

Hay, en este sentido, toda una caja de herramientas (*toolbox*²) de carácter comercial cuyo objetivo último es la defensa del interés de la Unión considerado como vector de promoción de la autonomía estratégica abierta de la UE. Se incluyen aquí una serie de instrumentos de protección comercial, entre los que destacan: a) El Reglamento (UE) 2021/167 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el ejercicio de los derechos de la Unión para aplicar y hacer cumplir las normas comerciales internacionales³; b) La propuesta de Reglamento para luchar contra las subvenciones extranjeras distorsivas⁴; o

¹ COMISIÓN EUROPEA, “Revisión de la Política comercial: Una Política Comercial abierta, sostenible y asertiva”, COM (2021) 66 final, de 18 de febrero de 2021, p. 7.

² https://policy.trade.ec.europa.eu/enforcement-and-protection/dispute-settlement_en.

³ Reglamento (UE) núm. 2021/167 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de febrero de 2021, por el que se modifica el Reglamento (UE) núm. 654/2014 sobre el ejercicio de los derechos de la Unión para aplicar y hacer cumplir las normas comerciales internacionales (DOUE L 49, de 12 de febrero de 2021, p. 1). Por una cuestión de espacio, este Reglamento, a lo largo del texto de este trabajo, será citado como Reglamento (UE) 2021/167.

⁴ COMISIÓN EUROPEA, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las subvenciones extranjeras que distorsionan el mercado interior, COM (2021) 223 final, de 5 de mayo de 2021.

c) La propuesta de Reglamento para disuadir y sancionar las prácticas coercitivas por parte de terceros países⁵; y ello sin contar las medidas específicas de protección comercial de las que dispone la UE en materia de dumping, subvenciones y salvaguardias. Estas iniciativas legislativas son ejemplo de una nueva forma de “neo-unilateralismo” respecto al cual la doctrina se interroga si constituye una moda pasajera, o si, por el contrario, es signo de una evolución profunda de la acción de la UE en la escena internacional⁶. Su aplicación se contempla en un contexto mundial aún convulsionado por las consecuencias, también comerciales, derivadas del Covid-19 y, más recientemente, por la invasión de Ucrania por parte de Rusia, país respecto al cual la UE promueve en la OMC la retirada del tratamiento de la nación más favorecida⁷.

En este trabajo nos centraremos en el primero de los instrumentos mencionados, el Reglamento (UE) 2021/167, que permite a la UE aplicar medidas de política comercial de carácter unilateral a los Miembros de la OMC que decidan recurrir un informe de un grupo especial que le sea favorable a la UE ante un inoperante Órgano de Apelación (OA). Su objetivo será determinar su legalidad a la luz del derecho de la OMC. Nos preguntamos concretamente de qué modo reaccionaría un grupo especial de la OMC ante el argumento comunitario de que el planteamiento, por parte de otro Miembro de la OMC, de un recurso nulo de pleno derecho ante el OA, cuya existencia actual es meramente nominal, constituye un acto de mala fe. Para ello analizaremos, en primer término, cuál ha sido el contexto que ha propiciado la adopción de este Reglamento. En segundo lugar, examinaremos la medida en que el derecho internacional público puede ser invocado como motivo determinante para la aplicación de estas medidas de política comercial de carácter unilateral. Y, en tercer lugar, se estudiará el argumento de la mala fe como justificación última de la aplicación tales medidas, para concluir con unas reflexiones finales.

II. EL CONTEXTO: LA CRISIS DEL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA OMC Y LA CELEBRACIÓN DEL ACUERDO MULTILATERAL DE ARBITRAJE DE APELACIÓN

El Entendimiento sobre solución de diferencias (ESD) de la OMC regula un sistema de solución de diferencias (SSD) que permite a un Miembro de la OMC solicitar, cuando otro Miembro vulnera los acuerdos abarcados por el ESD, el establecimiento de un grupo especial o *panel*. A su vez, los informes de los grupos especiales pueden ser recurridos ante el Órgano de Apelación (OA)⁸, y deben ser finalmente aprobados por el Órgano de

⁵ COMISIÓN EUROPEA, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de la Unión y de sus Estados miembros frente a la coacción económica de terceros países, COM (2021) 775, de 8 de diciembre de 2021.

⁶ HERVÉ, A., “L’unilateralisme européen comme outil de régulation des échanges internationaux: un mal nécessaire dans un système multilateral en voie d’effondrement”, *Fondation Robert Schuman*, Policy Paper, n.º 626, 28 de marzo de 2022, p. 6.

⁷ *Agence Europe*, 15 de marzo de 2022.

⁸ Un análisis del SSD puede verse en: LÓPEZ-JURADO ROMERO DE LA CRUZ, C., “La solución de diferencias en la OMC: Regulación actual, crisis y perspectivas de futuro”, en HINOJOSA MARTÍNEZ,

Solución de Diferencias (OSD) de la OMC mediante la técnica del consenso negativo⁹. Además, el OSD puede autorizar a la parte agraviada la adopción de contramedidas¹⁰. En su conjunto, el mecanismo de solución de diferencias de la OMC ha sido considerado como un componente esencial de la *Rule of Law* del sistema comercial internacional¹¹.

Sin embargo, a raíz del bloqueo en el nombramiento de los miembros del OA por parte de los Estados Unidos (EE.UU.), el OA se ha convertido en un órgano inoperante. Recordemos que, para poder resolver un asunto, el OA necesita un quorum mínimo de tres miembros, y que, en la actualidad, y debido a ese bloqueo estadounidense, no cuenta con ninguno. En un informe de 2020 elaborado por su Representante para las cuestiones comerciales internacionales, Lighthizer, EE.UU. expuso las razones que le llevaron a adoptar esta política obstruccionista. Según se desprende de la lectura de este informe, para los EE.UU., el OA es un órgano que ha asumido *de facto* un papel que va más allá del que le asigna el ESD de la OMC. El *activismo judicial* del OA conlleva, a su parecer, la falta de legitimidad de sus informes, en la medida en que se socava el principio básico de esta organización internacional de que *son* los Miembros de la OMC los que, a través de sus órganos políticos, tienen la competencia exclusiva para legislar en materia de comercio internacional¹². Es por ello por lo que los análisis más certeros respecto a la reforma de SSD tienen que ver, más que con una mayor judicialización del mecanismo, cosa que rechazaría de plano EE.UU., con una reforma de los estándares de revisión que debería seguir el OA, en el sentido de asumir una autolimitación (*judicial restraint*) de su capacidad para controlar los informes emitidos por los grupos especiales, en línea con la doctrina *Chevron* del Tribunal Supremo estadounidense¹³. En cualquier caso, las perspectivas no son halagüeñas respecto al futuro del OA, ya que el cambio de orientación en la Presidencia norteamericana tras la llegada al poder de Biden no ha supuesto un giro de esta política comercial estadounidense¹⁴.

L. M., ROLDÁN BARBERO, J. (Coords.), *Derecho Internacional Económico*, Tirant, Valencia, 2022, pp. 175-203, p. 189.

⁹ A diferencia del GATT de 1947, en donde las contramedidas necesitaban ser autorizadas por las partes contratantes mediante la técnica del consenso (positivo), en el ESD de la OMC se prevé como forma de adopción de decisiones el consenso negativo. Este implica la adopción de los informes de los grupos especiales y del OA por parte del OSD salvo que todos los Miembros de la OMC estén en contra, circunstancia que es difícil que se produzca puesto que la parte que haya ganado el caso lo impedirá normalmente.

¹⁰ Según Kerbrat, en términos conceptuales, sería más correcto denominarlas sanciones. En relación con el OSD, considera que: “Cette autorisation préalable par un organe de règlement de différends a pour conséquence qu’il ne s’agit pas de contre-mesures” (KERBRAT, Y., “Sanctions et Contre-Mesures: Risques de Confusion dans les Articles de la CDI sur la Responsabilité des Organisations Internationales”, *Revue Belge de Droit International*, vol. 46 (1), 2013, pp. 103-110, p. 107).

¹¹ LÓPEZ-JURADO ROMERO DE LA CRUZ, C., “El papel de la UE como garante del Estado de Derecho en relación con el sistema de solución de diferencias de la OMC”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 70, 2021, pp. 869-896, p. 872.

¹² DE ANDRADE, M. “Procedural innovations in the MPIA: A way to strengthen the WTO dispute settlement mechanism?”, *Questions of International Law, Zoom-out*, 2019, pp. 121-149, p. 126.

¹³ COTTIER, T., “Recalibrating the WTO Dispute Settlement System: Towards New Standards of Appellate Review”, *Journal of International Economic Law*, 24, 2021, pp. 515-533.

¹⁴ HOWSE, R., “The limits of the WTO”, *AJIL Unbound*, doi: 10.1017/aju.2022.5, pp. 41-45, p. 43.

Ante la situación de bloqueo del OA, la UE auspició la celebración del Acuerdo multilateral de arbitraje de apelación (*Multi-Party Interim Appeal Arbitration Mechanism*, MPIA)¹⁵. El MPIA está basado en el arbitraje previsto en el art. 25. 1 del ESD. Lo esencial de este Acuerdo de arbitraje ha sido contemplar la posibilidad de que los países que participan en él -sus “Miembros participantes”, como se les denomina-, puedan solicitar, una vez obtenido un informe desfavorable del grupo especial, un arbitraje ante el denominado Órgano de Apelación Provisional para la solución de diferencias (OAP), en lugar de acudir al OA de la OMC. La Comisión Europea ha señalado que el MPIA: “Produce una resolución que no solo es definitiva tras la finalización de un proceso de arbitraje de la OMC en dos fases, sino que además puede hacerse cumplir con arreglo a las normas de la OMC”. Su carácter provisional queda de manifiesto en la afirmación de que: “Se trata de una solución de emergencia que debe funcionar durante el período previo a la reanudación de la actividad del OA”¹⁶.

Sin embargo, el problema viene dado por el hecho de que el MPIA no abarca el conjunto de controversias de los Miembros de la OMC. De hecho, este Acuerdo ha sido ratificado por 24 de sus Miembros (siendo uno de ellos la UE), de los 164 que forman parte de la OMC y, por supuesto, EE.UU. no lo ha hecho¹⁷. Por lo tanto, se puede dar el caso de que la UE gane un asunto ante un grupo especial pero que la otra parte, no miembro del MPIA, decida recurrir el asunto ante un inoperante OA, planteando lo que se conoce como un recurso nulo de pleno derecho. En tal caso, el asunto se paralizaría en esa fase del procedimiento, y las eventuales contramedidas no podrían ser autorizadas por el OSD. Ello demuestra que la crisis del OA no afecta exclusivamente a este órgano de carácter *quasi-judicial*, sino que tiene repercusiones sobre la capacidad de los Miembros de la OMC de hacer valer sus derechos a través del SSD, ya que impide que los procedimientos puedan completarse y que el OSD pueda autorizar las contramedidas.

III. OBJETIVOS DEL REGLAMENTO (UE) 2021/167

Ante esta situación, el 12 de diciembre de 2019, la Comisión Europea propuso al Parlamento Europeo y al Consejo la aprobación del Reglamento (UE) 2021/167¹⁸, que modifica el Reglamento (UE) 654/2014¹⁹, denominado “Reglamento sobre

¹⁵ Sobre los orígenes del MPIA véase: GAO, H., “Finding a Rule-Based Solution to the Appellate Body Crisis: Looking Beyond the Multiparty Interim Appeal Arbitration Arrangement”, *Journal of International Economic Law*, 24, 2021, pp. 534-550, p. 540.

¹⁶ COMISIÓN EUROPEA, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento núm. (UE) n.º 654/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el ejercicio de los derechos de la Unión para aplicar y hacer cumplir las normas comerciales internacionales, COM (2019) 623 final, de 12 de diciembre de 2019.

¹⁷ En efecto, de momento, EE.UU. que no forma parte del MPIA consideró como una provocación el que China entrara a formar parte de él (WOLFF, A. W., “Restoring Binding Dispute Settlement”, *Peterson Institute for International Economics*, Working Paper, April 2022, p. 5).

¹⁸ Véase nota 17.

¹⁹ Reglamento (UE) núm. 654/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, sobre el ejercicio de los derechos de la Unión para aplicar y hacer cumplir las normas comerciales internacionales y por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 3286/94 del Consejo por el que se establecen

cumplimiento” (también “Reglamento sobre garantía de cumplimiento). El Reglamento (UE) 2021/167 entró en vigor el 13 de febrero de 2021²⁰. Su base jurídica se encuentra en el art. 207 del TFUE, que otorga competencia exclusiva a la UE en materia de PCC.

El Reglamento (UE) 2021/167 tiene tres objetivos. El primero de ellos es permitir que la UE pueda adoptar medidas de política comercial en relación con los Miembros de la OMC (no participantes en el MPIA) que decidan recurrir ante el OA un informe de un grupo especial favorable a los derechos de la UE. Por lo tanto, la aplicación de tales medidas exige como precondition que la UE haya obtenido una resolución de un grupo especial que confirme sus derechos y que no se llegue a un acuerdo sobre un arreglo provisional de arbitraje en apelación ante el MPIA, o ante otro mecanismo de arbitraje mutuamente aceptado de conformidad con el art. 25 del ESD²¹. Por consiguiente, si antes de la reforma operada por el Reglamento (UE) 2021/167, la UE debía esperar a que se completase el sistema de solución de diferencias de la OMC, obteniendo primero la autorización del OSD para adoptar sus medidas de política comercial contra otro Miembro de la OMC, con la entrada en vigor del Reglamento (UE) 2021/167 la UE podrá adoptar tales medidas sin esperar a que así lo decida el OSD. Este es el motivo por el que tales medidas tienen un carácter unilateral. Concretamente, las medidas de política comercial, tal y como han quedado tras la entrada en vigor del Reglamento 2021/167 pueden consistir en: Derechos de aduana; restricciones cuantitativas sobre las importaciones o exportaciones de mercancías; medidas en el ámbito de la contratación pública; la suspensión de obligaciones relativas al comercio de servicios y la imposición de restricciones al comercio de servicios; así como la suspensión de las obligaciones así como otras medidas con respecto a los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio²².

El segundo objetivo fue incluido en el Reglamento (UE) 2021/167 a petición del Parlamento Europeo. Consiste en ampliar el ámbito de aplicación de las medidas de

procedimientos comunitarios en el ámbito de la política comercial común con objeto de asegurar el ejercicio de los derechos de la Comunidad en virtud de las normas comerciales internacionales, particularmente las establecidas bajo los auspicios de la Organización Mundial del Comercio (DOUE L 189, de 27 de junio de 2014, p. 50). En 2017, la Comisión comenzó a analizar la cuestión de la Revisión del Reglamento sobre garantía de cumplimiento (COMISIÓN EUROPEA, Informe al Parlamento Europeo y al Consejo, Revisión inicial del ámbito de aplicación del Reglamento sobre garantía del cumplimiento, COM (2017) 373 final, de 11 de julio de 2017).

²⁰ Véase nota 4.

²¹ En efecto, el art. 3 del Reglamento (UE) 2021/167 señala que el Reglamento sobre cumplimiento será de aplicación, según el nuevo art. 3 a) *bis*: “tras la circulación de un informe de un grupo especial de la OMC que estime, en todo o en parte, las reclamaciones presentadas por la Unión, cuando el recurso interpuesto con arreglo al artículo 17 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OMC no pueda ser completado y el tercer país no haya aceptado un arbitraje provisional con arreglo al artículo 25 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OMC».

²² El artículo 5 del Reglamento 654/2014, tal y como ha quedado tras la reforma operada por el Reglamento 2021/167, las denomina como “medidas de política comercial”, si bien, como veremos más adelante, en su propuesta de Reglamento, la Comisión de la UE las califica como contramedidas y también como medidas sancionadoras. Considero más adecuado calificarlas como finalmente figuran en el Reglamento comunitario, esto es, como medidas de protección comercial; por esta razón cuando en el texto aluda a ellas como contramedidas se pondrá dicho sustantivo entre comillas (“contramedidas”).

carácter comercial a los servicios y los aspectos de la propiedad intelectual relacionados con el comercio. Se trata de ámbitos regulados no solo por el derecho de la OMC sino también, y de forma creciente, mediante acuerdos regionales bilaterales concluidos por la UE²³. Ello permitirá también a la UE aplicar en dichos ámbitos lo que, en términos del derecho de la OMC, se conoce como contramedidas cruzadas.

En tercer lugar, y ligado a los objetivos anteriores, el art. 3, b) *bis* del Reglamento permite la adopción de medidas de política comercial cuando un socio en un Acuerdo comercial bilateral o regional no tome las medidas necesarias para que funcione el mecanismo de solución de diferencias previsto en dichos acuerdos, o cuando dilate de forma indebida el procedimiento, y no sea posible la resolución del litigio comercial mediante arbitraje.

El procedimiento para la adopción de estas medidas está regulado en el Reglamento (UE) 654 /2014, que contempla la posibilidad de que la Comisión Europea adopte actos de ejecución sobre la base del art. 291 TFUE a fin de adaptar su política comercial como respuesta a las acciones de países no pertenecientes a la UE. En una “Declaración sobre el cumplimiento del Derecho internacional público” publicada el mismo día en que se adoptó el Reglamento (UE) 2021/167, si bien en la serie C del Diario Oficial de la Unión Europea²⁴, la Comisión se compromete a actuar, en estos casos, “de conformidad con los requisitos del Derecho internacional sobre las contramedidas, codificados en los artículos adoptados por la Comisión de Derecho Internacional acerca de la responsabilidad internacional acerca de la responsabilidad de los Estados por actos internacionalmente ilícitos”. Se trata, en efecto, del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos de 2001 (PR CDI, en adelante). En particular, se establece que la Comisión: “pedirá al miembro de la OMC de que se trate que aplique las conclusiones y recomendaciones del grupo especial, notificará al miembro de la OMC la intención de la Unión de adoptar contramedidas, y reiterará su disposición a negociar una solución de mutuo acuerdo de conformidad con los requisitos del ESD”, Además, aunque ya se hayan adoptado los actos de ejecución, la Comisión suspenderá su aplicación si el OA reanuda sus funciones con respecto al caso de que se trate, de conformidad con el artículo 17 del ESD, o si se inicia un procedimiento de apelación provisional del MPIA, siempre que dicho procedimiento se lleve a cabo de buena fe.

En definitiva, con la aprobación del Reglamento (UE) 2021/167, la UE trata de utilizar una técnica disuasoria para proteger sus intereses. Desde esta perspectiva, sería el miedo a exponerse a sus “contramedidas” unilaterales lo que desincentivaría el planteamiento, contra ella, de un recurso de nulo derecho ante el OA. También se puede afirmar que, de forma indirecta, con la aprobación del Reglamento (UE) núm. 2021/167, la UE intenta forzar a terceros a suscribir el MPIA u otro acuerdo de arbitraje mutuamente convenido.

²³ Parlamento Europeo, P9_TA (2021) 0004.

²⁴ DOUE, C 49, de 12 de febrero de 2021, p. 3.

IV. EL DIFÍCIL ENCAJE DEL REGLAMENTO (UE) 2021/167 CON EL DERECHO DE LA OMC

Es evidente que, habiendo recibido la UE un informe de un grupo especial favorable a sus pretensiones, y estando inoperante el OA, no es posible obtener -a través de los mecanismos institucionalizados de solución de diferencias de la OMC-, un informe por parte del OSD que autorice las contramedidas. Sin embargo, la justificación comunitaria para la adopción de medidas de política comercial del Reglamento 2021/167 -en los casos en que Miembros de la OMC no participantes en el MPIA planteen un recurso nulo de pleno derecho ante el OA-, resulta de dudosa legalidad a la luz del derecho de la OMC, ya que este derecho, como la propia Comisión reconoce en su propuesta de Reglamento²⁵, se considera *lex specialis* en relación con el derecho internacional general en materia de responsabilidad internacional representado por el PR CDI.

Ello conduce a que nos preguntemos si la adopción de las “contramedidas” unilaterales de la UE se conforma al derecho de la OMC. Para responder a esta pregunta debemos resolver, con carácter previo, las siguientes cuestiones: a) ¿de qué forma regula el derecho de la OMC la posible aplicación de las contramedidas?; b) ¿qué papel tiene, en el derecho de la OMC, el derecho internacional público y, más concretamente, el derecho consuetudinario?; y c) ¿el planteamiento de un recurso ante el OA puede ser calificado como un hecho ilícito internacional susceptible de justificar la adopción de las “contramedidas” comerciales unilaterales?

1. ¿De qué forma regula el derecho de la OMC la aplicación de las contramedidas?

El Reglamento (UE) 2021/167 plantea problemas a la luz del derecho de la OMC, ya que el ESD identifica al OSD como único órgano capacitado para autorizar contramedidas mediante la técnica del consenso negativo, y siguiendo las prescripciones del art. 22 del ESD (“Compensación y suspensión de concesiones”). En efecto, el art. 23 del ESD, que figura bajo la rúbrica “Fortalecimiento del sistema multilateral”, establece, en su apartado primero, que: “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”. Y, en su apartado 2, a) precisa que, en los casos contemplados en el apartado 1, los Miembros: “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 OSD, o en el laudo arbitral dictado con arreglo al presente Entendimiento”.

²⁵ Véase nota 17, p. 4.

La historia legislativa que condujo a la adopción de este artículo incide en la idea de que el objetivo primordial de los delegados comerciales que participaron en la Ronda de Uruguay fue la lucha contra el unilateralismo²⁶. En efecto, el ESD, en este apartado, fue la respuesta normativa frente al “unilateralismo agresivo” practicado por la Administración estadounidense a mediados de los años 80 del siglo XX, en aplicación de la denominada Sección 301, tal y como se conoce a los artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974²⁷. El unilateralismo estadounidense era consecuencia de las deficiencias del sistema de solución de diferencias del GATT de 1947, dado que este mecanismo, a diferencia del existente en la OMC, no operaba de modo automático, y la adopción de los informes de los grupos especiales (entonces no existía el OA) necesitaba el consenso (positivo) de todas las partes contratantes, incluyendo el de la parte que había perdido el caso, con lo que el bloqueo del mecanismo era algo habitual.

En términos conceptuales, la aplicación de las contramedidas unilaterales era resultado de la aplicación de la denominada doctrina “*fall-back*”, en virtud de la cual: “The invocation of general international law rules on countermeasures would be justified when the blockage or inefficacy of the special remedies were substantiated”²⁸. Según Fernández Pons, la práctica del GATT de 1947 confirma que las partes percibían dicha doctrina como una fuente de legitimidad de sus acciones unilaterales en relación con ese tipo de situaciones de bloqueo o de ineficiencia del sistema. En opinión de este autor: “So, it was observed that when a party had a panel report in its favor it felt particularly authorized to apply countermeasures without prior authorization from the CONTRACTING PARTIES, thereby recovering its autonomy and not coming up against any effective reactions within the institutional framework”²⁹.

Una vez creada la OMC, a petición de las Comunidades Europeas, la Sección 301 estadounidense fue objeto de un procedimiento de solución de diferencias. Sin embargo, el grupo especial que conoció el asunto no condenó a EE.UU., ya que las facultades discrecionales otorgadas por la ley estadounidense a las autoridades nacionales estaban limitadas por una Declaración anexa a dicha ley que las obligaba a someterse a las constataciones de los órganos de solución de diferencias de la OMC³⁰. Como han señalado Carreau y Juillard: “Tant que la Section 301 de la loi americaine ne fait qu’habiliter le pouvoir exécutif à faire une détermination discrétionnaire au sujet de la

²⁶ MBENGUE, M. M., “The Settlement of Trade Disputes. Is there a Monopoly for the WTO?”, *Law & Practice of International Courts and Tribunals*, 15 (2), 2016, pp. 207-248, p. 220.

²⁷ BREWSTER, R., “Can International Trade Law Recover? WTO Dispute Settlement: Can we go back again?”, *American Journal of International Law*, 4, 2019, pp. 61-66, p. 64.

²⁸ FERNÁNDEZ PONS, X., “Self-help and the World Trade Organization”, en MENGOZZI, P. (ed.), *International Trade Law on the 50th Anniversary of the Multilateral Trade System*, Giuffrè Editore, Milano, 1999, pp. 55-112, p. 70. La problemática abordada en este trabajo ha sido también objeto de una atención rigurosa por parte de este autor en análisis posteriores. Destacan, en particular, los siguientes: “La responsabilidad internacional en el sistema de solución de diferencias de la OMC”, en FARAMIÑÁN GILBERT, J. M. (Coord.), *Globalización y Comercio Internacional*. Actas de las XX Jornadas de la AEPDIRI, Coedición de la AEPDIRI y el BOE, Madrid, 2005, pp. 109-121; y *La OMC y el Derecho internacional*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

²⁹ *Ibid.*, pp. 73-74.

³⁰ OMC, *Estados Unidos: Arts. 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974*, WT/DS152/R, 22 de diciembre de 1999, apartados 7.43 y 7.112

question de savoir s'il y a lieu de prendre des mesures de réaction [...], mais ne l'y *oblige* pas, le dispositif n'est pas en soi contraire au droit de l'OMC". C'est donc la marge discrétionnaire que ménageait la procédure instituée par la loi américaine qui évita à celle-ci d'être déclarée illicite"³¹.

A pesar de ello, en el informe del grupo especial que analizó la Sección 301 en 1999 encontramos algunas afirmaciones significativas en relación con el alcance normativo del art. 23. 1 del ESD. En efecto, el grupo especial señaló que: "El párrafo 1 del artículo 23 no sólo trata de casos concretos de infracción, sino que establece una obligación general de carácter doble. Primero, dispone que todos los Miembros "recurrirán" al procedimiento multilateral establecido en el ESD cuando traten de que se repare una incompatibilidad con las normas de la OMC. En esas circunstancias, los Miembros tienen que recurrir al sistema de solución de diferencias establecido en el ESD, con exclusión de cualquier otro sistema, en particular un sistema de imposición coercitiva unilateral de los derechos y obligaciones dimanantes de las normas de la OMC. Esta prescripción, a la que se podría denominar "cláusula exclusiva para la solución de diferencias", es un importante elemento nuevo de los derechos y obligaciones que incumben a los Miembros con arreglo al ESD. Segundo, el párrafo 1 del artículo 23 también dispone que los Miembros, cuando recurran al sistema de solución de diferencias del ESD, "deberán acatar" las normas y procedimientos del ESD. Esta segunda obligación impuesta por el párrafo 1 del artículo 23 es de naturaleza confirmatoria: los Miembros, cuando recurran al ESD, han de acatar todas las normas y procedimientos del ESD"³².

En este sentido, Vranes ha calificado el art. 23. 1 del ESD como una "cláusula de jurisdicción exclusiva" cuyo objeto es la prevención del unilateralismo³³. Por su parte, Blázquez Navarro ha afirmado que: "El artículo 23 refleja [...] la síntesis entre el reforzamiento del *Sistema de Solución de Diferencias* y el compromiso explícito de los Miembros de no adoptar medidas unilaterales para asegurar el cumplimiento de sus políticas comerciales"³⁴. En definitiva, significa que, cuando los Miembros de la OMC recurren al ESD, no solo deben acatar las normas sustantivas de esta organización internacional sino también los procedimientos de solución de diferencias previstos por este acuerdo, lo que incluye la eventual adopción de contramedidas comerciales por parte del OSD³⁵.

³¹ CARREAU, D., JUILLARD, P., *Droit international Économique*, 6ª ed., Dalloz, Paris, 2017, p. 336.

³² OMC, *Estados Unidos - Artículos 301 de la Ley de Comercio Exterior*, WT/DS152/R, 22 de diciembre de 1999, *cit. supra.*, apartado 7.43.

³³ VRANES, E., "Jurisdiction and Applicable Law in WTO Dispute Settlement", *German Yearbook of International Law*, 48, 2005, pp. 265-290, pp. 286-7.

³⁴ BLÁZQUEZ NAVARRO, I., "Los límites al unilateralismo en el sistema de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio. El informe del grupo especial sobre los arts. 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de los Estados Unidos", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 1, 2000, pp. 1- 29, p. 8.

³⁵ La OMC ha subrayado esta misma idea de lucha frente al unilateralismo: "Los Miembros se han comprometido a utilizar ese sistema para resolver sus diferencias comerciales en el marco de la OMC y a no tomarse la justicia por su mano así como a acatar las normas y procedimientos del ESD (artículo 23 del ESD)" (OMC, *Manual sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC*, 2ª ed., 2017, https://www.wto.org/spanish/res_s/booksp/_dispuhandbook17_s.pdf., p. 17).

Los órganos de solución de diferencias de la OMC también han sido categóricos al afirmar que el artículo 23. 2 del ESD es contrario a la adopción de contramedidas unilaterales. En el asunto *EEUU-Prohibición de importar ciertos camarones y sus productos* el grupo especial señaló que el artículo 23 del ESD: “Subraya la primacía del sistema *multilateral* y rechaza el unilateralismo como sucedáneo de los procedimientos previstos en ese Acuerdo”³⁶. Por su parte, el grupo especial en el asunto *Canadá-Créditos a la exportación y garantías de préstamos para las aeronaves regionales*, precisó que: “El párrafo 1 del artículo 23 del ESD dispone que los Miembros resolverán todas las diferencias mediante el sistema multilateral de solución de diferencias, con exclusión de las medidas unilaterales”³⁷. También incide en esta misma idea el informe del OA en el asunto *Canadá - Mantenimiento de la suspensión de obligaciones en la diferencia CE – Hormonas*, al señalar que el art. 23 del ESD restringe de dos modos la actuación de los Miembros de la OMC: “En primer lugar, su párrafo 1 establece que el sistema de solución de diferencias de la OMC es el foro exclusivo para resolver dichas diferencias y exige que se respeten las normas del ESD. En segundo lugar, su párrafo 2 prohíbe a los Miembros de la OMC adoptar determinadas medidas unilaterales. Por consiguiente, un Miembro no puede, de manera unilateral: i) determinar que se ha producido una infracción, que se han anulado o menoscabado ventajas o que se ha comprometido el cumplimiento de uno de los objetivos de los Acuerdos abarcados; ii) determinar la duración del plazo prudencial para la aplicación; o iii) decidir la suspensión de concesiones y determinar el nivel de la suspensión”³⁸.

Esta misma insistencia en la prohibición de toda acción unilateral por parte de los Miembros de la OMC se reproduce de modo regular en los pronunciamientos posteriores de los órganos de solución de diferencias de la OMC, entre los que cabe destacar el asunto *Estados Unidos - Medidas aplicadas a la importación de determinados productos procedentes de las Comunidades Europeas*³⁹; o el asunto *Comunidades Europeas-Medidas que afectan al comercio de embarcaciones comerciales*⁴⁰.

La obligación de adoptar las contramedidas como medida de último recurso en el marco de la OMC (art. 3. 7 del ESD) entrañó la necesidad de que los Miembros de esta organización internacional adaptasen su derecho interno a fin de canalizar las medidas de ejecución a los dictados del ESD. Es lo que hizo la UE al aprobar el Reglamento (CE) 3286/94, más conocido como “Reglamento obstáculos al comercio”, que exige, como paso previo para la adopción de las medidas de política comercial, la autorización del

³⁶ OMC, *EEUU-Prohibición de importar ciertos camarones y sus productos* WT/DS58/R, 15 de mayo de 1998, apartado 7.43.

³⁷ OMC, *Canadá-Créditos a la exportación y garantías de préstamos para las aeronaves regionales*, WT/DS222/R, 28 de enero de 2002, apartado 7.170.

³⁸ OMC, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión de obligaciones en la diferencia CE – Hormonas*, WT/DS321/AB/R, 16 de octubre de 2008, apartado 371.

³⁹ OMC, *Estados Unidos - Medidas aplicadas a la importación de determinados productos procedentes de las Comunidades Europeas*, WT/DS165/R, 11 de diciembre de 2000, apartado 111.

⁴⁰ OMC, *Comunidades Europeas-Medidas que afectan al comercio de embarcaciones comerciales*, WT/DS301/R, 22 de abril de 2005, apartado 7.190.

OSD⁴¹. El sistema comunitario se adaptó, de este modo, de forma plena a los dictados del ESD hasta que el Reglamento (UE) 654/2014, que lo modificaba, fue a su vez modificado finalmente mediante el Reglamento (UE) 2021/167, posibilitando la adopción de las medidas de política comercial de carácter unilateral.

2. Derecho internacional y Derecho de la OMC. El carácter de *lex specialis* del Entendimiento sobre Solución de Diferencias

En orden a determinar si el Reglamento (UE) 2021/167 se adapta al derecho de la OMC, debemos indagar también acerca del papel que juega el Derecho internacional público y, más concretamente, las normas del Derecho Internacional general que regulan la responsabilidad internacional en relación con los procedimientos de solución de diferencias de la OMC.

Pues bien, la única mención al derecho internacional que figura en el ESD se encuentra en su art. 3. 2 que establece que: “El sistema de solución de diferencias de la OMC es un elemento esencial para aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio. Los Miembros reconocen que ese sistema sirve para preservar los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de los acuerdos abarcados y para aclarar las disposiciones vigentes de dichos acuerdos de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público. Las recomendaciones y resoluciones del OSD no pueden entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados”. La doctrina considera que tales “normas usuales de interpretación del derecho internacional público” son las recogidas en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (CVDT) de 1969, y que si no se hace mención expresa a ellas en el art. 3. 2 del ESD es: “Porque EE.UU. no lo ha ratificado y la Comunidad Europea [hoy UE] no puede ser parte”.⁴² Que tales normas de interpretación son las contenidas en la CVDT lo proclamó también el OA en el importante asunto *Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional*, al señalar que el art. 3. 2 ESD permite el recurso a los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados, cuyas reglas de interpretación “se ha[n] elevado a la condición de norma del derecho internacional consuetudinario o general”; añadiendo que: “No debe leerse el Acuerdo General aislándolo clínicamente del derecho internacional público”⁴³.

⁴¹ Art. 12. 2 del Reglamento (CE) núm. 3286/94, de 22 de diciembre de 1994, por el que se establecen procedimientos comunitarios en el ámbito de la política comercial común con objeto de asegurar el ejercicio de los derechos de la Comunidad en virtud de las normas comerciales internacionales, particularmente las establecidas bajo los auspicios de la Organización Mundial del Comercio (DOUE L 349, de 31 de diciembre de 1994, p. 71). Como hemos señalado, este Reglamento fue, a su vez, modificado por el Reglamento (UE) 654/2014, citado en la nota 20.

⁴² SKOUTERIS, T., “Customary Rules of Interpretation of Public International Law and Interpretative Practices in the WTO System”, en MENGOZZI, P. (ed.), *International Trade Law on the 50th Anniversary of the Multilateral Trade System*, Giuffrè Editore, Milano, 1999, pp. 113-144, p. 127; ZAPATERO, P., *Derecho del Comercio Global*, Civitas, Madrid, 2003, p. 68.

⁴³ OMC, *Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional*, WT/DS2/AB/R, 29 de abril de 1996, pp. 19-20. En esta misma línea, véase *Japón- Impuesto sobre las bebidas alcohólicas*, WT/DS8/AB/R, 4 de octubre de 1996, página 13.

La “jurisprudencia” posterior de los órganos de solución de diferencias la OMC se mantuvo en esta misma línea al reconocer a los artículos 31 y 32 de la CVDT el estatus de normas consuetudinarias susceptibles de ser invocadas en la interpretación de los acuerdos abarcados. La referencia a los criterios interpretativos establecidos por la CVDT ha sido sostenida también por la Corte Internacional de Justicia y otros Tribunales internacionales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos o el Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁴⁴.

Ello enlaza con el debate entre quienes sostienen que el derecho de la OMC es un régimen autónomo (*self-contained*) y desvinculado de la aplicación de cualquier derecho que no sea el de esta organización internacional⁴⁵, salvo que haya una referencia expresa, o un reenvío, como ocurre en el caso del art. 3. 2 del ESD (en relación con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público)⁴⁶, frente quienes defienden que el derecho de la OMC bebe de las fuentes generales, y no puede ser aplicado de modo aislado respecto al derecho internacional público. Desde esta segunda posición se considera que, junto a esos casos de reenvío, también puede haber otros en que dicho derecho presente lagunas, que solo pueden ser colmadas acudiendo a las normas y principios del derecho internacional público⁴⁷.

⁴⁴ En efecto, particularmente desde la sentencia *Racke* (sentencia de 16 de junio de 1998, C-162/96, ECLI:EU:C:1998:293, apartado 46), el TJUE ha considerado que la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados celebrados entre Estados de 1969, y, concretamente la cláusula *rebus sic stantibus* regulada por él, vincula a la UE en tanto que derecho consuetudinario. Más recientemente, en el asunto *Brita* señaló que: “las reglas contenidas en la Convención de Viena se aplican a un acuerdo celebrado entre un Estado y una organización internacional como el Acuerdo de Asociación CE-Israel, en la medida en que dichas reglas son la expresión del Derecho consuetudinario internacional general. Por consiguiente, el Acuerdo de Asociación CE-Israel debe interpretarse utilizando dichas reglas” (sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de febrero de 2010, C-386/08, ECLI:EU:C:2010:91, apartado 41). En el asunto del *Sáhara Occidental* el Tribunal de Justicia señaló que: “para poder extraer consecuencias jurídicas correctas de la inexistencia de cláusulas que excluyeran al Sáhara Occidental del ámbito de aplicación territorial del Acuerdo de Asociación, en el marco de interpretación de este Acuerdo, el Tribunal General estaba obligado a respetar no sólo las reglas de interpretación de buena fe enunciadas en el artículo 31, apartado 1, de la Convención de Viena, sino también la establecida en el apartado 3, letra c), de dicho artículo, con arreglo a la cual la interpretación de un tratado debe efectuarse teniendo en cuenta toda regla pertinente de Derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes de este tratado (sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de diciembre de 2016, C_104/16P, ECLI:EU:C:2016:973, apartado 86). Véase ROLDÁN BARBERO, J., “La costumbre internacional, la cláusula *rebus sic stantibus* y el Derecho Comunitario (a propósito de la sentencia *Racke* dictada por el TJCE el 16.6.98)”, *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 2, 1998, pp. 9-34.

⁴⁵ La posición más tajante en contra de la aplicación de normas consuetudinarias en el marco de la OMC está representada por MCGINNIS, J. O., “The Appropriate Hierarchy of Global Multilateralism and Customary International Law: The Example of the WTO”, *Northwestern Law and Economics Research Paper*, No. 03-09, <https://ssrn.com/abstract=421661>.

⁴⁶ Así TRACHTMAN, J. P., “The Domain of WTO Dispute Resolution”, *The Harvard International Law Journal*, 40 (2), 1999, pp. 333-378.

⁴⁷ Vid., en este sentido, HILF, M., “Power, Rules and Principles. Which Orientation for WTO/GATT Law?” *Journal of International Economic Law*, vol. 4 (1), 2001, pp. 111-130, p. 122; GARCÍA-RUBIO, M., “Unilateral Measures as a Means of Forcible Execution of WTO Recommendations and Decisions”, en PICCIO FORLATI, L. y SICILIANOS, L. A. (dirs.), *Les sanctions économiques en droit international*, Académie de droit international de La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2004, pp. 445-475, p. 457; PAUWELYN, J., “How to Win a World Trade Organization Dispute Based on Non-World Trade Organization Law?”, *Journal of World Trade*, 37 (6), 2003, pp. 997-1030; SOBRINO HEREDIA, J.

La cuestión también ha sido objeto de atención en la “jurisprudencia” de la OMC. En lo que respecta a normas primarias, los asuntos versan sobre cuestiones de carácter medioambiental, o relativas a la salud y la vida de las personas, ámbitos no regulados por el derecho sustantivo de la OMC, y a los que los órganos de solución de diferencias de la OMC han dado una tímida entrada a través de la excepción del art. XX del GATT de 1994. Ello es lógico si pensamos, además, que tales sectores del derecho internacional están regulados mediante tratados de los que no son parte todos los Miembros de la OMC. Recordemos que este artículo permite a los Miembros de la OMC adoptar medidas contrarias a los principios de la OMC con objeto de proteger la salud y la vida de las personas y de los animales, la preservación de los vegetales, así como la conservación de los recursos agotables. También se ha producido la incorporación por referencia de determinados acuerdos internacionales cuya vinculación con acuerdos de la OMC es indudable, como es el caso de acuerdos celebrados en el marco de la OCDE (en relación con el acuerdo sobre subvenciones y derechos compensatorios de la OMC)⁴⁸.

Sin embargo, en el asunto *Comunidades Europeas, Medidas que afectan a la carne y a los productos cárnicos (hormonas)*, en el que las entonces Comunidades Europeas (CE) invocaron el principio de cautela como principio de derecho medioambiental susceptible de justificar la prohibición de las importaciones de carne y productos cárnicos de animales tratados con hormonas, por considerar que dicho principio formaba parte del derecho consuetudinario con capacidad para ser utilizado para interpretar el Acuerdo de la OMC sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (MSF), el grupo especial afirmó que dicho principio “no puede prevalecer” sobre el texto del Acuerdo sobre MSF, puesto que éste incorpora el principio de cautela y le da un sentido específico⁴⁹. Recurrido dicho informe ante el OA, este órgano apreció que dicho principio es objeto de debate doctrinal y que no está claro que haya sido ampliamente aceptado por los Miembros de la OMC como un principio de derecho internacional general o consuetudinario, afirmando que no debía tomar posición sobre una cuestión tan importante como abstracta⁵⁰.

Cuando ya todo apuntaba a que el derecho de la OMC era esquivo al derecho internacional consuetudinario, salvo los casos de reenvío del art. 3. 2 del ESD, se aprobó el informe del grupo especial en el asunto *Corea-Medidas que afectan a la contratación pública*, un caso de acción por anulación o menoscabo sin infracción de disposiciones del derecho de la OMC, en el que se da entrada al derecho consuetudinario siempre que no exista conflicto o incompatibilidad con el derecho de la OMC, o una expresión en un Acuerdo abarcado de la OMC que implique otra cosa. En efecto, el grupo especial señala lo siguiente: “Tenemos presente que en virtud del párrafo 2 del artículo 3 del ESD debemos tratar, en el contexto de cada diferencia en particular, de aclarar las disposiciones vigentes

M., “Las relaciones de subsidiariedad entre regímenes internacionales”, en RODRIGO, A., GARCÍA, C. (dirs.), *Unidad y pluralismo en el Derecho Internacional Público y en la Comunidad Internacional*, Coloquio en homenaje a Oriol Casanovas, Tecnos, Madrid, 2011, pp. 195-213, p. 201.

⁴⁸ OMC, *Brasil, Programa de financiación de las exportaciones para aeronaves*, WT/DS46/AB/R, 2 de agosto de 1999. Vid. Zapatero, *op. cit.*, p. 118.

⁴⁹ OMC, *Comunidades Europeas, Medidas que afectan a la carne y a los productos cárnicos (hormonas)*, WT/DS26/R, 18 de agosto de 1997, apartado 8.157.

⁵⁰ OMC, *Comunidades Europeas, Medidas que afectan a la carne y a los productos cárnicos (hormonas)*, WT/DS26/AB/R, 16 de enero de 1998, apartado 123.

de los Acuerdos de la OMC de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público. Sin embargo, la relación entre los Acuerdos de la OMC y el derecho internacional consuetudinario tiene mayor alcance. El derecho internacional consuetudinario se aplica en forma general a las relaciones económicas entre los Miembros de la OMC, siempre que los Acuerdos de la OMC no se "aparten" de él. Para [sic] decirlo de otra forma, siempre que no exista conflicto o incompatibilidad, o una expresión en un Acuerdo de la OMC abarcado que implique otra cosa, opinamos que las normas consuetudinarias del derecho internacional son aplicables a los Tratados de la OMC y al proceso de elaboración de tratados en el marco de la OMC⁵¹.

En lo que concierne a este trabajo, este asunto es especialmente relevante, fundamentalmente por dos razones. La primera, porque, como ha señalado Fernández Pons, este asunto "parece referirse específicamente a las normas secundarias del Derecho internacional general"⁵², que son precisamente el tipo de normas cuya relación estamos analizando. Y, la segunda, porque en él se avanza una solución para casos en los que se produce una relación entre normas, que no es una relación de interpretación sino una relación de conflicto⁵³ y, sin mencionar específicamente la máxima *lex specialis*, se le da entrada⁵⁴. Con razón Aznar Gómez ha señalado que, en este caso, "el informe del Grupo especial de la OMC entendió perfectamente el juego de la máxima *lex specialis*"⁵⁵.

De hecho, la afirmación de que el derecho internacional consuetudinario se aplica en forma general a las relaciones económicas entre los Miembros de la OMC, siempre que los Acuerdos de la OMC no se "aparten" de él, podría ser clave en el asunto que nos ocupa, esto es, la cuestión de la legalidad del Reglamento (UE) 2021/167 a la luz del derecho OMC, porque aquí se podría entender que existe una relación de conflicto entre la posibilidad de establecer medidas de política comercial unilateral a su amparo y el art. 23 del ESD; y que, por lo tanto, en esta relación entre normas secundarias en materia de responsabilidad internacional de diferente naturaleza, el derecho internacional general

⁵¹ OMC, *Corea-Medidas que afectan a la contratación pública*, WT/DS163/R, 1 de mayo de 2000, apartado 7. 96.

⁵² FERNÁNDEZ PONS, X., *op. cit.*, 2006, pp. 48 y 146.

⁵³ Existe una relación de interpretación entre normas "cuando una norma ayuda a la interpretación de otra", mientras que existe una relación de conflicto "cuando dos normas que son válidas y aplicables llevan a decisiones incompatibles, por lo que hay que escoger entre ellas" (conclusión número 2 del Grupo de estudio sobre la "Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional», Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 58.º período de sesiones [1.º de mayo a 9 de junio y 3 de julio a 11 de agosto de 2006], A/61/10, p. 195). Al respecto, véase: CARDONA LLORENS, J., "Los conflictos entre normas internacionales del mismo rango: a la búsqueda de criterios de solución", en RODRIGO, A., GARCÍA, C. (dirs.), *Unidad y pluralismo en el Derecho Internacional Público y en la Comunidad Internacional*, Coloquio en homenaje a Oriol Casanovas, Tecnos, Madrid, 2011, pp. 375-391, p. 377.

⁵⁴ La máxima *lex specialis derogat legi generali* ha sido definida como "una técnica generalmente aceptada para la interpretación y la solución de conflictos en derecho internacional. Conforme a esta máxima, cuando dos o más normas tratan de una misma cuestión, se deberá dar precedencia a la que sea más específica" (conclusión número 5 del Grupo de estudio sobre la "Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional», *ibid.*, p. 195).

⁵⁵ AZNAR GÓMEZ, M., "En torno a la unidad sistémica del Derecho internacional", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LIX, núm. 2, 2007, pp. 563-594, p. 583.

quedaría excluido, dado que el art. 23 del ESD otorga al OSD la capacidad exclusiva para autorizar las contramedidas. El ESD, por lo tanto, constituiría un régimen autónomo de responsabilidad internacional y se aplicaría, en tanto que *lex specialis*, de modo preferente en relación con las normas de Derecho internacional general sobre dicha materia⁵⁶.

Es por ello lógico que una parte de la doctrina resuelva la tensión dialéctica entre las normas generales en materia de responsabilidad internacional y el ESD a favor de este último, y considere altamente dudoso que un grupo especial de la OMC pueda aceptar el argumento de la mala fe del PR CDI como defensa de la UE en una controversia ante la OMC en la que se cuestione la legalidad de medidas adoptadas por la UE sin autorización del OSD. Así, Wei ha subrayado que los órganos de solución de diferencias de la OMC han evitado la aplicación del derecho que no sea el propio de la OMC como defensa sustantiva de una alegada violación de las normas de la OMC. Desde su punto de vista, sin embargo, las contramedidas aplicables cuando un socio en un Acuerdo comercial bilateral o regional no tome las medidas necesarias para que funcione el mecanismo de solución de diferencias previsto en dichos acuerdos, o cuando dilate de forma indebida el procedimiento no irían contra el ESD, ya que esos acuerdos no tienen el grado de exclusividad con que está concebido el ESD, ni contienen una disposición similar al art. 23 del ESD⁵⁷. Incluso Pauwelyn que, en principio, es favorable a la aplicación del derecho internacional público por parte de los órganos de solución de diferencias de la OMC, considera que el derecho consuetudinario ha de ser aplicado con cautela. En su opinión, los Miembros de la OMC sólo pueden atenerse a la costumbre si se cumplen las normas estrictas para su aparición (de modo que los Estados que se opusieron explícitamente y de forma sistemática a la costumbre no quedan vinculados por ella); además, añade, incluso si la costumbre fue consentida explícita o tácitamente, es poco probable que prevalezca sobre el tratado de la OMC⁵⁸.

No obstante, la cuestión es muy compleja y no parece estar resuelta. Certeramente Casanovas La Rosa ha señalado que: “El problema de los regímenes autónomos de responsabilidad no radica en la existencia convencionalmente prevista de medidas y mecanismos específicos en los casos de violación de sus obligaciones. La cuestión radica en si excluyen o no excluyen la aplicación subsidiaria de las normas generales sobre responsabilidad internacional y, en especial, la adopción de contramedidas”. A su parecer, las opiniones en favor de la autonomía y exclusividad de estos regímenes no son convincentes: “Si se admitieran con facilidad se abriría la puerta a un fraccionamiento en sistemas normativos independientes que haría caer al Derecho internacional en una “normatividad relativa” que quebraría su unidad como ordenamiento jurídico”⁵⁹.

⁵⁶ En este sentido, el art. 55 del PR CDI establece que: “Los presentes artículos no se aplicarán en el caso y en la medida en que las condiciones de existencia de un hecho internacionalmente ilícito, el contenido de la responsabilidad internacional de un Estado o el modo de hacerla efectiva se rijan por normas especiales de derecho internacional”.

⁵⁷ WEI, W., “The EU in Search for Stronger Enforcement Rules: Assessing the Proposed Amendments to Trade Enforcement Regulation 654/2014”, *Journal of International Economic Law*, 23 (4), 2020, pp. 9 y 14.

⁵⁸ PAUWELYN, *loc. cit.*, p. 1025.

⁵⁹ CASANOVAS LA ROSA, O., “Unidad y pluralismo en Derecho Internacional Público”, *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, 1998, Vol. II, pp. 35-263, p. 231.

3. El planteamiento de un recurso ante el Órgano de Apelación no constituye un hecho ilícito internacional

Una última línea de argumentación en contra de la legalidad del Reglamento (UE) 2021/167 consiste en alegar que cuando un Estado de la OMC recurre un informe de un grupo especial ante el OA no está cometiendo ningún hecho ilícito, por lo que no es legal la adopción de “contramedidas” de ninguna clase. Recordemos que, en términos conceptuales⁶⁰, la adopción de una contramedida presupone un hecho ilícito internacional, que es el que genera la responsabilidad del Estado infractor, tal y como se infiere de la lectura del art. 1 PR CDI (“Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional”) y de la jurisprudencia de la CIJ (asunto del Proyecto *Gabcikovo-Nagymaros*)⁶¹.

Sin embargo, este requisito, es decir, la existencia de un hecho ilícito previo, difícilmente parece darse en el caso de que un Miembro de la OMC no participante en el MPIA decida plantear un recurso ante el OA, puesto que se podría argumentar que ese Estado simplemente estaría haciendo uso de un derecho que le ofrece el ESD, que es un tratado internacional que está en vigor. En este sentido Brewster ha afirmado que el bloqueo de EE.UU. a la designación o reelección de los miembros del OA no infringe ninguna norma o procedimiento del ESD⁶². No habría, desde esta perspectiva, incumplimiento del ESD sino que estaríamos, todo lo más, ante unas *contramedidas* (por utilizar el lenguaje de la Comisión en su propuesta de Reglamento) *impropias*, dado que la respuesta de la UE obedece a una mera determinación unilateral de la ilicitud. Además, ello contradice la jurisprudencia del TJUE que, en el asunto *Comisión c. Hungría*, ha señalado que: “La calificación del hecho del Estado como «internacionalmente ilícito» es competencia exclusiva del Derecho internacional. En consecuencia, dicha calificación no puede verse afectada por la calificación del mismo hecho que se efectúe, en su caso, en virtud del Derecho de la Unión”⁶³.

V. ARGUMENTOS A FAVOR DE LA LEGALIDAD DE LAS MEDIDAS DE POLÍTICA COMERCIAL DEL REGLAMENTO (UE) 2021/167

Si las medidas de política comercial del Reglamento 2021/167 de la UE son tan evidentemente contrarias al derecho de la OMC, cabe preguntarse qué argumentos jurídicos se pueden utilizar para justificar su legalidad.

⁶⁰ SICILIANOS, L.-A., “La codification des contre-mesures par la Commission du Droit International, *Revue Belge de Droit International*, 1-2, 2005, pp. 447-500, p. 451.

⁶¹ Asunto *Gabcikovo-Nagymaros (Hungría c. Eslovaquia)*, Sentencia de 25 de septiembre de 1997, apartado 83.

⁶² BREWSTER, *loc. cit.*, p. 64.

⁶³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 2020, C-66/18, ECLI:EU:C:2020:792, apartado 88.

1. El Proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos

Pues bien, aunque en el Reglamento (UE) 2021/167 no se mencione en ningún momento el PR CDI⁶⁴, es más que evidente que, en su adopción, éste ha jugado un papel fundamental. Así lo admitió explícitamente la Comisión Europea en la exposición de motivos de su propuesta de Reglamento, concretamente en el apartado titulado “consideraciones políticas”⁶⁵ En efecto, la Comisión Europea afirma que las medidas previstas son compatibles con las obligaciones internacionales de la Unión, dado que: “El Derecho internacional público permite, con determinadas restricciones, como la proporcionalidad y el aviso previo, la imposición de contramedidas, es decir, medidas que, de otro modo serían contrarias a las obligaciones internacionales, por parte de una parte perjudicada respecto del país responsable de una infracción del Derecho internacional, si están destinadas a obtener el cese de la infracción o una reparación”. Y, a continuación, señala que: “Este Derecho internacional consuetudinario ha sido codificado por la Comisión de Derecho Internacional, un organismo de las Naciones Unidas, en su proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos”. Según la Comisión: “En principio, una parte que adopte medidas sancionadoras no queda eximida de cumplir sus obligaciones en virtud de ningún procedimiento aplicable de solución de litigios. Estas disposiciones constituyen una *lex specialis* en relación con las disposiciones de Derecho internacional general sobre las contramedidas. No obstante, cuando la parte responsable no coopere de buena fe en los procedimientos de solución de diferencias, impidiendo así a la parte perjudicada finalizar tales procedimientos, necesariamente vuelve a barajarse la posibilidad de optar por contramedidas conforme a los requisitos del Derecho internacional público general. La Comisión de Derecho internacional señala que esto ocurre cuando una parte no aplica los procedimientos de solución de diferencias de buena fe o cuando un Estado parte no coopera en la creación del tribunal correspondiente. Estas son las situaciones en la que se aplicaría la modificación actual”.

En el párrafo referido, la Comisión reconoce abiertamente el papel que el PR CDI ha jugado en el proceso que ha culminado con las medidas de política comercial de nuevo cuño del Reglamento (UE) 2021/167 -como vemos, indistintamente calificadas ella como “contramedidas” o “medidas sancionadoras”⁶⁶-, adoptadas al margen de su autorización por el OSD. Implica también la equiparación, a los efectos de la aplicación del art. 52. 3 b) del PR CDI, del sistema de solución de diferencias de la OMC, particularmente el OA, con “una corte o a un tribunal con facultades para dictar soluciones vinculantes para las partes”. Y conlleva, por consiguiente, la aplicación del art. 52. 4 de dicho PR CDI, esto

⁶⁴ En efecto, el PR CDI solo es mencionado en la Declaración sobre cumplimiento del Derecho internacional publicada, como hemos señalado, en la serie C del *DO* el mismo día en que se aprobó el Reglamento (UE) núm. 2021/167, pero en un contexto que sugiere solo su aplicación en lo que respecta a la aplicación de los aspectos procesales para la adopción de contramedidas.

⁶⁵ Véase nota 17, p. 4.

⁶⁶ Lenguaje del que, deliberadamente, rehúye el Reglamento (UE) 2021/67, al calificarlas simplemente como medidas de política comercial.

es, la posibilidad de aplicar contramedidas “si el Estado responsable no aplica de buena fe los procedimientos de solución de controversias”⁶⁷.

El carácter consuetudinario del PR CDI no es discutido por la doctrina, que se refiere a él como un “*treatylike text*”, con un alto grado de influencia en la práctica de los Estados⁶⁸. Así, Damrosch ha subrayado la autoridad de la que goza el PR CDI “*in their reception by the ICJ and other international tribunals*”⁶⁹. Es el caso del propio Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) que, en el asunto *Comisión c. Hungría*, ha considerado que el PR CDI codifica el derecho internacional consuetudinario en materia de responsabilidad internacional y es aplicable a la UE⁷⁰.

Pero conviene también recordar aquí que si la Comisión ha recurrido en su propuesta legislativa al derecho internacional consuetudinario recogido en el PR CDI no es porque esté en desacuerdo con la *lex specialis* que representa, en este caso, el ESD de la OMC, sino porque entiende, implícitamente, que el sistema de solución de diferencias que éste regula ha fallado, o que, al menos, lo ha hecho parcialmente. Su argumentación jurídica para la adopción de las contramedidas -en relación con los Miembros de la OMC que deciden plantear un recurso de nulo derecho ante el OA-, se basaría en la consideración, no explicitada, de que el principio de especialidad cede en supuestos como en el que nos encontramos, esto es, en casos en los que el régimen “especial”, o “autónomo” falla. Es esta situación la que activaría la “pasarela” que va desde el ESD al PR CDI, dándole entrada, y demostrando que el régimen de la OMC en materia de responsabilidad no es tan “autónomo” como en principio cabría suponer. En este sentido, García-Rubio ha reconocido al art. 52 del PR CDI el carácter de norma consuetudinaria cuya aplicación se activa cuando el subsistema que, en este caso sería el SSC de la OMC, falla. Para este autor, el art. 52 del PR CDI: “*Embodies a rule of customary law, and operates as an “escape clause”, authorizing any injured State to fall back into general international law to, inter alia, force the execution of a decision rendered by a dispute settlement organ*”⁷¹.

Ello enlaza, a su vez, con los trabajos que, en este punto, ha desarrollado la propia Comisión de Derecho Internacional en su Grupo de Estudio sobre la “Fragmentación del derecho internacional”, desarrollado bajo la presidencia de Koskeniemi, que acabaron siendo recogidos en un informe que remitió a la Asamblea General de las Naciones Unidas. En efecto, según reza la conclusión número 16 de los trabajos de dicho Grupo de

⁶⁷ En efecto, en su comentario al art. 52, la propia CDI señaló que: “La referencia a “una corte o tribunal”, en el párrafo 3, comprende cualquier procedimiento de solución de controversias por decisión vinculante de terceros, cualquiera que sea su designación”. Y, en cuanto al párrafo 4, considera que: “Se aplica también a situaciones en que un Estado parte no colabora en el establecimiento del tribunal pertinente o no comparece en él una vez establecido” (Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 53 período de sesiones, *Anuario de la CDI*, 2001, vol. II, segunda parte, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2007, p. 146).

⁶⁸ CARON, D. D., “The ILC Articles on State Responsibility: The Paradoxical Relationship between Form and Authority”, *American Journal of International Law*, 96 (4), 2002, pp. 857-873, p. 862.

⁶⁹ DAMROSCH, L. F., “The Legitimacy of Economic Sanctions as Countermeasures for Wrongful Acts”, *Ecology Law Quarterly*, 46 (1), 2019, pp. 95-110, 105.

⁷⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 2020, C-66/18, ECLI:EU:C:2020:792, apartado 88.

⁷¹ GARCÍA-RUBIO, *loc. cit.*, p. 473.

Estudio: “Puede ocurrir que los regímenes especiales o las instituciones creadas por ellos no funcionen del modo previsto. Se entenderá que ha habido un fallo del régimen especial cuando las leyes especiales no ofrezcan perspectivas razonables de alcanzar de modo adecuado los objetivos para los cuales fueron promulgadas. El fallo puede manifestarse, por ejemplo, en el hecho de que las instituciones del régimen no respondan a los objetivos que se les han asignado, de que una o varias de las partes incumplan habitualmente la ley, de que el régimen caiga en desuso o de que se retiren las partes que son indispensables para el régimen, entre otras causas. Sin embargo, el que un régimen haya fallado en este sentido es algo que debe decidirse, sobre todo, mediante la interpretación de sus instrumentos constitutivos. Si se ha producido un fallo, pasa a ser aplicable la ley general correspondiente”⁷². En este sentido, Rodrigo y García han señalado que: “No debe presumirse la autonomía de los regímenes especiales de responsabilidad que regulan las consecuencias específicas por el incumplimiento de las normas de los correspondientes regímenes, ya que siempre es posible recurrir al Derecho internacional general con carácter supletorio para las cuestiones no reguladas y cuando el régimen especial falla y no da respuesta, puesto que los Estados pueden recurrir a las contramedidas”⁷³. El Derecho internacional general no solo fundamenta los regímenes autónomos, como podría serlo el del SSC de la OMC, sino que, como señala Martín Rodríguez, “reaparece, además, en caso de fallo del subsistema”⁷⁴.

De modo que, con muchos matices (entre otros, los derivados de la celebración del MPIA), podemos establecer un cierto paralelismo entre la situación actual que se vive en la OMC y el período previo a su creación, en donde fueron las disfunciones del sistema de solución de diferencias del GATT de 1947 las que llevaron a los EE.UU. a aprobar la Sección 301. No es, por lo tanto, extraño que el Reglamento (UE) 2021/167 sea calificado como la “*Sección 301 a la europea*”⁷⁵. Se puede entender, de este modo, que, en ausencia de un marco institucional operativo en la OMC que permita la aplicación de las contramedidas autorizadas por parte del OSD, la UE recupera, en alguna medida (esto es, en relación con los Miembros de la OMC que presentan un recurso nulo de pleno derecho ante el OA), su derecho a defenderse unilateralmente adoptando las medidas de política comercial previstas por el Reglamento 2021/167.

Incluso se podría argumentar que la crisis del SSD de la OMC ha supuesto un cambio fundamental en las circunstancias – en el sentido del art. 62 CVDT- de conclusión del Acuerdo de Marraquech que justificaría la suspensión de la aplicación de determinadas disposiciones del ESD hasta tanto se restablece el OA, particularmente las relativas a las del procedimiento para el examen en apelación y la aplicación de contramedidas autorizadas por el OSD, abriendo la vía para la aplicación de las contramedidas

⁷² Conclusión número 16 del Grupo de estudio sobre la “Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional», citado anteriormente, p. 197.

⁷³ RODRIGO, A. J., GARCÍA, C., “La vuelta a la teoría por medio del diálogo científico”, en RODRIGO, A., GARCÍA, C. (dirs.), *Unidad y pluralismo en el Derecho Internacional Público y en la Comunidad Internacional*, Coloquio en homenaje a Oriol Casanovas, Tecnos, Madrid, 2011, pp. 15- 40, p. 22.

⁷⁴ MARTÍN RODRÍGUEZ, P., “Sistema, fragmentación y contencioso internacional”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LX, núm. 2, 2008, pp. 457-489, p. 474.

⁷⁵ *Agence Europe*, 8 de abril de 2020.

unilaterales. Esta línea de argumentación desde mi punto de vista, no tendría visos de prosperar, ya que el art 44. 1 CVDT dispone que el derecho de una parte a suspender la aplicación de un tratado no podrá ejercerse sino con respecto a la totalidad del tratado, a menos que el tratado disponga o las partes convengan otra cosa al respecto; y ni el Acuerdo de Marrakech prevé la suspensión parcial de sus disposiciones ni las partes de la OMC han convenido su divisibilidad.

Por último, también se podría considerar que, simplemente, nos encontramos ante un vacío jurídico, o una laguna jurídica, porque el ESD no regula este tipo de situaciones, dado que una situación de bloqueo como la que experimenta actualmente el OA era inimaginable cuando se creó la OMC. Desde esta perspectiva no estaría claro si estamos ante una materia regulada por la *lex specialis* que representa el ESD. En cualquier caso, como hemos señalado, la Comisión Europea, no ha considerado esta última opción y, en su propuesta de Reglamento, admitió que el ESD es *lex specialis* respecto al PR CDI. No obstante, este podría ser un buen argumento para que un grupo especial declinara ejercer su jurisdicción por carecer de competencia para resolver esta cuestión, más aun teniendo en cuenta, en primer lugar, el carácter “constitucional” de los temas tratados⁷⁶ y, en segundo lugar, el hecho fundamental de que la crisis del OA está siendo objeto de consideración a nivel político en el seno de la OMC⁷⁷.

Solo superada esta primera línea argumental respecto al papel que juega el PR CDI en la argumentación jurídica que subyace en la aprobación del Reglamento (UE) 2021/167, cabe entrar en el argumento de la mala fe de quienes, a pesar de que el OA no funciona, deciden plantear un recurso de nulo derecho.

2. El papel de la buena fe en el derecho de la OMC

En el derecho de la OMC el principio de la buena fe tiene una regulación explícita en los artículos 3. 10 y 4. 3 del ESD⁷⁸. De ellos nos interesa, en particular, el art. 3. 10 del ESD, según el cual: “Queda entendido que las solicitudes de conciliación y el recurso al procedimiento de solución de diferencias no deberán estar concebidos ni ser considerados como actos contenciosos y que, si surge una diferencia, todos los Miembros entablarán este procedimiento de buena fe y esforzándose por resolverla”. En el asunto *Estados*

⁷⁶ COTTIER, T., *loc cit.*, p. 531.

⁷⁷ En efecto, el punto 4 el documento final de la Conferencia Ministerial de la OMC celebrada en Ginebra del 12 al 15 de junio de 2022 señala lo siguiente: “Reconocemos los retos y preocupaciones con respecto al sistema de solución de diferencias, incluidos los relacionados con el Órgano de Apelación, reconocemos la importancia y la urgencia de hacer frente a esos retos y preocupaciones y nos comprometemos a celebrar debates con miras a tener un sistema de solución de diferencias plenamente operativo y que funciones debidamente, accesible a todos los Miembros, para 2024” (OMC, Conferencia Ministerial, duodécimo período de sesiones, Ginebra, 12 a 15 de junio de 2022, WT/MIN (22)/W/16/Rev. 1).

⁷⁸ También en el derecho internacional, pues el principio de la buena fe tiene la consideración de norma de carácter tanto convencional como consuetudinario. En efecto, dicho principio está recogido en la Carta de las Naciones Unidas (art. 2. 2) y en la Resolución 2625 (XXV) de la AGNU. El Convenio de Viena sobre derecho de los tratados de 1969 también se refiere a la buena fe en sus artículos 26 y 31. En el asunto de Ensayos nucleares, la CIJ llegó a utilizar la buena fe como fundamento para la creación de obligaciones internacionales por vía unilateral.

Unidos-Trato fiscal aplicado a las “empresas de ventas en el extranjero”, el OA señaló que este artículo es una manifestación específica del principio de la buena fe⁷⁹.

El OA también se ha referido al principio de la buena fe indirectamente, esto es, a través de algún concepto afín, o englobado en él, como el abuso de derecho. Concretamente, en el asunto *EE.UU.-Prohibición de importar ciertos camarones y sus productos*, señaló que: “Este principio [de la buena fe], que es a la vez un principio general del derecho y un principio general del derecho internacional, regula el ejercicio de los derechos por los Estados. Una aplicación de este principio general, aplicación que se conoce corrientemente como la doctrina del abuso de derecho, prohíbe el ejercicio abusivo de los derechos de un Estado y requiere que siempre que la afirmación de un derecho interfiera con la esfera abarcada por una obligación dimanante de un tratado, ese derecho debe ser ejercido de buena fe, es decir, en forma razonable. El ejercicio abusivo por parte de un Miembro del derecho que le corresponde en virtud de un tratado da lugar a una violación de los derechos que corresponden a los otros Miembros en virtud de ese tratado y, asimismo, constituye una violación de la obligación que le corresponde a ese Miembro en virtud del tratado”⁸⁰.

Desde ese punto de vista, se podría considerar que, cuando otro Miembro de la OMC plantea un recurso nulo de pleno derecho ante el OA, se están menoscabando los derechos procesales de la UE, lo que le permitiría reconducir tal situación de menoscabo hacia la institución del abuso de derecho permitiéndole, en tales circunstancias, adoptar las “contramedidas” unilaterales⁸¹. Según Cottier y Schefer: “*The prohibition against abuse of rights is the breach of good faith and equity that prevents an action which, while not contrary to the letter of the law or agreement, goes against the purpose of the right and frustrates legitimate expectations relating to corresponding obligations*”⁸². Por su parte, Pérez González ha señalado que: “En el supuesto del abuso de derecho cabría ver, más

⁷⁹ En los siguientes términos: “En virtud del párrafo 10 del artículo 3 del ESD los Miembros de la OMC, si surge una diferencia, deben entablar un procedimiento de solución de diferencias “de buena fe y esforzándose por resolverla”. Esta es otra manifestación específica del principio de buena fe que, como hemos señalado, es a la vez un principio general de derecho y un principio general del derecho internacional. Este principio omnipresente exige que tanto el Miembro reclamante como el Miembro demandado cumplan las prescripciones del ESD (y las prescripciones conexas establecidas en otros acuerdos abarcados) de buena fe. Mediante el cumplimiento de buena fe, los Miembros reclamantes proporcionan a los Miembros demandados toda la protección y oportunidad para defenderse que prevé la letra y el espíritu de las normas de procedimiento. En virtud del mismo principio de buena fe, los Miembros demandados deben señalar oportuna y prontamente las deficiencias de procedimiento alegadas a la atención del Miembro reclamante, así como a la del OSD o el Grupo Especial, de manera que, en caso necesario, éstas puedan corregirse para solucionar las diferencias. Las normas de procedimiento del sistema de solución de diferencias de la OMC tienen por objeto promover, no el desarrollo de técnicas de litigio, sino simplemente la solución equitativa, rápida y eficaz de las diferencias comerciales” (OMC, *Estados Unidos-Trato fiscal aplicado a las “empresas de ventas en el extranjero”* WT/DS108/AB/R, 24 de febrero de 2000, apartado 166).

⁸⁰ OMC, *EEUU-Prohibición de importar ciertos camarones y sus productos*, WT/DS58/R, 15 de mayo de 1998, apartado 158.

⁸¹ MITCHELL, A. D., “Good Faith in WTO Dispute Settlement”, *Melbourne Journal of International Law*, 7 (2) 2006, p. 16.

⁸² COTTIER, T., SCHEFER, K. N., “Non-Violation Complaints in WTO/GATT Dispute Settlement: Past, Present and Future”, en PETERSMANN, E.-U. (Ed.), *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*, Kluwer, London-The Hague-Boston, 1997, pp. 145-183, p. 178.

que una conducta contraria a una obligación jurídica, un ejercicio desmesurado de un derecho subjetivo por parte de su titular”⁸³. Según este autor, la CDI considera que: “el supuesto del ejercicio abusivo de un derecho está englobado en el elemento objetivo del hecho internacionalmente ilícito, representado aquí por la violación de la obligación derivada de una norma que tendría por efecto limitar el ejercicio por el Estado de sus derechos o competencias prohibiendo su ejercicio abusivo”⁸⁴. Se trata de una importante precisión que, aplicada al caso que nos ocupa, conduce a calificar el ejercicio abusivo de un derecho -que, en este caso, sería el planteamiento de un recurso nulo de pleno derecho ante el OA-, como una violación de la obligación de buena fe que incumbe a los Miembros de la OMC en virtud del art. 3. 10 del ESD.

La cuestión no es, en modo alguno, sencilla pues, según la doctrina, cabría diferenciar, a su vez, el abuso de derecho (*abuse of rights*) del abuso de procedimiento (*abuse of process*). Así, por ejemplo, Baetens ha señalado: “*Abuse of process relates to the manner of initiating (and conducting) proceedings, while abuse of rights relates to the substance of the dispute*”⁸⁵. De hecho, el caso que nos ocupa parece referirse más que al abuso de derecho, al abuso de procedimiento.

En cualquier caso, la aplicación del principio de la buena fe exige prudencia y plantea problemas probatorios difíciles de superar. De ello es ejemplo, en el ámbito de las Naciones Unidas, la jurisprudencia más reciente de la Corte Internacional de Justicia (CIJ). En la sentencia dictada en el asunto *Guinea Ecuatorial contra Francia*⁸⁶, la CIJ ha señalado que: “Sólo circunstancias excepcionales pueden justificar la desestimación por parte del Tribunal de una demanda basada en un fundamento jurisdiccional válido como un abuso de proceso”, circunstancia que no estimó que se diera en dicho asunto. En casos posteriores en los que se ha invocado tanto el abuso de procedimiento como la mala fe la CIJ ha mantenido esta misma línea restrictiva, incluso eludiendo la cuestión⁸⁷. Ello ha llevado a la doctrina a afirmar que la invocación del abuso de derecho y del abuso de procedimiento es tan popular como poco exitosa⁸⁸.

⁸³ PÉREZ GONZÁLEZ, M, “La responsabilidad internacional (I): El hecho internacionalmente ilícito”, en DÍEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 18 ed., ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. (Coord.), Tecnos, Madrid, 2018, pp. 843-871, pp. 862-863.

⁸⁴ PÉREZ GONZÁLEZ, *ibid.*, En efecto, según la CDI: “Se ha considerado que bastaba con mencionar la violación de una obligación internacional para comprender también la hipótesis de que la obligación de que se trate sea precisamente la de no ejercer de una manera abusiva e irrazonable algunos de sus propios derechos. Dicho lo anterior, cabe precisar que la Comisión no ha excluido por ello definitivamente la posibilidad de tener que ocuparse de la cuestión del abuso de derecho en relación con otras disposiciones del presente proyecto” (Informe de la CDI a la AGNU sobre la labor realizada en su 25 periodo de sesiones”, *Anuario de la CDI*, 1973, Vol. II, Naciones Unidas, p. 186).

⁸⁵ BAETENS, f., “Abuse of Process and Abuse of Rights Before the ICJ: Ever More Popular, Ever Less Successful?”, <https://www.jus.uio.no/pluricourts/blog>.

⁸⁶ *Inmunidades y Procedimientos Penales (Guinea Ecuatorial c. Francia)*, Sentencia de 6 de junio de 2018.

⁸⁷ *Supuestas violaciones del Tratado de Amistad, Relaciones Económicas y Derechos Consulares de 1955 (República Islámica de Irán contra Estados Unidos de América)*, Auto de 3 de octubre de 2018; *Jadhav (India c. Paquistán)*, Sentencia de 17 de julio de 2019, apartado 44.

⁸⁸ BAETENS, cit. nota 86.

VI. ¿SE PUEDE CONSIDERAR QUE EL PLANTEAMIENTO DE UN RECURSO ANTE EL ÓRGANO DE APELACIÓN ES EXPRESIÓN DE MALA FE?

Desde mi punto de vista, el argumento de que *cualquier* Miembro de la OMC⁸⁹ que apele un informe de un grupo especial favorable a la UE ante el OA está actuando de mala fe es difícil de prosperar. Aun admitiendo que se pueda considerar que el recurso a las “contramedidas” unilaterales está justificado sobre la base del PR CDI dado que, como hemos señalado anteriormente, el subsistema que representa la OMC presenta disfunciones, ello no conduce necesariamente a considerar que, *en todos los casos*, los países que plantean un recurso nulo de pleno derecho ante el OA, y no utilicen la vía del arbitraje alternativo que ofrece el art. 25 del ESD, estén actuando de mala fe. Ello es así, entre otras cosas, porque hay muchos Miembros de la OMC que no participan en el MPIA (que, como hemos visto, se basa en el art. 25 del ESD) pero que están a favor de que el OSD adopte una decisión relativa al nombramiento de los miembros del OA. En este sentido, una lectura atenta a un documento reciente del OSD⁹⁰ permite diferenciar entre tres categorías de países: a) los Miembros de la OMC partes en el MPIA; b) Miembros de la OMC no participantes en el MPIA, pero que apoyan el nombramiento de nuevos miembros del OA; y c) Miembros de la OMC que ni son parte del MPIA ni apoyan el nombramiento de nuevos miembros del OA. Son los siguientes:

A. Miembros del MPIA	Unión Europea y los siguientes Estados: Australia; Benín, Brasil; Canadá; China; Chile; Colombia; Costa Rica; Ecuador, Guatemala; Hong Kong China; Islandia; Méjico; Montenegro, Nicaragua, Noruega; Nueva Zelanda; Paquistán; Singapur; Singapur, Suiza; Ucrania y Uruguay.
B. Miembros de la OMC no participantes en el MPIA pero que apoyan el nombramiento de nuevos miembros del OA	Afganistán, Angola, Argentina, Bangladesh, Bolivia, Botswana, Burkina Faso, Burundi, Cabo Verde, Camboya, Camerún, Chad, Congo, Corea del Sur, Costa de Marfil, Cuba, Yibuti, Egipto, El Salvador, Eswatini, Federación de Rusia, Filipinas, Gabón, Gambia, Ghana, Guinea, Guinea-Bissau, Honduras, India, Indonesia, Israel, Kazajstán, Kenia, Lesoto, Liechtenstein, Macedonia del Norte, Madagascar, Malasia, Malawi, Maldivas, Mali, Marruecos, Mauricio, Mauritania, Moldavia, Mozambique, Namibia, Nepal, Níger, Nigeria, Panamá, Paraguay, Perú, Qatar, Reino Unido, República Centroafricana, , República Democrática del Congo, República Dominicana, Ruanda, Senegal, Seychelles, Sierra Leona, Sudáfrica, Tailandia, Tanzania, Territorio Aduanero de Taiwán, Pengu y Matsu, Togo, Túnez,

⁸⁹ Entendiendo, en este caso, por tal, un Miembro que no sea parte del MPIA, y que decida no utilizar otra vía de arbitraje del artículo 25 del ESD.

⁹⁰ Véase concretamente el documento WT/DSB/W/609/Rev. 21, de 18 de febrero de 2022.

	Turquía, Uganda, Venezuela, Vietnam, Zambia, Zimbabue.
C. Miembros de la OMC que ni son parte del MPIA ni apoyan el nombramiento de nuevos miembros del OA	Albania, Antigua y Barbuda, Arabia Saudita, Armenia, Bahrein, Barbados, Belice, Brunei, Dominica, El Salvador, Emiratos Árabes Unidos, Estados Unidos, Fiji, Georgia, Granada, Guyana, Haití, Islas Salomón, Jamaica, Japón, Jordania, Kuwait, Liberia, Macao (China), Mongolia, Myanmar, Omán, Papua Nueva Guinea, Paraguay, República de Corea, República Democrática Laos, República Kirguisa, Saint Kitts y Nevis, Samoa, San Vicente y Granadinas, Santa Lucía, Singapur, Sri Lanka, Taipei Chino, Tayikistán, Tonga, Trinidad y Tobago, Vanuatu, Yemen.

Fuente: Elaboración propia.

Por lo tanto, con las dificultades señaladas, la mala fe se podría alegar (y probar) frente a los EE.UU., pero difícilmente resultaría un argumento convincente en relación con los Miembros de la OMC no participantes en el MPIA que actualmente apoyan el nombramiento de nuevos miembros del OA y decidan, en un asunto que les enfrente a la UE, recurrir ante el OA un informe de un grupo especial que les sea desfavorable, omitiendo así un arbitraje. Dicho de otra manera, hay un amplio conjunto de países que *no* están bloqueando la renovación del OA (los que hemos señalado en el anterior cuadro, en el apartado B) y que, por lo tanto, *no* pueden ser acusados de estar actuando de mala fe. Esta situación pone de relieve otra debilidad de los argumentos de la UE y subraya la necesidad de que la UE reconsidere la adopción de las medidas de política comercial del

Reglamento (UE) 2021/167 en relación con esta segunda categoría de países.

En cualquier caso, hay cierta hipocresía por parte de la UE al alegar por parte de terceros mala fe cuando, tras el bloqueo del OA, la propia UE ha planteado un recurso nulo de pleno derecho ante el OA en un asunto que la enfrenta a Rusia respecto a los métodos de “ajuste de costos” empleados por la UE para el cálculo de los márgenes de dumping en investigaciones y exámenes antidumping (*Unión Europea - Métodos de ajuste de costos y determinadas medidas antidumping sobre importaciones procedentes de Rusia - (Segunda reclamación)*)⁹¹. En efecto, el 28 de agosto de 2020, la UE informó al OSD de su decisión de apelar ante el OA respecto de determinadas cuestiones de derecho tratadas e interpretaciones jurídicas formuladas en el informe del grupo especial.

En definitiva, la invocación al principio de la buena fe en el marco del PR CDI como justificación para la adopción de medidas de política comercial de carácter unilateral es muy problemática a la luz del derecho de la OMC y, salvando el caso específico de los EE.UU. (y, con más dudas, de los restantes países incluidos en la categoría C) del cuadro anterior), cuya conducta obstruccionista del OA ha quedado patente, de difícil aplicación en relación con los restantes Miembros de la OMC no participantes en el MPIA pero que

⁹¹ WTDS494.

apoyan el nombramiento de nuevos miembros del OA. Igualmente, considero que no puede considerarse como mala fe el hecho de que un Estado (incluido en las categorías B o C) se niegue a explorar la vía alternativa del arbitraje del art. 25 ESD, incluido el MPIA, debido a la naturaleza voluntaria que tiene este medio de solución de diferencias en Derecho internacional⁹², tal y como lo reconoce el propio art. 25 del ESD en su segundo párrafo.

VII. REFLEXIONES FINALES

La adopción del Reglamento (UE) 2021/167 constituye una pieza clave en la caja de herramientas (*toolbox*) de la nueva política comercial común de la UE en la medida en que asegura el cumplimiento de las normas comerciales. Sin embargo, a la luz del derecho de la OMC, la legalidad de dicho Reglamento es muy discutible, ya que: a) Según el art. 23 del ESD las contramedidas sólo pueden ser adoptadas si el OSD las autoriza; b) El derecho de la OMC se considera *lex specialis* respecto al derecho internacional general, lo que implica su aplicación preferente; y, c) porque es cuestionable, en términos jurídicos, considerar que apelar un informe de un grupo especial se pueda considerar como un hecho ilícito internacional. De modo que solo cabría plantear la licitud de las medidas de política comercial del Reglamento 2021/167 a la luz del derecho internacional general representado por el PR CDI en un escenario, como el existente en la actualidad, que implique el subsistema de solución de diferencias comerciales que representa la OMC ha fallado, o que, al menos, lo ha hecho parcialmente⁹³. En cualquier caso, desde mi punto de vista, los argumentos basados en la mala fe de quienes deciden apelar ante el OA un informe de un grupo especial favorable a la UE, salvando el caso claro de los EE.UU. cuya actitud obstruccionista puede ser fácilmente probada, son difíciles de prosperar.

⁹² WEIB, W., FURCULITA, C., “The EU in Search for Stronger Enforcement Rules: Assessing the Proposed Amendments to Trade Enforcement Regulation 654/2014”, *Journal of International Economic Law*, 23, 2020, pp. 865-884, p. 876.

⁹³ Por lo tanto, en la medida en que no hay un fallo general del SSC de la OMC sino solo un fallo parcial de dicho mecanismo, no cabría aplicar a la situación actual la doctrina “*fall-back*”, anteriormente mencionada.

Por último, considero que la prudencia debe guiar la actuación de la UE ya que, en caso contrario, no será difícil que el Reglamento (UE) 2021/167 sea finalmente llevado ante un grupo especial de la OMC, como lo ha sido de nuevo, y recientemente, su “pariente”, la Sección 301 de los EE.UU.⁹⁴. De ser así, cabe plantearse de qué modo el grupo especial resolvería el asunto, empezando por la determinación de su propia competencia, dado que muchas de las cuestiones que hemos mencionado tienen una naturaleza “constitucional”; y, en caso de que entrara a resolver el fondo del asunto, de qué lado inclinaría la balanza.

⁹⁴ La Sección 301 ha sido cuestionada por China ante el SSD en relación con las contramedidas unilaterales estadounidenses adoptadas contra China por incurrir en prácticas comerciales desleales en materia de transferencia de tecnología, propiedad intelectual e innovación. Aunque China ha ganado el caso ante el grupo especial (WT/DS/543/R, *Estados Unidos - Medidas arancelarias sobre determinados productos procedentes de China*, de 15 de septiembre de 2020, apartado 7.17), no ha esperado a que dicho procedimiento concluyese, aplicando a su vez contramedidas unilaterales. El asunto es interesante también porque el grupo especial rechazó el que la celebración de negociaciones bilaterales paralelas a las actuaciones del grupo especial, en el marco de los que se conoce como *Acuerdo de Fase Uno* entre EE.UU. y China, impidiese el planteamiento del recurso por parte de China.