

COMENTARIO SOBRE *ESTADOS UNIDOS – EPO (COOL)*, INFORMES DEL ÓRGANO DE APELACIÓN

*Yahir Acosta**

Resumen: En marzo del 2012, el Canadá y México como reclamantes y los Estados Unidos como demandado, apelaron algunos puntos del informe del Grupo Especial en el asunto *Estados Unidos – EPO*. El Órgano de Apelación analizó estas apelaciones y confirmó, aunque por razones distintas, la constatación definitiva del Grupo Especial, que la medida sobre el EPO es incompatible con el artículo 2.1 del *Acuerdo OTC* (trato nacional). Sin embargo, en el siguiente punto el Órgano de Apelación concluyó que debido a la falta de suficientes hechos en el expediente, no podía completar el análisis jurídico en el marco del artículo 2.2 del *Acuerdo OTC* y evaluar debidamente si la medida sobre el EPO restringe el comercio más de lo necesario para alcanzar su objetivo legítimo. El Órgano de Apelación también se pronunció respecto al tema de la relación de la protección de los consumidores y el *Acuerdo OTC*. Este caso es importante porque es la última estampa en la trilogía de casos que por primera vez abordan el fondo de cuestiones relacionadas con el *Acuerdo OTC*. Como ha señalado Brendan McGivern, esta trilogía de juicios son los que abordan por vez primera algunas cuestiones relacionadas con el *Acuerdo OTC*, y por lo tanto permitirán definir qué tipo de medidas pueden adoptar los miembros de la OMC cuando adopten regulaciones técnicas que se relacionen con el comercio internacional.

Palabras clave: artículo 2 del *Acuerdo OTC*, trato nacional, sistema de etiquetado, reglamento técnico, etiquetado voluntario, información a los consumidores, Estados Unidos, México, Canadá, OMC.

Fecha de recepción: 15-mayo-2013

Fecha de aprobación: 23-octubre-2013

Abstract: In March 2012, Canada and Mexico as claimants and the United States as a respondent, appealed some points in the report of the Panel on *United States - COOL*. The Appellate Body considered these appeals and upheld, albeit for different reasons, the Panel's ultimate finding that the COOL measure is inconsistent with Article 2.1 of the TBT Agreement (national treatment). However, on the next point, the Appellate Body concluded that due to lack of sufficient facts contained in the Panel's report, could not complete the legal analysis under Article 2.2 of the TBT Agreement and properly assess whether the COOL measure restricts trade more than is necessary to achieve its legitimate purpose. The Appellate Body also ruled on the issue of the relationship between consumer protection and the TBT Agreement. This case is important because it is the last deliver in the trilogy of cases that for the first time addressed substantive issues related to the TBT Agreement. As noted by Brendan McGivern, this case-trilogy is very important because it addresses TBT

* Licenciado en Derecho por el ITAM (2007), becario Chevening por el Gobierno Británico (2009-2010) y Master con honores en Derecho Internacional Público por la *Queen Mary, University of London* (2010). Desde 2011 es Editor de la Revista de Derecho Económico Internacional, Departamento de Derecho, ITAM, México. Ha colaborado en diversos despachos tratando temas de comercio y arbitraje internacional. (yahir.acosta@gmail.com)

Agreement issues for the first time, and therefore will shed some light for WTO members to determine which measures can be followed when adopting technical regulations that relate to international trade.

Keywords: Article 2 of the TBT Agreement, national treatment, labelling system, technical regulations, voluntary labelling, consumer information, United States, Mexico, Canada, WTO.

Índice

I.	Introducción	145
II.	Antecedentes y visión general de las medidas en litigio	147
1.	La medida sobre el EPO.....	148
A.	Introducción	148
2.	Categorías de origen aplicables a la carne y etiquetado	149
3.	Información básica	151
III.	Párrafo 1 del artículo 2 del <i>Acuerdo OTC</i>	151
1.	Introducción	151
2.	Interpretación del párrafo 1 del artículo 2 del <i>Acuerdo OTC</i>	152
3.	Aplicación del párrafo 1 del artículo 2 del <i>Acuerdo OTC</i> : "trato no menos favorable"	153
A.	Efectos perjudiciales.....	153
B.	¿Incurrió en error el Grupo Especial en virtud del artículo 11 del ESD al formular determinadas constataciones fácticas en el curso del análisis que realizó en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del <i>Acuerdo OTC</i> ?.....	156
C.	¿Infringe el efecto perjudicial en el ganado importado el párrafo 1 del artículo 2?	157
IV.	Párrafo 2 del artículo 2 del <i>Acuerdo OTC</i>	159
1.	¿Incurrió en error el Grupo Especial al constatar que la medida sobre el EPO restringe el comercio? 160	
2.	¿Incurrió en error el Grupo Especial en su identificación del objetivo perseguido?	160
3.	¿Incurrió en error el Grupo Especial al constatar que el objetivo de la medida sobre el EPO es "legítimo"?.....	161
4.	¿Incurrió en error el Grupo Especial en su análisis de si la medida sobre el EPO restringe el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo?.....	162
5.	Compleción del análisis jurídico - ¿Restringe el comercio la medida sobre el EPO más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo?..	164
V.	Párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 y Párrafo 1 b) del artículo XXIII del GATT de 1994	166
VI.	Constataciones y conclusiones del Órgano de Apelación	166
VII.	Constataciones del árbitro	167
VIII.	Panel de cumplimiento y procedimiento acordado en virtud de los artículos 21 y 22 del ESD	167
IX.	Conclusiones de este comentario	168

I. Introducción

En 2008, con la expedición del *Farm Bill* por los Estados Unidos,¹ en este país se impusieron prescripciones en materia de etiquetado indicativo del país de origen (EPO), es decir, un complejo sistema de etiquetado para productos cárnicos. Las consecuencias de la promulgación de la medida EPO no son cosa menor, pues su aplicación por la industria de la carne implicará “varios miles de millones de dólares al año”.²

En diciembre de 2008, los reclamantes, es decir el Canadá y México, solicitaron la conformación de un Grupo Especial que examinara las prescripciones en materia de etiquetado EPO establecidas por los Estados Unidos. El 18 de noviembre de 2011 el Grupo Especial distribuyó su informe a los miembros de la OMC.

En marzo del 2012, los tres países involucrados en esta diferencia comercial apelaron algunos puntos del informe del Grupo Especial. El Órgano de Apelación analizó estas apelaciones y el 29 de junio de 2012 circuló su informe, el cual fue finalmente adoptado por el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) el 23 de julio del 2012.³

En septiembre de 2012, el Canadá y México solicitaron el inicio de un arbitraje bajo el artículo 21.3 (c) del Entendimiento sobre la Solución de Diferencias (ESD) para examinar si los Estados Unidos habían cumplido con el informe del Órgano de Apelación dentro del período razonable de tiempo otorgado. El Director General de la OMC nombró al Sr. Giorgio Sacerdoti como árbitro. El 4 de diciembre de 2012 su informe fue distribuido a los miembros de la OMC.⁴

Como podemos observar, el asunto *Estados Unidos – EPO* tiene ya un buen kilometraje recorrido. En este comentario desmenuzaremos las constataciones del Órgano de Apelación y repasaremos lo dicho por el árbitro, el Sr. Sacerdoti. Antes de eso, haremos una contra-crítica a los cuestionamientos que han desacreditado, muy a la ligera y sin conocimiento de los detalles del caso a nuestro parecer, el informe del Órgano de Apelación. En nuestra opinión, hacer una crítica mal informada y tendenciosa sobre los informes de los grupos especiales y el Órgano de Apelación es irresponsable y solo crea confusión entre el público interesado en conocer y comprender las “sentencias” de los “jueces” de la OMC y sus repercusiones en las políticas públicas de los miembros de la OMC. Así las cosas, este manuscrito busca clarificar algunos puntos del asunto *Estados Unidos – EPO*.

¹ “The Farm Bill is the United States government’s primary agricultural and food policy tool. It is a comprehensive piece of legislation that is renewed every five years or so.”, en ‘*U.S. Farm Bill*’, Times Topics, The New York Times, última actualización 31 de diciembre de 2012, disponible en http://topics.nytimes.com/top/reference/timestopics/subjects/f/farm_bill_us/index.html

² Esto fue dicho por el Economista Jefe del Depto. de Agricultura de los Estados Unidos (USDA) en su declaración ante el Comité de Agricultura de la Cámara de Representantes de los Estados Unidos. Vid. Informes del Grupo Especial, *Estados Unidos - Determinadas prescripciones en materia de etiquetado indicativo del país de origen (EPO) (Estados Unidos - EPO)*, WT/DS384 y WT/DS386, adoptados el 23 de julio de 2012, modificados por los informes del Órgano de Apelación WT/DS384/AB/R / WT/DS386/AB/R, párrafo 7.332.

³ Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Determinadas prescripciones en materia de etiquetado indicativo del país de origen (EPO) (Estados Unidos – EPO)*, WT/DS384/AB/R/ y WT/DS386/AB/R, adoptados el 23 de julio de 2012.

⁴ Laudo del Árbitro, *Estados Unidos - Determinadas prescripciones en materia de etiquetado indicativo del país de origen (EPO) – Arbitraje de conformidad con el párrafo 3 c) del artículo 21 del ESD*, WT/DS384/24 y WT/DS386/23, 4 de diciembre de 2012.

Como hemos dicho, algunas voces han criticado severamente las resoluciones del Órgano de Apelación contenidas en el asunto *Estados Unidos – EPO*, señalando que en el 2012 este caso fue “el tercer ataque consecutivo de la OMC lanzado sobre políticas públicas populares de los Estados Unidos que protegen al consumidor y le dan información”⁵. Esto es incorrecto, tres veces.

Primero, porque la OMC no “atacó” las políticas públicas de los Estados Unidos, sino simplemente señaló que éstas no estaban conformes con el derecho de la OMC. Específicamente en el asunto *Estados Unidos – EPO* el Órgano de Apelación dijo que el sistema de etiquetado EPO era contrario a la OMC porque la información solicitada tenía efectos discriminatorios al afectar las oportunidades de competencia de los productos cárnicos mexicanos y canadienses en territorio estadounidense.

Segundo, porque la medida EPO no es “popular” entre los consumidores estadounidenses. De acuerdo a los autos que obran en el informe del Órgano de Apelación sobre *Estados Unidos – EPO*, y como veremos con detalle más adelante, los precios del etiquetado serían directa y totalmente absorbidos por los productores de carne porque los consumidores estadounidenses no estaban dispuestos a absorber dichos costos.

Tercero, la información que el sistema de etiquetado EPO proporciona a los consumidores estadounidenses no es siempre clara. De hecho, inicialmente el Grupo Especial dijo que 2 de las 3 etiquetas eran confusas⁶, pero el Órgano de Apelación corrigió y dijo que aunque eran complicadas también era claras. Para darnos una idea del complejo sistema de etiquetado EPO los invitamos a ver el esquema de la sección II.2 de este comentario.

En cualquier caso, podemos ver que el tema de la relación de la protección de los consumidores y el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (*Acuerdo OTC*) es interesante. El Órgano de Apelación también se pronunció al respecto.

Adelantamos que el Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - EPO* constató que los costos de segregación, entre otras cosas, tenían el efecto de reducir las “condiciones de competencia” de los productos canadienses y mexicanos de cara a los productos estadounidenses.

Más allá de esto, la relevancia de este informe para el derecho de la OMC es máxima. El informe del Grupo Especial fue el primer asunto en que se analizó el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, y para realizar esta labor el Grupo Especial se asistió de jurisprudencia OMC respecto al artículo III del GATT. Cronológicamente posteriores fueron los análisis del Órgano de Apelación, primero en el asunto *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*⁷ y después en *Estados Unidos - Atún II (México)*⁸. La última

⁵ Cfr. Eyes on Trade, Public Citizen’s Blog on Globalization and Trade, “America, meet your meat master”, <http://citizen.typepad.com/eyesontrade/2012/07/meet-your-meat-master.html>, 23 de Julio de 2012; y “WTO Rules Against Yet Another U.S. Consumer Protection Policy”, <http://citizen.typepad.com/eyesontrade/2012/06/index.html>, 29 de junio de 2012.

⁶ Cfr. Informes del Grupo Especial, *Estados Unidos – EPO*, párrafo 7.720.

⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Medidas que afectan a la producción y venta de cigarrillos de clavo de olor (Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor)*, WT/DS406/AB/R, adoptado el 4 de abril de 2012.

⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún (Estados Unidos – Atún II (México))*, WT/DS381/AB/R, adoptado el 16 de mayo de 2012.

entrega del Órgano de Apelación respecto a este tema se encuentra justamente en el asunto *Estados Unidos - EPO*.

Así las cosas, como ha señalado Brendan McGivern,⁹ esta trilogía de casos son los que abordan por vez primera algunas cuestiones relacionadas con el *Acuerdo OTC*, y por lo tanto permitirán definir qué tipo de medidas pueden adoptar los miembros de la OMC cuando adopten regulaciones técnicas que se relacionen con el comercio internacional.

II. Antecedentes y visión general de las medidas en litigio

El Órgano de Apelación comenzó su proceder, primero, haciendo un recuento de los antecedentes de este caso, los cuales por su claridad y capacidad de síntesis, transcribimos inclusive con las notas al pie originales¹⁰ del Órgano de Apelación:

"El Canadá y México impugnaron ante el Grupo Especial las cinco medidas siguientes: i) la disposición legislativa sobre el EPO¹¹; ii) la Norma definitiva de 2009 (AMS)¹²; iii) la "carta de Vilsack"¹³; iv) la "Norma definitiva preliminar (AMS)"¹⁴; y v) la "Norma definitiva preliminar (FSIS)".¹⁵ El Grupo Especial evaluó los dos primeros de esos instrumentos -la disposición legislativa sobre el EPO y su reglamento de

⁹ Brendan McGivern, "WTO Appellate Body Report: United States – Tuna II", White & Case, Mayo 2012, disponible en <http://www.whitecase.com/files/Publication/0b4586d6-8dd1-4a8d-95c3-cc0e37aaf4c4/Presentation/PublicationAttachment/d53bfe6f-56a6-4992-8e2e-ce7e670c8f16/article-WTO-Appellate-Body-Report-US-Tuna-II.PDF>

¹⁰ En este trabajo, todas las notas al pie que figuren en las citas textuales del informe del Órgano de Apelación son originales, a menos que el autor de este comentario señale expresamente lo contrario.

¹¹ *Agricultural Marketing Act of 1946* (Ley de Comercialización de Productos Agrícolas de 1946) (60 Stat. 1087, *United States Code*, Título 7, artículo 1621 y siguientes) (véanse las Pruebas documentales 1 y 9 presentadas por México al Grupo Especial), modificada por la *Farm Security and Rural Investment Act of 2002* (Ley de Seguridad Agrícola e Inversiones Rurales de 2002), *Public Law* N° 107-171, artículo 10816, 116 Stat. 134, 533-535 (Pruebas documentales 1 del Canadá y 2 de México presentadas al Grupo Especial) (el "2002 Farm Bill" (Proyecto de Ley Agrícola de 2002)) y la *Food, Conservation, and Energy Act of 2008* (Ley de Productos Alimenticios, Conservación y Energía de 2008), *Public Law* N° 110-234, artículo 11002, 122 Stat. 923, 1351-1354 (Pruebas documentales 2 del Canadá y 3 de México presentadas al Grupo Especial) (el "2008 Farm Bill" (Proyecto de Ley Agrícola de 2008)). Mediante la promulgación de los proyectos de Ley Agrícola de 2000 y 2008 las prescripciones en materia de EPO se introdujeron en la Ley de Comercialización de Productos Agrícolas de 1946 como artículo 1638, y a su vez se codificaron como *United States Code*, Título 7, artículo 1638. (Informes del Grupo Especial, párrafos 7.12, 7.13 y 7.77)

¹² Norma definitiva sobre etiquetado con indicación obligatoria del país de origen para la carne de bovino, de porcino, de ovino, de pollo y de caprino, pescado y marisco salvaje y de acuicultura, productos agrícolas perecederos, cacahuete (maní), pacana, ginseng y nuez de macadamia, publicada en el *United States Federal Register*, volumen 74, N° 10 (15 de enero de 2009) 2704-2707, codificada como *United States Code of Federal Regulations*, Título 7, Parte 65 - *Country of Origin Labeling of Beef, Pork, Lamb, Chicken, Goat Meat, Perishable Agricultural Commodities, Macadamia Nuts, Pecans, Peanuts, and Ginseng* (Pruebas documentales 5 del Canadá y 7 de México presentadas al Grupo Especial).

¹³ Carta de fecha 20 de febrero de 2009 dirigida por el Secretario de Agricultura de los Estados Unidos, Thomas J. Vilsack, al "representante [o los representantes] de la industria" (Pruebas documentales 6 del Canadá y 8 de México presentadas al Grupo Especial).

¹⁴ Norma definitiva preliminar sobre etiquetado con indicación obligatoria del país de origen para la carne de bovino, de porcino, de ovino, de pollo y de caprino, productos agrícolas perecederos, cacahuete (maní), pacana, ginseng y nuez de macadamia, publicada en el *United States Federal Register*, volumen 73, N° 149 (1° de agosto de 2008), página 45106 (Pruebas documentales 3 del Canadá y 4 de México presentadas al Grupo Especial).

¹⁵ *Supra*, párrafo 2 y nota 13 al mismo.

aplicación, es decir, la Norma definitiva de 2009 (AMS)- conjuntamente como la "medida sobre el EPO".¹⁶ El Grupo Especial determinó, sin embargo, "que debe considerarse que la carta de Vilsack es una medida separada diferenciable de la disposición legislativa sobre el EPO y la Norma definitiva de 2009 (AMS)"¹⁷, y los reclamantes no han apelado contra esa constatación. El Grupo Especial decidió no formular constataciones ni recomendaciones sobre la Norma definitiva preliminar (AMS) ni sobre la Norma definitiva preliminar (FSIS) porque habían expirado antes de su establecimiento.¹⁸ Esto no ha sido tampoco objeto de apelación. La principal medida en litigio en esta apelación es la medida sobre el EPO. Como se explica detalladamente más adelante, la carta de Vilsack tiene también cierta importancia en el contexto de la apelación del Canadá relativa al párrafo 4 del artículo III y el párrafo 1 b) del artículo XXIII del GATT de 1994, aun cuando, según los Estados Unidos, esta medida fue "retirada" en el curso de este procedimiento de apelación.¹⁹

Sin embargo, como veremos al final de este comentario, la Carta de Vilsack no fue analizada por el Órgano de Apelación porque no se activaron las condiciones suspensivas para su análisis.

1. La medida sobre el EPO

A. Introducción

El Órgano de Apelación explicó que:

"La medida sobre el EPO comprende la disposición legislativa sobre el EPO, aprobada por el Congreso de los Estados Unidos, y su reglamento de aplicación, promulgado por el Secretario de Agricultura a través del Servicio de Comercialización de Productos ("AMS") del Departamento de Agricultura de los Estados Unidos ("USDA") (la Norma definitiva de 2009 (AMS)). La medida sobre el EPO es una medida interna de los Estados Unidos, en contraposición a una medida aduanera o a una medida en frontera. Impone a los minoristas que venden determinados productos en los Estados Unidos la obligación de aplicar a dichos productos una etiqueta indicativa de su país de origen. Esta obligación se impone con independencia de si los productos son importados o de producción nacional. En concreto, la disposición legislativa sobre el EPO establece que, "los minoristas de un producto abarcado informarán a los consumidores, en el punto final de venta, del país de origen de ese producto".²⁰ La medida sobre el EPO abarca tanto la carne de bovino como la de porcino.²¹ Los productos objeto de las presentes diferencias son ganado, es decir, bovinos y cerdos.²² Aunque formalmente la medida sobre el EPO no abarca el "ganado", el Grupo Especial

¹⁶ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.61. El Grupo Especial explicó que consideraba que la "medida sobre el EPO" no constituía en sí misma una medida, aunque utilizaba la expresión para reflejar "el efecto colectivo del funcionamiento de la [disposición legislativa] sobre el EPO y la Norma definitiva de 2009 (AMS) con respecto a las prescripciones en materia de etiquetado indicativo del país de origen contenidas en esos instrumentos". (*Ibid.*)

¹⁷ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.63.

¹⁸ Informes del Grupo Especial, párrafos 7.30, 7.33 y 7.34. El Grupo Especial señaló no obstante la "conexión jurídica y sustantiva que existe entre la Norma definitiva preliminar (AMS) y la Norma definitiva 2009 (AMS)", las cuales son reglamentos de aplicación de la disposición legislativa sobre el EPO, y declaró que tomaría en consideración la Norma definitiva preliminar (AMS) al examinar las medidas en litigio. (*Ibid.*, párrafo 7.31. Véanse también los párrafos 7.32, 7.34, 7.84 y 7.85) De conformidad con el proceso normativo de los Estados Unidos, las normas preliminares se publican para que se formulen observaciones y más adelante son sustituidas por las normas definitivas. (*Ibid.*, párrafos 7.84 y 7.85.)

¹⁹ Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – EPO*, párrafo 238.

²⁰ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.87 (donde se cita la disposición legislativa sobre el EPO, artículo 1638a(a)(1)).

²¹ Además de la carne de bovino y porcino, la medida abarca también la carne de ovino, de pollo y de caprino, pescado y marisco salvaje y de acuicultura, los productos agrícolas perecederos, el cacahuate (maní), la pacana, el ginseng y la nuez de macadamia. (Informes del Grupo Especial, párrafo 7.78 (donde se hace referencia a la disposición legislativa sobre el EPO, artículos 1638(2)(A) y 1638a(a)(1).)

²² Informes del Grupo Especial, párrafo 7.64.

constató que la medida sobre el EPO "se aplica no sólo a la carne de bovino y porcino, sino también al ganado bovino y porcino".²³ El Grupo Especial constató que la medida sobre el EPO es un reglamento técnico sujeto a las prescripciones del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.²⁴ Esta constatación no ha sido objeto de apelación.²⁵

2. *Categorías de origen aplicables a la carne y etiquetado*

El Órgano de Apelación recordó que la disposición legislativa sobre el EPO establece cuatro categorías de origen aplicables a los cortes de carne (músculo).²⁶ También recordó que el Grupo Especial entendió que las diferentes posibilidades de etiquetado de los cortes de carne (músculo) eran las siguientes²⁷, esquematizadas a continuación:²⁸

²³ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.246. El Grupo Especial señaló que "[d]esde un punto de vista formal, la categoría de 'productos abarcados' por la medida sobre el EPO incluye únicamente la carne de bovino y porcino, no el ganado". Sin embargo, las "prescripciones en materia de etiquetado para la venta al por menor son imposibles de cumplir si los productores y las empresas de transformación que intervienen en las fases iniciales del proceso productivo no facilitan la información necesaria sobre el origen según lo define la medida sobre el EPO". (*Ibid.*) Los Estados Unidos reconocen que las prescripciones en materia de mantenimiento de registros impuestas por la medida sobre el EPO afectan directamente al ganado. (Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 78.) El ganado porcino y la carne de porcino sólo son pertinentes para la diferencia iniciada por el Canadá. (Véanse los informes del Grupo Especial, nota 196 del epígrafe VII.C.3 a) ii), en la página 59, y párrafo 7.140.)

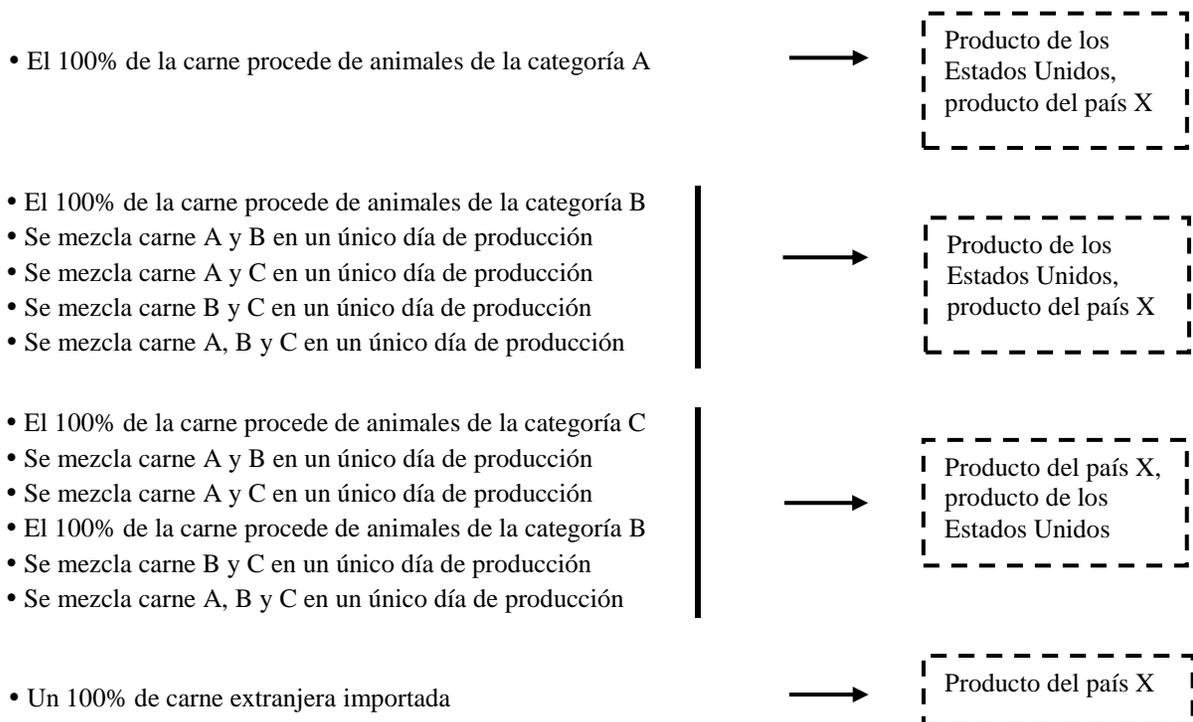
²⁴ Sobre la base del triple criterio establecido por el Órgano de Apelación en *CE - Sardinias* para determinar si un documento reúne las condiciones que permiten considerarlo un reglamento técnico, el Grupo Especial constató que la medida sobre el EPO es un reglamento técnico en el sentido del párrafo 1 del Anexo 1 del *Acuerdo OTC* porque: i) la observancia de la medida sobre el EPO es obligatoria; ii) la medida sobre el EPO se aplica a un producto o grupo de productos identificable, la carne de bovino y de porcino, y el ganado (o sea, los bovinos y los porcinos); y iii) la medida sobre el EPO establece una o varias características del producto al imponer una prescripción en materia de etiquetado indicativo del país de origen. (Informes del Grupo Especial, párrafos 7.162, 7.207 y 7.214.) Véase también el informe del Órgano de Apelación, *CE - Sardinias*, párrafo 176.

²⁵ Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – EPO*, párrafo 239.

²⁶ El Órgano de Apelación no examinó la categoría adicional aplicable a la carne picada (categoría E) y las normas de etiquetado correspondientes porque el Grupo Especial concluyó que los reclamantes no habían establecido que éstas den lugar a un trato menos favorable para el ganado importado, y ningún participante apeló contra esta constatación. Véanse los informes del Grupo Especial, párrafo 7.437.

²⁷ Véanse los informes del Grupo Especial, párrafo 7.100. Observamos que, aunque la medida sobre EPO aplica las mismas normas de etiquetado a la carne que tiene tres países de origen, en este cuadro simplificado se presentan únicamente las posibilidades de etiquetado de la carne que tiene uno o dos países de origen.

²⁸ Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – EPO*, párrafo 247.



El Órgano de Apelación continuó señalando que:

“Para etiquetar correctamente los cortes de carne (músculo) de bovino y porcino de conformidad con la medida sobre el EPO, un minorista abarcado debe poseer información sobre dónde han tenido lugar las etapas de producción pertinentes. Esta información sólo puede obtenerse de las etapas iniciales de la cadena de suministro de animales y carne.²⁹ En consecuencia, la medida sobre el EPO exige que “[c]ualquier persona que realice operaciones de suministro de un producto abarcado a un minorista facilite a éste información sobre el país de origen de dicho producto”.³⁰ Por lo tanto, la medida sobre el EPO exige que haya una “cadena ininterrumpida de información fiable sobre el país de origen” para cada animal y para cada corte de carne (músculo).³¹ Para cumplir las prescripciones en materia de EPO, los productores de animales y carne deben poseer, en cada una de las etapas de la cadena de suministro y distribución, información sobre el origen, según se define en la medida sobre el EPO, y transmitir esa información a la etapa de producción siguiente.³² Con el fin de verificar el cumplimiento, la medida sobre el EPO impone determinadas prescripciones en materia de mantenimiento de registros a los productores en toda la cadena de producción de carne como parte de su “sistema de verificación mediante auditoría”³³, y faculta al

²⁹ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.316.

³⁰ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.316 (donde se cita la disposición legislativa sobre el EPO, artículo 1638a(e)).

³¹ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.317.

³² Informes del Grupo Especial, párrafo 7.317.

³³ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.117. La Norma definitiva de 2009 (AMS) especifica que cualquier persona que realice operaciones de suministro, directo o indirecto, de un producto abarcado a un minorista, debe mantener registros que permitan establecer e identificar la procedencia inmediata anterior (en su caso) y el receptor inmediatamente posterior del producto abarcado durante un período de un año, contado a partir de la fecha de la transacción. (*Ibid.*, párrafo 7.118 (donde se hace referencia a la Norma definitiva de 2009 (AMS), artículo 65.500(b)(3)).) En el caso de la carne de bovino y de porcino, la medida sobre el EPO establece que el matadero es el proveedor responsable de la “indicación inicial del país de origen”, y debe por tanto estar en posesión de los registros necesarios para fundamentar esa indicación durante un período de un año contado a partir de la fecha de la transacción. (*Ibid.*, párrafo 7.118 (donde se hace

Secretario de Agricultura a "realizar auditorías con respecto a toda persona que prepare, almacene, manipule o distribuya un producto abarcado para su venta al por menor".^{34,35}

3. Información básica

El Órgano de Apelación dijo que "el mercado de ganado y carne en el Canadá, México y los Estados Unidos está muy integrado, lo que significa que diferentes etapas de la producción de ganado y carne tienen lugar frecuentemente en más de uno de esos países."³⁶ El Canadá y México exportan a los Estados Unidos ganado bovino y el Canadá exporta a los Estados Unidos también ganado porcino.³⁷ [...] Los productos en cuestión en las presentes diferencias son el ganado bovino y porcino canadiense importado y el ganado bovino mexicano importado, que se utilizan en los Estados Unidos para producir carne de bovino y de porcino.³⁸ Los cortes de carne (músculo) producidos a partir de ese ganado bovino y porcino pueden clasificarse en la categoría B o C, pero nunca en la categoría A (carne originaria de los Estados Unidos exclusivamente) o D (carne importada)."³⁹

III. Párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC

1. Introducción

El Órgano de Apelación comenzó señalando que "el Canadá y México alegaron ante el Grupo Especial que la medida sobre el EPO es incompatible con la obligación de trato nacional que corresponde a los Estados Unidos en virtud del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. El Grupo Especial constató que "la medida sobre el EPO, [especialmente] en lo tocante a las etiquetas para los cortes de carne (músculo) infringe el párrafo 1 del artículo 2 porque concede al ganado importado un trato menos favorable que el otorgado al ganado nacional similar".⁴⁰ Los Estados Unidos apelan contra esta constatación, así como contra la conclusión intermedia del Grupo Especial de que "la medida sobre el EPO, según sus propios términos, otorga un trato diferente al ganado importado".^{41,42}

referencia a la Norma definitiva de 2009 (AMS), artículo 65.500(b)(1)). Con respecto a los productos importados comprendidos en la categoría D, la Norma definitiva de 2009 (AMS) exige que los registros permitan rastrear claramente el producto desde el punto de entrada en los Estados Unidos hasta el receptor posterior inmediato, y reflejen exactamente el país de origen tal como se identifica en la documentación pertinente de importación de la Oficina de Aduanas y Protección de Fronteras de los Estados Unidos (CBP). (*Ibid.*, párrafo 7.119 (donde se hace referencia a la Norma definitiva de 2009 (AMS), artículo 65.500(b)(4)).)

³⁴ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.116; disposición legislativa sobre el EPO, artículo 1638a(d)(1).

³⁵ Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – EPO*, párrafo 249.

³⁶ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.140. En general, el proceso de producción de carne de bovino a partir del ganado bovino comprende cuatro etapas: i) la reproducción de la vaca y la separación del ternero de la vaca; ii) la etapa de primer engorde; iii) el engorde; y iv) el sacrificio, despiece y envasado. (*Ibid.*, párrafo 7.129.) El proceso de producción de carne de porcino a partir del ganado porcino comprende también cuatro etapas: i) la etapa de reproducción; ii) la etapa del criadero; iii) la etapa de engorde; y iv) el sacrificio, despiece y envasado. (*Ibid.*, párrafo 7.135.)

³⁷ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.140.

³⁸ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.64.

³⁹ Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – EPO*, párrafo 252.

⁴⁰ Informe del Grupo Especial solicitado por el Canadá, párrafo 8.3 b); informe del Grupo Especial solicitado por México, párrafo 8.3 b). Véanse también los informes del Grupo Especial, párrafos 7.420 y 7.548.

⁴¹ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 84. Véanse también los párrafos 78 y 81 (donde se hace referencia a los informes del Grupo Especial, párrafos 7.295 y 7.296).

2. Interpretación del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC

El Órgano de Apelación comenzó recordando que el artículo 2 del *Acuerdo OTC* regula la "Elaboración, adopción y aplicación de reglamentos técnicos por instituciones del gobierno central" y en su primer párrafo dispone que "[p]or lo que se refiere a las instituciones de su gobierno central":

"Los Miembros se asegurarán de que, con respecto a los reglamentos técnicos, se dé a los productos importados del territorio de cualquiera de los Miembros un trato no menos favorable que el otorgado a productos similares de origen nacional y a productos similares originarios de cualquier otro país."

El Órgano de Apelación dijo que el párrafo 1 del artículo 2 contiene una obligación de trato nacional y una obligación de trato de nación más favorecida ("NMF"). El Órgano de Apelación remató diciendo que:

"La obligación de trato NMF prohíbe la discriminación mediante reglamentos técnicos entre productos similares importados de distintos países, mientras que la obligación de trato nacional prohíbe la discriminación entre productos similares nacionales e importados. Para establecer que se ha violado la obligación de trato nacional impuesta en el párrafo 1 del artículo 2, el reclamante debe demostrar la existencia de tres elementos: i) que la medida en litigio es un "reglamento técnico" según se define ese término en el párrafo 1 del Anexo 1 del *Acuerdo OTC*; ii) que los productos importados y nacionales en cuestión son "productos similares"; y iii) que la medida en litigio otorga un trato menos favorable a los productos importados que a los productos nacionales similares.⁴³ De estos elementos los dos primeros ya los ha examinado el Órgano de Apelación⁴⁴, y no son objeto de litigio en la presente apelación.

Por lo que respecta a la obligación de trato nacional, que es la obligación concreta que tenemos ante nosotros en las presentes diferencias, un análisis del trato menos favorable entraña una evaluación de si el reglamento técnico en litigio modifica las condiciones de competencia en el mercado pertinente en detrimento del grupo de productos importados frente al grupo de productos nacionales similares.⁴⁵ Al mismo tiempo, el contexto específico del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* -que incluye el párrafo 1 del Anexo 1, el párrafo 2 del artículo 2, y los considerandos segundo, quinto y sexto del preámbulo- apoya la interpretación de que el efecto del párrafo 1 del artículo 2 no es prohibir *a priori* cualquier restricción del comercio internacional.⁴⁶[...]

El Órgano de Apelación reconoció en *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor* y en *Estados Unidos - Atún II (México)* que para interpretar la expresión "trato no menos favorable" del párrafo 1 del artículo 2 se puede encontrar orientación pertinente en la jurisprudencia relativa al párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.⁴⁷ De conformidad con el párrafo 4 del artículo III, la obligación de trato nacional del párrafo 1 del artículo 2 prohíbe el trato menos favorable tanto *de jure* como *de facto*.⁴⁸ [...] En un caso así el grupo

⁴² Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – EPO*, párrafo 254.

⁴³ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 87. Los elementos exigidos para demostrar una violación de la obligación NMF están identificados en el párrafo 202 del informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Estados Unidos - Atún II (México)*.

⁴⁴ El Órgano de Apelación examinó el primer elemento, si la medida es un reglamento técnico, en sus informes sobre *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafos 183-188); *CE - Amianto* (párrafos 63-70); y *CE - Sardinias* (párrafos 175-176). El segundo elemento, si los productos en cuestión son "similares", lo examinó en su informe sobre el asunto *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor* (párrafos 108-120).

⁴⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 180; informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 215.

⁴⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 212.

⁴⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafos 100 y 176-180; informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafos 214, 215 y 236-239.

⁴⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 175.

especial debe tener en cuenta "la totalidad de los hechos y circunstancias que tiene ante sí"⁴⁹ y evaluar las "consecuencias" para las condiciones de competencia "que se desprenden del diseño, la estructura y el funcionamiento previsto de la medida".⁵⁰ Dicho examen debe tener en cuenta todas las características pertinentes del mercado, que pueden incluir las características concretas de la rama de producción de que se trate⁵¹, las cuotas de mercado relativas en una determinada rama de producción⁵², las preferencias de los consumidores⁵³, y la estructura comercial tradicional.⁵⁴ Es decir, el grupo especial debe examinar el funcionamiento del reglamento técnico concreto en litigio en el mercado concreto en que se aplica.

[...] En todos los casos es *el efecto de la medida en las oportunidades de competencia en el mercado* lo que es pertinente para evaluar si la medida impugnada tiene un efecto perjudicial en los productos importados.

No obstante, [...] algunos reglamentos técnicos que tienen un efecto perjudicial *de facto* en las importaciones pueden no ser incompatibles con el párrafo 1 del artículo 2 cuando ese efecto deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima.⁵⁵ En cambio, cuando una distinción reglamentaria no se ha diseñado ni se aplica de manera imparcial⁵⁶, por ejemplo porque se diseña o se aplica de una manera que constituye un medio de discriminación arbitrario o injustificado, no se puede considerar que esa distinción sea "legítima", y por tanto el efecto perjudicial reflejará la discriminación prohibida a tenor del párrafo 1 del artículo 2. Al evaluar la imparcialidad el grupo especial debe "examinar cuidadosamente las circunstancias concretas del caso, esto es, el diseño, la arquitectura, la estructura reveladora, el funcionamiento y la aplicación del reglamento técnico en litigio".^{57,58}

3. Aplicación del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC: "trato no menos favorable"

El Órgano de Apelación señaló que su orden de análisis sería el siguiente: i) la conclusión intermedia del Grupo Especial de que las prescripciones en materia de etiquetado previstas en la medida sobre el EPO establecen un trato diferente para la carne obtenida de ganado importado y la obtenida de ganado nacional; y ii) la conclusión intermedia del Grupo Especial de que la medida sobre el EPO tiene un efecto perjudicial en el ganado importado.

A. Efectos perjudiciales

a. "Trato diferente"

El Grupo Especial observó que:

"... de conformidad con la medida sobre el EPO, en particular la Norma definitiva de 2009 (AMS), se podrá utilizar la etiqueta B para la carne con la etiqueta A, pero sólo en el caso de que se mezcle en un único día de producción. Por consiguiente, con arreglo a la medida sobre el EPO los animales importados no pueden llevar la etiqueta reservada para la carne procedente de animales de origen exclusivamente estadounidense,

⁴⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 206.

⁵⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Tailandia - Cigarrillos (Filipinas)*, párrafo 130.

⁵¹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 234.

⁵² Informe del Grupo Especial, *México - Impuestos sobre los refrescos*, párrafo 8.119.

⁵³ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 233.

⁵⁴ Véase por ejemplo el informe del Órgano de Apelación, *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párrafo 145.

⁵⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 182; informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 215.

⁵⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 182; informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 216.

⁵⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 182.

⁵⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafos 267-271

mientras que en ciertas circunstancias la carne procedente de animales nacionales puede llevar una etiqueta que entrañe la utilización de animales importados.”⁵⁹

No obstante, el Órgano de Apelación recordó que el Grupo Especial advirtió que "esta diferencia" era solamente "el punto de partida" de su análisis de las alegaciones de trato menos favorable formuladas por los reclamantes y observó que éstos no estaban alegando que hubiese "[al]guna diferencia formal en el trato otorgado a los animales nacionales e importados *per se*".⁶⁰

Así las cosas, el Órgano de Apelación consideró que:

“la declaración hecha en esta etapa inicial del razonamiento del Grupo Especial es simplemente una observación incidental sobre el grado en que la medida sobre el EPO trata *de jure* de manera diferente al ganado importado y al nacional. Además, las conclusiones posteriores del Grupo Especial sobre la incompatibilidad *de facto* de la medida sobre el EPO con el párrafo 1 del artículo 2 no se basan en esta declaración y ni siquiera están directamente relacionadas con ella. [...] Por estas razones, *constatamos* que el Grupo Especial no incurrió en error, en el párrafo 7.295 de sus informes, al afirmar que la medida sobre el EPO trata de manera diferente al ganado importado que al nacional.”⁶¹

b. ¿Incurrió en error el Grupo Especial al constatar que la medida sobre el EPO tiene efectos perjudiciales para el ganado importado?

El Órgano de Apelación señaló que “cuando un reglamento técnico no discrimina *de jure*, el grupo especial debe determinar si las pruebas y los argumentos presentados por el reclamante en un caso concreto demuestran no obstante que la aplicación de esa medida en el mercado pertinente tiene un efecto perjudicial *de facto* en el grupo de productos importados similares.” También recordó que “*cualquier* efecto perjudicial en las oportunidades de competencia de los productos importados frente a los productos nacionales similares que haya sido causado por una medida concreta puede ser pertinente” para la evaluación que haga un grupo especial del trato menos favorable en el marco del párrafo 1 del artículo 2.^{62,63}

ii. ¿Cómo opera la medida sobre el EPO (en cuanto a la segregación)?

El Órgano de Apelación explicó este punto de la siguiente forma:

“Los Estados Unidos señalan correctamente que, como constató el Grupo Especial, la medida sobre el EPO no obliga jurídicamente a los participantes en el mercado a elegir entre faenar ganado exclusivamente nacional o ganado exclusivamente importado. No obstante, el Grupo Especial también constató que el diseño de la medida sobre el EPO y su aplicación en el mercado estadounidense suponía que la segregación del ganado era "una forma práctica de asegurar [] [el cumplimiento]".⁶⁴ Al examinar los distintos métodos de cumplimiento de la medida sobre el EPO, el Grupo Especial constató que los métodos menos costosos incluirían una "forma absoluta de segregación"⁶⁵, mediante la cual los productores eligen entre faenar animales exclusivamente nacionales o exclusivamente importados. Habida cuenta de las circunstancias

⁵⁹ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.295.

⁶⁰ Informes del Grupo Especial, párrafos 7.296 y 7.297.

⁶¹ Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – EPO*, párrafo 279.

⁶² Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 225. (las cursivas figuran en el original)

⁶³ Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – EPO*, párrafo 286.

⁶⁴ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.320.

⁶⁵ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.337.

específicas del mercado de ganado de los Estados Unidos -entre las que figura el hecho de que "[l]as importaciones de ganado han sido y siguen siendo pequeñas en comparación con la producción y la demanda globales de ganado en los Estados Unidos, y no es posible cubrir esta demanda en los Estados Unidos con animales exclusivamente extranjeros"⁶⁶ - el Grupo Especial llegó a la conclusión de que la forma menos costosa de cumplir la medida sobre el EPO es recurrir exclusivamente a animales nacionales.⁶⁷ El Grupo Especial se basó a continuación en esta constatación, y en su constatación de que los costos de cumplimiento no se pueden transferir por completo a los consumidores, para constatar que la medida sobre el EPO ofrece a los participantes en el mercado estadounidense un incentivo para utilizar exclusivamente animales nacionales y reduce las oportunidades de competencia de los animales importados en comparación con los animales nacionales.^{68,69}

Después, el Órgano de Apelación señaló que las circunstancias de las presentes diferencias son similares a las que existían en el asunto *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, y después de hacer un breve recuento de las particularidades de ese caso, concluyó que lo importante es hacerse la pregunta si la medida gubernamental es la que afecta a las condiciones de competencia entre los productos similares, nacionales e importados.⁷⁰ Con base en esto, el Órgano de Apelación concluyó que:

“Por consiguiente, las constataciones formuladas en *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna* son compatibles con la tesis -y la respaldan- de que siempre que el funcionamiento de una medida en el mercado cree incentivos para que los agentes privados sistemáticamente hagan elecciones de forma que beneficia a los productos nacionales en detrimento de los productos importados similares, se puede constatar que esa medida trata los productos importados de forma menos favorable.”⁷¹ [El Órgano de Apelación también añadió que] “La respuesta de un mercado a la aplicación de una medida gubernamental siempre es pertinente para evaluar si el funcionamiento de esa medida concede *de facto* un trato menos favorable a los productos importados.”⁷²

Sobre este caso en particular, el Órgano de Apelación agregó que para proceder correctamente con su análisis, los grupos especiales deben atender a las características específicas que se presentan dentro de un mercado determinado:

“Entendemos que el Grupo Especial ha considerado que, en este caso, la pequeña cuota de mercado correspondiente a las importaciones de ganado canadiense y mexicano agrava los efectos de la medida sobre el EPO. [...] En algunos casos, la cuota de mercado de los productos importados puede ser una [característica pertinente para el análisis].”⁷³

Por lo tanto, el Órgano de Apelación constató que el Grupo Especial no incurrió en error, en los párrafos 7.372, 7.381 y 7.420 de sus informes, al constatar que la medida sobre el EPO modifica las condiciones de competencia en el mercado estadounidense en detrimento del ganado importado al crear un incentivo a favor de la utilización de ganado exclusivamente nacional y un desincentivo en contra de la utilización de ganado importado.⁷⁴ Sin embargo, el Órgano de Apelación consideró que este análisis era incompleto:

“El Grupo Especial parece haber considerado que su constatación de que la medida sobre el EPO modifica las condiciones de competencia en detrimento del ganado importado es concluyente y lleva, sin más, a una

⁶⁶ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.349.

⁶⁷ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.350.

⁶⁸ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.357.

⁶⁹ Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – EPO*, párrafo 287.

⁷⁰ *Cfr.* Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – EPO*, párrafo 288.

⁷¹ *Ibidem*

⁷² *Ibid.*, párrafo 289.

⁷³ *Ibid.*, 290.

⁷⁴ *Ibid.*, 291.

constatación de violación de la obligación de trato nacional establecida en el párrafo 1 del artículo 2. En este sentido, el análisis jurídico del Grupo Especial en el marco del párrafo 1 del artículo 2 es incompleto. El Grupo Especial debería haber continuado su examen y determinado si las circunstancias de este asunto indican que el efecto perjudicial deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima, o si la medida sobre el EPO no es imparcial. [...] Por consiguiente, consideramos oportuno examinar las constataciones del Grupo Especial en cuanto se refieren al diseño, la arquitectura, la estructura reveladora, el funcionamiento y la aplicación de la medida sobre el EPO para determinar si podemos llegar a una conclusión a este respecto. [...] No obstante, antes de hacerlo evaluaremos los argumentos de los Estados Unidos acerca de si el Grupo Especial incurrió en error a tenor del artículo 11 del ESD al formular sus constataciones fácticas relativas a la necesidad de la segregación, la magnitud de la mezcla que se realiza en el mercado de los Estados Unidos y el aumento de la diferencia de precios entre el ganado importado y el nacional.”⁷⁵

B. ¿Incurrió en error el Grupo Especial en virtud del artículo 11 del ESD al formular determinadas constataciones fácticas en el curso del análisis que realizó en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC?

a. Segregación y mezcla

Los Estados Unidos impugnaron la constatación del Grupo Especial de que la medida sobre el EPO "exige" la segregación. Sin embargo, el Órgano de Apelación consideró que el Grupo Especial sí evaluó objetivamente los hechos relacionados con la segregación y mezcla. Por lo tanto, el Órgano de Apelación constató que “el Grupo Especial no actuó de forma incompatible con los deberes que le impone el artículo 11 del ESD al constatar que, "a todos los efectos prácticos, la medida sobre el EPO exige la segregación de la carne y los animales en función de su origen, incluso si esta segregación está sujeta a ciertas flexibilidades”⁷⁶.

b. Existencia de una diferencia de precios

El Órgano de Apelación recordó que, “tras constatar que "la forma menos costosa de cumplir la medida sobre el EPO es recurrir a animales exclusivamente nacionales"⁷⁷, el Grupo Especial citó pruebas que demostraban que los mataderos estaban transfiriendo los costos de faenar ganado *importado* a los productores de las primeras etapas.”⁷⁸

Como parte de su análisis, el Grupo Especial comparó dos estudios econométricos presentados por el Canadá y por los Estados Unidos. De acuerdo al Órgano de Apelación:

“El Grupo Especial examinó las metodologías y conclusiones de cada estudio, constató que el Estudio econométrico de Sumner, presentado por el Canadá, era "lo bastante sólido"⁷⁹ para ofrecer pruebas fiables de los efectos de la medida sobre el EPO, y dio cinco razones concretas para esa evaluación.⁸⁰ [...] Concluyó, por consiguiente, que el Estudio econométrico de Sumner acreditaba "una presunción *prima facie* de que la medida sobre el EPO afectó negativa y significativamente a las cuotas de importación y la base de los precios del ganado canadiense"⁸¹, presunción que no fue "refutada por el Estudio econométrico del USDA".^{82,83}

⁷⁵ *Ibid*, 293 y 294.

⁷⁶ *Ibid*, 299-310.

⁷⁷ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.350.

⁷⁸ Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – EPO*, párrafo 314.

⁷⁹ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.540.

⁸⁰ Informes del Grupo Especial, párrafos 7.540 y 7.541.

⁸¹ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.542.

⁸² Informes del Grupo Especial, párrafo 7.546.

A este respecto, el Órgano de Apelación concluyó que:

“El Grupo Especial no estaba obligado por el párrafo 1 del artículo 2 a confirmar sus conclusiones de derecho sobre la base de los efectos reales en el comercio de la medida en el mercado de los Estados Unidos. Consideramos por lo tanto que, incluso si el Grupo Especial hubiera incurrido en error en su valoración del Estudio econométrico de Sumner, ese error no habría afectado de forma importante a su conclusión de derecho definitiva en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Por consiguiente, *constatamos* que los Estados Unidos no han demostrado que el Grupo Especial actuara de manera incompatible con el artículo 11 del ESD en su evaluación de las pruebas relativas a la diferencia de precio entre el ganado nacional y el importado.”

C. ¿Infringe el efecto perjudicial en el ganado importado el párrafo 1 del artículo 2?

Tras haber evaluado y rechazado la impugnación por los Estados Unidos de la evaluación de los hechos que hizo el Grupo Especial en relación con la segregación, la mezcla y la diferencia de precios entre los animales nacionales e importados, el Órgano de Apelación continuó su análisis en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. El Órgano de Apelación dijo que sólo en caso de constatar que el efecto perjudicial refleja una discriminación en contravención de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 2, entonces podría confirmar la constatación del Grupo Especial de que la medida sobre el EPO da a los animales importados un trato menos favorable que a los animales nacionales similares.

En primer lugar, el Órgano de Apelación recordó algunas de las constataciones del Grupo Especial, pertinentes para su análisis:

“Señalamos, como cuestión preliminar, que el Grupo Especial determinó que el objetivo que los Estados Unidos perseguían con la medida sobre el EPO era "proporcionar al consumidor información sobre el origen"⁸⁴, y que el origen de la carne de bovino y porcino se define, de conformidad con la medida sobre el EPO, en función de los países en que el ganado bovino y porcino del que procede la carne nació, fue criado y fue sacrificado.

En nuestra opinión, las constataciones del Grupo Especial en relación con las diversas categorías de cortes de carne (músculo) según su origen y las prescripciones en materia de etiquetado aplicables a cada una de ellas son particularmente pertinentes para una indagación acerca de la imparcialidad de la medida sobre el EPO. El Grupo Especial constató que la categoría A corresponde a la carne de origen estadounidense, procedente de animales nacidos, criados y sacrificados exclusivamente en los Estados Unidos.⁸⁵ La categoría B corresponde a la carne de origen mixto, procedente de animales no nacidos, criados y sacrificados exclusivamente en los Estados Unidos, y no importados en los Estados Unidos para su sacrificio inmediato, es decir, a animales nacidos fuera de los Estados Unidos, pero criados y sacrificados en ese país.⁸⁶ La categoría C también se aplica a carne de origen mixto, pero corresponde específicamente a la procedente de animales nacidos y criados en un país extranjero e importados en los Estados Unidos para su

⁸³ Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – EPO*, párrafo 317.

⁸⁴ Informes del Grupo Especial, párrafos 7.617, 7.620, 7.671 y 7.685. El Grupo Especial también se refirió en varias ocasiones al objetivo adicional de prevenir la confusión entre los consumidores. (Véanse, por ejemplo, los párrafos 7.671 y 7.713.) Cada uno de los participantes ha apelado determinados aspectos de derecho y de hecho de la determinación que hizo el Grupo Especial del objetivo de la medida sobre el EPO y respecto de si ese objetivo es "legítimo" en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Esos motivos de apelación se tratan en la sección VI de los presentes informes.

⁸⁵ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.89 (donde se hace referencia a la disposición legislativa sobre el EPO, artículo 1638a(2)(A)); Norma definitiva de 2009 (AMS), artículo 65.260.

⁸⁶ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.89 (donde se hace referencia a la disposición legislativa sobre el EPO, artículo 1638a(2)(B)); Norma definitiva de 2009 (AMS), artículo 65.300(e)(1).

sacrificio inmediato.⁸⁷ La carne de la categoría D procede de animales *no* nacidos, criados o sacrificados en los Estados Unidos. Esta carne se considera de origen "extranjero".
[...]

Siendo esto así, el Grupo Especial consideró que la etiqueta "Producto de los Estados Unidos", es decir, la etiqueta A, es la única que proporciona "a los consumidores ... una información significativa", porque *todas* las etapas de la producción han tenido lugar de hecho en los Estados Unidos.⁸⁸ Sin embargo, constató que las descripciones del origen en la etiqueta B y la etiqueta C son "confusas"⁸⁹, y "de hecho no transmite[n] información sobre el origen tal como ésta se define en la medida o como el consumidor podría entenderla".^{90,91}

c. ¿Refleja el efecto perjudicial la existencia de discriminación?

La respuesta es sí. Para llegar a esta conclusión, el Órgano de Apelación en su análisis, tuvo en cuenta la estructura global de la medida sobre el EPO y el modo en que funciona y se aplica,⁹² y constató:

“Por todas esas razones, las prescripciones en materia de información que impone la medida sobre el EPO a los productores que intervienen en las fases iniciales del proceso productivo son desproporcionadas en comparación con el nivel de información que se comunica a los consumidores mediante las etiquetas obligatorias para la venta al por menor. Es decir, los productores que intervienen en las fases iniciales del proceso productivo rastrean y transmiten una gran cantidad de información con el fin de proporcionar a los consumidores datos sobre el origen, pero sólo una pequeña parte de esa información se comunica realmente a los consumidores de forma comprensible, si es que se comunica. No obstante, no hay nada en las constataciones del Grupo Especial ni en su expediente que explique esa incongruencia o la fundamente racionalmente. Por consiguiente, consideramos que la forma en que la medida sobre el EPO trata de que se facilite información sobre el origen a los consumidores, mediante las distinciones reglamentarias descritas *supra*, es arbitraria, y que la desproporcionada carga impuesta a los productores que intervienen en las fases iniciales del proceso productivo es injustificada.

Recalcamos que esta falta de correspondencia entre las prescripciones en materia de mantenimiento de registros y verificación, por un lado, y la limitada información transmitida a los consumidores con arreglo a las prescripciones en materia de etiquetado para la venta al por menor y las exenciones de las mismas, por otro, es de importancia fundamental para nuestro análisis global en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.”⁹³

A continuación, el Órgano de Apelación resumió su análisis de la siguiente forma:

“En resumen, nuestro examen de la medida sobre el EPO en el marco del párrafo 1 del artículo 2 revela que sus prescripciones en materia de mantenimiento de registros y verificación imponen una carga desproporcionada a los productores y las empresas de transformación que intervienen en las fases iniciales del proceso productivo porque la información que se transmite a los consumidores con arreglo a las prescripciones en materia de etiquetado obligatorio es mucho menos detallada y precisa que la información que deben rastrear y transmitir esos productores y empresas de transformación. Son esas mismas prescripciones en materia de mantenimiento de registros y verificación las que "exigen" la segregación⁹⁴, lo que significa que los costos de cumplimiento que conllevan son más elevados para las entidades que faenan

⁸⁷ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.89 (donde se hace referencia a la disposición legislativa sobre el EPO, artículo 1638a(2)(C)); Norma definitiva de 2009 (AMS), artículo 65.300(e)(3).

⁸⁸ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.718.

⁸⁹ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.718.

⁹⁰ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.699.

⁹¹ Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – EPO*, párrafo 332 y 333.

⁹² *Ibid*, 346.

⁹³ *Ibid*, 346 y 347.

⁹⁴ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.327.

animales de diferentes orígenes. Habida cuenta de que la forma menos costosa de cumplir esas prescripciones es recurrir exclusivamente a animales nacionales, la medida sobre el EPO crea un incentivo para que los productores estadounidenses utilicen exclusivamente animales nacionales y tiene, por tanto, un efecto perjudicial en las oportunidades de competencia de los animales importados. Además, las prescripciones en materia de mantenimiento de registros y verificación que se imponen a los productores y las empresas de transformación que intervienen en las fases iniciales del proceso productivo no se pueden explicar por la necesidad de transmitir a los consumidores información sobre los países de nacimiento, cría y sacrificio de los animales, ya que la información detallada que deben rastrear y transmitir esos productores no se comunica necesariamente a los consumidores mediante las etiquetas prescritas en la medida sobre el EPO. Ello se debe a que en las etiquetas prescritas no se indican expresamente las etapas de producción específicas y, en el caso en particular de las etiquetas B y C, contienen una información inexacta o poco clara sobre el origen, o a que la carne o los productos cárnicos están totalmente exentos de las prescripciones en materia de etiquetado. Por consiguiente, el efecto perjudicial causado por las mismas prescripciones en materia de mantenimiento de registros y verificación de la medida sobre el EPO tampoco se puede explicar por la necesidad de facilitar información sobre el origen a los consumidores. Sobre la base de estas constataciones, consideramos que las distinciones reglamentarias impuestas por la medida sobre el EPO equivalen a una discriminación arbitraria e injustificada contra los animales importados, por lo que no se puede decir que se apliquen de manera imparcial. En consecuencia, constatamos que el efecto perjudicial sobre los animales importados no se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima sino que, en cambio, refleja la existencia de discriminación, lo que constituye una infracción del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

Por consiguiente, *confirmamos*, aunque por razones distintas, la constatación final formulada por el Grupo Especial en el párrafo 7.548 de sus informes de que la medida sobre el EPO, especialmente en lo tocante a las etiquetas para los cortes de carne (músculo), es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* porque concede un trato menos favorable al ganado importado que al ganado nacional similar.^{95,96}

IV. Párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*

Respecto a este punto, recordamos que el Grupo Especial concluyó lo siguiente:

“... los reclamantes han demostrado que la medida sobre el EPO *no* alcanza el objetivo de proporcionar al consumidor información sobre el origen, especialmente por lo que respecta a los productos cárnicos, en el sentido del párrafo 2 del artículo 2. Constatamos, en consecuencia, que los Estados Unidos han actuado de manera incompatible con el párrafo 2 del artículo 2.”⁹⁷ [las cursivas figuran en el original]

Basándose en “las orientaciones dadas en el reciente informe del Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Atún II (México)*”, el Órgano de Apelación comenzó haciendo “una reseña general de los elementos que entraña un análisis del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*”. El Órgano de Apelación hizo eco de lo dicho en el caso del atún mencionado, resumiendo los elementos a analizar de la siguiente forma:

“... para determinar si un reglamento técnico “restrin[ge] el comercio más de lo necesario” en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* es necesario evaluar varios factores. Un grupo especial debería empezar por tomar en consideración varios factores, entre ellos los siguientes: i) el grado de contribución que hace la medida al objetivo legítimo en cuestión; ii) el grado de restricción del comercio de la medida; y iii) la naturaleza de los riesgos en cuestión y la gravedad de las consecuencias que crearía no alcanzar el objetivo u objetivos que persigue el Miembro a través de su medida. En la mayoría de las ocasiones, debe realizarse una comparación entre la medida impugnada y posibles medidas alternativas. En particular, a los efectos de esta comparación, puede ser pertinente considerar si la alternativa propuesta es menos restrictiva del comercio, si haría una contribución equivalente al objetivo legítimo de que se trate, teniendo en cuenta

⁹⁵ Véanse también el informe del Grupo Especial solicitado por el Canadá, párrafo 8.3(b); y el informe del Grupo Especial solicitado por México, párrafo 8.3(b).

⁹⁶ Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – EPO*, párrafos 349 y 350.

⁹⁷ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.720.

los riesgos que crearía no alcanzarlo, y si está razonablemente disponible.^{98,99}

Así las cosas, el Órgano de Apelación procedió a analizar los argumentos específicos en apelación, teniendo en cuenta estas interpretaciones.

1. ¿Incurrió en error el Grupo Especial al constatar que la medida sobre el EPO restringe el comercio?

Dado que el Órgano de Apelación confirmó la constatación del Grupo Especial de que la medida sobre el EPO es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2¹⁰⁰, no fue necesario proseguir con el examen de la apelación de los Estados Unidos sobre este punto, ya que como lo señaló el Órgano de Apelación, dicha apelación dependía del éxito de su apelación al amparo del párrafo 1 del artículo 2.

2. ¿Incurrió en error el Grupo Especial en su identificación del objetivo perseguido?

En apelación, los participantes formularon varias objeciones con respecto al enfoque adoptado por el Grupo Especial en la identificación del "objetivo" perseguido. Sin embargo, antes de ocuparse de esos argumentos, el Órgano de Apelación manifestó su preocupación por la forma en que el Grupo Especial se refirió al objetivo de la medida sobre el EPO en el curso de su análisis:

“En primer lugar, observamos que la formulación del objetivo perseguido por los Estados Unidos por el Grupo Especial varió a lo largo de su análisis. Por ejemplo, a veces identificó como objetivo "proporcionar al consumidor información sobre el origen"¹⁰¹ y en otras ocasiones se refirió a éste como "proporcionar a los consumidores cuanta información clara y exacta sobre el origen sea posible".¹⁰² Con esas formulaciones diferentes del objetivo, el Grupo Especial introdujo en su razonamiento un cierto grado de incertidumbre.¹⁰³ Está fuera de toda duda que los grupos especiales han de procurar no utilizar términos diferentes para designar el mismo concepto, especialmente en el contexto de un análisis en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, dado que el objetivo pertinente es la pauta de referencia con respecto a la cual

⁹⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 322.

⁹⁹ Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – EPO*, párrafo 378.

¹⁰⁰ *Supra*, párrafo 350.

¹⁰¹ Informes del Grupo Especial, párrafos 7.617, 7.671 y 7.685.

¹⁰² Informes del Grupo Especial, párrafo 7.620. Véase también el párrafo 7.715. El Grupo Especial se refirió también en varias ocasiones al objetivo adicional de la prevención de la confusión entre los consumidores. Por ejemplo, en el párrafo 7.671 de sus informes, declaró lo siguiente: Por lo que respecta concretamente a los productos cárnicos, los Estados Unidos describen con más detalle su objetivo en la forma siguiente: i) información al consumidor -la medida sobre el EPO pretende "proporcionar a los consumidores cuanta información clara y exacta sea posible sobre el país o países de origen de los productos cárnicos que compran al por menor", especialmente "información sobre los países en los que el animal del que procede la carne ha nacido, se ha criado y ha sido sacrificado"; y ii) prevención de la confusión entre los consumidores - la medida sobre el EPO pretende prevenir la confusión relacionada con la etiqueta del USDA indicativa de la calidad y el anterior sistema del FSIS de etiquetado con la indicación "Producto de los Estados Unidos" que permitía aponer esa etiqueta si los productos cárnicos eran objeto de una mínima elaboración en los Estados Unidos. El Grupo Especial se refirió además al segundo de esos objetivos en los siguientes términos: "El objetivo específico perseguido por los Estados Unidos ... es, en cualquier circunstancia, impedir que animales de origen no estadounidense lleven una etiqueta indicativa de origen estadounidense". (*Ibid.*, párrafo 7.713.)

¹⁰³ Esa incertidumbre se reflejó también en las diferentes formulaciones expuestas por los participantes en la audiencia cuando se les pidió que explicaran cuál entendían que era el objetivo identificado por el Grupo Especial.

un grupo especial debe evaluar el grado en que contribuyen al logro del objetivo un reglamento técnico impugnado y otras medidas alternativas propuestas. Por esas razones, nunca se hará suficiente hincapié en la importancia de que el grupo especial identifique con suficiente claridad y coherencia el objetivo o los objetivos perseguidos por un Miembro mediante un reglamento técnico.”

El Órgano de Apelación también examinó el análisis del Grupo Especial para determinar cuál es el objetivo perseguido por los Estados Unidos con la medida EPO. El Órgano de Apelación reconvinó al Grupo Especial por haber segmentado en dos partes su análisis, sin embargo, el Órgano de Apelación reconoció que en última instancia el Grupo Especial sí hizo un examen correcto sobre este punto.¹⁰⁴ Después de esto, el Órgano de Apelación procedió a analizar las apelaciones presentadas por las partes,¹⁰⁵ y llegó a sus conclusiones, las cuales resumió así:

“Hemos constatado [...] que el Grupo Especial, aunque realizó innecesariamente un doble análisis del objetivo perseguido por los Estados Unidos mediante la medida sobre el EPO, no incurrió en error en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Hemos formulado esa constatación porque la constatación del Grupo Especial de que el objetivo de la medida sobre el EPO es proporcionar a los consumidores información sobre el origen se basó, en última instancia, en una evaluación global del objetivo declarado de los Estados Unidos y las pruebas relativas al texto, diseño, estructura y antecedentes legislativos de la medida. Hemos rechazado los argumentos del Canadá y de México según los cuales, en el trato que dio a las pruebas relativas al texto, al diseño, estructura y antecedentes legislativos de la medida sobre el EPO, el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva del asunto, como prescribe el artículo 11 del ESD. Hemos rechazado asimismo el argumento de los Estados Unidos de que el Grupo Especial incurrió en error al aplicar el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* y actuó de manera incompatible con las obligaciones que le corresponden en virtud del artículo 11 del ESD al caracterizar el "nivel de logro" elegido por los Estados Unidos. Por último, hemos rechazado el argumento del Canadá de que el Grupo Especial incurrió en error al no definir el objetivo de la medida sobre el EPO "de manera suficientemente detallada".”¹⁰⁶

Sobre esta base, el Órgano de Apelación constató que el Grupo Especial no incurrió en error, en los párrafos 7.617, 7.620 y 7.685 de los informes del Grupo Especial, al establecer que el objetivo perseguido por los Estados Unidos mediante la medida sobre el EPO era proporcionar a los consumidores información sobre el origen. En este punto, el Órgano de Apelación recordó “que la medida sobre el EPO define el "origen" de la carne de bovino y de porcino en función del país o países en que el ganado del que procede la carne ha nacido, se ha criado y ha sido sacrificado.”¹⁰⁷

3. ¿Incurrió en error el Grupo Especial al constatar que el objetivo de la medida sobre el EPO es "legítimo"?

Después de repasar el análisis del Grupo Especial sobre este punto, el Órgano de Apelación señaló que dicho análisis sí tomó en cuenta los argumentos y pruebas aportados por los reclamantes, y coincidió con el Grupo Especial de no haber sido persuadido “de que proporcionar a los consumidores información sobre el origen, tal como se define en la medida sobre el EPO, *no* fuera un objetivo legítimo”. Para el Órgano de Apelación, la apelación del Canadá “no demostró que el Grupo Especial incurriera en error al rechazar

¹⁰⁴ Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – EPO*, párrafos 392-396.

¹⁰⁵ *Ibid*, párrafos 397-431.

¹⁰⁶ *Ibid*, párrafo 432.

¹⁰⁷ Nota al pie 855.

sus argumentos y pruebas a ese respecto”. En consecuencia, el Órgano de Apelación desestimó este motivo de la apelación del Canadá y constató, como el Grupo Especial, “que el suministro a los consumidores de información sobre el origen es un objetivo legítimo en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*”.¹⁰⁸

4. *¿Incurrió en error el Grupo Especial en su análisis de si la medida sobre el EPO restringe el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo?*

El Órgano de Apelación procedió con el tercer paso del análisis realizado por el Grupo Especial de las alegaciones formuladas al amparo del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, es decir, la evaluación por el Grupo Especial de si la medida sobre el EPO "restringe el comercio más de lo necesario para alcanzar" un objetivo legítimo.¹⁰⁹ El Órgano de Apelación utilizó nuevamente las orientaciones dadas en el caso *Estados Unidos - Atún II (México)*, respecto al enfoque adecuado para determinar si una medida “alcanza” su objetivo, uno de los factores de análisis en el marco del párrafo 2 del artículo 2. El Órgano de Apelación afirmó:

“El Órgano de Apelación [en el caso *Estados Unidos - Atún II (México)*] explicó que ese factor se refiere al grado de la contribución que un reglamento técnico hace al logro del objetivo legítimo, y que un grupo especial debe tratar de averiguar en qué grado el reglamento técnico impugnado, tal como se ha redactado y aplicado, contribuye realmente al objetivo legítimo perseguido por el Miembro, si es que contribuye en grado alguno.¹¹⁰ El grado de logro de un objetivo concreto se puede inferir del diseño, la estructura y el funcionamiento del reglamento técnico, así como de pruebas relativas a la aplicación de la medida. El Órgano de Apelación no constató ni dio a entender que, para que una medida cumpla lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 2, debe alcanzar algún umbral mínimo de logro. Más bien, la contribución que hace la medida impugnada al logro de su objetivo debe ser determinada de manera objetiva y evaluada después junto con los demás factores mencionados en el párrafo 2 del artículo 2, es decir: i) el grado de restricción del comercio de la medida; y ii) la naturaleza de los riesgos en cuestión y la gravedad de las consecuencias que crearía no alcanzar el objetivo u objetivos que persigue el Miembro a través de la medida. Así pues, en la mayoría de las ocasiones, debería realizarse también una comparación entre la medida impugnada y posibles medidas alternativas.¹¹¹ Mediante ese análisis, un grupo especial podrá juzgar la "necesidad" de la restricción del comercio de la medida en litigio, es decir, podrá determinar si el reglamento técnico en litigio restringe el comercio internacional más de lo necesario para alcanzar el grado de contribución que hace al logro de un objetivo legítimo.”¹¹²

El Grupo Especial constató que la medida sobre el EPO "no alcanza el objetivo identificado, en el sentido del párrafo 2 del artículo 2, porque no transmite a los consumidores información significativa sobre el origen".¹¹³

¹⁰⁸ Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – EPO*, párrafo 453.

¹⁰⁹ *Ibid.*, párrafo 454.

¹¹⁰ “A tal fin, quizá sea necesario evaluar si la medida en litigio es capaz de lograr el objetivo legítimo”. Esta nota al pie (número 928) figura en el original.

¹¹¹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 322. El Órgano de Apelación señaló "al menos dos casos en los que puede no ser necesario realizar una comparación entre la medida impugnada y las posibles medidas alternativas", a saber, cuando la medida no restringe en absoluto el comercio, o cuando una medida que restringe el comercio no hace *ninguna* contribución al logro del objetivo legítimo pertinente. (Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, nota 647 al párrafo 322.)

¹¹² Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – EPO*, párrafo 461.

¹¹³ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.719.

Para el Órgano de Apelación, las declaraciones finales del Grupo Especial y su constatación definitiva, sugieren que el Grupo Especial consideró que “para que la medida sobre el EPO alcanzara su objetivo, o bien todas las etiquetas debían proporcionar información exacta y clara al 100 por ciento, o bien la medida sobre el EPO debía alcanzar o superar cierto umbral mínimo. Cualquiera que fuese el criterio aplicado, era evidente que el Grupo Especial opinaba que la medida sobre el EPO no lo satisfacía”.¹¹⁴ Sin embargo, a este comentarista le parece que ninguno de estos dos criterios fue el adoptado por el Grupo Especial. Asimismo, el Órgano de Apelación señaló que:

“Hemos declarado anteriormente que la evaluación por un grupo especial de la cuestión de si la medida alcanza su objetivo se refiere sobre todo a la contribución efectiva que hace una medida al logro de su objetivo. Por consiguiente, esa evaluación debe estar orientada a determinar el grado de la contribución que hace la medida, y no a responder a las preguntas de si la medida alcanza por completo el objetivo o permite llegar a cierto nivel mínimo de logro de ese objetivo.¹¹⁵ Puesto que el Grupo Especial parece haber considerado necesario que la medida sobre el EPO "alcanzara" por completo el objetivo o satisficiera cierto nivel mínimo de logro para que fuera compatible con el párrafo 2 del artículo 2, incurrió en error en su interpretación de esa disposición. Además, puesto que hizo caso omiso de sus propias constataciones, que demuestran que las etiquetas previstas en la medida sobre el EPO sí contribuyeron al objetivo de proporcionar a los consumidores información sobre el origen, incurrió también en error en el análisis que realizó en el marco del párrafo 2 del artículo 2. Por esas razones, *constatamos* que el Grupo Especial incurrió en error, en el párrafo 7.719 de sus informes, al constatar que "la medida sobre el EPO no alcanza el objetivo identificado, en el sentido del párrafo 2 del artículo 2, porque no transmite a los consumidores información significativa sobre el origen", y *revocamos* la constatación definitiva del Grupo Especial, que figura en el párrafo 7.720 de sus informes, de que, por esta razón, la medida sobre el EPO es incompatible con el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.^{116,117}

Como podemos ver en la cita arriba transcrita, el Órgano de Apelación afirmó que el Grupo Especial, al hacer “caso omiso de sus propias constataciones, que demuestran que las etiquetas previstas en la medida sobre el EPO sí contribuyeron al objetivo de proporcionar a los consumidores información sobre el origen, incurrió también en error en el análisis que realizó en el marco del párrafo 2 del artículo 2”. Este criterio del Órgano de Apelación pareciera establecer que si un grupo especial reconoce y constata que una medida contribuye al objetivo, entonces *necesariamente* debe concluir que la medida *alcanza* dicho objetivo. Nuevamente este comentarista difiere con el Órgano de Apelación. Los grupos especiales pueden aceptar que una medida contribuye al objetivo de proporcionar a los consumidores información sobre el origen, y concluir, sin embargo, que dicha contribución no es suficiente para alcanzar el objetivo.

Finalmente, el Órgano de Apelación concluyó que “En consecuencia, convenimos con los Estados Unidos en que, al constatar que la medida sobre el EPO es incompatible con el párrafo 2 del Artículo 2 del *Acuerdo OTC* sin examinar las medidas alternativas propuestas, el Grupo Especial incurrió en error al eximir a México y el Canadá de esta parte de su carga de la prueba”.¹¹⁸

¹¹⁴ Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – EPO*, párrafo 467.

¹¹⁵ Véase *supra*, párrafo 373.

¹¹⁶ Véanse también el informe del Grupo Especial solicitado por el Canadá, párrafo 8.3 c); y el informe del Grupo Especial solicitado por México, párrafo 8.3 c).

¹¹⁷ Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – EPO*, párrafo 468.

¹¹⁸ Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – EPO*, párrafo 469.

5. Compleción del análisis jurídico - ¿Restringe el comercio la medida sobre el EPO más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo?

El Órgano de Apelación dijo que al haber revocado la constatación del Grupo Especial de que la medida sobre el EPO es incompatible con el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* porque no alcanza el objetivo de proporcionar a los consumidores información sobre el origen, entonces se cumplió la condición que activa las solicitudes del Canadá y de México de compleción del análisis jurídico en el marco de esta disposición. En consecuencia, el Órgano de Apelación pasó a examinar si podía pronunciarse sobre las alegaciones de los reclamantes de que la medida sobre el EPO es incompatible con el párrafo 2 del artículo 2 porque restringe el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo.

Sin embargo, el Órgano de Apelación aclaró que solo podría hacerlo si "las constataciones fácticas del grupo especial y los hechos no controvertidos de que hay constancia en el expediente del grupo especial constituyen una base suficiente" para su análisis.¹¹⁹ El Órgano de Apelación reiteró que, de acuerdo a la diferencia *Estados Unidos - Atún II (México)* el Órgano de Apelación en ese caso explicó que para determinar si un reglamento técnico "restrin[ge] el comercio más de lo necesario" en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 es necesario evaluar varios factores, entre los que figuran los siguientes: i) el grado de la contribución que hace la medida al objetivo legítimo en cuestión; ii) el grado de la restricción del comercio de la medida; y iii) la naturaleza de los riesgos en cuestión y la gravedad de las consecuencias que crearía no alcanzar el objetivo que persigue el Miembro a través de la medida.¹²⁰ El Órgano de Apelación recordó también que en *Estados Unidos - Atún II (México)*, el Órgano de Apelación indicó además que, "[e]n la mayoría de las ocasiones, debe realizarse una comparación entre la medida impugnada y posibles medidas alternativas".¹²¹ Al hacer esta comparación será pertinente considerar si la alternativa propuesta restringe menos el comercio; si haría una contribución equivalente al objetivo legítimo de que se trate, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo; y si está razonablemente disponible.¹²²

Así las cosas, el Órgano de Apelación en este caso consideró que el presente asunto requiere un examen de los factores indicados anteriormente tanto respecto de la medida sobre el EPO como respecto de las alternativas propuestas por los reclamantes a fin de determinar si la medida sobre el EPO restringe el comercio más de lo "necesario" para alcanzar su objetivo.

El Canadá y México señalaron cuatro medidas alternativas que a su juicio están razonablemente al alcance de los Estados Unidos, restringen menos el comercio y alcanzan el objetivo de ofrecer a los consumidores información sobre el origen a un nivel igual o

¹¹⁹ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 78. La cita figura en el original.

¹²⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 322.

¹²¹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 322. Como se indica más arriba, el Órgano de Apelación señaló dos casos en los que puede no ser necesario realizar una comparación entre la medida impugnada y las posibles medidas alternativas, a saber, cuando la medida no restringe en absoluto el comercio, o cuando una medida que restringe el comercio y no hace *ninguna* contribución al logro del objetivo legítimo pertinente. (Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, nota 647 al párrafo 322)

¹²² Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 322.

superior que la medida sobre el EPO. Las alternativas fueron las siguientes: i) una prescripción de etiquetado indicativo del país de origen voluntario; ii) una prescripción de etiquetado indicativo del país de origen basado en el criterio de la transformación sustancial obligatorio; iii) un sistema de etiquetado indicativo del país de origen voluntario combinado con una prescripción en materia de etiquetado indicativo del país de origen basado en la transformación sustancial obligatoria; y iv) un sistema de rastreo.¹²³

El Órgano de Apelación observó que el Grupo Especial no formuló constataciones fácticas con respecto a estos cuatro sistemas de etiquetado propuestos porque, al haber constatado que la medida sobre el EPO no alcanza su objetivo, no "cre[yó] necesario pasar a la siguiente etapa del análisis, a saber, si la medida sobre el EPO 'restringe el comercio más de lo necesario' habida cuenta de la disponibilidad de medidas alternativas menos restrictivas del comercio".¹²⁴

En cualquier caso, el Órgano de Apelación procedió a analizar cada una de las alternativas propuestas. No haremos un resumen de cada una de ellas, sino tan solo de la primera alternativa propuesta, por las siguientes razones.

Después de lo resuelto por el Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Atún II (México)* respecto a la obligatoriedad de la etiqueta "dolphin-safe", creemos que el tema de las etiquetas voluntarias cobrará cada vez más relevancia en el derecho de la OMC. En el asunto que estamos comentando, Canadá propuso como primera alternativa una prescripción de etiquetado indicativo del país de origen voluntario. Al respecto, el Órgano de Apelación indicó:

Observamos que el grado de restricción del comercio de este sistema de etiquetado alternativo propuesto probablemente dependería de quién asumiría los costos relacionados con el etiquetado, es decir, si los costos los soportarían los productores o se transferirían a los consumidores. Su grado de restricción del comercio también dependería de en qué medida se utilizaran esas etiquetas. [...] Al mismo tiempo, *la contribución de una prescripción de etiquetado voluntario al objetivo de proporcionar a los consumidores información sobre el lugar donde el ganado nació, fue criado y fue sacrificado dependería de la exactitud con que las etiquetas reflejaran el origen como el país o los países en que tuvieron lugar las distintas etapas de producción, el alcance de los productos abarcados por ese sistema de etiquetado voluntario y la medida en que se utilizaran las etiquetas.*¹²⁵ [énfasis añadido]

En este párrafo transcrito, el Órgano de Apelación establece los elementos de análisis para examinar la contribución de una medida alternativa al objetivo legítimo aceptado por el Grupo Especial y el Órgano de Apelación. Dichos elementos de análisis son: la exactitud con que las etiquetas reflejan el origen, el alcance de los productos abarcados por ese sistema de etiquetado voluntario y la medida en que se utilizaran las etiquetas. Es de llamar la atención el hecho de que el Órgano de Apelación reconozca la importancia de las etiquetas voluntarias para transmitir con exactitud el origen de los productos en cuestión. Esta afirmación parece contrastar con las constataciones anteriores del Órgano de Apelación, que señalaron que las etiquetas impuestas por la medida sobre el EPO (es decir, las etiquetas obligatorias) sí cumplen con el objetivo legítimo, a pesar de las constataciones del Grupo Especial respecto de las etiquetas C y D impuestas por la medida sobre el EPO, que establecieron que dichas etiquetas eran confusas e inexactas.

En cualquier caso, después de terminar el análisis de las cuatro alternativas propuestas por el Canadá y México, el Órgano de Apelación concluyó que debido a que no encontró

¹²³ Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – EPO*, párrafo 480.

¹²⁴ Informes del Grupo Especial, párrafo 7.719.

¹²⁵ Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – EPO*, párrafo 483.

suficientes constataciones fácticas del Grupo Especial ni suficientes hechos no controvertidos que consten en el expediente, el Órgano de Apelación no pudo completar el análisis jurídico en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* y determinar si la medida sobre el EPO restringe el comercio más de lo necesario para alcanzar su objetivo legítimo,¹²⁶ en ocasiones, también debido a que ni el Canadá ni México expusieron detalladamente sus argumentos.¹²⁷

V. Párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 y Párrafo 1 b) del artículo XXIII del GATT de 1994

El Órgano de Apelación señaló que al haber confirmado la constatación del Grupo Especial de que la medida sobre el EPO es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, no se cumplió la condición en que se basan las apelaciones del Canadá y México al amparo del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 ni al amparo del párrafo 1 b) del artículo XXIII del GATT de 1994 y, por consiguiente, el Órgano de Apelación apuntó que no tenía que formular ninguna constatación respecto de los artículos mencionados en lo que concierne a la medida sobre el EPO ni respecto a la carta de Vilsack.¹²⁸

VI. Constataciones y conclusiones del Órgano de Apelación

Recapitulando, el Órgano de Apelación constató en este asunto que:

a) con respecto a las constataciones del Grupo Especial en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, coincidía con lo dicho por el Grupo Especial, que “la medida sobre el EPO da al ganado importado un trato diferente del que otorga al ganado nacional” y que “la medida sobre el EPO modifica las condiciones de competencia en el mercado estadounidense en detrimento del ganado importado al crear un incentivo a favor de la utilización de ganado exclusivamente nacional y un desincentivo en contra de la utilización de ganado importado”, y por lo tanto confirmó, “aunque por razones distintas, la constatación definitiva del Grupo Especial, [...] que la medida sobre el EPO, especialmente en lo tocante a las etiquetas para los cortes de carne (músculo), es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* porque concede al ganado importado un trato menos favorable que el otorgado al ganado nacional similar”.

b) con respecto a las constataciones del Grupo Especial en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, coincidió con lo dicho por el Grupo Especial sobre que “el objetivo perseguido por los Estados Unidos mediante la medida sobre el EPO es proporcionar al consumidor información sobre el origen”. Sin embargo, el Órgano de Apelación constató que “el Grupo Especial incurrió en error en la interpretación y aplicación del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* en su análisis de si la medida sobre el EPO “restringe el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo”, y, en consecuencia, [constató] que el Grupo Especial incurrió en error [...] al constatar que “la medida sobre el EPO no alcanza el objetivo identificado, en el sentido del párrafo 2 del

¹²⁶ *Ibid*, párrafo 491.

¹²⁷ Este fue el caso de la primera y la tercera alternativa propuestas por el Canadá y México. Vid. Párrafo 483 y 488.

¹²⁸ Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – EPO*, párrafos 492-495.

artículo 2, porque no transmite a los consumidores información significativa sobre el origen"; y, por lo tanto, [revocó] la constatación definitiva del Grupo Especial [...] de que la medida sobre el EPO es incompatible con el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*; y [constató] que habida cuenta de la falta de suficientes hechos no controvertidos en el expediente del Grupo Especial o de constataciones fácticas del Grupo Especial, el Órgano de Apelación no puede completar el análisis jurídico en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* y evaluar debidamente si la medida sobre el EPO restringe el comercio más de lo necesario para alcanzar su objetivo legítimo”.

Por lo anterior, el Órgano de Apelación recomendó que el OSD pida a los Estados Unidos que pongan las medidas que en el presente informe y en el informe del Grupo Especial solicitado por el Canadá y México, modificado por el presente informe, se ha constatado que son incompatibles con el GATT de 1994 y el *Acuerdo OTC* en conformidad con las obligaciones que les corresponden en virtud de esos Acuerdos.

VII. Constataciones del árbitro

Los Estados Unidos manifestaron su intención de aplicar las recomendaciones y resoluciones del OSD, y declararon que necesitarían un plazo prudencial para hacerlo. El 13 de septiembre de 2012, el Canadá y México comunicaron al OSD que las consultas celebradas con los Estados Unidos no habían permitido llegar a un acuerdo sobre el plazo prudencial para la aplicación. En consecuencia, el Canadá y México solicitaron que dicho plazo se determinase mediante arbitraje de conformidad con el párrafo 3 c) del artículo 21 del ESD.¹²⁹

El arbitraje fue realizado por el Sr. Giorgio Sacerdoti, y concluyó que:

“Por consiguiente, determino que el plazo prudencial para que los Estados Unidos apliquen las recomendaciones y resoluciones del OSD en estas diferencias es de 10 meses contados a partir del 23 de julio de 2012, fecha de la adopción de los informes del Grupo Especial y el Órgano de Apelación. En consecuencia, el plazo prudencial expirará el 23 de mayo de 2013. Al llegar a esta conclusión, he considerado que dicho plazo debería permitir a los Estados Unidos aplicar las recomendaciones y resoluciones del OSD con independencia de si deciden hacerlo mediante medidas reglamentarias únicamente o mediante medidas legislativas seguidas por medidas reglamentarias.”¹³⁰

VIII. Panel de cumplimiento y procedimiento acordado en virtud de los artículos 21 y 22 del ESD

Como hemos dicho, el plazo prudencial para que los Estados Unidos aplicaran las recomendaciones y resoluciones del OSD en estas diferencias fue el 23 de mayo de 2013. “En la reunión del OSD celebrada el 24 de mayo de 2013, los Estados Unidos informaron al OSD de que el 23 de mayo de 2013 el USDA había publicado una norma definitiva que introducía determinadas modificaciones en las prescripciones en materia de EPO que habían sido declaradas incompatibles con el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. A juicio de los Estados Unidos, la norma definitiva había puesto a ese país en conformidad con las recomendaciones y resoluciones del OSD”.¹³¹

¹²⁹ Laudo del Árbitro, *Estados Unidos – EPO – Arbitraje de conformidad con el párrafo 3 c) del artículo 21 del ESD*, párrafos 3 y 4.

¹³⁰ *Ibid*, párrafo 123.

¹³¹ Para México ver http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds386_s.htm, y para Canadá ver http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds384_s.htm (revisado el 6 de noviembre de 2013).

Sin embargo, el Canadá y México manifestaron que no estaban de acuerdo con que las modificaciones los Estados Unidos hubieran logrado el cumplimiento pleno. En la opinión respectiva del Canadá y México, las modificaciones eran más restrictivas y causaban más daño.¹³²

“El 19 de agosto de 2013, el Canadá y México solicitaron el establecimiento de un grupo especial sobre el cumplimiento. En su reunión de 25 de septiembre de 2013, el OSD acordó remitir al Grupo Especial inicial, de ser posible, el asunto sometido por el Canadá en relación [la diferencia DS384] y el asunto sometido por México en relación con la diferencia DS386. El Brasil, China, Corea, la India, el Japón, Nueva Zelanda y la Unión Europea se reservaron sus derechos en calidad de terceros. Posteriormente, Guatemala se reservó sus derechos en calidad de tercero.”¹³³ Es importante mencionar que si el grupo especial confirma la violación de cumplimiento, Canadá y México podrían imponer represalias comerciales a los Estados Unidos. El Canadá busca luz verde para la imposición de medidas de retorsión por más de mil millones de dólares.¹³⁴

IX. Conclusiones de este comentario

Con fundamento en criterios ya bien establecidos por el Órgano de Apelación en *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, el Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - EPO* constató que los costos de segregación, entre otras cosas, tenían el efecto de reducir las “condiciones de competencia” de los productos canadienses y mexicanos de cara a los productos estadounidenses. En sus palabras, el Órgano de Apelación dijo que “En todos los casos es *el efecto de la medida en las oportunidades de competencia en el mercado* lo que es pertinente para evaluar si la medida impugnada tiene un efecto perjudicial en los productos importados”¹³⁵.

¹³² En opinión de México: “La nueva regla de COOL [EPO] es aún más estricta que la medida originalmente impugnada en la OMC y generará mayores distorsiones al comercio. Lejos de intentar eliminar los aspectos discriminatorios de la medida original, la nueva regla incrementa los incentivos para evitar la compra de ganado importado, lo cual impactará aún más las exportaciones mexicanas de ganado hacia Estados Unidos”, en “*México demanda ante la OMC el cumplimiento por parte de Estados Unidos en la controversia del etiquetado de país de origen*”, Secretaría de Economía, Dirección General de Comunicación Social, México, D.F, 19 de agosto de 2013, Comunicado conjunto, disponible en <http://www.economia.gob.mx/eventos-noticias/sala-de-prensa/comunicados/9729-boletin-conjunto-190813>.

En opinión del Canadá: “Canada maintains that the U.S. has failed to bring its COOL measure into conformity with its WTO obligations. It believes that the recent amendments to the COOL regulations will further hinder the ability of Canadian cattle and hog producers to freely compete in the U.S.”, en “*Canada Welcomes the Establishment of a World Trade Organization Compliance Panel on U.S. Country of Origin Labelling Dispute*”, Agriculture and Agri-Food Canada, NEWS REALEASES, Ottawa, Ontario, October 2, 2013, disponible en http://www.agr.gc.ca/cb/index_e.php?s1=n&s2=2013&page=n131002a (sitios web revisados el 6 de noviembre de 2013).

¹³³ Para México ver http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds386_s.htm, y para Canadá ver http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds384_s.htm (revisado el 6 de noviembre de 2013).

¹³⁴ “In June, the Government of Canada released a list of U.S. commodities that could be targeted for retaliation in relation to the COOL dispute. The Government of Canada has said it could seek retaliatory compensation of approximately \$1.1 billion following the completion of ongoing WTO proceedings.”, en “*The Canadian Cattlemen’s Association, CCA statement on establishment of WTO compliance panel for U.S. COOL*”, September 26, 2013, http://www.cattle.ca/news-read/383_cca_statement_on_establishment_of_wto_compliance_panel_for_us_cool (sitios web revisados el 6 de noviembre de 2013).

¹³⁵ *Supra*, nota 58.

Este asunto es la última estampa en la trilogía de casos que por primera vez abordan el fondo de cuestiones relacionadas con el *Acuerdo OTC*. Antes se había entrado al estudio de algunos puntos del *Acuerdo OTC*, pero nunca con la profundidad de esta trilogía. Por ejemplo, el informe del Grupo Especial en el asunto *Estados Unidos - EPO* fue la primera oportunidad en que se analizó el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, y para realizar esta labor el Grupo Especial se asistió de jurisprudencia OMC respecto al artículo III del GATT. Cronológicamente posteriores fueron los análisis del Órgano de Apelación, primero en el asunto *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor* y después en *Estados Unidos - Atún II (México)*. La última entrega del Órgano de Apelación respecto a este tema se encuentra justamente en el asunto *Estados Unidos - EPO*.

Así las cosas, como ha señalado Brendan McGivern,¹³⁶ esta trilogía de casos son los que abordan por vez primera cuestiones relacionadas con el *Acuerdo OTC*, y por lo tanto permitirán definir qué tipo de medidas pueden adoptar los miembros de la OMC cuando adopten regulaciones técnicas que se relacionen con el comercio internacional.

Sin embargo, el informe del Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - EPO* no es perfecto. Hay algunos puntos que parecen contradecirse y que ameritan un estudio más profundo, en conjunto con los otros casos parte de la mencionada trilogía.

Uno de estos temas es, por ejemplo, la aparente contradicción entre los requisitos de una etiqueta obligatoria (es decir, un reglamento técnico) y una etiqueta voluntaria (que hasta antes del asunto *Estados Unidos - Atún II (México)* no podrían haberse considerado reglamentos técnicos). Como apuntamos en el transcurso de este trabajo, cuando el Órgano de Apelación estableció los elementos de análisis para examinar la contribución de una medida alternativa al objetivo legítimo aceptado por el Grupo Especial y el Órgano de Apelación, analizó la propuesta del Canadá y México de imponer una etiqueta voluntaria. Al respecto, los elementos de análisis enunciados por el Órgano de Apelación fueron: la exactitud con que las etiquetas reflejan el origen, el alcance de los productos abarcados por ese sistema de etiquetado voluntario y la medida en que se utilizaran las etiquetas.¹³⁷

Al respecto, comentamos que es de llamar la atención el hecho de que el Órgano de Apelación reconozca la importancia de las etiquetas voluntarias para transmitir con exactitud el origen de los productos en cuestión. Esta afirmación parece contrastar con las constataciones anteriores del Órgano de Apelación, que señalaron que las etiquetas impuestas por la medida sobre el EPO (es decir, las etiquetas obligatorias) sí cumplen con el objetivo legítimo, a pesar de las constataciones del Grupo Especial respecto de las etiquetas C y D impuestas por la medida sobre el EPO, que establecieron que dichas etiquetas eran confusas e inexactas. Aunque para salvar la contradicción, el Órgano de Apelación revocó estas constataciones y señaló que las etiquetas eran claras, también revocó la constatación del Grupo Especial que establecía que el objetivo de la medida EPO era "proporcionar a los consumidores cuanta información clara y exacta sobre el origen sea posible" y sólo aceptó que el objetivo legítimo era "proporcionar al consumidor información sobre el origen".¹³⁸

¹³⁶ Brendan McGivern, "WTO Appellate Body Report: United States – Tuna II", White & Case, Mayo 2012, disponible en <http://www.whitecase.com/files/Publication/0b4586d6-8dd1-4a8d-95c3-cc0e37aaf4c4/Presentation/PublicationAttachment/d53bfe6f-56a6-4992-8e2e-ce7e670c8f16/article-WTO-Appellate-Body-Report-US-Tuna-II.PDF>

¹³⁷ *Supra*, Sección IV.5 de este trabajo.

¹³⁸ *Cfr.* Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafos 387-391.

Por último, habrá que estar atentos a la resolución emanada del panel de cumplimiento establecido bajo el artículo 21 y 22 del ESD. Recordemos que en su reunión de 25 de septiembre de 2013, el OSD acordó remitir al Grupo Especial inicial, *de ser posible*, el asunto sometido por el Canadá y México respectivamente. Como hemos dicho, si el grupo especial confirma la violación de cumplimiento, Canadá y México podrían imponer represalias comerciales a los Estados Unidos. ¿De cuánto? Difícil de anticipar, pero seguramente sería una cifra multi-millonaria. El Canadá ha emitido una lista de productos estadounidenses que podrían estar en la mira para la imposición de medidas de retorsión, también llamadas por algunos como contramedidas. Asimismo, parece ser que el Canadá busca luz verde para la imposición de medidas de retorsión por más de mil millones de dólares.¹³⁹ Desafortunadamente, para México no encontramos información en este respecto. Sin embargo, este comentarista se despide de sus lectores ofreciendo un ejemplo de la estimación del impacto de la medida EPO respecto de las exportaciones de ganado bovino de México a Estados Unidos, el cual arroja una pérdida que oscilaría entre 220 y 360 millones de dólares. Lo anterior, si se considera que la medida EPO ha estado en vigor desde 2008, es decir, aproximadamente 5 años.¹⁴⁰

Ejemplo de estimación de impacto para México de la medida EPO

- Exportaciones de ganado bovino -

Concepto	Unidad	Mínimo	Máximo	Fuente:
a) Exportaciones	Cabezas de ganado	1,100,000	1,200,000	Informe GE (WT/DS384 y WT/DS386). Pág. 135, párrafo 7.464
b) Descuento al precio importado	Dólares / cabeza	\$40	\$60	Informe GE (WT/DS384 y WT/DS386). Pág. 108, párrafo 7.356
c) Monto anual-pérdida (a x b)	Dólares	\$44,000,000	\$72,000,000	
d) Vigencia de la medida	Años	5	5	
e) Monto total-pérdida (c x d)	Dólares	\$220,000,000	\$360,000,000	

¹³⁹ “In June, the Government of Canada released a list of U.S. commodities that could be targeted for retaliation in relation to the COOL dispute. The Government of Canada has said it could seek retaliatory compensation of approximately \$1.1 billion following the completion of ongoing WTO proceedings.”, en “*The Canadian Cattlemen’s Association, CCA statement on establishment of WTO compliance panel for U.S. COOL*”, September 26, 2013, http://www.cattle.ca/news-read/383_cca_statement_on_establishment_of_wto_compliance_panel_for_us_cool (sitios web revisados el 6 de noviembre de 2013).

¹⁴⁰ Los cálculos y el cuadro son obra intelectual del Mtro. Gustavo Báez López, a quien agradezco por sus comentarios y sugerencias para enriquecer este trabajo.