

Las Empresas Transnacionales en la Organización Mundial del Comercio

Claudia Manrique Carpio - Becaria de investigación de la Universidad de Barcelona

Autor:	Claudia Manrique Carpio
Cargo del Autor:	Becaria de investigación de la Universidad de Barcelona
Páginas:	179-218

Id. vLex: VLEX-57842140

Link: <https://app.vlex.com/vid/empresas-transnacionales-organizacion-mundial-57842140>

Resumen

I. Introducción. II. Los actores Privados económicos. 1. Los Actores Privados Económicos en la sociedad globalizada. 2. Los Actores Privados económicos en la OMC. III. Las ETNs en la creación de los acuerdos multilaterales de la OMC. IV. Las ETNs en la aplicación de las normas de la OMC. V. Las ETNs en el Sistema de Solución de Diferencias de la OMC 1. Participación directa de las ETNs en el Órgano de Solución de Diferencias: Comunicaciones amicus curiae. 2. Participación indirecta en el Órgano de Solución de Diferencias. 3. El asunto «Havana Club». VI. Conclusiones.

Contenidos

- I. Introducción
- II. Los actores Privados económicos
 - 1. Los Actores Privados Económicos en la sociedad globalizada.
 - 2. Los Actores Privados económicos en la OMC.
- III. Las ETNs en la creación de los acuerdos multilaterales de la OMC
- IV. Las ETNs en la aplicación de las normas de la OMC
- V. Las ETNs en el Sistema de Solución de Diferencias de la OMC
 - 1. Participación directa de las ETNs en el Órgano de Solución de Diferencias: Comunicaciones amicus curiae.
 - 2. Participación indirecta en el Órgano de Solución de Diferencias.
 - 3. El asunto «Havana Club».
- VI. Conclusiones

Page 179

I

Introducción

Las empresas transnacionales (ETNs) son, indudablemente, importantes actores en la sociedad internacional global y principales conductores del comercio internacional¹. Además, inciden de forma más o menos indirecta en los procesos de creación y aplicación del Derecho Internacional². Estudios recientes sobre el desarrollo del Derecho Internacional se refieren, precisamente, a esta creciente influencia de diversos actores no estatales en la configuración del Derecho Internacional contemporáneo, entre los que destacan las ETNs. En este contexto, el presente estudio tratará de aproximarse a cuál es la incidencia y la participación de las ETNs en el sistema de la OMC.

El estudio está estructurado en cuatro apartados, analizando primero los aspectos generales que vinculan a los actores privados económicos y en particular a las ETNs con la sociedad internacional Global y el Derecho Internacional. Luego, de forma más específica, examinamos el comportamientoPage 180 y régimen jurídico de las ETNs en la OMC, y su rol en los procedimientos de creación y aplicación de las normas de la OMC. En la última parte estudiamos como se da, en particular, la participación de las ETNs en el Sistema de Solución de Diferencias de la OMC, tanto de manera directa como indirecta. Para esto, ilustramos y analizamos la actuación de las ETNs respecto a una disputa presentada ante el Órgano de solución de diferencias de la OMC, el denominado caso «Havana Club».

II

Los actores Privados económicos

1. Los Actores Privados Económicos en la sociedad globalizada

Al hacer un balance sobre la actuación de las ETNs en el actual proceso de globalización, encontramos que los actores privados económicos (APEs), en particular las ETNs, son considerados uno de los participantes más influyentes en la economía internacional³ e impulsores del proceso de globalización comercial y de inversiones extranjeras⁴. Sin embargo, desde una perspectiva estrictamente económica, es difícil confirmar una estricta relación de causalidad entre crecimiento económico y participación de las ETNs en la sociedad internacional⁵.

Page 181

Algunos expertos resaltan los beneficios del proceso de globalización. En este sentido, los defensores de la actividad de los APEs aseguran que las ETNs crean empleos y contribuyen con los impuestos al crecimiento⁶. Además afirman que la liberalización no restringe el derecho de los Estados a supervisar y reglamentar a las empresas, lo que está sustentado en el Derecho Internacional⁷. Algunos enfatizan también que el ser parte de la Organización Mundial del Comercio (OMC) ha conducido a sus Estados miembros a una mayor participación en el comercio internacional y por tanto a un crecimiento⁸. Ciertos líderes empresariales por su parte vienen expresando que se ha hecho un mal trabajo al vender las ventajas

de la globalización y que es necesaria una mayor comunicación y liderazgo por parte de las ETNs⁹.

Otros analistas enfocan los aspectos negativos o perjuicios del sistema global¹⁰ y censuran la intervención de las ETNs en la sociedad internacional. Según ellos, las ETNs llegan en algunos casos, ya sea de manera directa o indirecta, a frustrar la promoción y la protección de derechos humanos internacionalmente reconocidos¹¹. Señalan la desigualdad en los beneficios de la liberalización y califican de negativa la incidencia de las ETNs en el comercio internacional. Hacen hincapié en particular en los fallos de los procedimientos y transparencia de la OMC, y en que sus disposiciones tienden en la práctica a favorecer a los países desarrollados (PD).

La particularidad de las actividades de las ETNs y su importancia en la sociedad globalizada hacen que la definición de su naturaleza jurídica sea un reto para el Derecho Internacional Público (DIP)¹². La mayoría de los juristas de Derecho Internacional observan que las ETNs no son consideradas sujetos de Derecho Internacional¹³, además no se concibe la posibilidad de atribuirles personalidad jurídica internacional¹⁴. A pesar de que sus actividades sean transnacionales, su esencia es de derecho privado y poseen personalidad jurídica nacional¹⁵. Por lo tanto, tampoco son consideradas destinatarios plenos de derechos y obligaciones del Derecho Internacional Público¹⁶. A lo sumo, y a consecuencia su rol predominante en las relaciones internacionales, se les otorga en ocasiones un estatuto internacional privilegiado¹⁷ y se les pueden imponer algunas obligaciones de Derecho Internacional¹⁸.

Page 184

Es cierto que las ETNs pueden contribuir con la labor del derecho internacional como protector del interés público y garante de los derechos y deberes fundamentales, pero para esto es necesario un encuadramiento jurídico integral de las actividades de las sociedades transnacionales y una mayor efectividad en el control de las ETNs. Es innegable la necesidad de que las empresas transnacionales asuman su responsabilidad social y reconozcan su rol respecto al DIP y a los intereses de la sociedad internacional. Sin embargo, hasta la fecha las iniciativas en este sentido no han tenido carácter vinculante ni han sido exitosas.

2. Los Actores Privados económicos en la OMC

En el marco de la OMC, además de los Estados, las CE y los territorios aduaneros¹⁹, se reconoce la existencia de otros participantes, son los denominados «actores no estatales». Éstos incluyen a las organizaciones intergubernamentales, las ONGs y los APEs y se caracterizan por no tener facultades para la adopción y administración de actos de la organización.

El sistema multilateral de comercio reconoció desde la creación de la OMC la presencia de estos agentes no estatales. El art. V²⁰ del acuerdo de la OMC señala expresamente que las ONGs son agentes que pueden contribuir a las actividades generales de la OMC en particular las orientadas a la sociedad civil. Entendemos, desde una interpretación extensiva, que los APEs están incluidos en la disposición antes señalada.

Los APEs son los agentes que están afectados en gran medida por el régimen de la OMC y están compuestos por empresas de diferentes dimensiones, con diversos niveles de poder e intereses distintos. Comprenden, entre otros, a las cámaras de comercio, las federaciones de empresas transnacionales y las empresas multinacionales. La relación de la OMC con los APEs es la menos institucionalizada que tiene con la sociedad civil y es menos formal que la existente con las ONGs²¹. Se debe reconocer sin embargo que en los últimos años es cada vez más estrecha y actualmente existen varias iniciativas orientadas a promover la transparencia y una mayor relación de la OMC con la sociedad civil en general y en particular con los APEs²². En este sentido se vienen realizando debates sobre la interacción entre los intereses del sector privado en la liberalización del comercio y los intereses de los países en vías de desarrollo (PED) en el crecimiento económico y desarrollo²³. Destacan los vínculos entre estos entes y la secretaria la OMC y/o los Estados con mayor protagonismo comercial; a los efectos de compatibilizar intereses comerciales y de políticas públicas²⁴.

Se debe considerar finalmente que las ETNs suelen participar en la OMC de forma asociada, como BINGOs («Big NGOs»; ONGs grandes), federaciones de industrias, cámaras de comercio u otros tipos de organizaciones privadas²⁵. De esta forma logran una relación más estrecha y formal con la organización y una mayor influencia en la creación y aplicación de las normas de la OMC así como en su Sistema de Solución de Diferencias.

III

Las ETNs en la creación de los acuerdos multilaterales de la OMC

Al revisar las disposiciones de la mayoría de los acuerdos de la ronda Uruguay se puede constatar la intervención de las ETNs en su formulación y por tanto se verifican las ventajas que han obtenido a la fecha en las negociaciones multilaterales del comercio. Esta injerencia es visible sobre todo en la creación del acuerdo de propiedad intelectual (ADPIC) y del acuerdo sobre comercio de servicios (AGCS)²⁶. Las negociaciones de la ronda Uruguay, a efectos de alcanzar estos acuerdos, estuvieron marcadas por iniciativas de regulación comercial liberalizadora que reflejaban la relación estrecha entre los gobiernos y los APEs, en particular las ETNs. Los intereses de las grandes empresas se vieron así reflejados en el texto final de los acuerdos y en los compromisos de acceso al mercado. Una de las principales influencias del sector empresarial en las negociaciones del acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC)²⁷Page 187 fueron las realizadas por las grandes compañías farmacéuticas²⁸, mientras que en la creación del AGCS, las compañías de servicios de telecomunicación, financieros y de agua fueron algunas de las más influyentes²⁹.

Uno de los aspectos en que las ETNs tienen gran interés es en la creación de un marco jurídico internacional para las inversiones; del que serían uno de los principales beneficiarios; tal como pasa actualmente con la progresiva liberalización del sector de servicios³⁰. Desde la suspensión de las negociaciones sobre el Acuerdo Multilateral de Inversiones de la OCDE, los PD hicieron esfuerzos para una aproximación al tema en el marco de la OMC. En la OMC se originó un fuerte debate sobre las inversiones que no se refirió solamente a aspectos económicos, sino que se condujo también a una preocupación de los PED sobre el cumplimiento de las obligaciones internacionales de las ETNs. En este sentido, varios PED en noviembre del 2002 presentaron una comunicación al grupo de trabajo sobre las relaciones entre comercio e inversiones. En este documento se expresó la preocupación en las negociaciones de la OMC sobre la creación de un Acuerdo Multilateral de Inversiones, debido al énfasis que tomaron las negociaciones respecto a los derechos de los inversionistas extranjeros en los países receptores; mientras se minimizó la reflexión sobre sus obligaciones³¹.

En la conferencia de Cancún³² se dio un fenómeno interesante; un número significativo de PED constituyó una alianza de negociación denominadaPage 188 Grupo-21³³. Entre otros aspectos, este grupo reaccionó de manera negativa e inflexible frente a las propuestas de los llamados temas de Singapur³⁴ y en particular respecto a las inversiones³⁵. Estos países reflejaron así sus preocupaciones sobre la manera en que los acuerdos de la OMC podrían estar facilitando un incremento del poder de las ETNs.

Vamos a analizar ahora la actuación de las ETNs en la ronda de Doha, considerando algunas de las dificultades para su óptima conclusión. A la fecha no hay progreso sustantivo en varias negociaciones donde los intereses de los actores privados son más contradictorios, sobre todo en las negociaciones del AGCS³⁶ y acuerdo ADPIC³⁷ cuyos resultados, además, están pendientes de que se llegue a un acuerdo en otros ámbitos de negociación complicados comoPage 189 agricultura y negociaciones sobre el acceso al mercado de productos no agrícolas (NAMA). La presión mediante cabildeos que ejercen las ETNs en los gobiernos es uno de los factores que dificulta la comunión de intereses entre los miembros de la OMC y por tanto una voluntad política para asumir nuevos compromisos. Las negociaciones sustantivas han estado paralizadas por varios meses desde julio del 2006 hasta febrero del 2007 cuando se reiniciaron. Para la conclusión de la ronda con un nivel de compromiso alto por parte de todos los miembros, los APEs las ETNs tienen un rol fundamental. Deberían por lo tanto preocuparse, además de sus intereses comerciales particulares, por los intereses comerciales y de desarrollo de la sociedad internacional en general.

De manera paralela a las conferencias ministeriales de la OMC, se van realizando otros acontecimientos internacionales que influyen en las negociaciones de la OMC y en las que van participando las ETNs.; tales como el Fórum social Mundial y el Fórum económico Mundial. Estos foros deberían servir para motivar y o presionar a las ETNs para que participen responsablemente en la tarea de vincular las cuestiones de comercio con el desarrollo y crecimiento mundial.

Finalmente, cabe señalar como otra forma de participación de las ETNs en la creación de los acuerdos multilaterales, que algunos Estados Miembros tienen habilitada la posibilidad que los APEs formen parte de las delegaciones oficiales para las negociaciones comerciales de la OMC³⁸. Esto es positivo en cuanto se reconoce la capacidad del sector privado económico en temas de política de comercio internacional. Pero debe cuidarse que esta participación siga siendo complementaria y no confunda el rol de representación que tienen los gobiernos en las negociaciones multilaterales.

IV

Las ETNs en la aplicación de las normas de la OMC

La aplicación correcta de las normas de la OMC es importante para crear condiciones adecuadas para las actividades de las empresas y esto significaPage 190 también un sistema multilateral de comercio más fuerte. La OMC reconoce esta situación; en concreto, un panel del OSD, señaló la importancia de los consumidores individuales y de las empresas en varios Estados Miembros cuando se aplica una medida dentro de las disciplinas de la OMC³⁹.

En el marco de la OMC, en principio, las obligaciones y derechos en virtud de los compromisos asumidos son de y para los Estados. Sin embargo, el reconocimiento de los derechos sustantivos y procesales del individuo y su importancia en la OMC han sido afirmados varias veces tanto por la misma organización como los especialistas⁴⁰. En este sentido, en el sistema multilateral de comercio, la mayoría de los acuerdos anexos al acuerdo de la OMC conllevan la aplicación de derechos sustantivos indirectos para los individuos o actores privados y por ende para las ETNs. Por ejemplo en el AGCS los principios del acuerdo tal como el trato nacional es aplicado a los actores económicos⁴¹.

Estos derechos sustantivos no se adquieren directamente, sino mediante la implementación nacional de las disposiciones de la OMC al no haber acuerdo sobre una aplicabilidad directa de las normas de la OMC ni de las resoluciones del OSD.

Los Estados continúan recelosos de reconocer el efecto directo de las normas ya que consideran que podría impedirles defender sus intereses nacionales y eliminar la flexibilidad clave de todo el sistema multilateral. Es por esto que en la ronda Uruguay los EE.UU. Y las Comunidades Europeas (CE) excluyeron la invocación directa de cualquier norma de la OMC ante las Cortes nacionales como un tema de derecho constitucional⁴². Sin embargo, elPage 191 debate no está cerrado, en el asunto Biret⁴³ en el recurso de casación presentado ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el abogado General en su Informe invocó la posible aplicabilidad directa y se muestra favorable al reconocimiento de un derecho de indemnización de daños por violación de la normativa de la OMC; cuando la comunidad no ha adoptado dentro del plazo señalado el Informe vinculante del OSD de la OMC. A pesar que su opinión no fue adoptada en la decisión final de la Corte⁴⁴, este Informe significa un avance en el reconocimiento las disposiciones de la OMC como protectoras de los derechos de los particulares y especialmente de las actividades comerciales de los APEs. Además, renueva el debate sobre la diferencia entre efecto directo e invocabilidad de las decisiones del OSD, sobre todo si afectan a los APEs⁴⁵.

Page 192

Por otro lado las ETNs no siempre están interesadas en la aplicación directa de las normas de la OMC, ya que es justamente en el proceso legislativo, previsto para la implementación de la norma donde es más viable ejercer su influencia e incidir en el sentido de la aplicación o interpretación de la norma de comercio internacional.

Otro tipo de derechos establecidos en el marco de la OMC para beneficiar de manera general a los particulares incluyendo entonces a las ETNs son los derechos procesales, como el derecho al «debido proceso». En cuatro acuerdos de la OMC está establecida la garantía de estos derechos procesales: en los acuerdos de antidumping, subsidios, ADPIC y AGCS.

Respecto al control de la aplicación de las normas de la OMC, la organización tiene establecido el Mecanismo de examen de políticas comerciales (Mepc). En este procedimiento no hay referencia a una participación de las ETNs. Así, los Informes de los Estados Miembros son realizados únicamente por los gobiernos y los Informes de la secretaria son también efectuados por ella, sin intervención de otros actores.

V

Las ETNs en el Sistema de Solución de Diferencias de la OMC

1. Participación directa de las ETNs en el Órgano de Solución de Diferencias: Comunicaciones amicus curiae

El actual Sistema de Solución de Diferencias es uno de lo principales logros de la OMC y su carácter mas jurisdiccional ha fortalecido a la organización⁴⁶. Los actores privados y en particular las ETNs no están facultados para presentar reclamaciones, a pesar de ser uno de los actores más afectados por la violación de las disposiciones de comercio internacional . en realidad, el ESD (Entendimiento de Solución de Diferencias) no prohíbe explícita-Page 193mente la participación de actores privados⁴⁷, pero tampoco se

desprende de éste alguna disposición que la permita. Tampoco encontramos referencia en este sentido ni en los procedimientos de trabajo del Órgano de apelación ni en los procedimientos de los Grupos especiales⁴⁸. Además, de la naturaleza interestatal del sistema queda claro que las diferencias presentadas ante el OSD se dan solamente entre los gobiernos de los Estados Miembros; en este sentido se ha pronunciado el Órgano de apelación de la OMC⁴⁹.

Se debe distinguir esta cuestión del derecho a participar en los procedimientos de solución de diferencias en calidad de terceros. En todo caso la posibilidad de actuar como terceros en el proceso esta limitada a los Estados Miembros con intereses sustanciales reconocidos⁵⁰. La posibilidad que tienen las ETNs para reclamar por una presunta violación de sus derechos y menoscabos económicos es recurrir en el ámbito interno la norma nacional que contiene las disposiciones relacionadas con los acuerdos multilaterales. En el OSD los APEs y especialmente las ETNs pueden, en algunas ocasiones, ser considerados como entidades con reales intereses, mediante la figura pro-Page 194cesal de *amicus curiae* o «amigos de la Corte»⁵¹. A la fecha se han presentado comunicaciones *amicus curiae* en 15 casos del OSD⁵², aunque en la mayoría de comunicaciones de este tipo se han presentado por ONG's, se admite también la posibilidad de que las ETNs presenten estas comunicaciones⁵³.

Las comunicaciones *amicus curiae* presentadas por ETNs han sido pocas y sobre todo encubiertas como presentaciones de federaciones de empresas o cámaras de comercio y ONG's⁵⁴. Las ETNs han participado directa o in-Page 195directamente en pocas ocasiones en comunicaciones no solicitadas, de las cuales ninguna ha sido aceptada.

En principio, los argumentos de un escrito de *amicus curiae* son aceptados siempre y cuando se presenten junto con la comunicación de una de las partes en el proceso. En este caso el Órgano de apelación considera que el escrito presentado forma parte integrante de la comunicación de dicho participante, y es este Estado quien asume la responsabilidad de su contenido⁵⁵.

Tal como señala la jurisprudencia reciente del OSD, los Grupos especiales y el Órgano de apelación están facultados, pero no obligados, a aceptar comunicaciones *amicus curiae* no solicitadas, siempre que estén sujetas a la consideración del debido proceso⁵⁶, incluso si no hubiera sido adjuntada a la presentación de la demanda de una de las partes de la disputa. Para determinar esta facultad, el Órgano de apelación consideró que su derecho se deriva de la autoridad que tiene para adoptar normas de procedimiento apropiadas, a condición de que no se contradigan con las disposiciones del ESD o de los acuerdos abarcados⁵⁷. Por otra parte, la facultad de los Grupos especiales para recabar información de cualquier fuente y aceptar comunicaciones no solicitadas deriva directamente de las disposiciones del ESD⁵⁸.

Page 196

De la jurisprudencia del Órgano de apelación de la OMC respecto a la comunicación de *amicus curiae*, en casos tales como Estados Unidos - Camarones, Estados Unidos - Plomo Bismuto II y Comunidades Europeas - Amianto⁵⁹, se puede apreciar el avance en esta materia. En el caso Comunidades Europeas - Amianto, se incluyó incluso un procedimiento especial⁶⁰ que debían aplicar los solicitantes de *amicus curiae*. Cabe resaltar que en esa disputa se recibieron diecisiete solicitudes, sin que haya sido considerada ninguna de ellas⁶¹.

Estas orientaciones del Órgano de apelación han significado un mayor debate y una fuerte objeción por varios Estados Miembros, los cuales consideran que las decisiones adoptadas por el Órgano de apelación en este sentido van mas allá de sus atribuciones y mandato⁶².

A la fecha, del total de comunicaciones *amicus curiae* presentadas, la mayoría han sido rechazadas, y en ninguna de las aceptadas el OSD ha considerado que la comunicación fuera pertinente para la decisión sustancial del asunto⁶³Page 197 y por lo tanto no ha entrado a examinar el contenido de estas comunicaciones. Por este motivo, entre otros, los actores privados se consideran afectados, acusando a la organización de falta de transparencia e inoperancia⁶⁴.

A fin de concluir con las posibles perspectivas sobre las comunicaciones *amicus curiae* no solicitadas de las ETNs, conviene revisar ahora algunas de las propuestas presentadas dentro de las negociaciones sobre la revisión del ESD sobre reglas para la presentación de éstas⁶⁵ comunicaciones. Debido al gran número y complejidad de las propuestas presentadas, el presidente de la Sección especial del ESD presentó el borrador del texto legal en abril del 2003 con la compilación de las propuestas⁶⁶. Este trabajo culminó enPage 198 el llamado «texto del presidente» de mayo 2003⁶⁷, documento que permitiría seguir avanzando en las negociaciones. Debido a la falta de acuerdo de los Miembros, las propuestas presentadas referidas al procedimiento de las comunicaciones *amicus curiae* no fueron incluidas en este «texto del presidente».

Durante las negociaciones, las Comunidades Europeas y Canadá⁶⁸ presentaron propuestas para permitir a los Grupos especiales y al Órgano de apelación considerar las informaciones no solicitadas y ayudas que provengan de otras fuentes que sean relevantes para las cuestiones de hecho o de derecho bajo consideración.

Los argumentos a favor de crear un procedimiento para la aceptación de comunicaciones *amicus curiae* son presentados, sobre todo, por las propuestas de las CE y los EE.UU.⁶⁹. Las CE señalan que el ESD, con arreglo a la interpretación del Órgano de apelación, autoriza la presentación de comunicaciones *amicus curiae* según las circunstancias del caso y consideran que es necesario definir mejor el marco y las condiciones para autorizar tales comunicaciones. Las CE sugieren para ello la inserción en el ESD de un nuevo artículo 13bis por el que se disponga la admisión y aceptación de las comunicaciones *amicus curiae*. Las CE señalan también que este nuevo marco no debería dar lugar a una demora de procedimientos ni crear nuevas cargas sustanciales para los PED. Tampoco impediría que los grupos especiales recaben en forma más activa la información pertinente para una evaluación objetiva del asunto⁷⁰. El artículo propuesto por las CE reproduce, con ciertas modificaciones, la comunicación del Órgano de apelación en la diferencia CE - Amianto⁷¹.

Por su parte los Estados Unidos se mostró interesado en trabajar en la elaboración de procedimientos para tratar las comunicaciones *amicus curiae*, tal como propuso la CE. A juicio de los Estados Unidos, no es necesaria una modificación del entendimiento sobre solución de diferencias con este fin. Apunta sobre todo al posible interés de los Miembros en examinar la conveniencia de proponer procedimientos que proporcionen una orientación para tratar las comunicaciones *amicus curiae*⁷².

Los argumentos en contra de estos nuevos procedimientos para la aceptación de comunicaciones *amicus curiae* fueron presentados por varios PED⁷³. Se fundamentan en que los Miembros desde la negaciones de la ronda Uruguay rechazaron firmemente la idea de aceptar comunicaciones *amicus curiae* no solicitadas. También señalan que ni el artículo 13 del ESD, ni el párrafo 1) de la Regla 16, ni el hecho de que el ESD o los procedimientos de trabajo no lo «prohibían expresamente», pueden constituir una base legal adecuada para la admisión y aceptación de comunicaciones *amicus curiae*. Otro argumento se orienta al fortalecimiento del carácter intergubernamental del Sistema de Solución de Diferencias de la OMC; permitir a los no Miembros participar en él y presentar comunicaciones *amicus curiae* debilitaría ese carácter. Las entidades no gubernamentales intentarían representar y defender sus propios intereses sectoriales y no los intereses generales del Estado o territorio que representan los gobiernos de los Miembros. Se socavaría así gravemente la autoridad de los gobiernos Miembros y su capacidad de participar en forma eficaz en el procedimiento de solución de diferencias. El procedimiento en general resultaría gravoso para los Miembros y en particular para los PED y también para los órganos de la OMC.

Page 200

Finalmente, las razones en contra de la inclusión de la terminología y procedimientos relacionados con las comunicaciones *amicus curiae* se basan en la aclaración del significado de la palabra «recabar» del artículo 13 del ESD. El precepto «derecho a recabar información» tiene una interpretación restringida.⁷⁴ no se refiere entonces al lo que en lenguaje común se entiende por *amicus curie* como referencia a expertos respetados a quienes el tribunal puede pedir asesoramiento y orientación adicionales sobre cuestiones.

Adicionalmente, en una reunión del OSD en sesión extraordinaria se recibió una nueva contribución de Cuba, India y Malasia, que considera nuevamente inaceptable los procedimientos establecidos por el Órgano de apelación para aceptar escritos no solicitados. Propone en este sentido, que se añada una nota de pie de página al párrafo 9 del art. 17 del los procedimientos de trabajo del Órgano de apelación, en la que se aclare que éste sólo recabará o aceptará información de los participantes y de terceros participantes en una diferencia⁷⁵.

Tal y como afirmó Mavroidis, «la historia del escrito de *amicus curiae* es una ilustración perfecta de los límites a que las instituciones de la OMC hacen frente»⁷⁶. La necesidad de procedimientos claros en la participación de los amicus ya ha sido anotada por varios autores⁷⁷. Más aún en consideración a los retos que conllevan la influencia y participación de los nuevos actores internacionales como las ETNs. Una mayor claridad en los procedimientos beneficiaría a una mayor participación de otros actores privados como las ETNs ya que a la fecha son pocos los procedimientos en los que han presentado comunicaciones *amicus curiae*. Sin embargo, como se ha visto, parece ser poco el interés de los gobiernos en definir y esclarecer el funcionamiento de esta figura procesal en el ámbito de la OMC.

2. Participación indirecta en el Órgano de Solución de Diferencias

Existen algunas deficiencias en el proceso de solución de diferencias, que en ciertos casos, pueden vincularse a la preponderancia de las grandes potencias y de los intereses de sus principales agentes

económicos. De esta forma, la participación en el OSD suele estar relacionada con la capacidad económica de los Estados. Los principales litigantes siguen siendo las potencias comerciales, mientras que la participación de los PED aún es limitada⁷⁸.

La participación indirecta de las ETNs en el Sistema de Solución de Diferencias consiste sobre todo en la influencia o coacción que ejercen sobre gobiernos de los países Miembros al verse afectados con una presunta violación de las disposiciones de los acuerdos de la OMC; lo que hace que muchos de los casos del OSD emerjan efectivamente de disputas comerciales privadas⁷⁹. Esta presión tiene por objetivo que un Miembro de la OMC inicie una diferencia ante el OSD⁸⁰. Algunos analistas hablan del reciente establecimiento de interrelaciones entre los actores públicos y privados para la presentación de las disputas ante el OSD⁸¹. En el llamado caso «Havana club» las ETNs involucradas acudieron a sus respectivos órganos gubernamentales de comercio exterior para aminorar las consecuencias del riesgo tomado al iniciar la disputa. Tanto la Comisión Europea como la representación de comercioPage 202 de los EE.UU. Protegieron a los actores económicos y llevaron el caso ante el OSD⁸². Resalta también en este sentido la existencia de estrategias nacionales creadas a fin que los APEs, y en especial las ETNs, puedan participar en el proceso decisorio para la presentación de diferencias ante el OSD⁸³. Los EE.UU. Y las Comunidades Europeas ya han promulgado leyes internas que permiten a los particulares elevar peticiones a sus gobiernos para que inicien una diferencia en la OMC⁸⁴. La Ley de comercio exterior de los EE.UU. De 1974 establece entre otras cosas los medios que pueden utilizar los ciudadanos Estadounidenses para solicitar al gobierno mediante el departamento de comercio de EE.UU. (USTR) que investigue y actúe frente a infracciones potenciales de los acuerdos comerciales internacionales. Pueden iniciarse investigaciones, bien a petición de un ciudadano (incluimos aquí extensivamente a cualquier pea) o bien a iniciativa del USTR⁸⁵. Este mecanismo viene siendo usado por los EE.UU. Desde la aparición de la OMC para iniciar la presentación de un caso ante el OSD. El OSD ya ha confirmado la compatibilidad de referida ley con las obligaciones de los Estados Unidos en el marco de la OMC, siempre y cuando se aplique sujetándose a las condiciones y plazos del ESD⁸⁶.

Page 203

En el caso de la Comunidades Europeas, la comisión ha buscado una forma de trabajar más cerca de las empresas y otros actores privados, por lo que se ha creado un nuevo reglamento sobre los obstáculos comerciales de las Comunidades Europeas (ROC)⁸⁷.

Este nuevo mecanismo tiene el objetivo de hacer más directa la intervención de todas las empresas de la comunidad. Es una alternativa al mecanismo político ya existente en la comisión, que consiste en obtener la aprobación informal de los representantes de los Estados antes de iniciar un caso ante la OMC⁸⁸. La iniciativa establecida en virtud del procedimiento establecido en el ROC es considerada como más «legal»⁸⁹. Las empresas pueden pedir a la comisión investigar las barreras comerciales extranjeras y representar sus intereses ante la OMC. Esto es importante para incrementar el potencial para un mayor ímpetu en la política comercial por parte de los actores privados⁹⁰. Este procedimiento no es tan usado como el de los Estados Unidos; parece haber una vertiente más conservadora por parte de las ETNs de la ue. La publicidad y no confidencialidad del procedimiento constituye, por el momento, más bien una traba que un incentivo para las grandes empresas.

Por su parte, la insuficiente participación de muchos PED y en particular de los países menos desarrollados en el OSD es, entre otras cosas, un reflejo de esta falta de coordinación con importantes APEs o ETNs. No existenPage 204 mecanismos adecuados por los cuales se deriven las inquietudes de las ents respecto al incumplimiento de las obligaciones de la OMC. Por otro lado los intereses de las ETNs en los PED son menores.

En todo caso, en general los intereses escuchados son los de los exportadores, grandes empresas exportadoras y ETNs; mientras otros actores económicos que son afectados por cualquiera de las decisiones, políticas comerciales y las disposiciones de los acuerdos de la OMC son excluidas. Las empresas pequeñas, importadores, productores o consumidores, entre otros, son muy poco escuchados. Se debería promover una mayor participación, más abierta y transparente de todos los actores económicos.

3. El asunto «Havana Club»

Advertimos en este caso⁹¹ como los opuestos intereses económicos existentes entre ETNs se ven claramente reflejados en una disputa por el reconocimiento de derechos de propiedad intelectual; primero ante los EE.UU. Y luego ante la OMC.

Hasta 1960, la corporación Cubana José Arechabala, S.A. (JASA), dedicada a la fabricación y venta de ron en Cuba poseía una marca registrada en los EE.UU. Denominada «Havana Club». El gobierno Cubano, en

enero de 1960, expropió todos los activos de JASA. Los miembros de la familia Arechabala asilados en el extranjero no pudieron renovar la marca, tuvieron que abandonar también sus derechos de marca en varios países, y el registro expiró en 1973⁹². En 1976, «Cubaexport», empresa Cubana estatal que producía suPage 205 propia versión del ron Habana Cuba,⁹³ adquirió de la oficina de patentes y Marcas comerciales de los EE.UU., el registro de la marca «Havana Club», renovado en 1996⁹⁴. Entre tanto, en 1993, esta empresa realizó un joint venture con la compañía europea «Pernod Ricard S.A.» conformando dos compañías. A una de ellas, «Havana Club Holding S.A.», se le otorgó la licencia exclusiva para la venta y uso de la marca⁹⁵.

En 1994, Bacardi Limited, una compañía Estadounidense, intentó registrar la marca «Havana Club» en los EE.UU., solicitud que fue denegada debido a que la marca ya estaba registrada. A pesar de esto, en 1997 Bacardi Limited compró de la familia Arechabala los derechos del nombre comercial «Havana Club» y empezó a vender ron bajo la marca Havana Club⁹⁶. En relación a estos hechos se suscitó un conflicto sobre derechos de propiedad intelectual entre las ETNs Bacardi Limited y Pernod Ricard S.A., reclamando los derechos de propiedad de la marca Habana club.

Page 206

En 1996, Havana Club Holding S.A y Havana Club International, S.A.⁹⁷ demandaron a Galleon, S.A., Bacardi-Martini USA, Inc., Gallo Wine distributors, Inc., G.W.d. Holdings, Inc., and premier Wine and spirits ante la Corte de distrito de Nueva York, EE.UU., por infracciones por el uso de la marca «Havana Club». Esta demanda desencadenó en un litigio de dos años y generó en Estados Unidos cuatro decisiones controvertidas⁹⁸. Originó también un proceso sobre el caso Havana Club en España, presentado por la familia Arechabala, causa que fue archivada⁹⁹.

Las Cortes no resolvieron claramente si en este caso la familia Arechabala tenía los totales derechos de propiedad cuando vendió la marca o si se produjo un abandono de la misma por parte de la familia; generando esto último la pérdida de los derechos de propiedad sobre la marca¹⁰⁰.

Page 207

La decisión se adoptó finalmente en base a la aplicación retroactiva del art. 211(b) de la Ley omnibus de asignaciones, promulgada en 1998¹⁰¹. La Corte de los EE.UU. Desestimó finalmente toda cuestión relativa a la marca «Havana Club» en el asunto «*Havana Club Holdings, S.A. V. Galleon S.A.*», concediendo a «Bacardi Limited» el derecho de continuar usando la marca y el nombre comercial¹⁰². Anecdóticamente, ésta constituye la única aplicación hasta la fecha del art. 211 la Ley omnibus de asignaciones por los tribunales Estadounidenses.

La historia de la creación la Ley Ómnibus de asignaciones tiene un especial significado para entender la posterior diferencia presentada ante el OSD y advertir el alcance de las maniobras extralegales de las ETNs en el sistema multilateral de comercio.

En el ámbito nacional, las pretensiones de Bacardi Limited devienen en una intensiva actividad de cabildeo de esta ETN sobre el gobierno de los EE.UU. Esto condujo a que el congreso de los EE.UU. Presentara una propuesta respecto a la inclusión del art. 211 de Ley omnibus de asignaciones, la que fue finalmente promulgada. Sin embargo, muchos de los opositores a la ley alegaban que ésta fue creada a solicitud de la ETN Bacardi Limited para asegurarse que ésta ganara el juicio¹⁰³.

Conforme al art. 211 de la Ley omnibus de asignaciones no se permite, en los EE.UU., el registro o prórroga de registro de una marca de fábrica o de comercio, un nombre comercial o una denominación comercial que se haya utilizado en relación con una entidad comercial o activos que hayan sido confiscados en virtud de la legislación Cubana, a menos que el titular original de la marca de fábrica o de comercio, el nombre comercial o la denominación comercial, o su sucesor en interés de buena fe, haya consentido en ello expresamente. También se prohíbe a las Cortes de los EE.UU. Reconocer y hacer cumplir los derechos de un nacional Cubano y un causahabiente conPage 208 derechos respecto a las marcas o nombres comerciales usados en conexión con un negocio o activos que fueron confiscados en Cuba. Se establece la misma restricción para un nacional designado o su sucesor en interés¹⁰⁴, a menos que el titular original del derecho de propiedad intelectual, o su sucesor en interés de buena fe, haya consentido expresamente en ello. Es decir la titularidad de un derecho de propiedad intelectual que se remonta a la propiedad que fue confiscada por el gobierno Cubano esta ampliamente limitada y condicionada en los Estados Unidos y deja a las compañías que caigan bajo esta categoría sin protección legal y recurso judicial¹⁰⁵.

Page 209

El art. 211 de la Ley omnibus de asignaciones ha sido criticado por las consideraciones políticas que van

implícitas a su creación, tales como, la promoción de los intereses del embargo Cubano y por su objetivo de desalentar la expropiación de la propiedad sin compensación¹⁰⁶. Esta disposición es también contraria al Derecho Internacional; tal como ha quedado confirmado por el Órgano de apelación de la OMC en su Informe sobre el asunto Havana Club.

El caso Havana Club¹⁰⁷ ante la OMC se inicia en 1999, con la solicitud de las CE para la realización de consultas frente al OSD respecto del art. 211 de la Ley omnibus de asignaciones de los EE.UU.¹⁰⁸, por presuntas violaciones del acuerdo ADPIC. La reclamación argumenta que los EE.UU. No habían aplicado los principios de trato nacional y nación más favorecida, varias disposiciones establecidas en el acuerdo ADPIC¹⁰⁹ y otros artículos de la Convención de París incorporados en el acuerdo¹¹⁰.

Page 210

El Informe del Grupo especial¹¹¹ rechazó la mayoría de las alegaciones formuladas por la CE y concluyó también que el acuerdo ADPIC no se aplicaría a los nombres comerciales.

Concluyó a favor de las CE respecto a que el art. 211 a) 2) de la Ley *Omnibus* de asignaciones viola el art. 42 del acuerdo ADPIC¹¹². Señaló que la Ley «limitaba, en determinadas circunstancias, el acceso efectivo de los titulares de derechos a los procedimientos judiciales civiles y a la disponibilidad de esos procedimientos»; esto solamente en el contexto de las marcas de fábrica y de comercio. Tanto la CE como los EE.UU. Apelaron ciertas cuestiones de derecho e interpretaciones jurídicas formuladas en el Informe del Grupo especial.

El Informe del Órgano de apelación confirmó varias constataciones del Grupo especial respecto a la compatibilidad del art. 211 con las disposiciones del acuerdo ADPIC¹¹³. Revocó, sin embargo, lo señalado por el Grupo especial en cuanto al art. 42 del acuerdo ADPIC y concluye que el art. 211 a) 2) no es incompatible con esta disposición, ya que no prohíbe a los tribunales dar a los titulares de derechos acceso a procedimientos judiciales civiles justos y equitativos ni sustanciar sus alegaciones y presentar todas las pruebas pertinentes; además de señalar que el art. 42 contiene obligacionesPage 211 procesales, mientras que el art. 211 afecta a derechos sustantivos relativos a la titularidad¹¹⁴.

Lo trascendente en el Informe de apelación es la constatación de la violación de los principios de trato nacional y trato de la nación más favorecida; establecidos en el acuerdo ADPIC y la Convención de París. En este sentido, se revocó la constatación del Grupo especial y se constató que el principio de trato nacional establecido en el art. 2.1. Del convenio de París¹¹⁵ y el art. 3.1 del acuerdo ADPIC¹¹⁶ fueron violados por el art. 211 a) 2) al dispensar a los no nacionales de los Estados Unidos¹¹⁷ un trato menos favorable que a los nacionales de este país¹¹⁸.

Conforme al art. 211 de la ley, se crea un obstáculo suplementario de procedimiento, ya que los no-nacionales de EE.UU. Que sean sucesores en interés deben realizar un procedimiento ante la oficina de control de activos extranjeros (oFac) y a un procedimiento adicional derivado del art. 211(a). Mientras que los nacionales de EE.UU. Necesitan solamente realizar el procedimiento de licencias del oFac¹¹⁹.

Page 212

El Órgano de apelación estuvo de acuerdo con el panel en que el art. 211(b) aplicado a los sucesores en interés de cualquier origen no implica un trato menos favorable para los nacionales no Estadounidenses.

Respecto al principio de trato de la nación mas favorecida, el Órgano de apelación revocó el fallo del Grupo especial, encontrando inconsistencia entre los art. 211(a)(2) y 211(b) de la legislación EE.UU. Y el art. 4 del acuerdo ADPIC¹²⁰, en cuanto que un Cubano titular original no está sujeto a la misma medida que un «nacional extranjero no Cubano»; (nacional de un país distinto a Cuba o los EE.UU.) con fundamentos muy parecidos a los señalados arriba.

En general, los artículos 211(a)(2) y 211(b) son discriminatorios en sus propios términos; ya que las disposiciones son aplicables a los «nacionales designados»¹²¹; en consecuencia, son aplicables a los titulares originales, nacionales de Cuba y nacionales extranjeros no Cubanos. Los titulares originales nacionales de los Estados Unidos no están comprendidos en la definición de "nacional designado", por tanto, no están sujetos a las limitaciones establecidas en estas disposiciones. Se prohíbe a los Cubanos nacionales ejercitar sus derechos de marca y nombres comerciales en las Cortes de EE.UU., a menos que ellos obtengan expresamente el consentimiento de los propietarios originales de los derechos. Sin embargo, no existía ninguna medida del Gobierno de los EE.UU. Establecida en la orden del control de propiedades Cubanas al respecto¹²².

Page 213

La última cuestión analizada por el Órgano de apelación es la referida a si el acuerdo ADPIC abarca los nombres comerciales y si se vulneró el acuerdo ADPIC respecto a éstos¹²³. En este sentido, el Órgano de apelación consideró, a diferencia del Grupo especial, que los nombres comerciales sí constituyen una categoría protegida por el acuerdo ADPIC. En consideración a que el art. 2.1 incorpora el art. 8 de la Convención de París donde claramente se establece que los nombres de marca están cubiertos por el convenio. Completó el análisis llegando a las mismas conclusiones para los nombres comerciales que las señaladas respecto a las marcas de fábrica o de comercio.

El OSD constató de esta forma la incompatibilidad de la ley Ómnibus de asignaciones de 1998 de los Estados Unidos con el acuerdo ADPIC en cuanto a la medida establecida en el art. 211 de la mencionada ley y recomendó que los EE.UU. Enmienden las medidas cuya incompatibilidad se constaron y la pongan en conformidad con sus obligaciones según los términos del acuerdo ADPIC.

Respecto a la cuestión de la confiscación realizada por los EE.UU., conforme está definida en el art. 211 de la Ley Ómnibus de asignaciones,¹²⁴ elPage 214 Órgano de apelación señaló de manera categórica que su pronunciamiento no trata esta cuestión, en tanto, que no se le sometió a su conocimiento la cuestión de la validez de la expropiación sin compensación de derechos de propiedad intelectual o de cualquier otro tipo de derechos de propiedad llevada a cabo por un Miembro de la OMC dentro de su territorio. Bajo este razonamiento, no se pronunció tampoco sobre si un Miembro de la OMC debe o no reconocer en su propio territorio cualquiera de los derechos de propiedad intelectual que puedan haber sido expropiados o confiscados de otra forma en otros territorios¹²⁵.

Este es el primer caso en que el Órgano de apelación decide respecto a la aplicación de los principios de nación más favorecida y trato nacional bajo el acuerdo ADPIC y la Convención de París, que es incorporada dentro del acuerdo de ADPIC por referencia. Es significativa la aplicación de estos principios confirmada por el Órgano de apelación¹²⁶. Ésta es también la primera instancia en que el panel y el Órgano de apelación interpretan y aplican disposiciones de la Convención de París, clarificando el derecho de la OMC aplicable a los nombres comerciales.

Estas decisiones, tanto las del Grupo especial como la del Órgano de apelación, significan en todo caso una independencia en la adopción de las decisiones, interpretación y adopción de criterios de la OMC, respecto a la presión política a la que podían haber Estado sometidos.

La implementación del Informe del Órgano de apelación no se ha alcanzado aún a pesar que en repetidas ocasiones los EE.UU. Declararon la voluntad para cumplir con las recomendaciones y resoluciones del OSD. Los plazosPage 215 concedidos fueron expirando y renovándose también en varias ocasiones¹²⁷. Tanto las CE como Cuba han venido expresando su expectativa por que se alcance una solución dentro del plazo prudencial convenido, manifestando también su urgencia y preocupación. Actualmente existen en el senado y la cámara de representantes de los Estados Unidos varias propuestas legislativas sobre la derogación del art. 211. Éstas fueron presentadas en junio del 2003; sin embargo no hay todavía fecha prevista para su culminación¹²⁸.

El Estado actual de implementación de la decisión del OSD significa una falta de interés por parte de los EE.UU. En cambiar la situación irregular de hecho y de derecho que afecta a las empresas de origen Cubano y también a otras empresas extranjeras. Además, la presión de ETNs Estadounidenses ahora en el congreso de los EE.UU. Es claramente visible al no haberse hasta la fecha aprobada la modificación de la Ley en cuestión.

En resumen, este caso analiza como se ha utilizado el Sistema de Solución de Diferencias de la OMC para ventilar intereses comerciales muy concretos de dos ETNs. Por su parte Bacardi Limited buscaba obtener ventaja comercial al obtener los derechos de los originales propietarios Cubanos de la marca «Habana club», mientras que Pernod Ricard pretendía obtener ventaja comercial al entrar en un joint venture con el gobierno Cubano para la explotación de la marca¹²⁹.

Page 216

La participación de las ETNs en esta diferencia en concreto ha sido evidente; ejerciendo especialmente presión para el inicio del caso ante el OSD. Esto se ha manifestado tanto en los EE.UU. Como en las Comunidades Europeas.

Resalta también el hecho que en esta disputa no se presentó ninguna comunicación *amicus curiae*. Esto tiene sentido ya que los intereses de los particulares estaban claramente protegidos y puestos de manifiesto en el proceso por medio de sus gobiernos, quienes tienen la diligencia de asumir los intereses de sus nacionales.

Conclusiones

Las ETNs, como actores importantes del proceso de globalización, influyen tanto positivamente como negativamente en la sociedad internacional. Por su parte, la doctrina predominante del Derecho Internacional no reconoce una personalidad jurídica internacional en las ETNs y/o una transformación en su naturaleza jurídica. Lo que sí se reconoce es su capacidad para incidir, de forma más o menos indirecta, en la creación y aplicación del Derecho Internacional y en sus funciones de promoción y protección de los derechos internacionalmente reconocidos. En este sentido, el derecho internacional debe mantenerse coherente y eficaz al supervisar que la actuación de las ETNs esté conforme a los intereses la sociedad internacional.

La interrelación de las ETNs con el Derecho Internacional Económico queda particularmente reflejada en el sistema de la OMC y en el proceso de creación y aplicación de sus normas. Los Estados Miembros y los órganos de la OMC, conscientes de la importancia de las empresas y los consumidores aceptan, a través de diversos cauces, la presencia de actores no estatales y por ende de las ETNs en la organización. A estos actores también se les ha reconocido algunos derechos sustanciales indirectos y procesales vinculados a las normas de la OMC. Las ETNs vienen participando de manera estrecha y principalmente informal en la OMC; mientras tanto, la mayoría de los Estados Miembros de la OMC están en contra de otorgarles una mayor participación o una categoría diferente. En todo caso, las ETNs en la OMC seguirán supeditadas a las normas y procedimientos de esta organización y en general al Derecho Internacional.

Las ETNs incidieron ya desde la creación de la OMC en los acuerdos Multilaterales y en la implementación de la política liberalizadora del co-Page 217mercio. Actualmente las vertientes negociadoras y puntos de inflexión de las negociaciones de la ronda de Doha son también un reflejo de la activa intervención de las ETNs que mediante el cabildeo o al realizar actividades paralelas a la OMC influyen en la creación y modificación de los compromisos. Así, para una conclusión satisfactoria de la ronda de Doha la participación decisiva de las ETNs en el sistema de comercio internacional debería no estar dirigida únicamente a obtener sus intereses comerciales particulares. Debería más bien estar en consonancia con los principios y disposiciones de la OMC desde la perspectiva de la responsabilidad civil de las ETNs.

Las ETNs inciden también en el OSD; en la presentación de las diferencias y en todo el proceso. La única forma de participación directa de las ETNs ante el OSD es su actuación como *amicus curiae*. Esta actuación es excepcional y está supeditada a la aceptación del Grupo especial o del Órgano de apelación. Subsiste la renuencia por parte de los Estados Miembros en cuanto a la posibilidad de establecer procedimientos para la presentación de comunicaciones *amicus curiae* no solicitadas. La forma indirecta de participación es mediante la solicitud y presión que ejercen las ETNs en sus gobiernos para presentar un caso ante el OSD. El cabildeo es la forma más común en que las ETNs interactúan con sus gobiernos para obtener sus objetivos comerciales. Normalmente es un procedimiento para-legal; sin embargo, existe en algunos países una regulación particular que disciplina la participación de las ETNs al decidir sobre la presentación de un caso ante la OMC. La incidencia de las ETNs se ve también reflejada en la fase de implementación de los Informes del OSD, lo que ha generado un debate sobre la posibilidad de permitir a los APEs buscar una compensación por los daños derivados del incumplimiento de las decisiones del OSD. Esto mediante la invocabilidad directa de las decisiones de la OMC en el ámbito nacional.

Como ejemplo de la activa participación de las ETNs en algunos supuestos, en el caso «Havana Club» una cuestión fundamental fue si en los EE.UU. Estaba permitido, en virtud de procedimientos adicionales establecidos para determinados extranjeros, denegar los derechos de marca a ciertos propietarios (ETNs) a los que los EE.UU. Han confiscado sus derechos de propiedad intelectual. En general, el Órgano de apelación confirmó el derecho de los EE.UU. A negar el registro y aplicación de las marcas comerciales, si se determinaba que habían sido confiscadas en violación del Derecho Internacional. El Órgano de apelación, mediante una interpretación rigurosa y a pesar de los diversos intereses comerciales en presencia, llegó también a la conclusiónPage 218 de que estas medidas violaban los principios de trato nacional y de nación mas favorecida, de conformidad con las disposiciones del acuerdo ADPIC y en concordancia con otros acuerdos internacionales. Este caso clarificó la relación del acuerdo ADPIC con la Convención de París mediante la interpretación del derecho de la OMC aplicable a los nombres comerciales y además señaló que los EE.UU. Violaron los principios de trato nacional y trato de nación mas favorecida en cuestiones procesales. Sin embargo la decisión del Órgano de apelación requiere solamente una modificación insustancial de las normas de los EE.UU., por lo que su impacto en la política interna o externa de los EE.UU. Será mínima.

A pesar de que las disposiciones de la OMC inciden en los intereses de los APEs y de las ETNs, no debería concebirse el mecanismo de solución de diferencias de la OMC como un mecanismo orientado a resolver los intereses particulares de los actores privados económicos. Sin embargo, muchas de las disputas iniciadas tienen su origen en la conducta o los intereses de actores privados económicos como las ETNs, tal y como hemos constatado en el análisis del caso «Havana Club». Queda en los órganos gubernamentales de comercio decidir sobre la trascendencia de estas cuestiones en la política comercial internacional y por

ende iniciar o no las consultas ante la OMC. Si bien no hay acuerdo por parte de los Miembros para una aplicación directa de las disposiciones legales y decisiones de los órganos de la OMC, se podría concebir esta posibilidad para solucionar la tendencia de iniciar disputas en el Sistema de Solución de Diferencias de la OMC que son originalmente y esencialmente controversias comerciales de índole privado. Otra posibilidad puede ser la incorporación de tribunales arbitrales internacionales o la participación mas activa de otras organizaciones o instituciones internacionales vinculadas.

[1] Según estimaciones de la UNCTAD, actualmente el universo de ETNs incluye 77,000 casas matrices, con más de 770.000 afiliadas en el extranjero. En el 2005, estas afiliadas generaron un estimado de \$4.5 trillones de dólares de valor añadido. En los últimos años ha habido un incremento significativo de ETNs, de países en vías de desarrollo, vid. Informe sobre la inversión Mundial 2006, Doc. UNCTAD/WIR/2006, de 16 de octubre de 2006.

[2] Sobre los diversos participantes del Derecho Internacional, vid. entre otros: Dupuy, P.M., «proliferation of actors», en Wolfrum R., Röben, V. (eds.), *Developments of International Law in Treaty Making*, Springer, Berlin, 2005, pp. 537-541.

[3] Petersmann, E.-U., «international economic Theory and international economic Law: on the tasks of a Legal Theory of international economic order» en Macdonald, R. S. J., Johnston D. M., (eds), *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy Doctrine and Theory*, Martinus Nijhoff Publishers, 1983, pp. 227-251; Dicken, P., *Global Shift: Reshaping the Global Economic Map in the 21st Century*, 4ta ed., Guilford Press, New York London, 2003, pp. 198 y sig.

[4] Una porción significativa del comercio mundial se realiza mediante transacciones entre filiales de las ETNs. Sobre la actuación de las ETNs en el marco de la globalización comercial. Vid. Ietto-Gillies, G., «The role of transnational corporations in the Globalisation process», en Michiel, J. (ed.), *The Handbook of Globalisation*, Edward Elgar, 2003, pp. 139-44; Kleinert, J., *The Role of Multinational Enterprises in Globalization*, Kiel Studies, vol. 326, Springer, Berlin, 2004, p. 28.

[5] Luego de décadas de investigaciones económicas, se reconoce la existencia de una relación positiva entre la apertura comercial y crecimiento económico. Vid. Harrison, A., «openness and Growth: a time-series, cross-country analysis for developing countries», *Journal of Development Economics*, vol. 48, 1996, pp. 419-47 y Edwards, S. «openness, productivity and Growth: What do We really Know?», *Economic Journal*, vol. 108, 1998, pp. 383-98. Sin embargo, los canales a través de los cuales la apertura estimula al crecimiento no están aún claros. Extrañamente; no hay suficientes estudios sobre la relación entre la inversión extranjera directa y el crecimiento. En particular se han realizado pocos estudios sobre el rol de las ETNs en el crecimiento. Ver como las empresas transnacionales afectan directamente al crecimiento endógeno mediante la transferencia tecnológica en Baldwin, R.E., Braconier, H. y Forslid, R., «Multinationals, endogenous Growth, and technological spillovers: Theory and evidence», *Review of International Economics*, vol.13(5), 2005; pp. 945-63. Y en el Informe sobre la inversión mundial de la UNCTAD, nota supra 1, en el cual se realiza una análisis general al respecto.

[6] Sobre el potencial positivo de las ETNs, vid. Kline, J., «political activities by transnational corporations: Bright Lines versus Grey Boundaries», *Transnational Corporations*, UNCTAD, vol. 12.1, 2003, pp. 1-25; Nowrot, Y. W., *Liberalisierung der Wasserversorgung in der WTO-rechtsordnung – die Verwirklichung des Menschenrechts auf Wasser als aufgabe einer transnationalen Verantwortungsgemeinschaft*, 2003, p. 56 y sig.

[7] En la Carta de derechos y deberes económicos de los Estados (apartado b) del párrafo 2 del art. 2) se estableció el derecho de los Estados a reglamentar las actividades de las empresas transnacionales de conformidad con sus objetivos y prioridades nacionales.

[8] Vid. Entre otros: Lengyel, M. F., Ventura-Dias, V.(eds.), *trade policy reform in Latin America. Multilateral rules and domestic institutions*, Macmillan, London, 2004, p. 191-205.

[9] Vid. las declaraciones de líderes empresariales realizadas en Foro Económico Mundial de Davos, Suiza, del 24 al 28 de enero de 2007 en la sesión del «Manifiesto de los empresarios para la Globalización». Por ejemplo, Carlos Ghosn, presidente y cuadro superior, Renault, Francia; dice: no hacemos lo suficiente para cambiar las actitudes negativas...» José E. Stiglitz contradice estos argumentos señalando que: «Los países en su totalidad han ganado más de lo que han perdido, pero esto no significa que los individuos en su totalidad estén mejor.»

[10] Vid. Teitelbaum, A., «el papel de las sociedades transnacionales en el mundo contemporáneo», CETIM, seminario de sociedades transnacionales, Celigny, 4-5 de mayo de 2001, pp. 18 y sig.; Wilkinson, R., Hughes, S. (eds.) *Global Governance: Critical Perspective*, Routledge, London. 2002, pp. 1-54.

[11] Vid. entre otros. Paust, J.J., «Human rights responsibilities of private corporations», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 35, 2002, pp. 801-817; Clapham, A., Jerbi, S. «categories of corporate complicity in Human rights abuses», *Hastings International and Comparative Law Review*, 2001, p. 339; Carver, J. «remedies for Wrongful acts of transnational corporations: Alien Torts, Bits or international compensation», en *international Law association* (ed), *Report of the Seventy-First Session*, 2004, pp. 430-431.

[12] Se han formulado recientemente orientaciones respecto a la personalidad jurídica internacional de las ETNs y herramientas jurídicas alternativas para su control, las que podrían ser entendidas en consideración de las transformaciones de la sociedad internacional. Llama nuestra atención el avance del llamado derecho administrativo Global, Vid.: Kingsbury, B., Mclean J., «divergent conception of the state: implication for Global administrative Law», *L. & Contemp. Prob.*, 68, 2005, p 169.; Nijman, J. E. «corporate social responsibility: a conceptual challenge to international law», en: Hamers, J.J.A., Schwarz, C.A. & Bteins Bisschop, B.T.M. (eds.), *Noodzaak, plicht of wenselijkheid van Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen: een multidisciplinaire verkenning*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers, 2005, pp. 39-62.

[13] Para el Derecho Internacional las únicas personas jurídicas internacionales son los Estados y las organizaciones interestatales de manera restringida. Vid. Shaw, M. N., *International Law*, 5ta ed., 2003. No existe tampoco un organismo supranacional capaz de atribuir o quitar personalidad jurídica internacional a una persona privada. Para la ONU las empresas transnacionales son consideradas «actores sociales». El ECOSOC reconoce en algunos casos un estatus internacional especial «estatus consultivo» ante la ONU para las ONGs. Sobre la discusión de los requisitos de la personalidad jurídica internacional, Vid. entre otros: Mosler, «réflexions sur la personnalité Juridique en droit international public», en homenaje a Henri Rolin, *Problèmes de Droit des Gens*, 1964, pp. 228, 231 y sig.; Barberis, J. «nouvelles Questions concernant la personnalité Juridique internationale», *RdC*, 179, 1983, pp. 145, 160 y sig.; Nijman, J. E., *The Concept of International Legal Personality: an inquiry into the history and theory of international law*, T.M.C., Asser Press, 2004, pp. 29 y sig.

[14] Vid. en este sentido las opiniones expresadas en: Rigaux, F., «Les sociétés transnationales», en M. Bedjaoui *droit* (ed.), *International, bilan et perspectives*, 1991, p. 129-140 38; Abi Saab, G. «The international Law of Multinational corporations: a critique of american Legal doctrines», en *Annales d'études internationales*, 1971.

[15] Algunas definiciones que reflejan la naturaleza de las ETNs son las siguientes: para el ECOSOC las ETNs son «personas jurídicas de derecho privado que actúan en diferentes Estados, pero con un centro único o principal de decisión». Según la Corte Internacional de Justicia de las comunidades europeas la sociedad transnacional está constituida por una sociedad matriz creada de conformidad con la legislación de un país determinado que se implanta en otros países mediante inversiones directas, sin crear sociedades locales, o mediante filiales que se constituyen como sociedades locales, de conformidad con la legislación del país huésped.

[16] Malanczuk, P., *Akehurst's Modern introduction to international Law*, 7th ed., 1997, p. 102; Rigaux, F., «transnational corporations», en M. Bedjaoui (ed.), *International Law: Achievements and Prospects Entreprises internationales*; 1991, pp. 121, 129; Zemanek, «The Legal Foundations of the international system», *RdC*, 266, 1997, pp. 9, 46 sig.; Sanders, «codes of conduct and sources of law», en Fouchard, P. Kahn, P., Lyon-Caen A. (eds), *Le droit des relations économiques internationales - Études offertes à Berthold Goldman*, 1982, p 281-295; Baade, H. «The Legal effects of codes of conduct for Multinational enterprises», en Horn, N. (ed.), Booyesen, H., *Principles of International Trade Law as a Monistic System*, 2003, p. 55; Dumberry, P.M. «L'entreprise, sujet de droit international? Retour sur la Question a la Lumière des développements récents du droit international des investissements», *RGDIP*, 108, 2004, pp. 103-105 y sig.

[17] Bonet, J. «La personalidad jurídica internacional de las sociedades transnacionales: ¿Realidad o hipótesis?», *Cetim*, seminario sobre las actividades de las sociedades transnacionales y la necesidad de su encuadramiento jurídico, Celigny, 4-5 de mayo de 2001.

[18] Respecto a la concesión de derechos y obligaciones en el ámbito de Derecho Internacional por parte del Estado ver la recopilación bibliográfica realizada por Nowrot, K., «New approaches to the international Legal personality of Multinational corporations towards a rebuttable presumption of normative responsibilities», *esiL, research Forum on international Law: contemporary issues*, Hei, Geneva, 26-28 de mayo de 2005.

[19] En el marco de la OMC, la referencia a Estado, incluye también a los territorios aduaneros con autonomía en la conducción de sus políticas comerciales; conforme al art. XII.1 del acuerdo de la OMC, decreto nº 1.355, de 30 de diciembre de 1994.

[20] Conforme al párrafo 2 del art. V del acuerdo de Marrakech por el que se establece la OMC, «el consejo

General podrá adoptar disposiciones apropiadas para la celebración de consultas y la cooperación con organizaciones no gubernamentales que se ocupen de cuestiones afines a las de la OMC».

[21] Sanchez, M. R., «Brief observations on the mechanisms for NGO participation in the WTO», traducido por Whiteoak, B., *Revista Internacional de Derechos Humanos*, vol.1, special edition, n. 4, 2006., <http://socialsciences.scielo.org>; Kingsbury B., «First amendment liberalism as global legal architecture: ascriptive groups and the problems of a liberal NGO model of international civil society», *Chicago Journal of International Law*, vol. 3, 2000, p. 183; Charnovitz S., «opening the WTO to Nongovernmental interests», *Fordham International Law Journal*, vol. 24, 2000, p. 173; Esty D.C., «non-governmental organizations at the World trade organization: cooperation, competition or exclusion», *Journal of International Economic Law*, vol.1, 1998, p. 123.

[22] Directrices para la adopción de disposiciones sobre las relaciones con organizaciones no gubernamentales, decisión del consejo General, Doc. WT/L/162, 18 de julio de 1996. Desde la adopción de las Directrices el consejo General ha tratado varias veces la cuestión de la aplicación la transparencia externa en otras reuniones. Vid. las actas de las reuniones del consejo General, Doc. WT/GC/M/29, 30 de septiembre de 1998 y Doc. WT/INF/30, 14 de octubre de 1998.

[23] Ver el debate mantenido entre el «Geneva social observatory» y «Quaker united nations office» sobre la responsabilidad social de las corporaciones: «corporate social responsibility & the Doha round: are there Win-Win opportunities for the private sector & developing countries?», WTO public Forum, Ginebra, 25 de septiembre del 2006. http://www.wto.int/english/forums_e/public_forum_e/session_25_num11_e.htm.

[24] Tomar nota de la reunión del director General de la OMC con miembros de la presidencia de la cámara de comercio integracional, de 21 de octubre de 2005. Disponible en el archivo de noticias de la cci, en : <http://www.iccwbo.org/icceiaj/index.html>.

[25] En este sentido, las comunicaciones amicus curiae en el OSD por parte de ETNs, han sido realizadas generalmente a través de BINGOs, como el escrito presentado el 28 de enero de 2005, al Órgano de apelación de la asociación azucareros del Istmo centroamericano (AICA). Vid. Informe de Órgano de apelación, CE – subvenciones a la exportación del azúcar. (reclamación de Australia, Brasil y Tailandia). Doc. WT/DS265/AB/, Doc. WT/DS266/AB, Doc. WT/DS283/AB/, 28 de abril de 2005 párr. 9. Finalmente no se consideró necesario tener en cuenta ese escrito amicus curiae.

[26] Vid. entre otros estudios: Maskus, K.E., «intellectual property rights in the global economy», institute for international economics, Washington, DC, 2000, pp. 171 y 238; P. Sauvé and R.M. Stern, (eds.), *Gats 2000. New directions in services trade Liberalization*, Washington, D.C.: The Brookings institution, 2000, pp. 331-342; Nunnenkamp, P., Spatz, J., «determinants of FDI in developing countries: has globalization changed the rules of the game?», *Transnational Corporations*, 11(2), 2002, pp. 1-34.

[27] Vid. Sell, S. K., *Private Power, Public Law: The Globalization of Intellectual Property Rights*, series: Cambridge studies in international relations (no. 88), Cambridge University Press, Cambridge, 2003; Matthews, D. *Globalising Intellectual Property Rights – The TRIPs Agreement*, routledge, London and New York, 2002. Sobre la manera en que el sector empresarial dirigió la posición de los Estados Unidos en las negociaciones del ADPIC ver: Blakeney, M., *trade related aspect of intelectual property right, sweet and Maxwell*, London, 1996. P.223. En relación con el AGCS y la articulación del poder de las empresas ver: Macmillan, F., «Making corporate power Global», *International trade law and regulations*, vol. 5; n 1, 1999.

[28] Vid. Drahos P., «intellectual property and human right», *Intellectual Property Quarterly*, vol. 3, 1999, pp. 349-371.

[29] En relación con el AGCS y las corporaciones de privatización de agua, Vid. Fernández, D. «Suez' World Water Wars. The skirmish at the WTO over privatization» *Corp Watch*, september 9, 2003, <http://www.corpwatch.org/article.php?id=8390>

[30] La liberalización en la prestación de servicios y en las inversiones facilitan la inversión extranjera directa, que es el principal método con que las ETNs influyen fuera de las fronteras nacionales.

[31] Vid. OMC, Grupo de trabajo de la relación entre comercio e inversiones, comunicaciones de China, Cuba, India, Kenia, Pakistan and Zimbabwe: investors and Home Governments obligations, Doc. WT/WGTI/W/152, 19 de noviembre de 2002. En esta comunicación se señalan algunos principios que plasman las obligaciones que deberían ser adoptadas por las ETNs.

[32] La quinta conferencia Ministerial de la OMC se celebró en Cancún (México) del 10 al 14 de septiembre de 2003; terminó sin consenso.

[33] La propuesta del G-21 incluía en un marco general los principales intereses de los PED en cuanto al comercio agrícola, acceso a mercados, ayudas internas y competencia de las exportaciones y, además,

reunía intereses tan variados como los de Brasil, Argentina, Chile (profunda liberalización agrícola) e India, China o Nigeria (menor liberalización/protección doméstica). El objetivo del G-21 durante la conferencia se cumplió sólo parcialmente, no llegando a adoptarse una declaración Ministerial.

[34] Los temas de inversiones, competencia, transparencia de la contratación pública y facilitación al comercio fueron dejados de lado del programa de negociaciones en la conferencia Ministerial de Singapur. Se estableció, sin embargo, un grupo de trabajo encargado de examinar la relación entre comercio e inversión. Vid. declaración Ministerial de la conf. Ministerial de la OMC, Singapur 1996: Doc. WT/MIN(96)/DEC, 13 de diciembre de 1996.

[35] Ver la declaración del. Sr. Arun Jaitley, Ministro de comercio e industria de India: «no está clara la necesidad misma de un acuerdo multilateral sobre las inversiones.... En cambio, un acuerdo cercenaría indudablemente el margen de la política de los países en desarrollo.» conferencia Ministerial, Quinto período de sesiones, Cancún, 10 - 14 de septiembre de 2003, Doc. WT/MIN(03)/ST/7, 10 de septiembre de 2003.

[36] Han surgido muchos debates respecto a los servicios públicos y las consecuencias de su privatización y liberalización, como es el caso de los servicios de agua, sobre todo desde la perspectiva de los PED. Vid. Kirkpatrick, C. Parker, D. «domestic regulation and the WTO: the case of water services in developing countries», *World Econ*, vol. 28(10) pp. 1491-1508; andrew, L. «The Gats and regulatory autonomy: a case study of social regulation of the water industry», *Journal of International Economic Law*, vol. 7, pp. 801-838.

[37] Frederick M.A., «The Doha declaration on the trips agreement and public health: lighting a dark corner at the WTO», *Journal of international economic Law*, vol. 5 2002, pp. 469-506; Haochen, s. «The road to Doha and beyond: some reflections on the trips agreement and public health», *EurJIntLaw* 15(1)123-150; Gad, M. O., *Representational fairness in WTO rule-making: negotiating, implementing and disputing the TRIPS. Pharmaceutical-related provisions*, British institute of international and comparative Law, London, 2006.

[38] Para un análisis de la libertad sobre la decisión de la composición de la delegación de los Miembros en los procedimientos del OSD, Vid. caso del gobierno de Santa Lucia: Informe del Órgano de apelación, comunidades europeas - régimen para la importación, venta y distribución de bananos, Doc. WT/DS27/AB/R, 9 de septiembre de 1997, párr. 5-10. Sobre la interrelación entre los gobiernos y las actores no gubernamentales, Vid. Kohona, P. T. B. «The role of non-state entities in the making and implementation of international norms». *The Journal of World Investment*, vol. 2, 2001, pp. 537-578.

[39] Vid. Informe del Grupo especial, Estados Unidos - Arts. 301-310 de la Ley de comercio exterior de 1974, DS152, Doc. WT/DS152/R, 22 de diciembre de 1999, párr. 7.71-73.

[40] Charnotvitz, S., «The WTO and the rights of the individuals, *Intereconomics: Review of European Economic Policy*, vol. 36, 2001, pp. 98-108 <http://www.worldtradelaw.net/articles/charnovitzindividual.pdf>; Charnotvitz,, S., «economic and social actors in the World trade organization», *ILSA Journal of International and Comparative Law*, spring 2001, pp. 259-274.

[41] Vid. entre otras las disposiciones los Arts. II:1, XVII:1 del AGCS; Werner Z., «WTO dispute settlement practice relating to the Gats», *Journal of International Economic Law*, vol. 2, 1999, pp. 295, 324-30.

[42] Vid. la decisión del 94/800, 22 december 1994, OJ 1994 L336/1, 1994 Uruguay round agreement act, 19 USCS §3511, Pub. L. No. 104-305 (1996), §102(c).; Cottier, T. «Dispute settlement in the World trade organization: characteristics and structural implications for the european union», *Common Mkt L. Rev*, 35, 1998 p. 325; Snyder, F., «The Gatekeepers: The european Courts and WTO Law, common» *Mkt L. Rev*. 365, 2003.. Para una posición en contra Vid. Trachtman, J.P., «Bananas, direct effect and compliance», *European Journal of International Law*, vol.10, 1999, pp. 655, 677, Movsesian, M.L., *Enforcement of WTO Rulings: An Interest Group Analysis*, september 12, 2003.

[43] Conclusiones del abogado General Siegbert Alber en los asuntos C-93/02 p. 2003 ECR I-10497 y caso C-94/02 p. 2003, ECR I-10565; Egli, P., «Biret international SA y établissements Biret et Cie. SA/Consejo de la Unión Europea, T-174/00», *The American Journal of International Law*, vol. 99, no. 1, enero., 2005, pp. 230-235; Zonnekeyn, G.a. «ec Liability for the non-implementation of WTO dispute settlement decisions - advocate General Alber proposes a 'copernican innovation' in the case Law of the ECJ», *Journal of International Economic Law*, vol. 6, 2003; pp. 761-769; Zonnekeyn, G.a., «ec Liability for non-implementation of WTO dispute settlement decisions - are the dice cast?», *Journal of International Economic Law*, vol. 7, 2004, pp. 483-490.

[44] Es clara la dificultad en aceptar la opinión del abogado General si se toma en consideración que a pesar de su carácter obligatorio las disposiciones de la OMC y de la mas medidas adoptadas en los Informes del OSD estas medidas no se implementan (por lo menos no inmediatamente) tanto los EE.UU.

Como las CE, insisten en no implementar con varios normas de la OMC e Informes de Órgano de apelación, Ver entre otras las diferencias. Ec – Medidas que afectan a la carne y a los productos cárnicos (hormonas), DS26 y DS28; Estados Unidos – trato fiscal aplicado a las empresas de ventas en el extranjero, DS108; Estados Unidos – artículo 211 de la Ley Omnibus de asignaciones de 1998, DS176.

[45] Vid. Alemanno, A., «private parties and WTO dispute settlement system, cornell Law school», cornell Law school LL.M. Papers series, Harvard Law school, 2004 p. 33; se puede encontrar un análisis adicional en Cottier, T., *The impact of the TRIPs agreement on private practice and litigation*, en Cameron, J & Cambell, K. (eds.), *Dispute Resolution in the WTO*, Cameron & May, 1998, p. 111-127.

[46] Vid. Fernandez Pons, X. *La OMC y el Derecho Internacional. Un estudio sobre el Sistema de Solución de Diferencias de la OMC y las normas secundarias del Derecho Internacional general*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2006, pp. 85-92, Palmeter, D., Mavroidis, p. *Dispute settlement in the World trade organization: practice and procedure*, Cambridge University Press, 2004, pp. 35 y sig.

[47] El párrafo 1.1. Del ESD establece que estas previsiones se refieren a las diferencia entre los miembros de la OMC. El segundo párrafo del art. 1(1) establece que las reglas y procedimientos del ESD son aplicados a las disputas entre los miembros de la OMC referidas a sus derechos y obligaciones bajo las previsiones de los acuerdos de la OMC y del ESD. El art. 1(2) del ESD establece las reglas y procedimientos del ESD para acuerdos identificados en el Apéndice 2. Durante las negociaciones de la ronda Uruguay, la cuestión de prever la posibilidad de comunicaciones amicus curiae en el Sistema de Solución de Diferencias de la OMC se examinó en el Grupo informal sobre las cuestiones institucionales. Como la oposición fue abrumadora, la propuesta no se incorporó en el ESD.

[48] Al respecto se puede consultar la última versión refundida y revisada de los procedimientos de trabajo para el examen en apelación, Doc. WT/AB/WP/5, 4 de enero de 2005 y los procedimientos de trabajo de los grupos especiales, que figuran en el Apéndice 3 del anexo ESD.

[49] Vid. Informe del Órgano de apelación, Estados Unidos – prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón, (citado como Estados Unidos-camarones), Doc. WT/DS58/AB/R, 12 de octubre de 1998, párr. 101 «el acceso al procedimiento de solución de diferencias de la OMC está limitado a los Miembros de la OMC. Con arreglo al acuerdo sobre la OMC y los acuerdos abarcados tal como se aplican actualmente, las personas y las Organizaciones Internacionales, ya sean gubernamentales o no, no pueden acceder a este procedimiento».

[50] La regulación sobre para la participación de las terceras partes en los Grupos especiales está establecida en el art. 10 y el art. 17 (4) del ESD.

[51] Vid. Palmeter, D., Mavroidis, p. *Dispute Settlement in the World Trade Organization...* supra nota 47; Estados Unidos – Camarones, nota supra 50, párr. 19 señala que los argumentos de una comunicación amicus curiae solamente son tomados en consideración en la extensión que el miembro de la OMC adjunte la comunicación a su solicitud.

[52] DS18 (Grupo especial); DS58 (Grupo especial, Órgano de apelación, Grupo especial del párrafo 5 del artículo 21 y Órgano de apelación en el procedimiento del párrafo 5 del artículo 21); DS122 (Órgano de apelación); DS135 (Grupo especial y Órgano de apelación); DS138 (Grupo especial y Órgano de apelación); DS141 (Grupo especial); DS160 (Grupo especial); DS212 (Órgano de apelación); DS236 (Grupo especial) y DS231 (Órgano de apelación).

[53] Vid. Bacchus, J. «The WTO Must open up its trade dispute proceedings», *European Affairs*, spring, 2004, www.europeanaffairs.org; Charnovitz, S. «participation of non- Governmental organizations in the World trade organization», *Journal of International Economic Law*, vol. 17, 1996, pp. 349-350; Charnovitz, S. «opening the WTO to Nongovernmental interests...» nota supra 21, pp. 173-216; Dunoff, J.L. «The Misguided debate over NGO participation at the WTO», *Journal of International Economic Law*, vol. ?, 1998, pp.433-456; Esty, D.C., «non-Governmental organisations at the World trade organisations: cooperation, competition or exclusion», *Journal of International Economic Law*, vol. 1, 1998, pp. 123-147; d. Steger, «The struggle for Legitimacy in the WTO», en J.M. Curtis and d. Ciuriak (eds), *Trade Policy Research*, canada: Ministry of public Works and Government services, 2003, pp. 111-141; Stern, «The intervention of private entities and states as a «Friends of the Court » in WTO dispute settlement proceedings», *The World Trade Organization: legal, economic and political analysis*, vol. 1, springer, 2005, pp. 1451-1457; Umbricht, G.C., «an ‘amicus curiae Brief ’ on amicus curiae Briefs at the WTO», *Journal of International Economic Law*, vol. 4, 2001, pp. 783-784. Ver también el procedimiento adicional establecido en el caso comunidades europeas – Medidas que afectan al Amianto y productos que contienen Amianto DS135 (citado como CE – Amianto) Doc. WT/DS135/9, 8 de noviembre de 2000 «cualquier persona, física o jurídica, que no sea parte o tercero en la presente diferencia y desee presentar una comunicación por escrito al Órgano de apelación deberá solicitar la autorización del Órgano de apelación para presentar esa comunicación antes del mediodía del jueves 16 de noviembre de 2000».

[54] Vid. Informe de Órgano de apelación, CE – subvenciones a la exportación del azúcar, Doc. WT/DS265/AB/, Doc. WT/DS266/AB, Doc. WT/DS283/AB/nota supra 25; Informe del Grupo especial, CE – Amianto, Doc. WT/DS135/R, 18 de setiembre de 2000.

[55] Vid. Informe del Órgano de apelación, Estados Unidos-Camarones, Doc. WT/DS58/AB/R, nota supra 49, párr. 89; CE – Amianto, nota supra 54, Doc. WT/DS135/R, 18 de setiembre de 2000, párr. 8.12.

[56] Vid. Informe del Órgano de apelación, Estados Unidos – Camarones, Doc. WT/DS58/AB/R, nota supra 50, párr.108. Respecto a la facultad del Órgano de apelación Vid. Informe del Órgano de apelación, Estados Unidos – establecimiento de derechos compensatorios sobre determinados productos de acero al carbono aleado con plomo y bismuto y laminado en caliente originarios del Reino Unido, DS138, (citado como «Estados Unidos – Plomo y Bismuto II»), Doc. WT/DS138/AB/R, 10 de mayo del 2000, párr. 40 a 42; Informe del grupo especial, CE- Amianto, Doc. WT/DS135/R, nota supra 54 párr. 39 y 42.

[57] Esta facultad se desprende del párrafo 9 del art. 17 del ESD, dispone que «el Órgano de apelación, establecerá los procedimientos de trabajo...» además, el apartado 1) de la Regla 16 de los procedimientos de trabajo establece que siempre y cuando se plantee una cuestión de procedimiento que no esté prevista en sus reglas; se permite a una división (Sección) en un determinado proceso, adoptar un procedimiento apropiado. Vid. en este sentido: Informe del Órgano de apelación, Estados Unidos.– Plomo y Bismuto II» Doc. WT/DS138/AB/R, nota supra 56, párr. 40 a 42; Informe del Grupo especial, CE – Amianto, Doc. WT/DS135/R, nota supra 54, párr. 39.

[58] Conforme este art. 13.1 del ESD: «cada Grupo especial tendrá el derecho de recabar información y asesoramiento técnico de cualquier persona o entidad que estime conveniente...» y art. 12 «Los grupos especiales seguirán los procedimientos de trabajo que se recogen en el Apéndice 3, a menos que el Grupo especial acuerde otra cosa tras consultar a las partes en la diferencia». Vid. también el Informe del Órgano de apelación, EE.UU-Camarones, Doc. WT/DS58/AB/R, nota supra 49, párr. 105-108.

[59] Vid. Informe del Grupo especial, CE- Amianto, Doc. WT/DS135/R, nota supra 54, párr. 8.12-14; Informe del Órgano de apelación, Estados Unidos – Camarones, Doc. WT/DS58/AB/R, nota supra 49, párr. 91, párr. 101– 109; Informe del Órgano de apelación, Estados Unidos – Plomo y Bismuto II, Doc. WT/DS138/AB/R, nota supra 56, párr. 40 a 42; para una discusión del tratamiento de las comunicaciones amicus curiae, Vid. Mavroidis, P., «amicus curiae briefs before the World trade organization: Much ado about nothing», trabajo de la academia de derecho europeo, cátedra Jean Monnet, en: <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/01/010201.html>, pp. 1-10.

[60] Este procedimiento adicional del Órgano de apelación lo adoptó en virtud del art.16(1) del procedimiento de trabajo del Órgano de apelación.

[61] Vid. Informe del Grupo especial, CE – Amianto, Doc. WT/DS135/R, nota supra 54, párr. 50-52.

[62] Vid. las actas de la reunión del consejo General. Realizado especialmente a solicitud de las partes para discutir la cuestión amicus curiae. Las opiniones negativas presentadas por los representantes de Egipto, India, Brasil, Uruguay, Mexico, entre otros, reunión del consejo General de la OMC del 22 de noviembre del 2002, Doc. WT/GC/M/60, 23 de enero del 2001. Vid. Mavroidis, Petros C., nota supra 59, pp. 10-11.

[63] A la fecha del documento han sido aceptadas por el OSD las siguiente comunicaciones amicus curiae: en el Órgano de apelación tres casos: Estados Unidos – determinados productos de las CE, Doc. WT/DS/212/AB/R, 9 december 2002, p.76; Estados Unidos – acero, Doc. WT/DS248 y otros, 10 de noviembre de 2003, p. 268; EC – sardinas, DS231/AB/R párr. 153-70, 160. Los Grupos especiales aceptaron comunicaciones también en EC – ropa de cama India, Doc. WT/DS141/R, 30 de octubre del 2000; y Estados Unidos – Madera blanda III, Doc. WT/DS/236/R, 27 de setiembre del 2002, párr. 7.2.

[64] Sobre transparencia en la OMC la participación de actores no gubernamentales y la postura de la OMC vid. Matsushita, M., Boisson de Chazournes, L., Wälde, T., «transparency, amicus curiae briefs and third party rights», Journal of world investment and trade, vol. 5, 2004, pp. 329-348; Lacarte, Julio A., «transparency, public debate and participation by NGOs in the WTO: a WTO perspective», Journal of international economic law, vol. 7, 2004, pp. 685; Sutherland, P. Y otros, El futuro de la OMC, Una respuesta a los desafíos institucionales del nuevo milenio, OMC, Informe del consejo consultivo presidido por peter sutherland al director General la OMC, capítulo V: transparencia y dialogo con la sociedad civil, WTO, 2004, pp. 49-57.

[65] Dentro de las negociaciones de la ronda de Doha, existe el mandado de revisión del ESD establecido conforme lo señala la declaración Ministerial del cuarto período de sesiones de la conferencia Ministerial, Doc. WT/MIN(01)/DEC/1, 9-14 de noviembre de 2001, párrafo 30. A pesar de haberse vencido el plazo inicial para su culminación, hay una renovación del mandato. Vid. entre otros: Van den Bossche, P., «The Doha development round negotiations on the dispute settlement understanding», K.U. Leuven, institute for international Law, Working paper no 47 – november 2003; Davey, W., Enforcing World Trade Rules: Essays

on WTO Dispute Settlement and GATT Obligations, Chapter 2: reforming WTO dispute settlement, Cameron May, London, 2006. P. 339; Lacarte J., Pierola, F., «estudio comparativo del Mecanismo de solución de diferencias del Gatt y de la OMC. Que se logro en la ronda Uruguay?», en Lacarte, J.; Granados, J.(eds.), Solución de Controversias Comerciales e Inter-Gubernamentales: Enfoques Regionales y Multilaterales, intaL, 2004, pp. 13-62.

[66] Compilación preparada en base a las propuestas de las partes, referidas a modificaciones de entendimiento, OMC, Órgano de solución de diferencias en sesión extraordinaria, Recapitulación de propuestas, 17 de marzo de 2003. Informe del presidente ante el comité de negociaciones comerciales, TN/DS/9, 6 de junio de 2003.

[67] OMC, Órgano de solución de diferencias en sesión extraordinaria, «texto del presidente», Doc. Job(03)/91/R, 28 de mayo de 2003. Borrador del texto legal que incluye el «documento marco» de las propuestas, Doc. Job(03)/69/Rev.2.

[68] La contribución de Canada no se refiere de manera específica a un procedimiento para la aceptación de comunicaciones amicus curiae, sino que propone determinadas mejoras al ESD para responder el tratamiento de la información comercial confidencial, el procedimiento de selección de los grupos especiales y la transparencia. Vid. OSD, sesión extraordinaria, propuesta sobre el ESD presentada por Canadá, Doc. TN/DS/W/41, 24 de enero de 2003.

[69] Vid. OSD, sesión extraordinaria, propuesta sobre el ESD presentada por las Comunidades Europeas, Doc. TN/DS/W/1, 13 de marzo de 2002, punto IV, pag. 8; y las propuestas de los Estados Unidos, Doc. TN/DS/W/46, 11 de febrero de 2003. pp. 4 y Doc. TB/DS/W/13, 9 de agosto de 2002, punto V, pag. 3.

[70] Vid. Doc. TN/DS/W/1 nota supra 69, punto IV, pag. 8.

[71] Vid. comunicación del Órgano de apelación en relación con la admisión y presentación de comunicaciones amicus curiae en la diferencia CE – Medidas que afectan al Amianto y a los productos que contienen Amianto (DS135), Doc. WT/DS135/98, 28 de mayo de 1998.

[72] Vid. Doc. TN/DS/W/46, pp.4 y Doc TB/DS/W/13, nota supra 69, punto V, p. 3.

[73] OSD, sesión extraordinaria, propuesta sobre el ESD presentada por Cuba, Honduras, la India, Malasia, el Pakistán, Sri Lanka, Tanzania y Zimbabwe, Doc. TN/DS/W/18, 7 de octubre de 2002, punto II pag.4-5. y propuesta del Grupo Africano, TN/DS/W/15, 25 de septiembre de 2002.

[74] Por consiguiente, se propone que se agreguen al artículo 13 las dos notas de pie de página siguientes:»se entenderá que el término ‘recabar’ se refiere a cualquier información que los grupos especiales intenten conseguir o pidan, exijan o soliciten. Los grupos especiales no tomarán en consideración la información no solicitada.» «La nota 1 de pie de página se aplicará también al Órgano de apelación y a los árbitros en el marco del presente entendimiento.» Ver la propuesta sobre el concepto recabar presentada en el Doc. TN/DS/W/18 ibid.

[75] Acta de la reunión del Órgano de solución de diferencias en sesión extraordinaria Doc. TN/DS/M/34, 13 de julio de 2006, párrafo 8.

[76] Vid. Mavroidis, P., «amicus curiae briefs before the World trade organization Mavroidis», nota supra 59, pp. 2.

[77] Vid. Marceur, G. Stilwell, «practical sugestions for amicus curiae Briefs before WTO adjudicating bodies», Journal of international economic Law, vol. 4, mayo 2001, pp. 155-188.

[78] Esta situación ha sido justificada en razón al gran volumen de comercio y los numerosos mercados que tienen las potencias comerciales. Vid. Sutherland, P. y otros, El futuro de la OMC, capítulo VI, El Sistema de Solución de Diferencias de la OMC., nota supra 64, p. 60.

[79] Vid. entre otros: Informe del Grupo especial, Estados Unidos – artículo 337 de la ley arancelaria de 1930, (caso Akso), Doc. L/6439 – 36S/402) de 7 de noviembre de 1989 y), Informe del Grupo especial. Japón – Medidas que afectan a las películas y el papel fotográficos de consumo, DS44, (caso Kodak – Fuji), Doc. WT/DS44/R, 31 de marzo de 1998.

[80] Para una visión general y casuística sobre la participación informal de los APEs en los procedimientos de la OMC, Vid. Sshaffer, G., Defending Interests – Public-Private Partnerships in WTO Litigation; Involvement, broking, 2003.

[81] Ibid; arup. J.c, «The state of play of dispute settlement «Law» at the World trade organization», Journal of World Trade, vol. 37, 2003, p. 905.

[82] Vid. Abbott, F.M., Cottier T., «dispute prevention and dispute settlement in the Field of intellectual property rights and electronic commerce – section 211 omnibus appropriations act 1998 (Havana Club)», en Petersmann, E.-U (ed.), Transatlantic economic disputes: the EU, the US, and the WTO, Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 430.

[83] Shaffer, G., «The Blurring of the intergovernmental: public-private partnerships behind us and EC trade claims», en Pollack, M. A. And Shaffer, G. (eds.), Transatlantic Governance in the Global Economy, Bowman & Littlefield Publishers, 2001, p. 97.

[84] Para un análisis comparativo de los artículos 301 y sig. De la Ley de comercio de los Estados Unidos de 1974, y el reglamento sobre los obstáculos comerciales de las Comunidades Europeas y su relación con los actores privados en la OMC, vid. Mavroidis and Zdouc, W. «Legal means to protect private parties' interests in the WTO. The case of the EC new trade barriers regulation», Journal of International Economic Law, vol. 1, 1998, pp. 407-432.; Shaffer, G., Defending interests: public-private partnerships in WTO litigation, Brookings institution press, 2003, pp. 89-94.

[85] Los Arts. 301 y sig, (Arts. 302 (a) (2), 19 u.s.c. § 2412 (a) (2)). Vid. Morrison, F. & Hudec, R. «Judicial protection of individual trade rights in the us», en Hilf, M. & Petersman, E.-U., National Constitutions and International Economic Law, Kluwer, 1993, pp. 91-134.

[86] Estados unidos – Arts. 301-310 de la Ley de comercio exterior, nota supra 39.

[87] Reglamento sobre los obstáculos comerciales de las Comunidades Europeas, regulación del consejo 3286/94 de 22 de diciembre de 1994, diario oficial de las Comunidades Europeas L 349, 31 de diciembre de 1994, p. 71.

[88] Este procedimiento es utilizado conforme al art.13 del [tratado de la Unión Europea](#), Vid. Shaffer, G., «What's new in eu trade dispute settlement? Judicialization, public-private networks and the WTO legal order», Journal of European Public Policy, 13:6, septiembre 2006, pp. 840-841.

[89] Vid., ibid p. 841-82; Bronckers M., Mcnelis, n. «The eu trade Barriers regulation comes of age», Journal of World Trade, vol. 35, p. 427, 2000. Para una actualización en el funcionamiento del reglamento sobre los obstáculos comerciales de las Comunidades Europeas ver: http://europa.eu.int/comm/trade/policy/traderegul/index_en.htm.

[90] Sobre la participacion de los actores privados en la política commercial en genral vid. Cutler, C., Haufler, V., Porter, T. «The contours and significance of private authority in international affairs», en Cutler, C. Haufler, V., Porter, T. (eds.), Private Authority and International Affairs, University of New York press, New York, 1999, pp. 333-336.

[91] Asunto Havana Club ante la OMC: EE.UU. – art. 211 de la Ley Ómnibus de asignaciones de 1998(citado como unidos – artículo 211). Ds176; reclamante: Comunidades Europeas demandado: Estados Unidos terceros: Japón, Nicaragua, distribución del Informe del Grupo especial el 6 de agosto de 2001, distribución del Informe del Órgano de apelación el 2 de enero de 2002. En este caso, el Órgano de apelación lidió con la aplicabilidad de los principios de trato nacional y nación mas favorecida, establecidos en el acuerdo ADPIC y en la Convención de París.

[92] Macaw, M. G., «The new rum War: Havana Club as a Threat to the U.S. Interest in internacional trademark Harmonization», B. U. Int'l L. J., 18, 2000, pp. 291, 295; Adams. A.C. «Section 211 of the omnibus appropriations act: The Threat to international protection of U.S. Trademarks», North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation, vol. 28, num.1, pp. 222-230.

[93] «Cubaexport» estaba dedicada a la exportación, producción y venta de ron etiquetado y a partir de 1972 hasta 1993 era el exportador exclusivo de ron Havana Club, sobre todo a la unión soviética y a Europa del este.

[94] La oficina de patentes y marcas de los EE.UU., reconoció oficialmente a Cuba export como el legítimo propietario de la marca por más de 17 años, en consideración que la marca estaba en disponibilidad pública y que la Ley Lanham, en el Sección 44 permite a las entidades extranjeras registrar marcas comerciales en los EE.UU.

[95] Cubaexport fue reorganizada, alcanzando un acuerdo con Pernod Richard, S.A. («Pernod»), un distribuidor internacional de licor, y conformó dos compañías: Havana Club Holding («Hc Holding»), (del que el 50% equitativo y la representación fue asumido por una nueva compañía Cubana, Havana rum & Liquors, S.A., y 50% por Pernod); y la otra compañía formada fue Havana Club international («Hci»), compuesta a la vez en un 50% por las empresas Havana rum & Liquors y Pernod. La empresas alegaban que todos los activos asociados a la marca registrada Havana Club fueron transferidos como parte de esta reorganización por Cubaexport a Havana rum & Liquors, lo que los transfirieron entonces al Hc Holding.

Hc Holding entonces concedió una licencia exclusiva para vender el ron y para usar la marca de comercio Havana Club.

[96] Bacardi Limited compró los derechos de la compañía «Jose Arechabala international» instalada en Liechtenstein en 1997. En respuesta, el Holding Havana Club argumentó que no eran propietarios de la marca y que la familia Arechabala dejó de tener la marca en 1994. Vid. Macaw, M. G., «The new rum War: Havana Club ...», nota supra 92, p. 296.

[97] Corporaciones conjuntamente poseedoras de Cubaexport y de la compañía francesa Pernod Ricard. Vid. Nota supra 95.

[98] Havana Club I: Havana Club Holding, S.A. And Havana Club Int'l, S.A. V. Galleon S.A., Bacardi-Martini USA, Inc., Gallo Wine distribs., Inc., G.W.d. Holdings, Inc. And premier Wine and spirits, 961 F. Supp. 498 (S.D.N.Y. 1997) ; Havana Club II: Havana Club Holding, S.A. And Havana Club Int'l, S.A. V. Galleon S.A., Bacardi-Martini USA, Inc., Gallo Wine distribs., Inc., G.W.d. Holdings, Inc. And premier Wine and spirits, 974 F. Supp. 302, 305 (S.D.N.Y. 1997); Havana Club III: Havana Club Holding, S.A. And Havana Club Int'l, S.A. V. Galleon, S.A., Bacardi-Martini U.S.A., Inc., Gallo Wine distribs., Inc., G.W.d. Holdings, Inc. And premier Wine and spirits, 1998 WL 150983, at *1 (S.D.N.Y. Mar. 31, 1998); Havana Club IV: Havana Club Holding, S.A. And Havana Club Int'l, S.A. V. Galleon S.A., Bacardi-Martini U.S.A., Inc., Gallo Wine distribs., Inc., G.W.d. Holdings, Inc. And premier Wine and spirits, 1999 WL 219906, at *3 (S.D.N.Y. Apr. 14, 1999). Sobre las criticas a estas decisiones vid. entre otros: Lopez F., «de como el ladrón fue declarado inocente. Granma internacional digital, 1 de mayo de 2001, <http://www.granma.cu/español/17ma7e.html>; Perry, J.M., Woods, L.A., Shapiro, S.L. «intellectual property rights and international trade in Cuban products», Cuba in Transition: vol. 10, papers and proceedings of the eleventh annual Meeting of the association for the study of the Cuban economy (ASCE), 3-5 de agosto de 2000, pp. 76-86, <http://lanic.utexas.edu/la/cb/cuba/asce/cuba10/>

[99] Tamayo, J. «Cuban rum War in spanish Court », Miami Herald, edición de 24 de junio, 1999.

[100] Orden de la Corte de distrito de los EE.UU. 1, del 25 de junio de 1999 en el caso Havana Club IV : Havana Club Holding, S.A. And Havana Club Int'l, S.A. V. Galleon S.A., Bacardi-Martini U.S.A., Inc., Gallo Wine distribs., Inc., G.W.d. Holdings, Inc. And premier Wine and spirits, 1999 WL 219906, at *3 (S.D.N.Y. Apr. 14, 1999). Sobre principio de abandonó ver, La Ley de Marcas de Fábrica o de comercio de 1946 («Ley Lanham»), 15 U.S.C.A. § 1051.

[101] Artículo 211 del department of commerce appropriations act, incluido en la Ómnibus consolidated and emergency supplemental appropriations act, 1999, Pub. L. No. 105-277, 112 Stat. 2681 (1998), promulgado como norma legal en los Estados Unidos del 21 de octubre de 1998.

[102] Pernord Ricard apeló la decisión Corte de distrito - Havana Club Holdings, S.A. V. Galleon S.A., 62 F supp 2d 1085 (SDNY 1999), ante la Corte de apelación; la cual mantuvo la decisión de la Corte de distrito - Havana Club Holdings, S.A. V. Galleon S.A., 203 F 2d 116 (2d cir. 2000). Finalmente Pernord Ricard solicitó a la Corte Suprema un derecho de revisión, que fue denegado - Havana Club Holdings, S.A. V. Bacardi 531 US 918 (2000).

[103] Vid. Macaw, M. G., «The new rum War: Havana Club ...», nota supra 92, p. 307.

[104] El término «nacional designado» tiene el significado que se le atribuye en el art. 515.305 del título 31 C.F.R. Y en el art. 211(d)(1) de la Ley omnibus de asignaciones, en vigor a partir del 9 de septiembre de 1998. Comprende los nacionales de cualquier país extranjero (no Cubano) que sean sucesores en interés de un nacional designado. El término «sucesor en interés» se usa conforme al art. 44(b) o (e) de la Ley de Marcas de Fábrica o de comercio de 1946 (15 U.S.C. 1226 (b)).

[105] Vid. art. 211 (a) (1), (2) y 2. Algunas de las disposiciones mas relevantes en esta ley, respecto al caso en mención son las siguientes: (a) (1) sin perjuicio de cualquier otra disposición legal, no se autorizará ni aprobará ninguna transacción ni pago con arreglo al art. 515.527 del título 31, código de reglamentos Federales (C.F.R.), en vigor a partir de 9 de septiembre de 1998, con respecto a una marca de fábrica o de comercio, un nombre comercial o una denominación comercial que sea idéntico o sustancialmente semejante a una marca de fábrica o de comercio, un nombre comercial o una denominación comercial que se haya utilizado en relación con una entidad comercial o activos que hayan sido confiscados, a menos que el titular original de la marca de fábrica o de comercio, el nombre comercial o la denominación comercial, o su sucesor en interés de buena fe haya consentido en ello expresamente. (a) (2) ningún tribunal de los Estados Unidos reconocerá, hará respetar o hará valer de otra forma cualquier reivindicación de derechos formulada por un nacional designado sobre la base de derechos de common law o del registro obtenido con arreglo a dicho artículo de la marca de fábrica o de comercio, el nombre comercial o la denominación comercial confiscados de que se trate. (b)ningún tribunal de los Estados Unidos reconocerá, hará respetar o hará valer de otra forma cualquier reivindicación de derechos derivados de un tratado formulada por un nacional designado o su sucesor en interés al amparo del artículo 44(b) o (e) de la Ley de Marcas de

Fábrica o de comercio de 1946 (15 U.S.C. 1226 (b) o (e)) en relación con una marca de fábrica o de comercio, un nombre comercial o una denominación comercial que sea idéntico o sustancialmente semejante a una marca de fábrica o de comercio, un nombre comercial o una denominación comercial que se haya utilizado en relación con una entidad comercial o activos que hayan sido confiscados, a menos que el titular original de la marca de fábrica o de comercio, el nombre comercial o la denominación comercial, o su sucesor en interés de buena fe, haya consentido expresamente en ello.

[106] Vid. Macaw. M.G., «The new rum War: Havana Club ...», nota supra 92, p. 331-332; Adams. A.C. «section 211 of the omnibus appropriations ...», nota supra 92, pp. 229, 230.

[107] Vid. Matsushita, M, «appellate Body Jurisprudence on the Gats and the trips agreement», en ortino, F. Y Petersmann E.-U. (eds), *The WTO Dispute Settlement System 1995-2003*, The Hague, London, Kluwer Law International, pp.455-470; Trachtman, J.P. «United States-section 211 Omnibus appropriations act of 1998», *European Journal of International Law*, current developments: decisions of the appellate Body of the World, vol. 13, 2002, 3, pp. 721-22, <http://www.ejil.org/journal/curdevs/sr33.pdf>; Fernandez Pons, X., *La OMC y el Derecho Internacional...* supra nota, 47, p. 366; UNCTAD, *course on dispute settlement in international trade, investment and intellectual property*, Doc. UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.18, Naciones Unidas, 2003, p. 46; Baroncini, E., «United States : section 211 Omnibus appropriations act of 1998 (Doc. WT/DS176/AB/R): report of the appellate Body», *Global community*, vol.1, 2004, pp. 423-459; Cottier, t. «case United States-section 211 omnibus appropriations act of 1998 («Havana Club»)» en. Cottier, T. *Trade and intellectual property protection in WTO law : collected essays*, London: Cameron May, 2005, pp. 285-308.; Oyama, D.I. «eu to challenge U.S. Over dispute of Pernod, Bacardi», *Wall St. Journal.*, edición de 14 de junio de 1999.

[108] Vid. supra nota 107.

[109] Las CE señala que existen incompatibilidades entre las disposiciones del artículo 211(a)(1), 211(a)(2), 211(b) con el acuerdo ADPIC y por lo tanto que se han infringido las obligaciones que les imponen el párrafo 1 del artículo 3, el artículo 4, el párrafo 1 del artículo 15, el párrafo 1 del artículo 16 y el artículo 42 del acuerdo sobre los ADPIC, así como el párrafo 1 del artículo 2 de ese acuerdo en conexión con el párrafo 1) del artículo 2, el párrafo 1) del artículo 6 bis, el párrafo a 1) del artículo 6 quinquies y el artículo 8 del convenio de París (1967).

[110] Artículos 3, 4, 15 a 21, 41, 42 y 62 del convenio de París para la protección de la propiedad industrial modificado por el Acta de Estocolmo de 1967 (convenio de París de 1967), incorporados por referencia al acuerdo sobre los ADPIC.

[111] Vid. Informe del Grupo especial, Estados Unidos - artículo 211 de la Ley Omnibus, Doc. WT/DS176/R, 6 de agosto de 2001.

[112] Art. 42 ADPIC: procedimientos justos y equitativos: Los Miembros pondrán al alcance de los titulares de derechos [nota 11] procedimientos judiciales civiles para lograr la observancia de todos los derechos de propiedad intelectual a que se refiere el presente acuerdo.

[113] Vid. Informe del Órgano de apelación, Estados Unidos - artículo 211 de la Ley Omnibus, Doc. WT/DS176/AB/R, 2 de enero de 2002. En cuanto confirma la constatación del Grupo especial recogida en el párrafo 8.89 de su Informe, según la cual el artículo 211(a)(1) no es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del acuerdo sobre los ADPIC en conexión con el párrafo a 1) del artículo 6 quinquies del convenio de París (1967). Confirma la constatación del Grupo especial de que el artículo 211(a) (1) no es incompatible con el párrafo 1 del artículo 15 del acuerdo sobre los ADPIC. Finalmente confirma las constataciones del Grupo especial y constata que los artículos 211(a)(2) y 211(b) no son incompatibles con el párrafo 1 del artículo 16 del acuerdo ADPIC. Confirmó también la constatación del Grupo especial relativa al artículo 42 del acuerdo ADPIC y el artículo 211 b) en el sentido que no violan disposiciones.

[114] Vid. Informe del Órgano de apelación, Estados Unidos - artículo 211 de la Ley Omnibus, Doc. WT/DS176/AB/R nota supr. 113, párr. 225-227.

[115] El párrafo 1 del artículo 2 del convenio de París para la protección de la propiedad industrial respecto de las marcas de fábrica o de comercio (1967) establece: Los nacionales de cada uno de los países de la unión gozarán en todos los demás países de la unión, en lo que se refiere a la protección de la propiedad industrial, de las ventajas que las leyes respectivas concedan actualmente o en el futuro a sus nacionales, todo ello sin perjuicio de los derechos especialmente previstos por el presente convenio. En consecuencia, aquéllos tendrán la misma protección que éstos y el mismo recurso legal contra cualquier ataque a sus derechos, siempre y cuando cumplan las condiciones y formalidades impuestas a los nacionales.

[116] Es el párrafo 1 del artículo 3 del acuerdo ADPIC que en su parte pertinente establece lo siguiente: cada Miembro concederá a los nacionales de los demás Miembros un trato no menos favorable que el que

otorgue a sus propios nacionales con respecto a la protección [nota 3] de la propiedad intelectual, a reserva de las excepciones ya previstas en, respectivamente, el convenio de París (1967), el convenio de Berna (1971), la Convención de Roma o el tratado sobre la propiedad intelectual respecto de los circuitos integrados.

[117] Referida a las dos formas diferentes a las que se aplica la medida: a la de los sucesores en interés bona fide de los titulares originales; y a la de los titulares originales.

[118] Vid. Informe del Órgano de apelación, Estados Unidos - artículo 211 de la Ley omnibus, Doc. WT/05176/AB/R, nota supra 113, párr. 296, 304.

[119] Ibid. Párr. 268-269.

[120] El art. 4 del acuerdo sobre los ADPIC en lo pertinente establece: con respecto a la protección de la propiedad intelectual, toda ventaja, favor, privilegio o inmunidad que conceda un Miembro a los nacionales de otro país se otorgará inmediatamente y sin condiciones a los nacionales de todos los demás Miembros [nota 3].

[121] Vid. Nota supra 106. La definición incluye también a los sucesores en interés, pero el supuesto que examinamos aquí no se refiere a ellos. Tampoco se refiere a los «nacionales especialmente designados», dado que no se alega que una persona actúe en nombre o en representación del Gobierno de Cuba. La expresión «nacional especialmente designado», se define en el art. 515.306 del título 31 cFr, Informe del Órgano de apelación, nota supra 113, párr. 304.

[122] Respecto a la relación entre el principio de trato nacional y el art. 211 de la Ley Ómnibus de asignaciones, EE.UU. Señalan que los nacionales de EE.UU. Tampoco podían ejercitar sus derechos de marca y nombres comerciales en las Cortes de EE.UU. Que fueron confiscados por el régimen de Fidel castro a menos que una aprobación sea dada por las autoridades de los EE.UU. El gobierno de los EE.UU. Argumentaba que este tipo de aprobación no se había dado nunca y que no se daría en el futuro. No había efectiva «prueba en contra», por parte de la CE, y al menos hasta que una aprobación sea dada, los nacionales de EE.UU. Y Cubanos tenían «de facto» un tratamiento igual. El panel aceptó este argumento. En el Informe organo de apelación, EE.UU. Ley de antidumping, de 1916, Doc. Ds/136/AB/R, DS/162/AB/R, 28 de agosto de 2000. El Órgano de apelación mantuvo que si una legislación nacional daba opción a un gobierno miembro para decidir si toma o no una medida que podría infringir una previsión del acuerdo de la OMC, la legislación no es «per se» violación del acuerdo de la OMC, a menos y hasta que el gobierno haya aplicado la medida en contravención con el acuerdo de la OMC.

[123] Informe del Órgano de apelación, Estados Unidos - artículo 211 de la Ley Ómnibus, Doc. WT/DS176/AB/R Informe del Órgano de apelación, nota supra 113, párr. 308.

[124] El termino confiscado tiene aquí el significado que le atribuye el código de reglamentos Federales (c.F.r), en vigor a partir de 9 de septiembre de 1998; art. 515.336 del título 31 (515.336). Que define así el término «confiscado» tal como se usa en el artículo 515.208 y se refiere a: (a) la nacionalización, expropiación o cualquier otro acto de incautación por el Gobierno de Cuba de la propiedad o el control de bienes el 1º de enero de 1959 o después de esa fecha: (1) sin que los bienes hayan sido devueltos o se haya otorgado una indemnización suficiente y efectiva; o (2) sin que se haya resuelto la reivindicación de los bienes de conformidad con un acuerdo internacional de liquidación de reclamaciones u otro procedimiento de solución mutuamente aceptado; (b) el hecho de que el Gobierno de Cuba se haya negado a pagar, haya incumplido su obligación de pagar o no haya pagado el 1º de enero de 1959 o después de esa fecha: (1) una deuda de cualquier empresa que haya sido nacionalizada o expropiada por el Gobierno de Cuba o de la que éste se haya hecho cargo de cualquier otra forma; (2) una deuda que grave bienes nacionalizados o expropiados por el Gobierno de Cuba o de los que éste se haya hecho cargo de cualquier otra forma; o (3) una deuda en que haya incurrido el Gobierno de Cuba para satisfacer o liquidar una reclamación sobre bienes confiscados.

[125] Ver las observaciones finales del Informe del Órgano de apelación, Estados Unidos - artículo 211 de la Ley Ómnibus, Doc. WT/DS176/AB/R, 2 de enero de 2002, párr. 262.

[126] El Órgano de apelación no analizó ni comentó en el hecho de que una porción significativa de la demanda de las CE se relacionó con el tratamiento menos favorable de nacionales Cubanos. Esto sugiere la amplia interpretación de las normas de la OMC para su aplicación.

[127] El plazo prudencial acordado expiraría el 31 de diciembre de 2002, pero en ningún caso después de 3 de enero de 2003. Luego se ampliaron los plazos al 30 de junio de 2003, 31 de diciembre de 2003 y 31 de diciembre de 2004. El último documento sobre la ampliación del plazo es el Doc. WT/DS176/15, 21 de diciembre de 2004 que amplió el plazo al 30 de junio de 2005 para cumplir con las recomendaciones y resoluciones del Órgano de solución de diferencias. Las partes han llegado a un entendimiento por el cual las CE no pedirán en esta etapa la autorización del OSD para suspender concesiones u otras obligaciones y

en caso de que, en alguna fecha futura, decidan pedir dicha autorización. Las CE darán aviso con antelación a los Estados Unidos y celebrarán consultas con ellos antes de formular tal petición. Vid. Doc. WT/DS176/16, 1 de julio de 2005.

[128] A la fecha los Informes de situación presentados por los Estados Unidos no muestran avance sustancial en la implementación de las recomendaciones del OSD. Vid. Estados Unidos - artículo 211 de la Ley Ómnibus, Doc. WT/DS176/11, 20 de septiembre de 2002; Doc. WT/DS176/11/Add.1, 1 de noviembre de 2002; Doc. WT/DS176/11/Add.2, 18 de noviembre de 2002; Doc. WT/DS176/11/Add.3, 9 de diciembre de 2002, y sig. Hasta el último Doc. WT/DS176/11/Add.53, 13 de abril de 2007 en ese mismo sentido.

[129] Vid. Abbott, F.M., Cottier T., «dispute prevention and dispute settlement », nota supra 82 pp. 438-439.