ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

WT/DS165/R/Add.1
17 de julio de 2000

(00-2916)

Original: inglés

ESTADOS UNIDOS - MEDIDAS APLICADAS A DETERMINADOS PRODUCTOS PROCEDENTES DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

Informe del Grupo Especial

Addendum

En el presente addendum figuran los apéndices del informe del Grupo Especial contenidos en el documento WT/DS165/R.

Apéndice 1.1 Primera comunicación de las Comunidades Europeas (10 de noviembre de 1999)

Apéndice 1.2 Intervención oral de las CE en la primera reunión sustantiva (16 de diciembre de 1999)

Apéndice 1.3 Declaración final de las CE en la primera reunión sustantiva (17 de diciembre de 1999)

Apéndice 1.4 Respuestas de las CE a las preguntas del Grupo Especial y de las Partes (13 de enero de 2000)

Apéndice 1.5 Comunicación de réplica de las Comunidades Europeas (21 de enero de 2000)

Apéndice 1.6 Carta de las CE de fecha 25 de enero de 2000 sobre la amplitud del mandato del Grupo Especial (25 de enero de 2000)

Apéndice 1.7 Respuestas de las CE a nuevas preguntas del Grupo Especial (8 de febrero de 2000)

Apéndice 1.8 Intervención oral de las CE en la segunda reunión sustantiva (9 de febrero de 2000)

Apéndice 1.9 Declaración final de las CE en la segunda reunión sustantiva (9 de febrero de 2000)

Apéndice 1.10 Respuestas de las CE a nuevas preguntas del Grupo Especial (10 de febrero de 2000)

Apéndice 2.1 Primera comunicación de los Estados Unidos de América (6 de diciembre de 1999)

Apéndice 2.2 Intervención oral de los Estados Unidos en la primera reunión sustantiva (16 de diciembre de 1999)

Apéndice 2.3 Observaciones finales de los Estados Unidos en la primera reunión sustantiva (17 de diciembre de 1999)

Apéndice 2.4 Respuestas de los Estados Unidos a las preguntas del Grupo Especial y de las Partes (13 de enero de 2000)

Apéndice 2.5 Comunicación de réplica de los Estados Unidos (incluida la carta de remisión) (21 de enero de 2000)

Apéndice 2.6 Respuestas de los Estados Unidos a nuevas preguntas del Grupo Especial (8 de febrero de 2000)

Apéndice 2.7 Intervención oral de los Estados Unidos sobre cuestiones relacionadas con el ámbito de la presente diferencia, en la segunda reunión sustantiva (9 de febrero de 2000)

Apéndice 2.8 Intervención oral de los Estados Unidos en la segunda reunión sustantiva (9 de febrero de 2000)

Apéndice 2.9 Declaración final de los Estados Unidos en la segunda reunión sustantiva (9 de febrero de 2000)

Apéndice 2.10 Respuestas de los Estados Unidos a nuevas preguntas del Grupo Especial (10 de febrero de 2000)

Apéndice 3 Intervención oral del Commonwealth de Dominica y Santa Lucía en la sesión destinada a terceros (17 de diciembre de 1999)

Apéndice 4 Intervención oral del Ecuador en la sesión destinada a terceros (17 de diciembre de 1999)

Apéndice 5 Comunicación de la India en calidad de tercero (10 de diciembre de 1999)

Apéndice 6 Comunicación de Jamaica en calidad de tercero (8 de diciembre de 1999)

Apéndice 7 Intervención oral del Japón en la sesión destinada a terceros (17 de diciembre de 1999)

Apéndice 1.1
Primera comunicación escrita de las Comunidades Europeas
(10 de noviembre de 1999)

I. EL ALCANCE DE ESTE PROCEDIMIENTO Y EL OBJETIVO PERSEGUIDO POR LAS CE

1. Las Comunidades Europeas han solicitado al OSD que establezca el presente Grupo Especial contra los Estados Unidos con el objeto de obtener una resolución en la que se recomiende a los Estados Unidos que deje sin efecto la medida comercial ilegal adoptada el 3 de marzo de 1999 y confirmada el 19 de abril de 1999 (en adelante denominada "la medida"), que limitó la importación de determinados productos procedentes de las Comunidades Europeas. Las CE consideran que los hechos del caso presente son sencillos y no requieren, por tanto, debates prolongados. En consecuencia, las CE solicitan al Grupo Especial que proceda rápidamente, dentro del tiempo más breve posible, a examinar el asunto incluido en su mandato. A este respecto, las CE desearían señalar a la atención del Grupo Especial el hecho de que la medida ilegal adoptada por los Estados Unidos sigue ejerciendo sus efectos perjudiciales en los agentes económicos comunitarios.

II. HECHOS EN LITIGIO

2. El 7 de enero de 1988, el Árbitro Dr. El-Naggar resolvió que

> "de conformidad con el apartado c) del párrafo 3 del artículo 21, el plazo prudencial para la aplicación por las Comunidades Europeas de las recomendaciones y resoluciones del OSD adoptadas el 25 de septiembre de 1997 sobre el asunto *Comunidades Europeas – Régimen para la importación, venta y distribución de bananos*, será el período comprendido entre el 25 de septiembre de 1997 y el 1º de enero de 1999".[1]

3. El Consejo de la Unión Europea adoptó el Reglamento (CE) Nº 1637/98 de 20 de julio de 1998, que modificaba el Reglamento (CEE) 404/93 relativo a la organización de un mercado común para el plátano (DO L 210 de 27 de julio de 1998). El Reglamento 1637/98 entró en vigor el 31 de julio de 1998 y fue aplicable a partir del 1º de enero de 1999. Mediante las facultades delegadas que le atribuyó el Consejo, la Comisión Europea adoptó el Reglamento de la Comisión (CE) Nº 2362/98 de 28 de octubre de 1998, en el que se establecieron normas detalladas para la aplicación del Reglamento del Consejo (CEE) Nº 404/93 relativo a la importación de plátanos en la Comunidad (DO L 293 de 31 de octubre de 1998). Este Reglamento entró en vigor el 1º de noviembre de 1998 y fue aplicable en su totalidad a partir del 1º de enero de 1999.

4. Las modificaciones introducidas por estos reglamentos crearon un conjunto completamente nuevo de normas que se referían concretamente a los elementos del régimen del plátano anterior que había sido declarado incompatible con las normas de la OMC, tanto con respecto al GATT como al AGCS.

5. Mucho antes de la conclusión del plazo prudencial concedido por el Árbitro a las CE, y cuando las CE aún no habían adoptado la totalidad de las medidas previstas para cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD del 27 de septiembre de 1997, los Estados Unidos publicaron tres avisos en el *Federal Register* los días 22 de octubre, 10 de noviembre y 29 de diciembre de 1998, respectivamente[2] (Anexos I, II y III de las CE), de la determinación de

[1] WT/DS27/15, párrafo 20.

[2] Volumen 63, páginas 56.687, 63.099 y 71.665.

medidas propuestas mediante la imposición de derechos prohibitivos (el 100 por ciento *ad valorem*) sobre determinados productos procedentes de las Comunidades Europeas. Esta medida propuesta se basaba en la determinación unilateral formulada por los Estados Unidos en el sentido de que las medidas que las CE han decidido imponer a partir del 1º de enero de 1999 no aplican las recomendaciones de la OMC relativas al régimen de los bananos de las CE. Las medidas propuestas debían entrar en vigor ya desde el 1º de enero de 1999.

6. La publicación de los avisos antes mencionados representó la aplicación de un compromiso político asumido por el Presidente de los Estados Unidos con respecto al Congreso de ese país (Anexo IV de las CE), que se refiere expresamente a un proyecto de ley que se estaba examinando en ese momento en el Congreso de los Estados Unidos. El compromiso asumido en la carta estuvo así claramente destinado a impedir que los legisladores estadounidenses adoptaran una legislación que imponía sanciones económicas inmediatas contra las CE (Anexos V y VI de las CE).

7. El 14 de enero de 1999, sin haber solicitado un procedimiento de solución de diferencias conforme a lo exigido por el párrafo 5 del artículo 21 del ESD, los Estados Unidos pidieron no obstante al OSD autorización, en virtud del artículo 22 del ESD, para suspender la aplicación a las CE de concesiones arancelarias y obligaciones conexas en el marco del GATT.

8. Después de la celebración de amplios debates en el OSD y en el Consejo General, en los que se subrayó el carácter extraordinario de la solicitud de los Estados Unidos y el peligro que ello creaba para el sistema de solución de diferencias de la OMC[3], a fin de limitar perjuicios a sus agentes económicos en la máxima medida posible, el 29 de enero de 1999 las CE impugnaron el nivel de suspensión propuesto por los Estados Unidos y el asunto fue sometido a arbitraje, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD.

9. El 2 de marzo de 1999, el Árbitro dio traslado a las partes de una decisión "inicial".[4] En la carta de remisión enviada a las partes en el procedimiento se expresó lo siguiente:

> "Le escribo para informarle de que los Árbitros hemos dado hoy traslado a las partes de una decisión inicial en la que resolvemos cuestiones relacionadas con el alcance de nuestra labor y con ciertos aspectos de la metodología y los cálculos de los Estados Unidos para determinar el nivel de la suspensión de concesiones. Además, hemos pedido a las partes que nos suministren información adicional. Esta información ha de permitirnos adoptar una opinión definitiva con respecto al nivel de anulación o menoscabo sobre la base de la incompatibilidad, de haberla, del régimen revisado de las CE para el banano con la OMC y, si procede, determinar el nivel de la suspensión de concesiones u otras obligaciones equivalentes al nivel de esa anulación o menoscabo. Pensamos que, una vez recibida y analizada esa información, estaremos pronto en condiciones de pronunciar una decisión definitiva sobre este asunto."

10. A pesar de esta declaración, muy precisa, del Árbitro, el USTR, basándose en su determinación unilateral de que las Comunidades Europeas no habían cumplido las recomendaciones del OSD sobre este régimen, anunció el día siguiente (3 de marzo de 1999) que el Servicio de Aduanas de los Estados Unidos comenzaría a partir de esa fecha a suspender la liquidación y a revisar la suficiencia de las fianzas correspondientes a las importaciones de determinados productos europeos por un valor comercial superior a 520 millones de dólares EE.UU. (Anexo VII de las CE).

---

[3] Véase el documento WT/DSB/M/54 de la OMC, en particular las páginas 30 y siguientes.

[4] WT/DS27/48.

Normalmente, una deuda aduanera se contrae cuando se importan productos sujetos a derechos de importación, y se establece sobre la base del derecho aplicable al producto que se importa en ese momento. El nivel del derecho es el determinado en la nomenclatura arancelaria de los Estados Unidos y este nivel no deberá ser superior al nivel establecido en la Lista de compromisos de los Estados Unidos en el marco de la OMC.

En la práctica, la medida estadounidense suspendió la liquidación de una deuda aduanera correspondiente a la importación de acuerdo con las reglas normales, haciendo así imposible el pago de los derechos establecidos en la nomenclatura aduanera de los Estados Unidos. Además de este efecto, la medida estadounidense impuso el depósito de una fianza (o garantía), que no se podía liberar hasta tanto la deuda aduanera respecto de la cual se otorgaba la fianza se hubiese extinguido o no pudiese ya existir. El nivel de la garantía no se calculó con respecto a un nivel derivado pero no superior a los derechos consolidados por los Estados Unidos (es decir, la deuda aduanera ordinaria), sino con respecto a un nivel muy superior, en realidad del 100 por ciento *ad valorem* (es decir, el nivel arbitrario de retorsión fijado unilateralmente por los Estados Unidos) (Anexo VIII de las CE).

Además, la decisión de suspender la liquidación de derechos de aduanas del 3 de marzo de 1999 impuso a los importadores de determinados productos europeos una obligación contingente correspondiente a derechos del 100 por ciento *ad valorem*, discriminando así a los productos y los importadores europeos, ya que los importadores de productos similares de otras procedencias sólo estaban sujetos a una obligación correspondiente al arancel aduanero consolidado.

11. El 9 de abril de 1999, el Árbitro emitió una decisión en la que determinaba el nivel de anulación o menoscabo en 191,4 millones de dólares EE.UU.[5] El mismo día (9 de abril de 1999), los Estados Unidos solicitaron al OSD autorización para suspender concesiones u otras obligaciones a las CE por ese importe. La autorización fue concedida el 19 de abril de 1999.[6]

12. Con efecto desde el 19 de abril de 1999, el USTR confirmó (Anexos IX y X de las CE) que se aplicaría retroactivamente un derecho del 100 por ciento *ad valorem* a los productos procedentes de las CE (incluidos en una lista) cuando se anunciase que esos productos habían entrado o se habían retirado del depósito de aduanas para consumo, a partir del 3 de marzo de 1999.

III. INFRACCIÓN DE LAS OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS UNIDOS EN EL MARCO DE LA OMC

A. INFRACCIÓN DEL ARTÍCULO 22 DEL ESD

13. De conformidad con la última frase del párrafo 6 del artículo 22 del ESD

> "No se suspenderán concesiones u otras obligaciones durante el curso del arbitraje."

14. Al aplicar su medida del 3 de marzo, los Estados Unidos violaron esta norma. De hecho, mientras el procedimiento de arbitraje aún estaba en curso, los Estados Unidos impusieron exclusivamente a los productos importados procedentes de las CE una obligación contingente correspondiente a derechos del 100 por ciento, mientras que los importadores de productos similares de otras procedencias estaban sujetos a obligaciones contingentes por el valor del arancel aduanero consolidado. Las fianzas de las importaciones procedentes de las CE correspondían (o estaban destinadas a corresponder) a esa obligación contingente más elevada, que afectaba al comercio por una cuantía de 520 millones de dólares EE.UU.

---

[5] WT/DS27/ARB.

[6] WT/DSB/M/59, página 12.

15. El propósito y las consecuencias reales de la medida consistían en disuadir absolutamente las importaciones, ya que lógicamente los importadores serían muy renuentes a aceptar el riesgo de tener que pagar retroactivamente derechos del 100 por ciento *ad valorem.* Como señaló el Representante Comercial Adjunto de los Estados Unidos, Sr. P. Scher, en una conferencia de prensa ofrecida el 3 de marzo de 1999 (Anexo XI de las CE),

> "hemos adoptado medidas de retorsión frenando efectivamente el comercio a partir del 3 de marzo para responder al perjuicio causado por el régimen de los bananos de las CE incompatible con la OMC."

Además, como se demuestra en la decisión definitiva de los Árbitros, la cuantía de 520 millones de dólares EE.UU. del valor de las importaciones comunitarias objeto de la suspensión de concesiones u otras obligaciones, determinada unilateralmente por las autoridades de los Estados Unidos, carece de todo fundamento en virtud de las normas de la OMC.

B. INFRACCIÓN DE LOS ARTÍCULOS I, II, XI Y VIII DEL GATT DE 1994

16. Además, de los hechos mencionados anteriormente se desprende claramente que la medida en litigio es incompatible con:

a) El artículo I del GATT de 1994, porque discrimina entre los productos originarios de las CE y los productos originarios de todos los demás países. El 3 de marzo de 1999, sólo fueron sujetos a la medida estadounidense determinados productos procedentes de las CE, mientras que los productos similares de otros Miembros no lo fueron.

b) El artículo II del GATT de 1994, ya que niega, a partir del 3 de marzo de 1999, el derecho incondicional de importar determinados productos de las CE conforme a un arancel no superior al establecido y previsto en la Lista de los Estados Unidos. La medida de los Estados Unidos significa que cada empresario que importara uno de los productos escogidos unilateralmente por la medida de los Estados Unidos estaba obligado a pagar un arancel incomparablemente superior al derecho consolidado en la Lista de los Estados Unidos.

c) El artículo XI del GATT de 1994, ya que la consecuencia de la medida "de retorsión" estaba destinada, según la expresión del Representante Comercial Adjunto de los Estados Unidos, a "frenar efectivamente el comercio a partir del 3 de marzo".

d) El apartado a) del párrafo 2 del artículo II y el párrafo 1 del artículo VIII del GATT de 1994, ya que el requisito de presentar o constituir fianzas superiores al tipo de derecho consolidado al importarse determinados productos de las CE da lugar a un aumento de los gastos para los importadores, que constituye "otras cargas" impuestas en relación con la importación, y que están prohibidas. Resulta incuestionable que el depósito de una garantía (o la constitución de una fianza) impone necesariamente una carga financiera, ya que todas las empresas (o sus agentes de aduanas) sujetas a esa medida están obligadas:

- a depositar una suma fija (lo que supone necesariamente una de las situaciones siguientes: o la empresa tiene lista y disponible esa cantidad, en cuyo caso sufre una pérdida de intereses y, por tanto, un gasto; o bien debe pedir el dinero en préstamo, en cuyo caso está obligada al pago de intereses por dicho préstamo);

- o bien a depositar una garantía financiera, que las instituciones financieras sólo facilitan a un precio relacionado con la cuantía garantizada;

- o, por último, a comprometer una parte de una garantía general (o una fianza continuada). Si la garantía general no es suficiente, se requiere una garantía adicional o un aumento de la garantía general.

17. De hecho, la medida obligó a las empresas o a sus agentes de aduanas a escoger la segunda o la tercera opción indicadas en el apartado d) del párrafo 16 *supra* (Anexos VIII y X de las CE). Ambas opciones suponían una carga adicional a lo exigido por las autoridades aduaneras de los Estados Unidos al aplicar los derechos de aduana ordinarios.

C. VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 23 Y DEL ARTÍCULO 3 DEL ESD

18. El USTR aclaró mediante un aviso público en el que se solicitaban observaciones sobre la medida proyectada para el 3 de marzo de 1999, que los artículos 301 a 310 le exigían aplicar dicha medida en esa fecha:

> "Dado que el plazo prudencial para la aplicación por las CE de las recomendaciones de la OMC relativas al régimen comunitario para los bananos expira el 1º de enero de 1999, el USTR debe formular la determinación exigida por el artículo 306 (b) a más tardar el 31 de enero de 1999 y, en el caso de una determinación afirmativa, debe aplicar nuevas medidas a más tardar 30 días después de esa fecha."[7]

19. Por lo tanto, el USTR se consideró obligado a adoptar medidas de retorsión después de los 60 días transcurridos desde la expiración del período de aplicación, como respuesta a lo que se estimaba como la no aplicación de resoluciones o recomendaciones del OSD. El USTR añadió:

> "estos plazos permiten que el USTR recurra a los procedimientos de compensación y suspensión de concesiones previstos en el artículo 22 del ESD".[8]

20. Sin embargo, cuando resultó que los procedimientos previstos en el artículo 22 no habían concluido el 3 de marzo de 1999 y que, por ende, los Estados Unidos no podían obtener la autorización necesaria del OSD en el momento en que lo exigía su legislación nacional, el USTR, a pesar de ello, impuso sanciones comerciales, "frenando efectivamente el comercio". Esta serie de acontecimientos confirma que el USTR aplicó la nueva medida (unilateralmente), decidida sólo sobre la base de su legislación interna y, por tanto, sin tener en cuenta si esa medida se ajustaba a los requisitos de los párrafos 1 y 2 del artículo 23 del ESD.

21. En virtud del artículo 23 del ESD, los Estados Unidos aceptaron una obligación incondicional y sin reservas de imponer una suspensión de concesiones u otras obligaciones sólo con la aprobación del OSD; sin embargo, han aplicado su legislación interna infringiendo tal obligación fundamental dimanante de los Acuerdos de la OMC.

Además, la medida de los Estados Unidos está en contradicción con las normas de la OMC en lo que se refiere a su oportunidad y su cuantía, y por el hecho de dejar totalmente de lado los procedimientos de la OMC, socavando así de manera fundamental la autoridad de los órganos de la OMC que se ocupan de la solución de diferencias. También socava la expectativa de que los Miembros de la OMC aseguren la conformidad de sus procedimientos administrativos nacionales con las normas de la OMC, en particular con lo requerido por el ESD.

---

[7] *Federal Register*, Volumen 63, Nº 204, jueves 22 de octubre de 1998, páginas 56.688 y 56.689.

[8] *Idem*, página 56.689.

Como indicó el Grupo Especial que se ocupó del asunto "*Estados Unidos – Artículos 301 a 310*"[9]:

> "El párrafo 1 del artículo 23 [...] establece una obligación general de carácter doble. Primero, dispone que todos los Miembros "recurrirán" al procedimiento multilateral establecido en el ESD cuando traten de que se repare una incompatibilidad con las normas de la OMC. En esas circunstancias, los Miembros tienen que recurrir al sistema de solución de diferencias establecido en el ESD, con exclusión de cualquier otro sistema, en particular un sistema de imposición coercitiva unilateral de los derechos y obligaciones dimanantes de las normas de la OMC. Esta prescripción, a la que se podría denominar "cláusula exclusiva para la solución de diferencias", es un importante elemento nuevo de los derechos y obligaciones que incumben a los Miembros con arreglo al ESD. Segundo, el párrafo 1 del artículo 23 también dispone que los Miembros, cuando recurran al sistema de solución de diferencias del ESD, "deberán acatar" las normas y procedimientos del ESD.
>
> Pasando al párrafo 2 del artículo 23, que a primera vista se refiere a la actuación en diferencias concretas, hay que señalar que ese párrafo empieza con las palabras "[e]n tales casos". Por consiguiente, está explícitamente vinculado al párrafo 1 del artículo 23 y tiene que interpretarse junto con él y supeditándolo a él.
>
> De hecho, dos de las tres prohibiciones mencionadas en el párrafo 2 del artículo 23 -las indicadas en sus apartados b) y c)- son destacados ejemplos de actuaciones que están en contradicción con las normas y procedimientos del ESD, normas y procedimientos que los Miembros "deberán acatar" conforme al párrafo 1 del artículo 23.[10] Evidentemente, esas normas y procedimientos abarcan mucho más que las normas y procedimientos mencionados expresamente en el párrafo 2 del artículo 23.[11] Hay muchos más comportamientos estatales que pueden incumplir la obligación general impuesta por el párrafo 1 del artículo 23 de recurrir a las normas de procedimiento del ESD y de acatar esas normas y procedimientos que los casos a los que se hace especial referencia en el párrafo 2 del artículo 23."[12]

22. Por último, socava el logro de los objetivos fundamentales previstos en el artículo 3 del ESD. El artículo 3 del ESD describe el sistema de solución de diferencias del ESD como "un elemento esencial para aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio". Como señaló el Órgano de Apelación en el informe relativo a las "*Redes locales*"[13], el objetivo de la "seguridad y previsibilidad del sistema multilateral de comercio" también es un objeto y fin de los propios Acuerdos sustantivos de la OMC. Constituye el reflejo del principio general del derecho internacional público "*pacta sunt servanda*" (artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados), que exige que los acuerdos internacionales se cumplan de buena fe.

---

[9] Véanse los párrafos 7.43 a 7.45 del informe del Grupo Especial, WT/DS152/R.

[10] [Nota de pie de página del original.] En cambio, en otras partes del ESD no se hace referencia al apartado a) del párrafo 2 del artículo 23, en el que se prohíbe a los Miembros formular ciertas determinaciones.

[11] [Nota de pie de página del original.] Se podría hacer referencia, por ejemplo, a la prescripción de que se solicite la celebración de consultas conforme al artículo 4 del ESD antes de pedir que se constituya un grupo especial con arreglo al artículo 6.

[12] [Nota de pie de página del original.] Algunos otros ejemplos de comportamientos que serían contrarios a las normas y procedimientos del ESD pero que no se mencionan expresamente en el párrafo 2 del artículo 23 son el no notificar al OSD las soluciones mutuamente convenidas como se dispone en el párrafo 6 del artículo 3 del ESD, o el no cumplir las normas de que se solicite la celebración de consultas o el establecimiento de un grupo especial, como se dispone en los artículos 4 y 6.

[13] WT/DS62/AB/R – WT/DS67/AB/R – WT/DS68/AB/R.

D. INFRACCIÓN DEL PÁRRAFO 5 DEL ARTÍCULO 21 DEL ESD

23. El párrafo 5 del artículo 21 del ESD establece:

> "En caso de desacuerdo en cuanto a la existencia de medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones o a la compatibilidad de dichas medidas con un acuerdo abarcado, esta diferencia se resolverá conforme a los presentes procedimientos de solución de diferencias, con intervención, siempre que sea posible, del grupo especial que haya entendido inicialmente en el asunto. El grupo especial distribuirá su informe dentro de los 90 días siguientes a la fecha en que se le haya sometido el asunto."

24. Esta disposición, y en particular los términos "se resolverá" (se utiliza el término "shall" en la versión inglesa), "grupo especial" y "los presentes procedimientos de solución de diferencias" se deben interpretar de conformidad con los principios de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, es decir, se deben interpretar

> "de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin" (párrafo 1 del artículo 31).

25. Las CE consideran que el sentido corriente del término "shall" (en la versión inglesa) expresa "una orden o un deber".[14] En el contexto de la OMC, la expresión "grupo especial" se define en los artículos 6, 7 y 8 del ESD. La expresión "los presentes procedimientos de solución de diferencias", interpretada "de buena fe" en el contexto del párrafo 5 del artículo 21, no significa otra cosa sino un procedimiento de solución de diferencias de conformidad con el ESD, lo que supone un grupo especial, según se define en los artículos 6, 7 y 8 (y, por tanto, no meramente un procedimiento de arbitraje cuya naturaleza jurídica, ámbito de acción, garantías procesales y sustanciales con respecto al derecho de defensa, acceso al Órgano de Apelación y acceso de los terceros, no puede compararse con el procedimiento de un grupo especial).

26. Como indicó el Órgano de Apelación en el asunto "*India – Patentes*"[15], párrafo 45:

> "El deber del intérprete de un tratado es examinar las palabras de éste para determinar las intenciones de las partes. Esto ha de hacerse de conformidad con los principios de interpretación de los tratados establecidos en el artículo 31 de la *Convención de Viena*. Pero estos principios de interpretación ni exigen ni aprueban que se imputen al tratado palabras que no existen en él o que se trasladen a él conceptos que no se pretendía recoger en él."

27. Por lo tanto, "en caso de desacuerdo en cuanto a la existencia de medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones o la compatibilidad de dichas medidas con un acuerdo abarcado" existe la obligación ("shall" en la versión inglesa) de recurrir al procedimiento de un grupo especial conforme a lo establecido en el párrafo 5 del artículo 21 del ESD (a menos que la parte reclamante decida no actuar, según lo autoriza la primera frase del párrafo 7 del artículo 3 del ESD).

28. Los Estados Unidos no obraron de esta manera. Mucho antes de la expiración del "plazo prudencial" y en un momento en que las instituciones competentes de las CE aún no habían adoptado todas las medidas comunitarias necesarias para aplicar las recomendaciones y resoluciones del OSD,

---

[14] Oxford English Reference Dictionary, 1995.

[15] WT/DS50/AB/R.

los Estados Unidos ya habían determinado unilateralmente que las medidas de las CE infringían las obligaciones de las CE dimanantes de la OMC. Sobre la base de una determinación unilateral, impulsada exclusivamente por un programa político interno susceptible de recibir la presión de intereses particulares de sectores industriales, los Estados Unidos suspendieron unilateralmente concesiones arancelarias a las CE para determinados productos, a partir del 3 de marzo de 1999, por una cuantía jurídicamente injustificada y económicamente injustificable.

29. Como se señaló en el informe del Grupo Especial en el asunto "*Estados Unidos - Artículos 301 a 310*"[16] (párrafo 7.75):

> "La seguridad y la previsibilidad del sistema multilateral de comercio son otro de los principales objetos y fines del sistema y pueden contribuir a la consecución de los amplios objetivos del preámbulo. De todas las disciplinas de la OMC, el ESD es uno de los instrumentos más importantes para proteger la seguridad y la previsibilidad del sistema multilateral de comercio y, por conducto de él, la seguridad y la previsibilidad del mercado y de los diferentes empresarios. Así pues, las disposiciones del ESD han de interpretarse en función de ese objeto y de ese fin y de la manera que coadyuve más eficazmente a su consecución."

Pese a ello, la medida de los Estados Unidos hizo caso omiso completamente de esta razón fundamental para la existencia, en virtud de los Acuerdos de la OMC, de un sistema multilateral para la solución de diferencias y para la autorización de medidas encaminadas a reequilibrar las concesiones entre los Miembros en caso de infracción de una obligación en el marco de la OMC.

Conclusiones

Las CE solicitan al Grupo Especial que constate que la medida de los Estados Unidos sometida a examen ha infringido el artículo 3, el párrafo 5 del artículo 21 y los artículos 22 y 23 del ESD, y los artículos I, II, XI y VIII del GATT de 1994. Se deberá instar a los Estados Unidos a que adopten todas las medidas necesarias para cumplir dichas constataciones.

[16] WT/DS152/R.

Apéndice 1.2
Intervención oral de las CE en la primera reunión sustantiva
(16 de diciembre de 1999)

Sr. Presidente, distinguidos miembros del Grupo Especial:

1. Las Comunidades Europeas iniciaron este procedimiento con la mira de que el OSD reafirmara algunos principios de fundamental importancia en todo régimen cuyo funcionamiento se sustenta en el derecho y no en la mera fuerza y, al propio tiempo, de que estatuyera al respecto: nadie puede ser juez y jurado en la misma causa, nadie puede hacerse justicia por cuenta propia sin la previa intervención de un juez independiente e imparcial y nadie puede dejar de lado los procedimientos establecidos en ese régimen jurídico, que tienen por objeto garantizar el funcionamiento correcto y ordenado de ese régimen y, cosa sumamente importante, el derecho de defensa.

2. En suma, estamos ante ustedes con el objeto de que se afirmen los principios de un sistema de solución de diferencias basado en normas, frente a un sistema de intimidación sustentada en el poder.

3. Lo que ustedes, Sr. Presidente y miembros del Grupo Especial, deben hacer en virtud del mandato que tiene conferido el presente Grupo Especial es, pues, por un lado examinar una medida adoptada por los Estados Unidos el 3 de marzo de 1999 y confirmada el 19 de abril de 1999 que limita la importación de ciertos productos procedentes de las Comunidades Europeas y, por el otro formular recomendaciones al respecto. No tienen ustedes el cometido, porque ello, en realidad, carece por entero de pertinencia para la resolución de la presente diferencia, de examinar la labor de otros órganos establecidos por el OSD en el contexto de otro procedimiento de solución de diferencias, ni tampoco les compete reformular la historia, como lo querrían los Estados Unidos, caracterizando a los acontecimientos de una forma que sencillamente no se compagina con la realidad.

4. A este respecto, si bien están cabalmente preparadas en cualquier momento -ahora mismo, mañana o en las próximas semanas- para elucidar toda cuestión que ustedes puedan considerar apropiada, las CE se abstendrán de analizar en detalle todas las afirmaciones incorrectas que los Estados Unidos hicieron en 8 de las 18 páginas de su primera comunicación escrita respecto de los hechos en que se sustentaron anteriores diferencias. Las CE estiman que ello haría perder el tiempo a todos.

5. Las Comunidades Europeas consideraron en su primera comunicación que los hechos en la presente diferencia eran claros y no necesitaban mucha elucidación de nuestra parte. La primera comunicación escrita de los Estados Unidos confirma esa interpretación de las CE.

6. Acaso convenga recapitular brevemente la situación en que nos encontramos en cuanto a la evaluación de los hechos de resultas del primer intercambio de comunicaciones escritas:

a) Los Estados Unidos no niegan que la medida que adoptaron el 3 de marzo de 1999 afecte a los derechos por pagar. En la página 8 de su comunicación, los Estados Unidos afirman lo siguiente:

> 1. "Los procedimientos de entrada aplicables en los Estados Unidos permiten el despacho de aduana oportuno o inmediato de los productos en los Estados Unidos. Como la liquidación de una entrada se realiza habitualmente después de que los productos han entrado en

> la corriente del comercio, se exigen fianzas para garantizar el pago de esos derechos o tasas adicionales."[17] (Subrayado añadido.)

En consecuencia, de acuerdo con lo afirmado por los Estados Unidos mismos, tan pronto el Servicio de Aduanas de los Estados Unidos despachó las mercancías a consumo el 3 de marzo de 1999 o a partir de esa fecha, y se presentó o comprometió una fianza igual al 100 por ciento del derecho *ad valorem*, el importador debía pagar el derecho aumentado (prohibitivo) al tiempo de liquidarse la deuda aduanera. Los Estados Unidos confirman además que el requisito de fianza era esencial para garantizar el cobro de derechos del 100 por ciento *ad valorem* (no autorizados) a partir del 3 de marzo de 1999. También se confirma que el requisito de fianza se impuso a una lista de productos con un valor comercial superior a 500 millones de dólares EE.UU., cuando fue, como todos sabemos, el árbitro oportunamente fijó el nivel de anulación o menoscabo de los beneficios de los Estados Unidos y el correspondiente valor equivalente de suspensión de las concesiones en 191,4 millones de dólares EE.UU., una tercera parte de la cuantía inicial.

b) Los Estados Unidos no niegan, ni pueden negar, la declaración hecha por el Representante Adjunto para las Cuestiones Comerciales que figura en el anexo X de la primera comunicación escrita de las CE, de acuerdo con la cual:

> 2. "… hemos adoptado medidas de retorsión frenando efectivamente el comercio a partir del 3 de marzo para responder al perjuicio causado por el régimen del banano de las CE, incompatible con la OMC."

En consecuencia, queda confirmado que de resultas de la imposición por el Servicio de Aduanas de los Estados Unidos de los requisitos en materia de fianzas mencionados en el apartado 1) *supra*, a partir del 3 de marzo de 1999, a pesar de que el procedimiento de arbitraje se encontraba todavía en curso, los Estados Unidos impusieron unilateralmente una medida de retorsión desproporcionada y no autorizada.

c) En su primera comunicación escrita, los Estados Unidos tratan de sembrar confusión respecto del asunto cuando afirman en el párrafo 31 *in fine* que:

> 3. "[El] requisito [de una fianza única por transacción igual al valor declarado de la mercancía, correspondiente al 100 por ciento *ad valorem*] no imponía efectivamente derechos ni prejuzgaba la cuantía del valor total de los productos a los que se impondrían derechos más elevados."

Sin embargo, los Estados Unidos no pueden negar no sólo la afirmación del Representante Adjunto para las Cuestiones Comerciales mencionada en el apartado 2) *supra*, como tampoco pueden negar que a ningún importador le fue posible a partir del 3 de marzo de 1999 importar un producto enumerado en la lista de retorsión establecida unilateralmente con sólo el pago de un derecho que no fuera superior al derecho consolidado en la Lista de concesiones arancelarias de los Estados Unidos correspondiente a ese producto (esto es, sin la aplicación del derecho de 100 por ciento *ad valorem*). Aparte de la paralización del comercio, ésta fue la otra consecuencia principal en la práctica de la medida de los Estados Unidos del 3 de

[17] Párrafo 32, *in fine*.

marzo de "retener la licitación", que literalmente impide la liquidación inmediata de toda deuda aduanera.

d) Aunque insisten en descripciones subjetivas (y, a decir verdad, erróneas) de los acontecimientos ocurridos antes y en el curso del procedimiento de arbitraje que concluyó el 19 de abril de 1999, los Estados Unidos no refutan seriamente, ni pueden tampoco hacerlo, dos declaraciones importantes del árbitro en su decisión inicial[18] y en su decisión final respectivamente[19]:

> 4. "(…) hemos pedido a las partes que nos suministren información adicional. Esta información ha de permitirnos adoptar una opinión definitiva con respecto al nivel de anulación o menoscabo sobre la base de la incompatibilidad, de haberla, del régimen revisado de las CE para el banano con la OMC y, si procede, determinar el nivel de la suspención de concesiones u otras obligaciones equivalente al nivel de esa anulación o menoscabo."

> 5. "(…) [Podríamos recurrir a la opción de] medir el nivel de anulación o menoscabo tomando como base nuestras constataciones en la diferencia inicial, modificadas por el Órgano de Apelación y adoptadas por el OSD, para lo que sería necesario prescindir completamente del hecho indiscutible de que las Comunidades Europeas han adoptado medidas para revisar su régimen para la importación de bananos."

En consecuencia, bien puede haber ocurrido que los abogados de los Estados Unidos se hayan dejado llevar por el ánimo polémico cuando afirmaron en la primera comunicación de los Estados Unidos que

> 6. "Por consiguiente, los árbitros concluyeron que lo que ahora las CE describen como un 'conjunto completamente nuevo de normas' para su régimen de los bananos fue en gran parte una nueva combinación de los mismos elementos que el Grupo Especial y el Órgano de Apelación declararon inicialmente incompatibles con las obligaciones de las CE en el marco de la OMC (…)."

Haya o no habido polémica, el hecho es que el árbitro el 2 de marzo de 1999 aún no había adoptado ninguna decisión sobre el nivel de anulación o menoscabo, "de haberl[o]", respecto del régimen "revisado" de importación de bananos que las CE habían "indiscutible[mente]" adoptado antes de la expiración del plazo prudencial. Todo ello queda sobradamente confirmado cuando se examina la siguiente declaración del árbitro[20]:

> 7. "Observamos también que ambas partes admiten que para la evaluación de la equivalencia entre el nivel de la anulación sufrida y el nivel de la suspención propuesta hay que tomar como base la

[18] WT/DS27/48.

[19] WT/DS27/ARB/US, párrafo 4.7.

[20] *Ibid*., párrafo 4.5.

compatibilidad o incompatibilidad con las normas de la OMC del nuevo régimen de las CE, y no del régimen anterior."

e) Los Estados Unidos no niegan, por último, que el requisito de presentar o comprometer fianzas de valor superior al tipo consolidado por la importación de ciertos productos procedente de las CE dio lugar a aumentos de los costes para los importadores que constituyen "otras cargas" impuestas en relación con la importación.

7. A juicio de las CE, por lo tanto, los hechos indiscutibles en la presente diferencia quedan confirmados como sigue:

Los Estados Unidos no incoaron ningún procedimiento anterior de solución de diferencias al amparo del párrafo 5 del artículo 21 del ESD, como debieron haberlo hecho, en relación con el régimen revisado del banano que las CE habían adoptado indiscutiblemente antes de la expiración del plazo prudencial. Los Estados Unidos decidieron el 3 de marzo de 1999 imponer unilateralmente medidas de retorsión sobre ciertos productos procedentes de las CE por un valor superior a 500 millones de dólares EE.UU. Esa medida se adoptó a pesar de que había un procedimiento de arbitraje todavía en curso que no concluyó antes del 19 de abril de 1999, cuando el nivel de anulación o menoscabo se fijó en un tercio del nivel unilateralmente determinado e impuesto por los Estados Unidos. El efecto práctico de esa imposición fue 1) frenar efectivamente el comercio de los productos seleccionados a partir del 3 de marzo de 1999 y 2) en todo caso privar, a partir del 3 de marzo de 1999, a los importadores de su derecho de importar esos productos sujetos a un derecho no superior al derecho consolidado conforme a la Lista de concesiones arancelarias de los Estados Unidos. Además, esa medida dio lugar a costes adicionales para los importadores que constituyen "otras cargas" impuestas en relación con la importación.

8. Si nos ocupamos ahora de las consecuencias jurídicas que debieran inferirse de los hechos que se acaban de resumir, cabe decir que las CE consideran que el cometido del Grupo Especial se ha visto facilitado de manera considerable por la declaración que hicieron los Estados Unidos en su primera comunicación escrita.

Las CE adhieren firmemente a la tesis de que la autorización de suspensión de concesiones u otras obligaciones por el OSD al amparo de los párrafos 2 ó 7 del artículo 22 del ESD en ningún caso se puede conceder retroactivamente. Los Estados Unidos afirman en su primera comunicación escrita que el ESD guarda silencio respecto de esta cuestión[21], pero no están en lo cierto. En verdad, la última oración del párrafo 6 del artículo 22 contiene la siguiente norma que limita el derecho del reclamante a aplicar la suspensión de concesiones u otras obligaciones:

"No se suspenderán concesiones u otras obligaciones durante el curso del arbitraje".

Esta disposición carecería de sentido si la suspensión de concesiones u otras obligaciones pudiera aplicarse retroactivamente después de haber sido autorizada por el OSD. Como lo ilustra la presente diferencia, en verdad es imposible en la práctica aplicar la suspensión de concesiones u otras obligaciones retroactivamente salvo que ya se haya adoptado alguna medida de contingencia que anuncie claramente la medida definitiva futura y garantice su aplicabilidad. Esa medida de contingencia por sí sola, sin embargo, es incompatible con la obligación clara y sin reservas de no recurrir a la suspensión de concesiones u otras obligaciones en el curso del procedimiento de arbitraje porque -como también lo ilustra la presente diferencia- esa medida de contingencia tendrá exactamente el mismo efecto comercial que la suspensión de concesiones u otras obligaciones. Ello se debe a que ningún importador estará dispuesto a asumir el riesgo de quedar sujeto a un derecho

[21] Véase el párrafo 39 de la primera comunicación escrita de los Estados Unidos.

prohibitivo *ex post facto*, pues la importación en sí no se puede deshacer una vez que el producto ha sido despachado a consumo en el país importador.

9. Por lo tanto, en modo alguno podrían las medidas adoptadas por los Estados Unidos en este caso justificarse al amparo del presunto silencio del ESD o de la invocación de una "responsabilidad" de las CE a partir de la expiración del plazo prudencial. Esa "responsabilidad" presupone que, antes de que pueda plantearse la cuestión de qué medidas están o no justificadas como respuesta ante un presunto incumplimiento de las obligaciones asumidas en la OMC, esta alegación haya sido confirmada por el órgano pertinente de la OMC, conforme a los procedimientos que correspondan dentro del sistema multilateral de solución de diferencias. Esa "responsabilidad", por ende, no puede en ningún caso ser invocada por un Miembro de la OMC antes de que se hayan concluido los procedimientos pertinentes al amparo del ESD.

10. Quisiéramos también observar, en este contexto, que la fecha escogida por los Estados Unidos para la aplicación retroactiva de la suspensión de concesiones u otras obligaciones, esto es, el 3 de marzo de 1999, encuentra fundamento en los artículos 306 b) 2) y 305 a) 1) de la Ley de Comercio Exterior de los Estados Unidos de 1974 (en su forma enmendada), porque en virtud de esas disposiciones el USTR debe adoptar medidas a lo sumo después de dos plazos de 30 días tras la expiración del plazo prudencial.[22] Ello se desprende también, muy claramente, pese a la refutación que hacen los Estados Unidos en su primera comunicación escrita, de las notas publicadas en el *Federal Register* sobre el asunto. Una de esas notas contiene la siguiente declaración oficial de las autoridades de los Estados Unidos:

> "Habida cuenta de que el plazo prudencial para la aplicación por las CE de las recomendaciones de la OMC relativas al régimen del banano de las CE expira el 1º de enero de 1999, el USTR ***debe*** adoptar la determinación ***requerida*** por el artículo 306 b) no más tarde del 31 de enero de 1999 y, en el caso de una determinación afirmativa, ***debe*** adoptar medidas ulteriores no más tarde de 30 días a contar de esa fecha."[23] (Subrayado añadido.)

Las CE observarían al respecto que no existe realmente ninguna coincidencia en que el plazo de 30 días a partir del 31 de enero de 1999 expirase precisamente el 2 de marzo de 1999 (dado que en 1999, febrero tuvo 28 días).

11. Este hecho está confirmado por otra nota del *Federal Register* que en las partes correspondientes dice lo siguiente:

> "Las fechas en que el USTR intenta aplicar la medida -1º de febrero o una fecha no posterior al 3 de marzo de 1999- corresponden a las ***fechas previstas en los***

[22] Artículo 306 b) 2): "Si la medida [...] a que se hace referencia [...] está relacionada con la aplicación de una recomendación formulada en un procedimiento de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio y el Representante para las Cuestiones Comerciales considera que el país extranjero no la ha aplicado, formulará la determinación [de la medida ulterior que adoptará en virtud del artículo 301 a)] a más tardar 30 días después del vencimiento del plazo prudencial previsto para tal aplicación en el párrafo [¡*sic*!] 21 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias [...]."

Artículo 305 a) 1): "Salvo en los casos previstos en el párrafo 2), el Representante para las Cuestiones Comerciales aplicará las medidas que él mismo habrá determinado [que deben adoptarse] de conformidad con el artículo 301, respetando las instrucciones específicas, en su caso, del Presidente sobre esas medidas, a más tardar 30 días después de la fecha en que se haya formulado esa determinación."

[23] Véase *Federal Register*, jueves 22 de octubre de 1998, página 56689/90 (anexo I de las CE).

> *artículos 306 b) y 305 a) de la Ley de Comercio Exterior*, así como en el artículo 22 del ESD."[24] (Subrayado añadido.)

Así pues, la afirmación de que el USTR no adoptó ninguna medida en conformidad con los artículos 301 y siguientes, el 3 de marzo de 1999, contenida en la primera comunicación de los Estados Unidos en el presente procedimiento[25] está en abierta contradicción con las notas oficiales publicadas en esas mismas fechas en el *Federal Register*, que es nada menos que el boletín oficial del Gobierno de los Estados Unidos.

12. La argumentación jurídica presentada por los Estados Unidos en la presente diferencia, según la cual la medida adoptada el 3 de mazo de 1999 se basaba en la llamada "responsabilidad potencial" de las CE[26] resultante de su presunto incumplimiento de las recomendaciones del OSD en la diferencia sobre el *Banano,* es por lo tanto nada más que un intento *a posteriori* de dar una justificación a una medida que se tomó por razones relacionadas exclusivamente con la política interna de los Estados Unidos.[27] Las CE desearían señalar a la atención del Grupo Especial la flagrante contradicción entre esta medida y el compromiso explícito, oficial, repetido e incondicional que adquirieron los representantes de los Estados Unidos cuando aparecieron ante el Grupo Especial para hablar sobre el asunto "*Estados Unidos - Artículo 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974*" según la cual el USTR se basaría "para formular conforme al artículo 301 cualquier determinación en el sentido de que ha habido una infracción o denegación de derechos que correspondan a los Estados Unidos conforme al acuerdo correspondiente sobre el Grupo Especial del Órgano de Apelación adoptadas por el OSD".[28]

13. Como ya hemos explicado en detalle en nuestra primera comunicación escrita, las medidas de los Estados Unidos objeto de la presente reclamación por parte de las Comunidades Europeas se tomaron en flagrante violación de las obligaciones de todos los Miembros en el marco de la OMC con respecto a las disposiciones del artículo 23 del ESD titulado "*Fortalecimiento del sistema multilateral*". Los Estados Unidos alegan en su primera comunicación escrita que "resulta difícil responder a los vagos argumentos de las CE con respecto al artículo 23, sobre todo porque las CE nunca determinaron con precisión las obligaciones en cuestión".[29]

14. Si los Estados Unidos tienen dificultad para identificar las normas contenidas en el artículo 23 del ESD a las que se refieren las CE en el caso presente, ello no hace más que confirmar la fundamental despreocupación de los Estados Unidos con respecto a esas normas, que por otra parte fueron analizadas con gran detalle en el reciente informe del Grupo Especial sobre "*Estados Unidos - Artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974*". El principio orientador del artículo 23 está contenido en su párrafo 1, que orienta asimismo las disposiciones más detalladas del párrafo 2, dado que dicho párrafo comienza con las siguientes palabras: "En tales casos, los Miembros", con lo

---

[24] Véase *Federal Register*, jueves 10 de noviembre de 1998, página 63089 (anexo II de las CE).

[25] Véase el párrafo 49 de la primera comunicación escrita de los Estados Unidos.

[26] Véase el párrafo 41 de la primera comunicación escrita de los Estados Unidos.

[27] Véase el proyecto de ley sobre "Uruguay Round Agreements Compliance Act of 1998" (H.R. 4761 de 9 de octubre de 1998, anexo V de las CE a su primera comunicación escrita) pendiente a la sazón de su aprobación en el Congreso de los Estados Unidos.

[28] Véase el párrafo 7.115 del informe del Grupo Especial sobre *Estados Unidos - Artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974*, documento WT/DS152/R.

[29] Véase el párrafo 46 de la primera comunicación escrita de los Estados Unidos.

cual el párrafo 1 queda incorporado al párrafo 2. Tal como ha afirmado el Grupo Especial sobre los artículos 301 a 310, el párrafo 1 del artículo 23 del ESD dispone lo siguiente:

> "Los Miembros tienen que recurrir al sistema de solución de diferencias establecido en el ESD, con exclusión de cualquier otro sistema, en particular un sistema de imposición coercitiva unilateral de los derechos y las obligaciones dimanantes de las normas de la OMC."[30] (Subrayado añadido.)

15. Además, en el apartado c) del párrafo 2 del artículo 23, se dice claramente que los Miembros

> "seguirán los procedimientos establecidos en el artículo 22 para determinar el nivel de suspensión de las concesiones u otras obligaciones y para obtener autorización del OSD, de conformidad con esos procedimientos, *antes* de suspender concesiones u otras obligaciones resultantes de los acuerdos abarcados en el caso de que el Miembro afectado no haya aplicado las recomendaciones y resoluciones dentro de ese plazo prudencial." (Subrayado añadido.)

Las CE afirman que las medidas sobre las que se formula la reclamación en el presente caso, infringen evidentemente esta disposición explícita relativa a la secuencia entre los procedimientos, prevista en el artículo 22 del ESD y al recurso a la suspensión de concesiones u otras obligaciones.

16. Además, en el presente caso los Estados Unidos no han seguido el procedimiento correcto que prescribe el ESD antes de recurrir a una solicitud de autorización para suspender las concesiones u otras obligaciones, de conformidad con los párrafos 2 y 7 del artículo 22 del ESD.

17. Mientras que los Estados Unidos alegan en su primera comunicación escrita que no hay normas que regulen la secuencia que hay que seguir entre los procedimientos previstos por estas dos disposiciones, las CE desearían recordar la primera frase del párrafo 5 del artículo 21 del ESD que dice lo siguiente:

> "En caso de desacuerdo en cuanto a la existencia de medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones o a la compatibilidad de dichas medidas con un acuerdo abarcado, esta diferencia se resolverá conforme a los presentes procedimientos de solución de diferencias, con intervención, siempre que sea posible, del grupo especial que haya entendido inicialmente en el asunto." (Subrayado añadido.)

18. La carta del USTR, Charlene Barshefsky, de 13 de julio de 1999, contenida en la Prueba documental 1 adjunta a la primera comunicación escrita de los Estados Unidos en el caso que nos ocupa, reconoce la existencia de un desacuerdo entre las partes en la diferencia sobre el *Banano*, en cuanto a las medidas adoptadas por las CE a fin de aplicar las recomendaciones y resoluciones del ESD de 27 de septiembre de 1997. En la carta se reconoce además la aplicabilidad del párrafo 5 del artículo 21 del ESD a esta situación. Así pues, ni siquiera está en litigio que el procedimiento multilateral correcto previsto para esta situación sea recurrir a los procedimientos previstos en el párrafo 5 del artículo 21 del ESD. Los argumentos de los Estados Unidos sobre su decisión de "ahorrarse" los procedimientos que se prevén en el párrafo 5 del artículo 21, a fin de poder recurrir inmediatamente al párrafo 2 del artículo 22 del ESD, son simplemente engañosos.

[30] WT/DS152/R, en particular el párrafo 7.43.

19. La solicitud de que las CE convengan en "ayudar a que el procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 […] se termine antes del 1º de enero de 1999"[31] es simplemente otro ejemplo de las tácticas intimidatorias de los Estados Unidos. Como resulta evidente de la descripción de la secuencia de acontecimientos que se da en la primera comunicación escrita de los Estados Unidos, el objetivo real de éstos era asegurar que el procedimiento para la solución de diferencia se adaptara a los plazos internos que figuran en los artículos 306 b) y 305 a) de la Ley de Comercio Exterior de los Estados Unidos de 1974. De hecho, esta solicitud de los Estados Unidos de prescindir de los plazos establecidos en el ESD, demuestra una vez más que los Estados Unidos no podían aceptar un procedimiento multilateral que no estuviera plenamente de acuerdo con el calendario establecido por la legislación interna de los Estados Unidos.

20. Como ha demostrado claramente la práctica seguida, es perfectamente posible salvaguardar los derechos de las partes reclamantes en lo que respecta a la suspensión de concesiones u otras obligaciones en aquellos casos en que dichos reclamantes soliciten en primer lugar el establecimiento de un grupo especial, de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21. Hasta el momento existen cinco casos en que se ha respetado la secuencia correcta entre el párrafo 5 del artículo 21 y el artículo 22. En la diferencia sobre el *Banano*, se ha dado así en la reclamación presentada por Ecuador[32]; en la diferencia sobre *Australia - Medidas que afectan a la importación del salmón*, el procedimiento arbitral prescrito en el párrafo 6 del artículo 22 se suspendió[33], hasta el momento en que se complete el procedimiento prescrito en el párrafo 5 del artículo 21[34]; en las dos diferencias sobre *Aeronaves* entre Canadá y Brasil se solicitaron procedimientos en virtud del párrafo 5 y del artículo 21[35] antes de recurrir a la suspensión de concesiones, y, por último, sin que por ello sea de menor importancia, los propios Estados Unidos recurrieron a los procedimientos prescrito en el párrafo 5 del artículo 21 en la diferencia sobre *Cuero para automóviles*[36] con Australia antes de recurrir a la suspensión de concesiones. Así pues, en todos los casos excepto en la diferencia entre las Comunidades Europeas y los Estados Unidos en el caso del *Banano*, se han respetado las disposiciones obligatorias que figuran en el párrafo 5 del artículo 21.

21. Como sabe muy bien el Grupo Especial, a raíz de la diferencia entre las Comunidades Europeas y los Estados Unidos en el caso del *Banano*, se ha intentado resolver la divergencia de posiciones sobre la secuencia entre los procedimientos del párrafo 5 del artículo 21 y el artículo 22, mediante negociaciones sobre una enmienda del ESD. Sin embargo, actualmente la perspectiva de una solución negociada es a todas luces muy incierta, dado el fracaso de la Conferencia Ministerial de Seattle para llegar a una conclusión sobre la revisión del ESD. Estas negociaciones no pueden servir

---

[31] Véase el segundo párrafo de la carta de la Sra. Barshefsky de 13 de julio de 1999, Prueba documental 1 adjunta a la primera comunicación escrita de los Estados Unidos.

[32] Véase el documento WT/DS27/41, de 18 de diciembre de 1998.

[33] Véase la solicitud de autorización por parte del Canadá de la suspención de concesiones u otras obligaciones en virtud del párrafo 2 del artículo 22 del ESD, documento WT/DS18/12 de 15 de julio de 1999, la solicitud de arbitraje por parte de Australia en virtud del párrafo 6 del artículo 22 del ESD, documento WT/DS18/13 de fecha 3 de agosto de 1999, y el debate sobre este tema en la reunión del OSD, de 28 de julio de 1999, documento WT/DSB/M/66, páginas 4 y siguientes.

[34] Véase la solicitud del Canadá de establecer un grupo especial, en virtud del párrafo 5 del artículo 21 del ESD, documento WT/DS18/14 de 3 de agosto de 1999.

[35] Véase el documento WT/DS70/9 de 23 de noviembre de 1999 (recurso del Brasil al párrafo 5 del artículo 21 del ESD) y documento WT/DS46/13 de 26 de noviembre de 1999 (recurso del Canadá al párrafo 5 del artículo 21 del ESD).

[36] Véase el documento WT/DS126/8 de 4 de octubre de 1999.

por lo tanto de excusa para que los Estados Unidos se opongan a que el presente grupo especial llegue a una constatación sobre las actuales obligaciones en el marco del ESD, tal como figuran en la actualidad y figuraban en el momento de los hechos en cuestión.

22. Por lo tanto, las CE mantienen su posición de que las medidas tomadas por los Estados Unidos objeto de la presente diferencia constituyeron una infracción de las obligaciones de los Estados Unidos, en cuanto a los procedimientos, en el marco del párrafo 5 del artículo 21 del ESD.

23. Por último, las CE desearían repetir que la aplicación de las medidas en litigio constituyen asimismo una infracción de las disposiciones pertinentes del GATT, como los artículos I, II, XI y VIII del GATT de 1994. Las CE no insistirán más sobre este aspecto de su reclamación a menos que el Grupo Especial desee formular preguntas al respecto.

Sr. Presidente, miembros del Grupo Especial,

Con esto desearía concluir. Muchas gracias por su atención.

Apéndice 1.3
Declaración final de las CE en la primera reunión sustantiva
(17 de diciembre de 1999)

Sr. Presidente, distinguidos miembros del Grupo Especial:

Como hemos explicado al comienzo de esta reunión, las Comunidades Europeas iniciaron este procedimiento con el propósito de conseguir que el OSD reafirme y se pronuncie sobre algunos principios que revisten una importancia fundamental para todo sistema cuyo funcionamiento se base en el derecho y no en la mera fuerza. Esta posición es compartida por una gran mayoría de Miembros de la OMC y por los terceros que intervienen en este procedimiento.

La posición de los Estados Unidos es diferente, ya que trata de ser juez y parte sobre la cuestión de la aplicación, y tomar justicia por su propia mano, sin un examen previo a cargo de un grupo especial independiente e imparcial.

Para defender lo indefendible, los Estados Unidos tratan de imputar a las CE la responsabilidad por su propio desprecio de los procedimientos multilaterales, alegando intentos inexistentes de las CE para evitar o retrasar un procedimiento con arreglo al párrafo 5 del artículo 21 en la diferencia relativa a los bananos.

Sr. Presidente: sigue siendo nuestra firme convicción que lo decidido por otros órganos de la OMC en la diferencia relativa a los bananos no guarda relación directa con el caso presente. Este caso no se limita a una diferencia comercial concreta, sino que afecta a cuestiones sistémicas fundamentales creadas por la interpretación que hacen los Estados Unidos de normas fundamentales relativas al funcionamiento multilateral del sistema de solución de diferencias, lo que podría plantearse en otros casos. Por ello, simplemente no deseamos seguir a los Estados Unidos en polémicas estériles, cuyo único propósito es tratar de escribir nuevamente la historia y distraer la atención del Grupo Especial.

No obstante, las CE toman nota de que el Grupo Especial ha solicitado algunas aclaraciones acerca de la postura de las CE en la diferencia relativa a los bananos, en particular con respecto al plazo prudencial y al procedimiento previsto en el párrafo 5 del artículo 21. Obviamente, responderemos a estas preguntas en detalle, pero podemos anunciar en el día de hoy que las alegaciones de los Estados Unidos en este contexto son absolutamente incorrectas.

Los Estados Unidos han planteado durante esta reunión y por vez primera una cuestión relativa al mandato de este Grupo Especial. Alegan que este mandato se limita a lo que denominan la "medida" del 3 de marzo.

Según se desprende claramente de la solicitud de establecimiento de este Grupo Especial, presentada por las CE en el documento WT/DS165/8 y sus dos Anexos, las CE consideran que el asunto planteado ante el Grupo Especial en virtud del artículo 7 del ESD es la medida adoptada por los Estados Unidos, efectiva desde el 3 de marzo de 1999, sobre una lista de productos, que figura en el Anexo 1, y confirmada para una parte de los productos en una "lista reducida" adoptada el 19 de abril de 1999, y que figura en el Anexo 2.

Apéndice 1.4
Respuestas de las CE a las preguntas del Grupo Especial y de las Partes
(13 de enero de 2000)

Preguntas del Grupo Especial a ambas partes

Pregunta

¿Es la retención de la suspensión de la liquidación (con inclusión del requisito relativo a las fianzas) una suspensión de concesiones u otras obligaciones en el marco del ESD?

Respuesta

Las CE interpretan que esta pregunta se refiere a la retención o suspensión de la liquidación.

En general, en cuanto impide la importación de un producto mediante el pago de un derecho de aduana no superior al tipo arancelario consolidado, tal medida infringe la consolidación arancelaria y, por ende, el GATT de 1994.

En este caso particular, la medida de los Estados Unidos objeto de controversia fue adoptada sin ninguna justificación en el marco de la OMC ni autorización del OSD y, por tanto, sin respetar los procedimientos multilaterales pertinentes. Por consiguiente, equivale a una suspensión no autorizada (infracción de los artículos 3, 21, 22 y 23 del ESD) de concesiones (infracción del artículo II del GATT de 1994) y de otras obligaciones (infracción de los artículos I, XI y VIII del GATT de 1994).

Pregunta

¿Cuáles son las consecuencias en el comercio y en los comerciantes que supone una suspensión de liquidación (con inclusión del requisito relativo a las fianzas)?

Respuesta

En general, las consecuencias en el comercio dependerán de la obligación contingente impuesta a los agentes económicos por el requisito en materia de fianzas. Por razones técnicas, un requisito en materia de fianzas debe identificar la cuantía precisa que se ha de garantizar. Además, a fin de respetar las normas de la OMC, esta cuantía debe justificarse por un gasto o carga aproximado al costo de los servicios prestados y/o un derecho que no supere el tipo consolidado que figura en la Lista de concesiones arancelarias del Miembro.

Pregunta

¿Cuál es el vínculo legal entre la fecha de evaluación de la anulación causada por la no aplicación, por parte de las CE, de las recomendaciones en el asunto *Bananos III* y la necesidad de estar en condiciones de suspender las concesiones el 3 de marzo de 1999?

Respuesta

Dado que el OSD constató el 6 de mayo de 1999 que el régimen comunitario revisado de los bananos era incompatible con algunas obligaciones de las CE en el marco de la OMC, el único vínculo legal que puede establecerse entre el régimen comunitario revisado para los bananos y la medida de los Estados Unidos, efectiva desde el 3 de marzo de 1999, son las disposiciones legislativas

internas de los Estados Unidos que figuran en los artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de los Estados Unidos, de 1974, enmendada.[37]

Pregunta

¿Cabe presumir que una nueva medida (una medida de aplicación) es compatible o incompatible con obligaciones dimanantes de la OMC después del plazo prudencial? ¿A cuál de las partes incumbe la carga de probar, después del plazo prudencial, la compatibilidad (o la incompatibilidad) con disposiciones de la OMC? ¿Es correcto afirmar que la parte perdedora se convierte en responsable a partir del vencimiento del plazo prudencial? ¿Y responsable de qué?

Respuesta

Las CE no alcanzan a comprender de qué modo la condición jurídica de una nueva medida en el marco de la OMC puede verse influida o determinada por la condición de una medida que estaba anteriormente en vigor y que ha sido retirada de conformidad con el párrafo 7 del artículo 3 del ESD y las recomendaciones y resoluciones del OSD.

Por esta razón, en el ESD no se establece expresamente ninguna presunción de incompatibilidad. Por el contrario, como se ha confirmado recientemente en el informe del Órgano de Apelación en el asunto *"Chile - Impuestos a las bebidas alcohólicas"*[38] (párrafo 74): "De ninguna manera se debería presumir que los Miembros de la OMC *continúan* una protección o discriminación anterior mediante la adopción de una nueva medida. Esto se parecería mucho a presumir su mala fe". (Cursivas del original.)

En consecuencia, la carga de la prueba sigue las reglas normales indicadas por el Órgano de Apelación en su informe en el asunto *"Estados Unidos - Medida que afecta a las importaciones de camisas y blusas procedentes de la India"*[39] e incumbe al Miembro que alega la incompatibilidad de una medida adoptada por otro Miembro.

Los propios conceptos de parte "perdedora" y de "responsabilidad después de la expiración del plazo prudencial", sugeridos por los Estados Unidos, son completamente inexactos en este contexto. Por una parte, si una nueva medida se adopta al finalizar el plazo prudencial, la obligación de la parte demandada en el anterior procedimiento de solución de diferencias, de dejar sin efecto su medida inicial incompatible, ya se ha cumplido. Por lo tanto, incluso referirse a la parte "perdedora" en tal caso resulta improcedente. Por otra parte, el concepto de "responsabilidad" está simplemente fuera de contexto en un procedimiento abarcado por el ESD, en el que los conceptos de compatibilidad con la OMC de una medida dada y de nivel equivalente de concesiones recíprocas brindan la referencia apropiada.

[37] Véanse las pruebas ofrecidas por las CE en su primera comunicación escrita (anexos I y II) y las referencias que figuran en los párrafos 10 y 11 de la declaración oral de las CE en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, del 16 de diciembre de 1999.

[38] WT/DS87/AB/R y WT/DS110/AB/R.

[39] Véase el documento WT/DS33/AB/R, página 16.

Pregunta

¿A quién incumbe la responsabilidad de plantear un caso en virtud del párrafo 5 del artículo 21? ¿Cuándo se debe presentar tal solicitud de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21?

Respuesta

El párrafo 5 del artículo 21 no aborda concretamente la cuestión de a quién incumbe la responsabilidad de plantear un procedimiento en virtud de esa disposición, sino que declara aplicables "los presentes procedimientos de solución de diferencias". Excepto en el caso del recurso de las CE al párrafo 5 del artículo 21 en la diferencia relativa a los bananos (que se examinará en la respuesta a la pregunta 7), todos los demás casos mencionados en la comunicación oral de las CE de 16 de diciembre de 1999 (párrafo 20) fueron planteados por el Miembro que alegaba la incompatibilidad.

En caso de desacuerdo respecto de la compatibilidad con un acuerdo abarcado de las medidas adoptadas para cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD, no se puede solicitar un procedimiento en virtud del párrafo 5 del artículo 21 antes del plazo correspondiente a la adopción de la medida de aplicación. Es obvio que en caso de desacuerdo sobre la existencia de medidas adoptadas para cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD, no es posible iniciar un procedimiento con arreglo al párrafo 5 del artículo 21 antes de la expiración del plazo prudencial.

El ESD no prevé la caducidad de ningún otro plazo en lo que respecta a las solicitudes de iniciar un procedimiento con arreglo al párrafo 5 del artículo 21.

Pregunta

¿Cuál es la consecuencia de no plantear una reclamación con arreglo al párrafo 5 del artículo 21 antes de la expiración del plazo prudencial? Si esto no se hace durante este período, ¿caduca el derecho de obtener una evaluación con arreglo al párrafo 5 del artículo 21?

Respuesta

Ninguna.

No. Véase la respuesta de las CE a la pregunta anterior.

Pregunta

Suponiendo que los Estados Unidos estén en lo cierto al afirmar que el grupo especial previsto en el párrafo 5 del artículo 21 debe ser activado (por cualquiera de las partes) dentro del plazo prudencial, ¿cuál es la consecuencia si este grupo especial previsto en el párrafo 5 del artículo 21 nunca es solicitado ni establecido? ¿Da lugar la falta de una evaluación con arreglo al párrafo 5 del artículo 21 a una presunción de que la nueva medida es compatible o de que es incompatible con obligaciones en el marco de la OMC? ¿Excluye la falta de un grupo especial previsto en el párrafo 5 del artículo 21 el recurso a los párrafos 6 y 7 del artículo 22?

Respuesta

Las CE consideran que la suposición de los Estados Unidos es completamente incorrecta y, por lo tanto, no desean explayarse sobre lo que consideran una interpretación incorrecta del ESD.

De forma coherente con la respuesta dada a la pregunta 4, las CE sostienen que, si no existe una decisión del OSD que declare la incompatibilidad de una medida de aplicación con un acuerdo

abarcado, la medida en cuestión debe sin duda presumirse compatible. Como explicaron las CE en el procedimiento tramitado ante el Grupo Especial que examinó el asunto *Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos - Recurso al párrafo 5 del artículo 21 por las Comunidades Europeas*, "una presunción de *incompatibilidad* afectaría gravemente a la seguridad y previsibilidad del sistema internacional de comercio, debido a la consiguiente incertidumbre".[40]

La falta de una resolución o recomendación del OSD al amparo del párrafo 5 del artículo 21 excluye el recurso a los párrafos 6 y 7 del artículo 22 del ESD en todos los casos, excepto cuando no hay desacuerdo en cuanto a la existencia o la compatibilidad de las medidas adoptadas para cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD. Esta última situación se produjo en la diferencia relativa a las *Hormonas* entre los Estados Unidos, el Canadá y las CE.

Pregunta

¿Quién determina si una nueva medida anula ventajas resultantes de la OMC?

Respuesta

En caso de desacuerdo en cuanto a la compatibilidad con un acuerdo abarcado de las medidas adoptadas para cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD, el OSD determina, tras un procedimiento realizado de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD, si existe anulación o menoscabo de las ventajas resultantes del Acuerdo de la OMC para el reclamante, como consecuencia de la nueva medida.

Si no existe tal desacuerdo, como ocurrió en el asunto relativo a las *Hormonas*, es posible recurrir al arbitraje, que determinará el nivel de la anulación o menoscabo.

Pregunta

¿Existe una evaluación implícita de compatibilidad de cualquier medida que es objeto de un arbitraje al amparo de los párrafos 6 y 7 del artículo 22, teniendo en cuenta el mandato del Árbitro de evaluar si el nivel de la suspensión es equivalente al nivel de la anulación o menoscabo?

Respuesta

El mandato del árbitro se establece en los párrafos 6 y 7 del artículo 22 del ESD. Este mandato no abarca las constataciones relativas a la compatibilidad o no compatibilidad de una medida de aplicación con un acuerdo abarcado. En el caso de desacuerdo acerca de la compatibilidad de una medida de aplicación, el párrafo 5 del artículo 21 del ESD exige que "esta diferencia se resolverá conforme a los presentes procedimientos de solución de diferencias, con intervención, siempre que sea posible, del grupo especial que haya entendido inicialmente en el asunto". Una evaluación implícita realizada por el árbitro en virtud del párrafo 6 del artículo 22, respecto de la compatibilidad de una medida con un acuerdo abarcado, usurparía la tarea del grupo especial previsto en el párrafo 5 del artículo 21 del ESD y, por ende, si un árbitro realizara tal evaluación, estaría actuando *ultra vires*.

[40] Véase WT/DS27/RW/EEC, párrafo 2.18 (cursivas del original).

Pregunta

Sírvanse referirse a la práctica de los Miembros de la OMC en la utilización de los procedimientos previstos en el párrafo 5 del artículo 21 y el artículo 22.

Respuesta

Las CE ya examinaron la práctica de los Miembros de la OMC cuando recurren al párrafo 5 del artículo 21 y al artículo 22 en el párrafo 20 de su comunicación oral en la primera reunión sustantiva de las partes con el Grupo Especial, celebrada el 16 de diciembre de 1999.

Preguntas del Grupo Especial a las CE

Sírvanse comentar las alegaciones de los Estados Unidos de que las CE bloquearon la adopción de una medida al amparo del párrafo 5 del artículo 21 antes de la expiración del plazo prudencial. Si las CE consideraran que el procedimiento previsto en el párrafo 5 del artículo 21 debe preceder a una autorización con arreglo al artículo 22, ¿por qué las CE se rehusaron reiteradamente a participar en el procedimiento solicitado por los Estados Unidos en virtud del párrafo 5 del artículo 21 antes del plazo prudencial?

Respuesta común a las preguntas 11 y 12

Es incorrecto decir que las CE "bloquearon la adopción de una medida al amparo del párrafo 5 del artículo 21 antes de la expiración del plazo prudencial" y que "se hayan reiteradamente rehusa[do] a participar en el procedimiento solicitado por los Estados Unidos en virtud del párrafo 5 del artículo 21 antes del plazo prudencial", como alegan los Estados Unidos. En realidad, de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD, "[e]n caso de desacuerdo en cuanto a la existencia de medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones o a la compatibilidad de dichas medidas con un acuerdo abarcado, esta diferencia se resolverá conforme a los presentes procedimientos de solución de diferencias" (subrayado añadido). Por lo tanto, el párrafo 1 del artículo 6 del ESD es aplicable con respecto al procedimiento que debe seguirse para el establecimiento de un grupo especial de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD. Esto significa que la parte demandada no está en situación de "bloquear" el establecimiento de un grupo especial porque la decisión es adoptada por el OSD con arreglo a la norma del consenso "en contrario", ni tampoco la parte demandada puede negarse a participar sin poner en serio riesgo su situación jurídica.

Desde luego, la referencia a los "presentes procedimientos de solución de diferencias" también guarda relación con otros elementos del procedimiento que se debe aplicar, incluidas las consultas previstas en el artículo 4 del ESD. Por consiguiente, las CE expresaron la opinión de que tales consultas deben preceder al establecimiento de un grupo especial según lo previsto en el párrafo 5 del artículo 21 del ESD.[41] Resulta sorprendente observar en este contexto que, por una parte, los Estados Unidos alegaron que la posición de las CE sobre la necesidad de celebrar consultas en el marco de un procedimiento previsto en el párrafo 5 del artículo 21 da lugar a "medidas de procedimiento innecesarias y sin contenido"[42], mientras que, por otra parte, los Estados Unidos alegan en la presente diferencia que las CE no estuvieron dispuestas a entablar consultas durante el plazo prudencial.[43] Esta última reclamación es simplemente incorrecta desde el punto de vista fáctico, como

[41] Véase la declaración formulada por el representante de las CE en la reunión celebrada por el OSD el 22 de septiembre de 1998, DSB/M/48, páginas 8 y siguientes.

[42] Véase WT/DS27/18, de 31 de agosto de 1998.

[43] Véase la primera comunicación escrita de los Estados Unidos, de 6 de diciembre de 1999, párrafo 3.

se demuestra mediante las declaraciones formuladas por sus representantes en las reuniones del OSD en el momento oportuno.[44]

Las CE consideran que estas declaraciones demuestran claramente que las CE no "bloquearon" el establecimiento de un grupo especial previsto en el párrafo 5 del artículo 21 del ESD ni alegaron que dicho grupo especial no se podía establecer durante el plazo prudencial. En cambio, los argumentos versaron acerca de la necesidad de celebrar consultas con arreglo al artículo 4 del ESD antes de recurrir al establecimiento de un grupo especial al amparo del párrafo 5 del artículo 21 del ESD y también se refirieron a la cuestión de si los procedimientos de solución de diferencias previstos en el párrafo 5 del artículo 21 del ESD se podían iniciar antes de que se hubieran adoptado las medidas de aplicación pertinentes (*quod non*).

Como han mostrado los hechos ocurridos a fines de 1998 y comienzos de 1999, las CE hicieron todo lo posible por convencer a los Estados Unidos de iniciar un procedimiento al amparo del párrafo 5 del artículo 21, y llegaron incluso a adoptar la medida sin precedentes de solicitar por su propia iniciativa un grupo especial al amparo del párrafo 5 del artículo 21 del ESD.[45] Así, el acta demuestra que las CE no "bloquearon" un procedimiento de un grupo especial con arreglo al párrafo 5 del artículo 21 ni se negaron a participar en tal procedimiento. Muy al contrario, fueron los Estados Unidos los que decidieron "saltarse" el procedimiento previsto en el párrafo 5 del artículo 21 del ESD porque deseaban invocar el artículo 22 del ESD tan pronto como hubiera vencido el plazo prudencial a fin de poder cumplir los requisitos del calendario previsto en su legislación interna, en virtud de los artículos 306 (b) y 305 (a) de la Ley de Comercio Exterior de 1974, modificada.

Pregunta de los Estados Unidos a las CE

En el párrafo 16 d) de la primera comunicación escrita de las CE y el párrafo 6 e) de su comunicación oral, las CE plantean varios argumentos con respecto a su alegación de que la medida del 3 de marzo impuso "otra carga" incompatible con lo dispuesto en el apartado a) del párrafo 2 del artículo II y el párrafo 1 del artículo VIII del GATT de 1994.

a) ¿Consideran las CE que esta "otra carga" aparece sólo en relación con la medida del 3 de marzo?

b) ¿Podrían las CE confirmar que no consideran que los sistemas de garantías de carácter general, previstos en el artículo 13 del Acuerdo sobre Valoración en Aduana y mantenidos por numerosos Miembros (incluidas las CE) imponen "otra carga"?

c) En tal caso, ¿cómo diferencian las CE la "otra carga" que, según alegan, se vincula a los requisitos en materia de garantías adoptados el 3 de marzo, de estos requisitos de garantías de carácter general?

[44] Véase WT/DSB/M/48, páginas 8 y siguientes (reunión del OSD de 22 de septiembre de 1998); WT/DSB/M/49, página 5 (reunión del OSD de 21 de octubre de 1998); WT/DSB/M/51, página 3 (reunión del OSD de 25 de noviembre de 1998) y WT/DSB/M/51/Add.1, página 2 (reunión del OSD de 21 de diciembre de 1998).

[45] Véase WT/DS27/40, de 15 de diciembre de 1998.

Respuesta a la pregunta general de los Estados Unidos

La pregunta se refiere al párrafo 16 d) de la primera comunicación escrita de las CE, que en su parte pertinente decía lo siguiente:

> "El apartado a) del párrafo 2 del artículo II y el párrafo 1 del artículo VIII del GATT de 1994, ya que el requisito de presentar o constituir fianzas superiores al tipo de derecho consolidado al importarse determinados productos de las CE da lugar a un aumento de los gastos para los importadores, que constituye "otras cargas" impuestas en relación con la importación, y que están prohibidas."

Como se desprende claramente del contexto, la referencia al apartado a) del párrafo 2 del artículo II alude en realidad al apartado c) del párrafo 2 del artículo II.

Resulta incuestionable que el aumento de las cargas y gastos para los importadores, debido a que se calculan sobre la base de un derecho superior al tipo consolidado sin ninguna autorización o justificación multilateral, no se limitan a una cuantía aproximada a los gastos de administración, de conformidad con el apartado a) del párrafo 1 del artículo VIII y el apartado c) del párrafo 2 del artículo II y, por lo tanto, violan lo dispuesto en el apartado b) del párrafo 1 del artículo II del GATT.[46]

Respuesta a la subpregunta a)

Al parecer, esta pregunta se basa en una distinción artificial entre diferentes "medidas", que las CE no aceptan. Las CE han demostrado que el aumento de gastos y cargas resultantes de la medida de los Estados Unidos infringen lo dispuesto en los artículos II y VIII del GATT.

Respuesta a las subpreguntas b) y c)

Las CE no comprenden de qué modo la cuestión de la valoración en aduana guarda alguna relación con el caso presente. Las CE no consideran que el artículo 13 del Acuerdo sobre Valoración en Aduana sea aplicable a las medidas impugnadas en el presente procedimiento.

Además, como señaló claramente el Grupo Especial que examinó el asunto "*CEE - Programa de precios mínimos, licencias y depósitos de garantía para la importación de determinadas frutas, legumbres y hortalizas elaboradas*" (mencionado en la nota 9 de este documento), el aumento de los gastos y cargas resultantes de la imposición de una garantía exigida además de los derechos de aduana ordinarios excede del tipo consolidado y, por tanto, no están incluidos en las prescripciones del apartado b) del párrafo 1 del artículo II del GATT, sino en lo previsto en el apartado c) del párrafo 2 del artículo II del GATT, en la medida en que la cuantía del aumento de cargas o gastos se limite aproximadamente a los gastos de administración, de conformidad con el apartado a) del párrafo 1 del artículo VIII del GATT.

Por consiguiente, véase lo ya mencionado al responder a la pregunta general.

[46] Véase el informe del Grupo Especial en *CEE - Programa de precios mínimos, licencias y depósitos de garantía para la importación de determinadas frutas, legumbres y hortalizas elaboradas*, IBDD 25S/75, párrafo 4.6.

Apéndice 1.5
Comunicación de réplica de las Comunidades Europeas
(21 de enero de 2000)

I. INTRODUCCIÓN

1. Las Comunidades Europeas consideran que esta segunda comunicación cumple principalmente dos funciones:

- recordar las principales alegaciones y argumentos de las CE en el caso presente, y

- refutar ciertas afirmaciones y declaraciones de los Estados Unidos, expresadas durante la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, y las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas formuladas por el Grupo Especial y las CE.

Naturalmente, se deberán considerar confirmadas aquí las demás cuestiones de derecho y de procedimiento expuestas por las CE durante las primeras etapas de este procedimiento de solución de diferencias (incluidas las respuestas a las preguntas del Grupo Especial y de los Estados Unidos). Esto se aplica especialmente a las alegaciones y argumentos de las CE relativas a la infracción de los artículos I y XI del GATT de 1994 y los artículos 3 y 23 del ESD causada por la medida adoptada por los Estados Unidos.

2. Como una breve cuestión preliminar, las CE sostienen también que los datos estadísticos facilitados por los Estados Unidos en su Prueba documental 5 no refutan la afirmación del Representante Comercial Adjunto, Sr. P. Scher[47], en el sentido de que "hemos adoptado medidas de retorsión frenando efectivamente el comercio a partir del 3 de marzo para responder al perjuicio causado por el régimen de los bananos de las CE, incompatible con la OMC".

Por una parte, los datos estadísticos correspondientes a marzo y abril de 1999 abarcan períodos que preceden y siguen a la entrada en vigor de la medida del 3 de marzo y a su confirmación del 19 de abril para una lista reducida.

Por otra parte, estas estadísticas demuestran, en el caso de numerosos productos, una espectacular reducción de las importaciones a partir de marzo de 1999. Esto confirma el argumento de las CE, de que las suspensiones discriminatorias de concesiones y otras obligaciones estaban en vigor desde el 3 de marzo de 1999.

Por último, la intención de las autoridades estadounidenses el 3 de marzo de 1999 era explícita y esto se ve irrefutablemente demostrado por sus declaraciones públicas; la medida que entró en vigor el 3 de marzo de 1999 infringe por sí misma las obligaciones que tienen los Estados Unidos en virtud de la OMC, con independencia de si en la práctica los intercambios comerciales correspondieron finalmente a las expectativas iniciales de las autoridades de los Estados Unidos.

II. EL ALCANCE DE LA PRESENTE DIFERENCIA

3. Los Estados Unidos han planteado en sus respuestas a las preguntas del Grupo Especial y de las CE tres objeciones relativas al alcance del procedimiento de este Grupo Especial. Las examinaremos en los siguientes apartados.

[47] Los Estados Unidos intentan llevar al Grupo Especial a conclusiones erróneas cuando pretenden, en su respuesta a las pregunta Nº 21 del Grupo Especial, que esa afirmación fue pronunciada por las CE.

A. LA MEDIDA DE LOS ESTADOS UNIDOS, EFECTIVA DESDE EL 3 DE MARZO DE 1999, Y SU CONFIRMACIÓN DEL 19 DE ABRIL DE 1999

4. Como las CE señalaron en su solicitud de establecimiento de este Grupo Especial, la medida en litigio "[ha impuesto] una obligación contingente correspondiente a derechos del 100 por ciento" y "ha privado a las importaciones en los Estados Unidos de los productos en cuestión procedentes de las CE del derecho a un arancel no superior al tipo consolidado en la Lista de los Estados Unidos". Esta solicitud también contenía, en su anexo, las listas de productos publicadas por los Estados Unidos el 3 de marzo y el 19 de abril de 1999, lo que demuestra que las CE consideran que ambas forman parte de una única y misma medida. Los Estados Unidos nunca plantearon ninguna objeción contra esta solicitud, ni durante la reunión del OSD en la que la solicitud fue adoptada ni en ningún otro momento.

5. La cuestión de la responsabilidad potencial por el pago de derechos está íntimamente vinculada a la cuestión del alcance de la presente diferencia.

6. Contrariamente a la postura expresada por los Estados Unidos ante el Grupo Especial, las CE consideran que la medida en litigio en la presente diferencia no se limita a un aumento de los requisitos en materia de depósitos de garantías, sino que también incluye necesariamente un aumento de la responsabilidad por el pago de derechos correspondiente a las importaciones de los productos enumerados en las instrucciones dadas a conocer por el Servicio de Aduanas de los Estados Unidos el 3 de marzo de 1999 con el ilustrativo título de "Sanciones europeas".[48]

En opinión de las CE, el aumento de la responsabilidad por el pago de derechos comenzó a funcionar en esa fecha y no únicamente en una fecha posterior, como los Estados Unidos pretenden actualmente. A juicio de las CE, todo lo que sucedió el 19 de abril fue que el aumento de la responsabilidad por el pago de derechos simplemente fue confirmada para la mayor parte de los productos incluidos en una lista, mientras que otros productos fueron en ese momento excluidos de la lista.[49] Por lo tanto, la responsabilidad "contingente" por el pago de derechos se transformó en una responsabilidad "definitiva" (si bien con algunas excepciones).[50]

7. No existe ninguna diferencia, ni en términos económicos ni con arreglo a la legislación de la OMC, si se denomina a un derecho superior al tipo consolidado "potencial" o "contingente" o derecho "final" o "definitivo". Lo que importa son los efectos previsibles de la medida sobre el comercio. Esos efectos comerciales son exactamente los mismos, sea el derecho "potencial" o "final", sobre todo porque los procedimientos aduaneros de los Estados Unidos no permiten que los

[48] Véase el Anexo VIII de la primera comunicación escrita de las CE, de 10 de noviembre de 1999.

[49] Las CE consideran que esta interpretación de las listas de productos publicadas el 3 de marzo y el 19 de abril de 1999 se ve corroborada por los Estados Unidos en el párrafo 35 de su primera comunicación escrita, de 6 de diciembre de 1999, en la que se afirma que los Estados Unidos impusieron "derechos del 100 por a un grupo reducido de productos indicados previamente el 3 de marzo de 1999" y cuando se denomina "lista reducida" a la lista publicada el 19 de abril de 1999. Esta elección de palabras indica que la publicación del 19 de abril es una confirmación de la publicación anterior del 3 de marzo, en la medida en que la lista contiene los mismos productos, así como un desistimiento respecto del resto de los productos que ya no se mencionan en la lista reducida.

[50] Por razones obvias, las CE no reclaman respecto de la supresión de productos de la lista, pero su reclamación se refiere al aumento de la responsabilidad por el pago de derechos, efectiva desde el 3 de marzo, que se introdujo mediante las instrucciones impartidas al Servicio de Aduanas en esa fecha. También reclaman por los gastos adicionales que supuso el incremento de los requisitos en materia de depósitos de seguridad, que son incompatibles con lo dispuesto en el artículo VIII del GATT de 1994.

importadores obtengan una confirmación inmediata de la cuantía exacta del derecho en el momento en que se produce la entrada física del producto.

Además, no existe diferencia alguna, ni en términos económicos ni con arreglo a la legislación interna de los Estados Unidos, si un depósito de garantía superior al costo aproximado de los servicios prestados es "contingente" o "potencial" o "final" o "definitivo". Como reconocen los Estados Unidos en sus respuestas a las preguntas 22 y 23 del Grupo Especial, el Servicio de Aduanas de los Estados Unidos no reembolsa ninguna tasa que los aseguradores privados puedan haber cobrado a los importadores estadounidenses (o, para el caso, a los exportadores comunitarios) ni pagan ningún interés con respecto a un requisito adicional en materia de fianzas o a un aumento de la cuantía de las fianzas.

8. Los aspectos técnicos de la manera en que los Estados Unidos incrementaron la responsabilidad por el pago de derechos a partir del 3 de marzo de 1999 tienen una importancia limitada en la presente diferencia. Las cuestiones relativas al carácter accesorio del depósito de garantía y a la fecha en la que una deuda aduanera se contrae revisten mucho mayor importancia en el contexto de la presente diferencia.

1. El carácter accesorio del depósito de garantía

9. Resulta claro que los depósitos de garantía aduanera tienen la finalidad de asegurar el pago de los derechos y tasas debidos por el importador. En este sentido, esos depósitos de garantía son accesorios de los importes (previstos) de derechos y tasas aduaneras cuyo pago garantizan. La cuantía de cualquier depósito de garantía está determinada por la responsabilidad prevista en materia de derechos y depende enteramente de ésta.

10. Por lo tanto, un depósito de garantía autónomo no puede justificarse en el marco de la legislación de la OMC. En realidad, ese depósito equivaldría a los "derechos o cargas de cualquier clase aplicados a la importación o con motivo de ésta que excedan" los tipos consolidados, lo que es incompatible con lo dispuesto en los artículos II y VIII del GATT.[51]

11. Los Estados Unidos aceptan esta cuestión de principio fundamental. Como señalaron en su declaración oral en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial (párrafo 4):

> "el Servicio de Aduanas de los Estados Unidos autoriza [...] el despacho a consumo [...] de mercancías en los Estados Unidos [...] siempre que el importador [...] haya dado garantías, en la forma de un depósito en efectivo o una fianza, de que pagará los derechos y tasas que eventualmente adeude." (Subrayado añadido.)

2. Fecha en que se contrae una deuda aduanera

12. En virtud de la legislación de la OMC, la obligación de no someter los productos importados a derechos y otras cargas superiores a los tipos consolidados en la Lista de concesiones arancelarias pertinente se relaciona con el momento de la importación.[52]

---

[51] Informe del Grupo Especial en CEE – Programa de precios mínimos, licencias y depósitos de garantía para la importación de determinadas frutas, legumbres y hortalizas elaboradas, adoptado el 18 de octubre de 1978, IBDD 25S/75, párrafo 4.15.

[52] Véanse los apartados b) y c) del párrafo 1 del artículo II del GATT de 1994, que utilizan los términos "al ser importados en el territorio a que se refiera esta lista" (apartado b) del párrafo 1 del artículo II) o "para la importación en el territorio a que se refiera esta lista" (apartado c) del párrafo 1 del artículo II). Esta redacción se refiere claramente al momento de la importación y no a ninguna otra fecha.

Esto significa que, en una situación en la que la responsabilidad por el pago de derechos varía a lo largo del tiempo, la fecha pertinente de la que depende la cuantía de esta responsabilidad es la fecha de importación del producto en el territorio aduanero del Miembro de la OMC importador, y no ninguna otra fecha (en la terminología aduanera de las CE, esta fecha es aquella en la que la "deuda aduanera se contrae").

13. Por lo tanto, suponiendo que la deuda aduanera correspondiente a un producto dado se reduce el 1º de enero de un año determinado como consecuencia, por ejemplo, de un compromiso incluido en la Lista del Miembro de la OMC importador, la responsabilidad por el pago de derechos correspondiente a un producto similar importado el 30 de diciembre del año precedente no se vería afectada por esta reducción. Lo mismo sucede cuando el derecho aduanero aumenta a lo largo del tiempo.[53]

14. Por ende, no puede existir un derecho que tenga un nivel X en el momento de la entrada del producto en el territorio aduanero de un Miembro de la OMC y que este nivel se reduzca a X-1 o se aumente a X+1 en algún momento posterior, en lo que se refiere al producto ya importado.

El argumento de que la responsabilidad por el pago de derechos puede variar después de la entrada del producto en el territorio aduanero al que se refiere la Lista simplemente no está en consonancia con la legislación vigente de la OMC (ni lo estaría con la legislación y la práctica aduanera vigente de los Estados Unidos, como los Estados Unidos han reconocido ante este Grupo Especial).

Resulta obvio que si la legislación aduanera de un Miembro de la OMC fuera diferente en este punto, ello justificaría una reclamación basada en la infracción del artículo II del GATT de 1994 por parte de ese Miembro de la OMC.

3. Aplicación de los principios antes mencionados a la medida adoptada por los Estados Unidos

15. De lo expuesto se desprende que el aumento del depósito de garantía correspondiente a determinados productos, dispuesto el 3 de marzo de 1999, no podría tener ninguna justificación que no fuera el aumento de la responsabilidad por el pago de derechos que comenzó a regir también el 3 de marzo de 1999 con efecto inmediato, y no en ningún momento posterior. Sólo de este modo los Estados Unidos podían exigir a los importadores un aumento de los depósitos de garantía y justificar la confirmación del aumento de la responsabilidad por el pago de derechos el 19 de abril, para ser efectivo a partir del 3 de marzo. Sólo de este modo podían los Estados Unidos recaudar el aumento de derechos del 100 por ciento sobre las importaciones de productos incluidos en la lista a partir del 3 de marzo de 1999.

Por las razones ya explicadas, un aumento de derechos aplicado el 19 de abril no podía tener ningún efecto sobre los productos importados en el territorio de los Estados Unidos en una fecha anterior.

16. Las CE reiteran que el aumento de la responsabilidad por el pago de derechos, sea potencial o definitiva, y el correspondiente incremento de los requisitos relativos a los depósitos de garantía ante la Aduana de los Estados Unidos son incompatibles con las obligaciones impuestas a los Estados Unidos por el apartado b) del párrafo 1 del artículo II, el apartado c) del párrafo 2 del artículo II y el apartado a) del párrafo 1 del artículo VIII del GATT de 1994. Esto se ve corroborado, a juicio de las CE, por el Informe adoptado del Grupo Especial que examinó el asunto *CEE – Programa de precios*

[53] Los Estados Unidos han confirmado, al responder a una pregunta de las CE, que esta regla general también es aplicable en los Estados Unidos (véase la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 3, párrafos 6 y 7).

mínimos, licencias y depósitos de garantía para la importación de determinadas frutas, legumbres y hortalizas elaboradas.[54]

17. Estas alegaciones forman parte expresamente del "asunto" sometido al examen de este Grupo Especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 del ESD según la solicitud de establecimiento del Grupo Especial.[55]

La medida adoptada por los Estados Unidos el 3 de marzo de 1999 contenía ya estos dos elementos y fue meramente confirmada el 19 de abril de 1999 (aparte de la retirada parcial, dispuesta en esa fecha). Por lo tanto, no se trata de dos medidas diferentes adoptada en fechas diferentes (excepto en lo relativo a la retirada parcial de la medida del 3 de marzo, dispuesta el 19 de abril, lo que no es objeto de la presente diferencia).

18. Por consiguiente, las CE discrepan fundamentalmente de la errónea descripción de la medida en litigio que figura en las comunicaciones presentadas por los Estados Unidos hasta la fecha. También se oponen a todo intento de los Estados Unidos de reducir el alcance de la presente diferencia.

B. EL MANDATO DEL PRESENTE GRUPO ESPECIAL EXPRESAMENTE ABARCA LA CUESTIÓN DE QUE UN MIEMBRO ESTÁ OBLIGADO A RECURRIR A UN PROCEDIMIENTO ANTE UN GRUPO ESPECIAL CON ARREGLO AL PÁRRAFO 5 DEL ARTÍCULO 21 DEL ESD ANTES DE RECURRIR A LA SUSPENSIÓN DE CONCESIONES U OTRAS OBLIGACIONES EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 22 DEL ESD EN EL CASO DE DESACUERDO SOBRE LA COMPATIBILIDAD CON UN ACUERDO ABARCADO DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS PARA APLICAR UNA RECOMENDACIÓN O UNA RESOLUCIÓN DEL OSD

19. La medida de los Estados Unidos fue adoptada en el contexto de un procedimiento arbitral en curso con arreglo al artículo 22 del ESD. Las CE resumirán a continuación las razones imperiosas que justifican su alegación de que la medida de los Estados Unidos infringió el artículo 22 del ESD.

Sin perjuicio de ello, las CE alegan también que la medida de los Estados Unidos infringió el párrafo 5 del artículo 21 del ESD.

Esta alegación forma parte explícitamente de la solicitud de establecimiento de este Grupo Especial formulada por las CE y que figura en el documento de la OMC WT/165/8, de 11 de mayo de 1999. Esta última alegación es distinta de la anterior, ya que tiene consecuencias de más amplio alcance, como las CE demostrarán a continuación.

20. En el contexto de la presente diferencia, el núcleo de las alegaciones de las CE es el hecho de que los Estados Unidos hicieron justicia por su propia mano y decidieron unilateralmente que el régimen revisado para los bananos de las CE que entró en vigor el 1º de enero de 1999 infringió las obligaciones que tenían las CE en el marco de la OMC.

Se debe recordar aquí que el régimen revisado para los bananos derogó y sustituyó el régimen anterior de las CE, que había sido declarado incompatible con las obligaciones de las CE en el marco de la OMC en los informes adoptados de un grupo especial y del Órgano de Apelación.

La solicitud de suspensión de concesiones u otras obligaciones formulada por los Estados Unidos de conformidad con el artículo 22 del ESD se basó en una determinación unilateral de que el régimen

[54] Informe del Grupo Especial adoptado el 18 de octubre de 1978, IBDD 25S/75, párrafos 4.6 y 4.15.

[55] Véase el documento de la OMC WT/DS165/8.

revisado para los bananos de las CE era incompatible con las obligaciones de las CE en el marco de la OMC.[56] La medida adoptada por los Estados Unidos el 3 de marzo de 1999, confirmada el 19 de abril del mismo año, dependía directamente de esta determinación unilateral de incumplimiento formulada por los Estados Unidos, que se efectuó sin una verificación objetiva a cargo de un grupo especial aplicando las disposiciones del párrafo 5 del artículo 21 del ESD.

21. Las CE examinarán más a fondo (véase el capítulo 4 *infra*) las razones jurídicas de fondo en las que se basan sus alegaciones sobre esta cuestión.

No obstante, como cuestión preliminar relativa al mandato de este Grupo Especial, las CE desearían repetir que la cuestión de la relación existente entre un procedimiento arbitral en virtud del artículo 22 del ESD y las constataciones de incompatibilidad en virtud del párrafo 5 del artículo 21 del ESD, necesariamente previas, resulta fundamental para resolver correctamente esta diferencia y, por tanto, dicha cuestión no se puede eludir.

22. Los Estados Unidos no sólo no deberían haber adoptado la medida del 3 de marzo de 1999, sino que tampoco había ninguna justificación para confirmarla el 19 de abril de 1999, aplicándola a una lista reducida. Como se demostrará *infra*, la incompatibilidad de la medida del 3 de marzo con la OMC no fue "subsanada" ni de modo alguno "anulada" por la autorización del OSD del 19 de abril de 1999, y menos aún por la confirmación de la medida del 3 de marzo dispuesta por los Estados Unidos en esta última fecha.

En opinión de las CE, la medida adoptada por los Estados Unidos sigue siendo incompatible con las obligaciones que imponen a los Estados Unidos el párrafo 5 del artículo 21 y los artículos 22 y 23 del ESD (y varias obligaciones sustantivas dimanantes del GATT de 1994) y debe ser retirada.

23. Los Estados Unidos alegan ahora que "[a]l igual que el Grupo Especial sobre los a*rtículos 301 a 310*, el presente Grupo Especial no tiene necesidad de examinar la cuestión de la relación entre el párrafo 5 del artículo 21 y el artículo 22."[57]

24. Las CE responden que, a su juicio, el Grupo Especial no tiene otra opción: a fin de desempeñar correctamente su labor, según se describe en el artículo 11 del ESD, se debe abordar la relación entre el párrafo 5 del artículo 21 y el artículo 22, a la luz de lo dispuesto en el artículo 23 del ESD, según se interpretó en el Informe del Grupo Especial que examinó el asunto *Artículo 301*.

25. En el Informe del Grupo Especial que examinó el asunto *Artículo 301*, distribuido el 22 de diciembre de 1999, se expresó lo siguiente:

> "Cualquiera sea el resultado de los procedimientos en curso ante otros grupos especiales, sobre los que no nos pronunciamos, el hecho de que el USTR formulara una determinación de no aplicación antes de terminados los procedimientos del párrafo 5 del artículo 21 en el asunto *Bananos III*, incluso si resultara posteriormente que esta medida no fue lícita, no constituye, en nuestra opinión, un acto de mala fe."

26. Según se desprende claramente de esta cita, el Grupo Especial que examinó el asunto *Artículo 301* estaba convencido de que esta cuestión estaba *sub-judice* en el momento en que adoptó su decisión definitiva. Las CE no consideran procedente ni necesario debatir aquí la corrección de

[56] Véase la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 10 del Grupo Especial, párrafo 25: "Al expirar el plazo prudencial, el Miembro reclamante tiene derecho a solicitar la autorización del OSD para la suspensión de concesiones conforme al párrafo 2 del artículo 22 si estima que el Miembro que ha de aplicar las recomendaciones y resoluciones no lo ha hecho".

[57] Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 9 del Grupo Especial, párrafo 23.

esta apreciación del Grupo Especial que examinó el asunto *Artículo 301* sobre una cuestión respecto de la cual ese Grupo Especial reconoció que "no se pronunciaba". La cuestión importante aquí es que las CE, como Miembro de la OMC, tienen derecho, en virtud de los acuerdos abarcados, a que esta cuestión jurídica fundamental se resuelva, tal como está planteada, en el marco del único procedimiento correcto de la OMC, esto es, el procedimiento de solución de diferencias.

27. Un debate *de lege ferenda* no puede ni debe tener influencia alguna sobre los deberes que debe cumplir un grupo especial en virtud de los artículos 7 y 11 del ESD en un procedimiento determinado de solución de diferencias. En cambio, una práctica reiterada de los Miembros de la OMC puede tener influencia en la interpretación de las disposiciones vigentes y aplicables de la OMC, tales como el párrafo 5 del artículo 21 y el artículo 22 del ESD (véase nuevamente el capítulo 4 *infra*).

28. Las CE pueden entender que un grupo especial, tal como el que examinó el asunto *Artículo 301*, pueda decidir que otro grupo especial que lleva a cabo un procedimiento en curso es un foro más adecuado para tratar la interpretación de determinadas disposiciones de la OMC, incluso si tales disposiciones formaran parte de su mandato. Sin embargo, no están dispuestas a aceptar el curso de acción sugerido por los Estados Unidos conforme al cual, no obstante el mandato explícito de un grupo especial establecido por el OSD, ningún procedimiento de grupo especial es el foro correcto para interpretar y aplicar normas del ESD vigentes y plenamente aplicables.

29. Por consiguiente, las CE solicitan que el Grupo Especial desestime esta petición injustificada de los Estados Unidos que, si se concediera, equivaldría a una denegación de justicia.

C. EL MANDATO DE ESTE GRUPO ESPECIAL INCLUYE LA CUESTIÓN DE CUÁL DE LOS MIEMBROS TIENE QUE SOPORTAR LA CARGA DE PROBAR QUE UNA MEDIDA ADOPTADA POR UN MIEMBRO PARA CUMPLIR RECOMENDACIONES Y RESOLUCIONES ANTERIORES DEL OSD ES INCOMPATIBLE CON LAS OBLIGACIONES DE ESE MIEMBRO EN EL MARCO DE LA OMC

30. Como hemos mencionado en el apartado precedente, el núcleo de las alegaciones de las CE es el hecho de que los Estados Unidos hicieron justicia por su propia mano y decidieron unilateralmente que el régimen revisado para los bananos de las CE que entró en vigor el 1º de enero de 1999 infringió las obligaciones de las CE en el marco de la OMC (después de haber derogado y sustituido el régimen comunitario anterior que un informe de un grupo especial adoptado por el OSD había declarado incompatible con las obligaciones de las CE en el marco de la OMC).

La solicitud de suspensión de concesiones u otras obligaciones formulada por los Estados Unidos al amparo del artículo 22 del ESD se basó en esa determinación unilateral.[58] La medida adoptada por los Estados Unidos el 3 de marzo de 1999, confirmada el 19 de abril de 1999, dependía directamente de la determinación unilateral de incumplimiento adoptada por los Estados Unidos sin una verificación objetiva a cargo de un grupo especial de conformidad con las disposiciones del párrafo 5 del artículo 21 del ESD.

31. En opinión de las CE, al abordar la cuestión de la interpretación y aplicación correcta del párrafo 5 del artículo 21 y el artículo 22 del ESD, el Grupo Especial tendrá también que abordar otra cuestión que reviste igual importancia (y está vinculada a ella lógica y jurídicamente), esto es, la cuestión de a qué Miembro incumbe la carga de probar que una nueva medida adoptada por un Miembro para cumplir recomendaciones y resoluciones anteriores del OSD es incompatible con las obligaciones de ese Miembro en el marco de la OMC.

[58] Véase la cita de la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 10 del Grupo Especial que se reproduce en la nota de pie de página 9.

32. Como las CE ya indicaron en la respuesta a la pregunta Nº 4 del Grupo Especial y se examinará más ampliamente en el capítulo 5 de esta comunicación, la carga de la prueba sigue las reglas normales señaladas por el Órgano de Apelación en su Informe en el asunto *Estados Unidos – Medida que afecta a las importaciones de camisas y blusas procedentes de la India*[59] e incumbe al Miembro que alega la incompatibilidad de la medida adoptada por otro Miembro. Los Estados Unidos nunca han aportado esa prueba ante un grupo especial con respecto al régimen revisado para los bananos de las CE.

33. Por consiguiente, las CE solicitan al Grupo Especial que rechace el intento injustificado de los Estados Unidos de reducir el alcance del presente procedimiento mediante la sugerencia de que "no es necesario, ni apropiado, examinar en el contexto de la presente diferencia una conclusión relativa a la carga de la prueba tras el plazo prudencial."[60]

III. LA VIOLACIÓN DE LOS REQUISITOS PROCESALES PREVISTOS EN LOS ARTÍCULOS 22 Y 23 DEL ESD

A. BAJO NINGUNA CIRCUNSTANCIA UN MIEMBRO DE LA OMC ESTÁ AUTORIZADO PARA ADOPTAR Y/O APLICAR UNA SUSPENSIÓN DE CONCESIONES U OTRAS OBLIGACIONES CONTRA OTRO MIEMBRO ANTES DE QUE CONCLUYA UN PROCEDIMIENTO DE ARBITRAJE EN CURSO Y ANTES DE LA AUTORIZACIÓN DEL OSD

34. El aumento de la responsabilidad (potencial) por el pago de derechos y de los requisitos en materia de depósitos de seguridad aplicables a los productos incluidos en la lista, a partir del 3de marzo de 1999, infringe claramente la obligación de los Estados Unidos dimanante del párrafo 6 del artículo 22 (última frase) del ESD, de no recurrir a la suspensión de concesiones u otras obligaciones antes de la conclusión del procedimiento de arbitraje, y de la obligación establecida en el apartado c) del párrafo 2 del artículo 23 del ESD, de esperar la autorización del OSD antes de adoptar esa medida.

35. Sobre la base del Informe del Grupo Especial que examinó el asunto *CEE – Programa de precios mínimos, licencias y depósitos de garantía para la importación de determinadas frutas, legumbres y hortalizas elaboradas*, el mero incremento de los requisitos en materia de depósitos de garantía correspondientes a derechos superiores a los tipos arancelarios consolidados constituye ya una violación de lo dispuesto en el apartado b) del párrafo 1 del artículo II, el apartado c) del párrafo 2 del artículo II y el párrafo 1 del artículo VIII del GATT de 1994.

36. El aumento de la responsabilidad por el pago de derechos constituye aún más claramente una violación de lo dispuesto en el apartado b) del párrafo 1 del artículo II del GATT de 1994.

37. Las medidas de este tipo, cuando se adoptan con carácter discriminatorio, quedan incluidas en la definición de "suspensión de concesiones u otras obligaciones" que figura en el párrafo 6 del artículo 22 (última frase) y el apartado c) del párrafo 2 del artículo 23 del ESD. Se trata de un concepto amplio que abarca las medidas discriminatorias adoptadas como reacción ante la violación por otro Miembro de obligaciones que le incumben en el marco de la OMC.

38. Del párrafo 7 del artículo 3 (última frase) del ESD se desprende claramente que el elemento de discriminación es una parte integrante del concepto de suspensión de concesiones u otras obligaciones; esa disposición establece lo siguiente:

---

[59] Véase WT/DS33/AB/R, página 16.

[60] Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta Nº 10 del Grupo Especial, párrafo 26.

> "El último recurso previsto en el presente Entendimiento para el Miembro que se acoja a los procedimientos de solución de diferencias es la posibilidad de suspender, de manera discriminatoria contra el otro Miembro, la aplicación de concesiones o el cumplimiento de otras obligaciones en el marco de los acuerdos abarcados siempre que el OSD autorice la adopción de estas medidas. (Subrayado añadido.)

39. La medida adoptada por los Estados Unidos el 3 de marzo de 1999 se ajusta perfectamente a la definición de suspensión discriminatoria de concesiones u otras obligaciones.[61] Esa medida fue adoptada contra determinadas importaciones procedentes de las CE antes de que el procedimiento de arbitraje hubiera concluido y obviamente cuando el OSD no había concedido ninguna autorización. Este desprecio de los Estados Unidos por sus obligaciones en el marco de la OMC llegó incluso a adoptar la suspensión de concesiones y otras obligaciones el día siguiente a la fecha en que el Árbitro diera a conocer la siguiente "decisión inicial"[62]:

> "El 2 de marzo de 1999, el Presidente de los Árbitros comunicó al Presidente del OSD lo siguiente (WT/DS27/48):
>
> "Le escribo para informarle de que los Árbitros hemos dado hoy traslado a las partes de una decisión inicial en la que resolvemos cuestiones relacionadas con el alcance de nuestra labor y con ciertos aspectos de la metodología y los cálculos de los Estados Unidos para determinar el nivel de la suspensión de concesiones. Además, hemos pedido a las partes que nos suministren información adicional. Esta información ha de permitirnos adoptar una opinión definitiva con respecto al nivel de anulación o menoscabo sobre la base de la incompatibilidad, de haberla, del régimen revisado de la CE para el banano con la OMC y, si procede, determinar el nivel de la suspensión de concesiones u otras obligaciones equivalente al nivel de esa anulación o menoscabo. Pensamos que, una vez recibida y analizada esa información, estaremos pronto en condiciones de pronunciar una decisión definitiva sobre este asunto."

40. Las CE reiteran que la medida adoptada por los Estados Unidos el 3 de marzo de 1999 violó lo dispuesto en el párrafo 6 del artículo 22 (última frase) y el apartado c) del párrafo 2 del artículo 23 del ESD. No puede existir ninguna excusa ni justificación para tal infracción en el marco de los acuerdos abarcados. La única razón (reconocida por los propios Estados Unidos[63]) para adoptar esta línea de acción incompatible con la OMC era que los Estados Unidos decidieron otorgar prioridad a su legislación nacional sobre sus obligaciones en el marco de la OMC, en particular las exigencias de los artículos 301 a 310.

---

[61] Esta conclusión no es sorprendente si se tiene en cuenta la declaración pública formulada el 3 de marzo de 1999 por el Representante Comercial Adjunto: "hemos adoptado medidas de retorsión frenando efectivamente el comercio a partir del 3 de marzo para responder al perjuicio causado por el régimen de los bananos de las CE, incompatible con la OMC".

[62] Decisión arbitral en el asunto *Bananos* (WT/DS27/ARB), párrafo 2.10.

[63] Véase el aviso publicado en el *Federal Register* de los Estados Unidos, vol. 63, Nº 204, del jueves 22 de octubre de 1998 (Anexo I de las CE): "El artículo 306 b) [de la Ley de Comercio Exterior de 1974, modificada] exige que el USTR determine qué nuevas medidas adoptará de conformidad con el artículo 301(a) de la Ley de Comercio Exterior si el USTR considera que un país extranjero no ha aplicado una recomendación formulada de conformidad con el procedimiento de solución de diferencias de la OMC. El USTR formulará esta determinación a más tardar 30 días después de la expiración del plazo prudencial previsto para esa aplicación en el párrafo 3 del artículo 21 del ESD. El artículo 305 a) 1) exige que el USTR aplique esa medida a más tardar 30 días después de la fecha en que se ha formulado la determinación".

B. EN TODO CASO, EL PÁRRAFO 6 DEL ARTÍCULO 22 NO GARANTIZA LA COMPATIBILIDAD CON LA OMC DE LA ADOPCIÓN DE UNA SUSPENSIÓN DE CONCESIONES U OTRAS OBLIGACIONES CUANDO EXISTEN DEFICIENCIAS PROCESALES

41. Como se indicó en el apartado precedente, las medidas tales como la de suspender concesiones y otras obligaciones adoptada por los Estados Unidos, cuando se toman con carácter discriminatorio, quedan incluidas en la definición de "suspensión de concesiones u otras obligaciones" que figura en el párrafo 6 del artículo 22 (última frase) y el apartado c) del párrafo 2 del artículo 23 del ESD.

Las CE sostienen que tales acciones pueden adoptarse y aplicarse únicamente con el fundamento de una violación de obligaciones en el marco de la OMC por otro Miembro de la OMC, establecida positivamente mediante las constataciones contenidas en el informe de un grupo especial o del Órgano de Apelación, adoptado por el OSD.

42. El párrafo 6 del artículo 22 comienza con las siguientes palabras:

> "Cuando se produzca la situación descrita en el párrafo 2, [...]"

El párrafo 2 del artículo 22 describe la "situación" del modo siguiente:

> "Si el Miembro afectado no pone en conformidad con un acuerdo abarcado la medida declarada incompatible con él o no cumple de otro modo las recomendaciones y resoluciones adoptadas dentro del plazo prudencial determinado de conformidad con el párrafo 3 del artículo 21 [...]."

Por otra parte, el artículo 23 del ESD aclara que:

> "Cuando traten de reparar el incumplimiento de obligaciones u otro tipo de anulación o menoscabo de las ventajas resultantes de los acuerdos abarcados, [...] los Miembros [...]
>
> En tales casos, los Miembros:
>
> a) No formularán una determinación de que se ha producido una infracción, se han anulado o menoscabado ventajas [...] excepto mediante el recurso a la solución de diferencias de conformidad con las normas y procedimientos del presente Entendimiento [...]."

Por último, el párrafo 5 del artículo 21 del ESD dispone que:

> "En caso de desacuerdo en cuanto a la existencia de medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones o a la compatibilidad de dichas medidas con un acuerdo abarcado, esta diferencia se resolverá conforme a los presentes procedimientos de solución de diferencias, con intervención, siempre que sea posible, del grupo especial que haya entendido inicialmente en el asunto. El grupo especial distribuirá su informe dentro de los 90 días siguientes a la fecha en que se le haya sometido el asunto [...]."

43. En el caso presente, nunca se determinó que el régimen revisado de las CE para los bananos que entró en vigor el 1º de enero de 1999 era incompatible con las obligaciones de las CE en el marco de la OMC en un procedimiento de solución de diferencias iniciado por los Estados Unidos.

44. Los Estados Unidos tratan de justificar su medida, efectiva a partir del 3 de marzo de 1999 y confirmada el 19 de abril de 1999, mediante la alegación de que la "responsabilidad" de un Miembro de la OMC por su incumplimiento de recomendaciones y resoluciones del OSD "nace"[64] el día siguiente a la expiración del "plazo prudencial" mencionado en el párrafo 3 del artículo 21 del ESD.

45. Las CE no cuestionan el hecho de que la expiración del plazo prudencial es pertinente cuando se examina si un Miembro de la OMC ha aplicado las recomendaciones y resoluciones cuyo cumplimiento se le ha pedido. Sin embargo, las CE impugnan el vacuo concepto de "responsabilidad" que, según sostienen, carece de todo sentido en el contexto de la OMC. Por el contrario, el examen del ESD muestra un panorama radicalmente distinto.

46. De conformidad con el párrafo 7 del artículo 3 del ESD, existe una opción inicial:

- o bien el Miembro retira la medida declarada incompatible con sus obligaciones en el marco de la OMC, o

- no lo hace.

47. En el caso de que no se retire la medida, a más tardar a la expiración del plazo prudencial, el Miembro afectado no habrá aplicado las recomendaciones y resoluciones del OSD en tiempo oportuno. Por lo tanto, tendrá que aceptar el ofrecer una compensación o hacer frente a la perspectiva de que el OSD autorice la suspensión de concesiones u otras obligaciones por parte del Miembro o Miembros reclamantes.

Esta situación ocurrió en la diferencia "*CE – Hormonas*", cuando las CE decidieron por razones de salud pública no retirar las medidas declaradas incompatibles con su obligación en el marco de la OMC.[65] En consecuencia, ofreció una compensación. Los Estados Unidos rechazaron el ofrecimiento y, por lo tanto, las CE hicieron frente a la suspensión de concesiones u otras obligaciones, después de que un árbitro hubiera determinado el nivel de tal suspensión con respecto a la anulación y menoscabo causados por la medida de las CE, incompatible, que aún estaba en vigor.

48. En el caso de que la medida se retire, como sucedió en el asunto relativo al régimen de los bananos de las CE, de conformidad con el párrafo 7 del artículo 3 del ESD, el Miembro afectado ha logrado el "primer objetivo del mecanismo de solución de diferencias [que es] en general conseguir la supresión de las medidas de que se trate si se constata que éstas son incompatibles con las disposiciones de cualquiera de los acuerdos abarcados".

49. No obstante, si la medida que se ha retirado es sustituida por otra medida, como también sucedió con el régimen revisado para los bananos de las CE, entonces puede plantearse la cuestión de si ésta nueva medida es compatible con las obligaciones en el marco de la OMC del Miembro que ha adoptado la medida según se ha expuesto en las anteriores recomendaciones y resoluciones del OSD. En el caso de desacuerdo y en este sentido, el ESD prevé un procedimiento acelerado en el párrafo 5 del artículo 21.

50. En ningún caso la autorización para suspender concesiones u otras obligaciones puede ser concedida inmediatamente una vez expirado el plazo prudencial porque el ESD prevé claramente algunos pasos procesales adicionales después de expirado el plazo prudencial, antes de que se pueda conceder la autorización para suspender concesiones u otras obligaciones.

---

[64] Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta Nº 9, párrafo 17.

[65] Por lo tanto, la mención de este caso en la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta Nº 16 no es pertinente.

51. Por tanto, en el contexto jurídico mencionado, las normas de la OMC procuran establecer un procedimiento adecuado que se debe seguir antes de que se puedan suspender concesiones u otras obligaciones.

Si la nueva medida que sustituye a la medida retirada se declara incompatible con las anteriores recomendaciones y resoluciones del OSD, y no se puede alcanzar ningún acuerdo ni compensación dentro del calendario previsto en el párrafo 2 del artículo 22 del ESD, la parte reclamante puede solicitar autorización para suspender concesiones u otras obligaciones.

52. Sin embargo, en ninguna parte del ESD se determina que la compensación o la suspensión de concesiones u otras obligaciones deba hacerse efectiva a partir del día inmediatamente siguiente a la expiración del plazo prudencial. La compensación es una solución negociada de la diferencia, y no existe ninguna obligación legal de conceder tal compensación a partir de un momento determinado.

53. El nivel de la suspensión de concesiones u otras obligaciones puede evaluarse durante un procedimiento de arbitraje que puede ser solicitado por el Miembro al que tal suspensión se aplicaría.

Como ya se ha mencionado, ese arbitraje supone otros pasos procesales que sólo pueden adoptarse después de expirado el plazo prudencial y que culminarán en algún momento posterior. Como el párrafo 6 del artículo 22 del ESD dispone concretamente que las concesiones u otras obligaciones no pueden suspenderse durante el trámite del procedimiento de arbitraje, tal suspensión necesariamente sólo será posible algún tiempo después de expirado el plazo prudencial.

54. En el caso presente, aparte de la cuestión de la aplicación del párrafo 5 del artículo 21 del ESD, que se examinará en el capítulo siguiente, el procedimiento de arbitraje relativo a la petición de los Estados Unidos para obtener autorización a fin de suspender concesiones u otras obligaciones aún estaba en curso cuando los Estados Unidos adoptaron y aplicaron la medida del 3 de marzo de 1999.

55. Además, las normas de la OMC se refieren al concepto de equivalencia entre el nivel de anulación o menoscabo sufrido por el Miembro reclamante y el nivel de la suspensión de concesiones u otras obligaciones que puede autorizar el OSD (véanse en particular los párrafos 4 y 7 (primera frase) del artículo 22 del ESD).

Recordamos que en el momento en que los Estados Unidos adoptaron y aplicaron la medida del 3 de marzo de 1999, el Árbitro aún no había adoptado ninguna decisión sobre la equivalencia y que los Estados Unidos aplicaron una medida que era casi tres veces superior al nivel eventualmente fijado por el Árbitro.

56. En consecuencia, el concepto de "responsabilidad inmediata por incumplimiento", alegado por los Estados Unidos en la presente diferencia, carece de todo fundamento en la legislación de la OMC. En opinión de las CE, no cabe duda alguna de que la medida adoptada por los Estados Unidos ha infringido las disposiciones del artículo 22 del ESD.

IV. LA OBLIGACIÓN DE RECURRIR A LOS PROCEDIMIENTOS PREVISTOS EN EL PÁRRAFO 5 DEL ARTÍCULO 21 DEL ESD EN EL CASO DE DESACUERDO SOBRE LA COMPATIBILIDAD DE UNA MEDIDA DE APLICACIÓN CON UN ACUERDO ABARCADO

57. Los Estados Unidos siguen alegando que no existe ninguna obligación de recurrir al procedimiento previsto en el párrafo 5 del artículo 21 del ESD en el caso de desacuerdo acerca de la existencia o la compatibilidad de una medida de aplicación con un acuerdo abarcado, antes de solicitar la autorización para suspender concesiones u otras obligaciones de conformidad con el párrafo 2 del artículo 22 del ESD.

58. Esta postura no sólo está en flagrante contradicción con el texto del párrafo 5 del artículo 21 del ESD, que contiene en la versión inglesa el verbo auxiliar "shall", lo que hace este procedimiento obligatorio. También está en contradicción con la práctica de los Miembros de la OMC tal como se ha desarrollado incluso en casos en los que participaron los propios Estados Unidos.

59. Los Estados Unidos omiten mencionar en sus respuestas a las preguntas del Grupo Especial presentadas el 13 de enero de 2000 que han concertado, en el contexto de la diferencia *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón* (WT/DS58), un entendimiento con Malasia el 22 de diciembre.[66] Este entendimiento incluye los siguientes elementos (véase el párrafo 2 del canje de notas):

> "Si [...] Malasia decidiera iniciar acciones de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 y el artículo 22 del ESD, Malasia iniciaría las acciones en el marco del párrafo 5 del artículo 21 con anterioridad a cualquier acción en virtud del artículo 22. [...] Malasia no pedirá autorización para suspender la aplicación de concesiones u otras obligaciones en virtud del artículo 22 hasta que quede adoptado el informe del grupo especial establecido de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21. Si, sobre la base de las acciones en el marco del párrafo 5 del artículo 21, Malasia decide iniciar acciones de conformidad con el artículo 22, los Estados Unidos no sostendrán que Malasia no puede obtener la autorización del OSD porque Malasia presentó su petición después de vencido el plazo de 30 días estipulado en la primera frase del párrafo 6 del artículo 22."

60. Esto es exactamente lo que, según las CE explicaron en 1998 y 1999, es su interpretación de la relación entre el párrafo 5 del artículo 21 y el artículo 22 del ESD.

61. Las CE no están convencidas de que sea necesario alcanzar este tipo de acuerdo bilateral para aplicar correctamente el párrafo 5 del artículo 21 y el artículo 22 del ESD. En rigor, las CE no consideran que el derecho legal que corresponde a cualquier Miembro de la OMC que ha reclamado con éxito en un procedimiento de solución de diferencias en el marco del ESD, de solicitar y obtener autorización para suspender concesiones u otras obligaciones, pueda ser puesto en riesgo por la actitud de la parte demandada en esa diferencia particular.

El único elemento determinante en esta cuestión es que la parte reclamante vencedora debe seguir correctamente todos los procedimientos establecidos en el ESD.

62. Las CE desearían señalar a la atención del Grupo Especial el hecho siguiente.

Suponiendo, a los fines de la argumentación, que la interpretación de la secuencia entre el párrafo 5 del artículo 21 y el artículo 22 del ESD sugerida por las CE haría que la "regla del consenso negativo fuera una nulidad en los casos en que la parte que ha de aplicar las recomendaciones y resoluciones no las cumple hasta la expiración del plazo prudencial"[67], *quod non*, entonces un entendimiento bilateral como el acuerdo concertado entre los Estados Unidos y Malasia sería totalmente insuficiente para evitar ese riesgo.

Cualquier Miembro podría en realidad impedir la concesión de la autorización para suspender concesiones u otras obligaciones oponiéndose al consenso en el OSD.

---

[66] Véase el documento de la OMC WT/DS58/16, de 12 de enero de 2000.

[67] Véase la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta Nº 12 del Grupo Especial, párrafo 33.

63. Con arreglo a la interpretación sugerida por los Estados Unidos, la firma de un entendimiento (esto es, de un acuerdo bilateral como el concertado entre los Estados Unidos y Malasia) carecería de todo efecto real en el caso de oposición de otro Miembro de la OMC, que incluso podría actuar en el OSD como aliado del Miembro demandado.

64. El Grupo Especial no debe pasar por alto esta hipótesis, inspirada por los Estados Unidos, de procedimientos de solución de diferencias "hechos a medida" con carácter bilateral.

No hay simplemente ninguna razón legal imperativa por la que el párrafo 5 del artículo 21 y el artículo 22 del ESD no se deban aplicar en su secuencia lógica, según se desprende de sus términos (las CE mencionan nuevamente en particular el texto del párrafo 5 del artículo 21 y el párrafo 2 (primera frase) del artículo 22 del ESD), evitando así una confusión inútil y una prolongación innecesaria del presente debate.

Una interpretación de buena fe[68] del párrafo 5 del artículo 21 y del artículo 22 en su secuencia lógica y teniendo en cuenta los requisitos del artículo 23 del ESD no produce ninguna modificación (ni pérdida) de las reglas de votación sobre el consenso "en contrario" en el OSD.

Con arreglo a estos artículos, la regla del consenso "en contrario" se justifica plenamente cuando el Miembro afectado sigue correctamente el procedimiento de solución de diferencias. Cuando no se sigue este procedimiento, la aplicación de la regla del consenso "en contrario" pasa a ser un instrumento para imponer determinaciones unilaterales bajo un disfraz multilateral, lo que entra en conflicto con el objetivo fundamental de estas disposiciones.

65. El hecho de que la interpretación de las disposiciones del ESD antes mencionadas que ha sido siempre sugerida por las CE haya sido aceptada tanto por los reclamantes como por los demandados en todos los procedimientos de solución de diferencias que han llegado a la etapa de aplicación después de la entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC, con la única excepción de los Estados Unidos en la diferencia relativa a los *Bananos*, demuestra que el procedimiento del ESD es perfectamente viable y que puede aplicarse correctamente, en su forma actual, en interés de todos los Miembros interesados.

Como demuestran los cinco años de experiencia del Acuerdo sobre la OMC, el cumplimiento de buena fe de las normas vigentes en el marco del ESD es, por ende, la receta obvia y suficiente para alcanzar una conclusión correcta y satisfactoria de la etapa de aplicación en todo procedimiento de solución de diferencias.

66. Como ya hemos mencionado en nuestra declaración oral en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, celebrada el 16 de diciembre de 1999 (párrafo 20), los Estados Unidos han podido aceptar este tipo de procedimiento en el asunto *Cuero para automóviles* contra Australia, es decir, incluso en una situación en que actuaron como parte reclamante.

En cualquier caso, un acuerdo de esta naturaleza era aceptable para las CE en el contexto de la diferencia relativa a los *Bananos*, y las CE han reiterado su disposición a seguir una línea similar durante todo el debate llevado a cabo con los Estados Unidos en el segundo semestre de 1998 y comienzos de 1999.[69]

---

[68] En consonancia con los artículos 26 y 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, aplicable en virtud del párrafo 2 del artículo 3 del ESD.

[69] Las referencias a las declaraciones pertinentes de los representantes de las CE en el OSD figuran en la nota de pie de página 8 a las respuestas de las Comunidades Europeas a las preguntas del Grupo Especial y de los Estados Unidos, de 13 de enero de 2000.

67. Los Estados Unidos alegan que el Canadá comparte su anterior postura de no avenimiento, pero esto no se basa en los hechos. En los dos procedimientos de solución de diferencias pertinentes en los que el Canadá participó como parte reclamante, *Australia – Salmón* y *Brasil – Aeronaves*, el Canadá permitió que el procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 del ESD se concluyera antes de recurrir a la suspensión de concesiones u otras obligaciones.

68. En un caso (*Australia – Salmón*), esto se logró mediante la suspensión del procedimiento previsto en el artículo 22 del ESD a fin de hacer posible que el procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 siguiera su curso. En el otro caso, el Canadá no recurrió al procedimiento del artículo 22 del ESD, sino que simplemente solicitó en primer lugar que se iniciara el procedimiento previsto en el párrafo 5 del artículo 21.

69. En todo caso, como se explicó en el capítulo inicial de la presente comunicación, cualquiera sea la postura de los distintos Miembros de la OMC, de conformidad con el artículo 11 del ESD el grupo especial debe hacer una evaluación objetiva del asunto que se le haya sometido, sin dar demasiada importancia a las posturas tácticas de determinados Miembros de la OMC.

70. Por la misma razón, los debates relativos a la revisión del ESD tienen escasa pertinencia a los efectos de la presente diferencia, que está sometida a las disposiciones existentes del ESD. Naturalmente, siempre es posible alcanzar mejoras mediante negociaciones, que pueden dar lugar a una modificación de las presentes normas y procedimientos. Esto no significa que los grupos especiales no estén obligados, según lo dispone concretamente el párrafo 2 del artículo 3 del ESD, a aclarar los derechos y obligaciones de los Miembros de la OMC de conformidad con las normas y procedimientos de solución de diferencias en su forma actual.

71. La denegación de justicia no constituye una solución y no ayudará a los Miembros de la OMC a abordar las posturas divergentes que están en el origen de la diferencia relativa a los *Bananos*, que incluso los Estados Unidos no parecen defender en ninguna otra ocasión excepto en este procedimiento.

72. Por último, las CE consideran que corresponde refutar algunas declaraciones formuladas por los Estados Unidos al responder a la pregunta Nº 14 del Grupo Especial. No obstante, desean dejar en claro que no aceptan ni comparten ninguna de las otras afirmaciones formuladas por los Estados Unidos con respecto a la interpretación del párrafo 5 del artículo 21 del ESD, según se ha expresado en este procedimiento del Grupo Especial.

73. Al responder a la pregunta Nº 14 del Grupo Especial sobre quién determina si una nueva medida anula beneficios en el marco de la OMC, los Estados Unidos declararon[70] lo siguiente:

> "Conforme a la definición que figura en el párrafo 7 del artículo 22 del ESD, la tarea del árbitro del párrafo 6 del artículo 22 es determinar 'si el nivel de esa suspensión es equivalente al nivel de la anulación o el menoscabo'. Como señaló el árbitro en el asunto *Bananos*, el concepto de equivalencia entre la suspensión propuesta y el nivel de la anulación o menoscabo 'seguirá careciendo de contenido' si no se conoce cualquiera de las dos variables.[71] En consecuencia, el árbitro del párrafo 6 del artículo 22 debe examinar la nueva medida para determinar el nivel de anulación o

[70] Párrafo 37.

[71] [Nota de pie de página en el original] "Arbitraje en virtud del párrafo 6 del artículo 22, párrafo 4.7".

> menoscabo antes de que pueda determinar si ese nivel es equivalente al nivel de la suspensión propuesto por la parte reclamante."[72]

74. La decisión adoptada por el Árbitro en la diferencia relativa a los *Bananos* entre los Estados Unidos y las CE, citada *supra*, como cualquier otra decisión adoptada en un procedimiento de arbitraje, no fue adoptada por el OSD. Por lo tanto, una decisión arbitral no puede tener los efectos que se reservan a los informes de los grupos especiales o del Órgano de Apelación adoptados, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 7 del artículo 3 y los artículos 16, 19 y 23 del ESD.

Casi no es necesario reiterar aquí lo que resulta obvio: en el sistema de solución de diferencias de la OMC, los informes de los grupos especiales y del Órgano de Apelación constituyen la base de las recomendaciones y resoluciones del OSD. Las facultades de adoptar y formular recomendaciones y resoluciones en un procedimiento de solución de diferencias determinado, que resulta vinculante para los Miembros de la OMC afectados, incumbe exclusivamente al OSD, es decir, a los Miembros de la OMC colectivamente.

75. En lo que respecta a las tareas del Árbitro, se limitan a lo establecido en los párrafos 6 y 7 del artículo 22, que no incluyen ninguna tarea enumerada en el artículo 11 del ESD (cuyo título, lo que no resulta sorprendente, es "Función de los grupos especiales") y no están sujetas a las disposiciones del párrafo 2 del artículo 6 y del artículo 7 del ESD, ni a apelación con arreglo al artículo 17 del ESD.

76. Por esta razón, con independencia de la manera en que el Árbitro citado por los Estados Unidos decidió justificar su decisión relativa al nivel de suspensión u otras obligaciones solicitada por los Estados Unidos, que no es pertinente en este contexto[73], su decisión no es vinculante y no puede

---

[72] [Nota de pie de página en el original] "*Idem*, párrafos 4.7 y 4.8".

[73] Las CE señalan a la atención del Grupo Especial el evidente *non sequitur* contenido en la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta Nº 14. Los Estados Unidos afirman, siguiendo al Árbitro, que "el concepto de equivalencia 'seguirá careciendo de contenido' si no se conoce cualquiera de las dos variables (es decir, el nivel de la suspensión y el nivel de la anulación o menoscabo)". Concluyen después de este modo: "En consecuencia, el árbitro del párrafo 6 del artículo 22 debe examinar la nueva medida para determinar el nivel de anulación o menoscabo antes de que pueda determinar si ese nivel es equivalente al nivel de suspensión propuesto por la parte reclamante".

La conclusión sugerida por los Estados Unidos es incompatible con las tareas del árbitro en virtud de los párrafos 6 y 7 del artículo 22 del ESD. En opinión de las CE, existen sólo dos consecuencias alternativas que pueden extraerse, en el marco del ESD, del hecho de que una de las dos "variables" sea desconocida:

1) O bien la anulación o menoscabo no se determina "de forma coherente con las constataciones que figuren en el informe del grupo especial o del Órgano de Apelación, adoptado por el OSD" porque el Miembro reclamante no ha impugnado el cumplimiento de anteriores recomendaciones y resoluciones del OSD por las nuevas medidas adoptadas por el Miembro demandado. En este caso, una alegación de anulación o menoscabo no es, por ende, compatible con el artículo 23 del ESD. En tal caso, como falta esta "variable", los Árbitros deben fijar el nivel en cero.

2) O la alegación de que las nuevas medidas infringen un acuerdo abarcado se ha realizado "de forma coherente con las constataciones que figuren en el informe del grupo especial o del Órgano de Apelación, adoptado por el OSD" (y, por ende, con el artículo 23 del ESD) pero el Miembro reclamante no ha indicado correctamente el nivel de las concesiones u otras obligaciones cuya suspensión propone. También en este caso, como falta la otra "variable", el Árbitro debe fijar el nivel en cero si así se solicita.

La afirmación de los Estados Unidos citada anteriormente se refiere sólo a la primera alternativa. Las CE no alcanzan a comprender cómo podría justificarse en el marco del ESD que un Árbitro usurpara las tareas de un grupo especial previsto en el párrafo 5 del artículo 21.

obligar a ningún Miembro de la OMC más allá del alcance de su mandato en virtud de los párrafos 6 y 7 del artículo 22 del ESD.

77. La decisión relativa a la compatibilidad con un acuerdo abarcado de las medidas adoptadas por un Miembro, *in casu* las CE, para cumplir anteriores recomendaciones y resoluciones del OSD, sólo incumbe al OSD cuando adopta el informe de un grupo especial o del Órgano de Apelación al concluir un procedimiento tramitado con arreglo al párrafo 5 del artículo 21 del ESD.

78. No obstante, en el caso de los Estados Unidos, tal decisión del OSD no existía el 3 de marzo de 1999, tampoco existía el 19 de abril de 1999 y no existe en el día de hoy.

79. Los Estados Unidos no pueden basarse en la decisión del OSD cuando adoptó, el 6 de mayo de 1999, el informe emitido en el procedimiento separado del Grupo Especial que examinó el asunto "*Bananos – Recurso al párrafo 5 del artículo 21 por el Ecuador*". Según lo expresado en el informe del Órgano de Apelación en "*Japón – Bebidas alcohólicas*".[74]

> "Los informes adoptados de los grupos especiales son una parte importante del acervo del GATT. Los grupos especiales posteriores suelen examinarlos. [...] Sin embargo, no son obligatorios, sino para solucionar la diferencia específica entre las partes en litigio."[75]

80. Por otra parte, como expresó el Grupo Especial que examinó el asunto *India – Protección mediante patente – Reclamación de las Comunidades Europeas y de sus Estados miembros*[76] (párrafo 7.30):

> "[P]or consiguiente, cabe concluir que las decisiones anteriores de grupos especiales o del Órgano de Apelación no vinculan a los grupos especiales, aunque esas decisiones se refieran a la misma cuestión."

81. Como conclusión, las CE reiteran que la medida impugnada, adoptada por los Estados Unidos el 3 de marzo de 1999 y confirmada el 19 de abril de 1999, es incompatible con lo dispuesto en el párrafo 5 del artículo 21 del ESD.

82. Esta incompatibilidad no fue subsanada por el hecho de que el OSD adoptara el informe de un grupo especial en el contexto de un procedimiento distinto iniciado por otro Miembro de la OMC de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD.

Tampoco fue subsanada por la autorización de suspender concesiones u otras obligaciones que beneficiaran a las CE, concedida por el OSD el 19 de abril de 1999, por una cuantía equivalente a 191,4 millones de dólares EE.UU. Esa autorización es una condición necesaria, pero no suficiente para justificar la compatibilidad con la OMC de una medida de suspensión de concesiones u otras obligaciones, que fue adoptada por los Estados Unidos sin tener en cuenta las normas procesales y sustanciales del ESD.

---

[74] WT/DS8, 10, 11/AB/R, página 18. En el muy reciente informe correspondiente al asunto "*Turquía – Textiles*" (WT/DS34/R, párrafo 9.11) el Grupo Especial expresó que "recordamos en este contexto que los informes de los grupos especiales y del Órgano de Apelación sólo son vinculantes para las partes".

[75] [Nota de pie de página en el original] "Cabe señalar que el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia recoge explícitamente en su artículo 59 una disposición análoga. Esto no ha impedido que esta Corte (y su predecesora) haya desarrollado una jurisprudencia en la que se distingue claramente el valor que se otorga a las decisiones anteriores."

[76] WT/DS79.

V. PRESUNCIÓN DE BUENA FE

83. Los Estados Unidos alegan en sus respuestas a las preguntas del Grupo Especial[77] que el concepto de una "presunción" de compatibilidad o no compatibilidad de la aplicación realizada por un Miembro no se desprende del ESD.

84. Esta afirmación está en abierta contradicción con el reciente informe del Órgano de Apelación en *Chile – Impuestos a las bebidas alcohólicas*[78], que incluye la siguiente declaración (párrafo 74):

> "De ninguna manera se debería presumir que los Miembros de la OMC *continúan* una protección o discriminación anterior mediante la adopción de una nueva medida. Esto se parecería mucho a presumir su mala fe." (Cursivas del original.)

85. También está en contradicción con el texto del ESD, particularmente el párrafo 7 del artículo 3 y el artículo 23.

El párrafo 7 del artículo 3 (cuarta frase) del ESD contiene el siguiente principio orientador:

> "De no llegarse a una solución de mutuo acuerdo, el primer objetivo del mecanismo de solución de diferencias será en general conseguir la supresión de las medidas de que se trate si se constata que éstas son incompatibles con las disposiciones de cualquiera de los acuerdos abarcados." (Subrayado añadido.)

86. El párrafo 1 del artículo 23 y el apartado a) del párrafo 2 del artículo 23 del ESD establecen que tal constatación (que en la terminología del artículo 23 se denomina "determinación") sólo puede llevarse a cabo de conformidad con las normas y procedimientos del ESD.

87. La única presunción a la que hace referencia el ESD es la mencionada en el párrafo 8 del artículo 3, con arreglo al cual

> "normalmente existe la presunción de que toda transgresión tiene efectos desfavorables para otros Miembros que sean parte en el acuerdo abarcado, y en tal caso corresponderá al Miembro contra el que se haya presentado la reclamación refutar la acusación."

88. Por lo demás, se aplican a la carga de la prueba las reglas normales indicadas por el Órgano de Apelación en su informe en el asunto *Estados Unidos – Medida que afecta a las importaciones de camisas y blusas procedentes de la India*[79] y ella incumbe al Miembro que alega la incompatibilidad de la medida adoptada por otro Miembro. No hay fundamento alguno en el ESD para adoptar otro enfoque.

VI. CONCLUSIONES

89. Las CE reiteran que la medida adoptada por los Estados Unidos el 3 de marzo de 1999 y confirmada el 19 de abril de 1999 es incompatible con lo dispuesto en los artículos 3, 21, 22 y 23 del ESD y los artículos I, II, VIII y XI del GATT de 1994. Solicitan respetuosamente al Grupo Especial que recomiende al OSD que pida a los Estados Unidos que pongan la medida en cuestión en conformidad con las obligaciones que incumben a ese país en el marco de la OMC.

---

[77] Véase la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta Nº 10 del Grupo Especial, párrafo 24.

[78] WT/DS87/AB/R y WT/DS110/AB/R.

[79] Véase WT/DS33/AB/R, página 16.

Apéndice 1.6
Carta de las CE de fecha 25 de enero de 2000 sobre la amplitud del mandato del Grupo Especial
(25 de enero de 2000)

Sr. Presidente:

Las Comunidades Europeas observan con cierta sorpresa la petición de los Estados Unidos contenida en la carta de remisión de su segunda comunicación escrita de fecha 21 de enero de 2000, de que el Grupo Especial aclare "antes del comienzo de la segunda reunión sustantiva, las medidas que considera incluidas en el mandato del Grupo Especial". El Grupo Especial no debería acceder a esta petición en esta etapa tardía del procedimiento que tramita ante él.

De conformidad con el párrafo 11 de los procedimientos de trabajo, en esta etapa tardía del procedimiento, no se puede solicitar que se adopte una resolución preliminar, a menos que los Estados Unidos puedan demostrar la existencia de una "causa apropiada" para que se conceda una excepción. Los Estados Unidos ni siquiera intentan demostrar la existencia de dicha causa apropiada.

El mandato del Grupo Especial figura en el documento WT/DS165/8, en cuyo cuerpo principal y anexos se hace referencia a las listas de productos publicadas por los Estados Unidos el 3 de marzo de 1999 y el 19 de abril de 1999. No cabe por lo tanto ninguna sorpresa porque la CE, desde su primera comunicación escrita, se hayan basado en ambos documentos, que constituían la base para el establecimiento de un grupo especial por parte del OSD. Los Estados Unidos no plantearon nunca ninguna objeción contra esa solicitud, ni en la reunión del OSD en que se estableció el Grupo Especial, ni en una etapa anterior del procedimiento del Grupo. De hecho, solamente en las observaciones finales formuladas el 17 de diciembre de 1999, los Estados Unidos manifestaron una duda por primera vez al afirmar que "acaso tengamos que volver al Grupo Especial para que éste dicte una resolución preliminar".

Ahora que se han intercambiado ya las segundas comunicaciones escritas, y ha pasado más de un mes desde que los Estados Unidos manifestaron una duda por primera vez, las CE no ven ninguna "causa apropiada" para que el Grupo se desvíe de su procedimiento de trabajo.

Tal como señalaron las CE en su segunda comunicación escrita de 21 de enero de 2000, el Grupo Especial tendrá que considerar como cuestión sustantiva el alcance de la reclamación. La solicitud de los Estados Unidos sobre la "aclaración del mandato" que el Grupo tiene que abordar en esta etapa tardía no implica ninguna cuestión de procedimiento distinto.

Atentamente,
J.J. BOUFLET
Ministro Consejero

Apéndice 1.7
Respuestas de las CE a nuevas preguntas del Grupo Especial
(8 de febrero de 2000)

Pregunta 48

Los Estados Unidos afirman en el párrafo 35 de su comunicación de réplica que "suponiendo, a efectos de la argumentación que … los requisitos en materia de fianzas establecidos el 3 de marzo imponen una 'carga' con arreglo al artículo II o al artículo VIII, entonces estos requisitos de fianzas no pueden, por definición, estar sujetos a lo dispuesto en el artículo XI …". Sírvanse explicar de forma más detallada la distinción entre el ámbito de aplicación de los artículos II y VIII, y el del artículo XI, teniendo en cuenta los requisitos en materia de fianzas en cuestión.

Respuesta

1. En este caso, el fundamento jurídico del aumento de los requisitos en materia de fianzas depende, en opinión de las CE, del carácter (autónomo o accesorio) de dichos requisitos. Tal como señaló el Sr. Peter Scher, Representante Adjunto de los Estados Unidos para las Cuestiones Comerciales Internacionales, en una conferencia de prensa celebrada el 3 de marzo de 1999, la intención de los Estados Unidos era "frenar todo el comercio" de los productos incluidos en la lista de las CE.[80] En la medida en que el aumento de los requisitos en materia de fianzas tiene un carácter autónomo, tal como sostienen los Estados Unidos en la presente diferencia, se trata en opinión de las CE de una restricción al comercio, "aparte de los derechos de aduana, impuestos u otras cargas" en el sentido del párrafo 1 del artículo XI del GATT de 1994.

2. Las CE son conscientes que en el GATT de 1994 no hay ninguna disposición relativa a las medidas "equivalentes a restricciones cuantitativas" que equivalga a derechos de aduana, impuestos u otras cargas. El fundamento jurídico del incremento de los requisitos en materia de fianzas depende pues de si una medida restrictiva del comercio que puede ser "anulada" mediante el pago de una cantidad de dinero podría, solamente por esta mera razón formal, considerarse un derecho, una carga o un impuesto.

3. Suponiendo, como mera hipótesis, que en un determinado Miembro de la OMC, el despacho de aduana sólo pudiera hacerse sobornando a los funcionarios, y que el Miembro de la OMC en cuestión tolerara esta práctica, ¿podría calificarse la misma como derecho, impuesto o carga o, por el contrario, como una restricción al comercio distinta de esos tres elementos? Si la primera alternativa fuera correcta (*quod non* a juicio de las CE), cualquier restricción al comercio cuyo incumplimiento pudiera provocar la imposición de una multa, podría presumiblemente considerarse también un "derecho, impuesto o carga". Por lo tanto, las CE consideran que resulta más apropiado basar el fundamento jurídico en la sustancia, y no en la forma, de la medida en cuestión.

4. De estas consideraciones se desprende que una restricción al comercio cuyo objetivo principal sea "frenar el comercio" y que no aporte ningún ingreso fiscal a la hacienda pública del Miembro de la OMC importador, no puede calificarse como "derecho, impuesto o carga" sino como una restricción al comercio de distinta naturaleza.

[80] Véase asimismo la cita que aparece en el reciente artículo de la revista "Time" de 7 de febrero de 2000 sobre "How to Become a Top Banana" (anexo XI de las CE), según el cual un funcionario de la oficina del Representante de los Estados Unidos para las Cuestiones Comerciales manifestó su "asombro" por el hecho de que un importador de los Estados Unidos estuviera todavía realizando operaciones comerciales con uno de los productos de la lista, ya que las autoridades estadounidenses tenían la impresión de que el incremento del derecho arancelario había "acabado con la industria - la había cerrado" (la página 38, de la columna superior izquierda).

5. No obstante, como sabe el Grupo Especial, las CE han considerado los requisitos en materia de fianzas en este caso como accesorios a un aumento simultáneo de la obligación (contingente) del pago de un derecho por los productos incluidos en la lista. El principal argumento de las CE, por lo tanto, es que el aumento de los requisitos en materia de fianzas debería gozar de la calificación jurídica de carga, en estrecha relación con el (aumento) del derecho de aduana, cuyo pago sirve para garantizar, y para el cual no hay ninguna justificación según los artículos II y VIII del GATT de 1994. Solamente en el caso de que el Grupo Especial considere establecido que los Estados Unidos en el caso presente han introducido un aumento en los requisitos en materia de fianzas sin haber hecho efectivos al mismo tiempo los correspondientes derechos de aduana, cobra significado el argumento expuesto en los párrafos anteriores y llevaría a la conclusión de que el incremento de los requisitos en materia de fianzas constituyen un incumplimiento del párrafo 1 del artículo XI del GATT de 1994.

6. En cualquier caso, los dos fundamentos jurídicos que se examinan deberían complementarse entre sí sin fisuras, y por lo tanto induciría siempre a la constatación de un incumplimiento de las obligaciones de los Estados Unidos con respecto al Acuerdo sobre la OMC.

Pregunta 49

Al alegar que un aumento de la cantidad de una garantía necesaria está destinado a cubrir los derechos del 100 por ciento que podrían deberse eventualmente (después de que el grupo especial de arbitraje haya concluido su trabajo), los Estados Unidos parecen garantizar que la obligación aplicable, en forma de derechos de aduana, puede cambiar después de la entrada de un producto incluido en la lista en el territorio aduanero del Miembro de la OMC. ¿Es este cambio retroactivo del derecho y de la obligación aplicable, aceptable según el derecho internacional?

Respuesta

7. Como se explica en su segunda comunicación escrita, del 21 de enero de 2000, a las CE no le convencen los argumentos de los Estados Unidos de que en este caso el aumento de los derechos de aduana se impusieran el 19 de abril de 1999, con efecto retroactivo a partir del 3 de marzo de 1999. Las CE consideran más bien que los derechos debidos por los productos incluidos en la lista se aumentaron de hecho a partir del 3 de marzo de 1999 y no fueron confirmados hasta el 19 de abril de ese mismo año, sobre la base de una lista reducida. Como han señalado las CE, la imposición retroactiva del aumento de los derechos de importación está en desacuerdo con lo que exige el derecho de aduanas de los Estados Unidos, como ellos mismos han aclarado, a lo largo de la presente diferencia, en especial en respuesta a las preguntas escritas de las CE.

Las CE desearían recordar que, de acuerdo con los principios jurídicos aduaneros, un requisito de pagos de fianza solamente puede justificarse si existen dudas con respecto a un producto importado específico (por ejemplo, con respecto a la clasificación, a la valoración o al origen), pero nunca por un imprevisto sobre un futuro cambio en la legislación o una duda sobre la legislación propiamente dicha.

8. Así pues, a juicio de las CE, dadas las circunstancias del presente caso, no se plantea la cuestión de las restricciones legales con respecto a la imposición retroactiva de impuestos u otras cargas financieras. A pesar de ello, las CE están por supuesto dispuestas a dar a conocer su opinión en el caso improbable de que el Grupo Especial adoptara una posición diferente sobre esta cuestión preliminar.

9. Las restricciones relativas a la retroactividad de los instrumentos jurídicos que imponen obligaciones legales o cargas financieras a las partes a las que se aplica, se basan en los problemas creados con respecto a la certidumbre jurídica y, cuando proceda, a la protección legal de los derechos adquiridos.

10. Uno de los objetivos básicos de la OMC y de su sistema de solución de diferencias, es también alcanzar la certidumbre jurídica. Según el párrafo 2 del artículo 3 del ESD, "el sistema de solución de diferencias de la OMC es un elemento esencial para aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio". Tal como constata el Órgano de Apelación: "La seguridad y previsibilidad de los 'acuerdos encaminados a obtener, sobre la base de la reciprocidad y de mutuas ventajas', la reducción sustancial de los aranceles aduaneros y de los demás obstáculos al comercio" es uno de los objetos y fines del *Acuerdo sobre la OMC* en general, así como del GATT de 1994.[81]

11. La certidumbre jurídica requiere que las cargas sobre la importación no se aumenten retroactivamente después de que un artículo se haya importado legalmente en el territorio aduanero de un Miembro de la OMC. Este aumento retroactivo está en abierta contradicción con la finalidad de la OMC de permitir que el comercio internacional se realice sobre una base previsible desde los puntos de vista jurídico y económico. Mientras que la imposición de derechos arancelarios a los productos importados constituye en principio un instrumento normativo permisible a disposición de los Miembros de la OMC, siempre que se respeten las consolidaciones arancelarias de la correspondiente Lista de concesiones arancelarias del GATT, y la norma NMF, el aumento retroactivo de un derecho aduanero, incluso en situaciones en que no se infrinja con dicha acción la consolidación arancelaria, incumple claramente una de las principales obligaciones básicas de la OMC, que es hacer posible el comercio internacional sobre una base segura y previsible.

12. Por razones similares, el artículo 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, presume la no retroactividad de los tratados internacionales, lo que significa que, a menos de que se pueda establecer una intención diferente, ningún tratado internacional se aplica a los actos o hechos que se realizaron, o a las situaciones que cesaron de existir, antes de la entrada en vigor del tratado. Sobre esta base, se ha dispuesto que, de conformidad con la Convención Europea de Derechos Humanos, no es admisible una reclamación de violación, *ratione temporis,* con respecto a actos que tuvieron lugar antes de que entrara en vigor la Convención para la parte contratante interesada, aun cuando las consecuencias del acto al que se refiere la reclamación sigan operando después de la entrada en vigor de la misma (por ejemplo, en caso de una expropiación sin la debida indemnización).[82]

13. Frente a estos antecedentes legales, y en especial con respecto a la prescripción de garantizar certidumbre jurídica, puede excluirse que el OSD autorizase la suspensión de concesiones u otras obligaciones en virtud de los párrafos 2 y 7 del artículo 22 del ESD, con efecto retroactivo. Tampoco podrá aplicarse retroactivamente la suspensión de concesiones y otras obligaciones, una vez que el OSD lo haya autorizado en virtud de dichas disposiciones. Ese efecto retroactivo de la autorización no solamente carece de base en las disposiciones pertinentes del artículo 22 del ESD, sino que también podrían entrar en conflicto con los principios básicos del derecho internacional y con el objeto y la finalidad del Acuerdo sobre la OMC en general y el sistema de solución de diferencias en particular, tal como atestiguan el párrafo 2 del artículo 3 del ESD y el informe del Órgano de

[81] Véase el informe del Órgano de Apelación sobre "*Comunidades Europeas - Clasificación aduanera de determinado equipo informático*" de fecha 5 de junio de 1998, documentos WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R y WT/DS68/AB/R, párrafo 82. Véase asimismo el reciente informe del Grupo Especial sobre "*Estados Unidos - Artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974*" aprobado el 27 de enero de 2000, documento WT/DS152/R, según el cual "… la seguridad y la previsibilidad del sistema multilateral de comercio son otro de los principales objetos y fines del sistema" (párrafo 7.75).

[82] Las expropiaciones se consideraban actos instantáneos y no violaciones continuas, véase por ejemplo, las aplicaciones adjuntas N^{os} 18890/91, 19048/91, 19342/92 y 19549/92, *Mayer et al. v. Germany*, decisión de 4 de marzo de 1996.

Apelación en el caso (ya citado) "*Comunidades Europeas - Clasificación aduanera de determinado equipo informático*".[83]

14. En el presente caso, no existe por tanto la sombra de una duda en el sentido de que un aumento retroactivo de los aranceles por parte de los Estados Unidos aplicable a los artículos incluidos en la lista importados de las CE, infringiría tanto las actuales consolidaciones arancelarias, y por lo tanto las obligaciones de los Estados Unidos con respecto al GATT, como la norma básica de que los derechos arancelarios no se pueden aumentar retroactivamente para ningún artículo que haya pasado por el despacho de aduanas para su utilización en el país del Miembro importador. Los Estados Unidos no pueden tampoco apoyarse en la decisión del OSD de 19 de abril de 1999 para justificar la imposición retroactiva de los derechos de aduana.

[83] Véase la nota 2 *supra*.

Apéndice 1.8
Intervención oral de las CE en la segunda reunión sustantiva
(9 de febrero de 2000)

I. RESPUESTA DE LAS CE A LA DECLARACIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS SOBRE "CUESTIONES RELATIVAS AL ÁMBITO DE LA PRESENTE DIFERENCIA"

Las CE consideran inoportuna la solicitud de los Estados Unidos de que se adopte una resolución preliminar para las cuestiones relativas al alcance de la diferencia. Cuando solicitaron que se creara el Grupo Especial, las CE se refirieron a dos listas de productos determinados, provenientes de la Comunidades Europeas, a saber, una lista más amplia publicada el 3 de marzo y otra reducida en la que figura un "subconjunto" de productos, publicada el 19 de abril de 1999.

Resultaba por lo tanto evidente para los Estados Unidos desde un principio que las CE intentaban abordar las infracciones de las disposiciones de la OMC señaladas en la solicitud, utilizando ambas listas.

Además, las consultas solicitadas el 4 de marzo de 1999 se referían a la lista más larga de productos, que abarcaba todos los contenidos en la del 19 de abril. No podemos por lo tanto comprender cómo los Estados Unidos pueden afirmar ahora que la referencia a una lista reducida, que no contenía ningún nuevo producto, pueda ampliar el alcance de la presente diferencia y afectar así sus derechos de defensa.

Por último, el fundamento jurídico de la instrucción de 3 de marzo de 1999 forma parte del fondo de la presente diferencia y no se puede abordar, o tomar una decisión sobre ella, en el contexto de una resolución preliminar relativa exclusivamente a cuestiones de procedimiento.

II. LOS ESTADOS UNIDOS NO HAN RECURRIDO A LOS PROCEDIMIENTOS MULTILATERALES DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS, DE CONFORMIDAD CON LOS ARTÍCULOS 23, 21 Y 22 DEL ESD ANTES DE RECURRIR A LA SUSPENSIÓN DE CONCESIONES

Después del debate sobre cuestiones de procedimiento que hemos tenido al comienzo de la reunión de hoy, desearíamos entrar en el fondo del caso que nos ocupa. Dicho fondo depende también por supuesto en gran medida del alcance de la presente diferencia, que es la primera cuestión a la que desearíamos referirnos en nuestra declaración oral de hoy.

Sr. Presidente, Sres. miembros del Grupo Especial,

Ya están ustedes enterados de cuál es el alegato básico de las CE, a saber, que las medidas adoptadas por los Estados Unidos resultan incompatibles con la norma fundamental de la OMC según la cual ningún Miembro puede tomarse la justicia por su mano, sino que ha de seguir las normas y procedimientos que rigen la solución de diferencias y que figuran en el ESD, antes de poder tratar de reparar cualquier incumplimiento aparente de las obligaciones dimanadas de la OMC por parte de otro Miembro de la Organización. Tal como ha constatado el Órgano de Apelación en el reciente informe sobre el caso *Chile - Impuestos sobre bebidas alcohólicas*, existe además una presunción de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones para con la OMC por parte de los Miembros de ésta, que equivale a la presunción de inocencia reconocida en el derecho penal como uno de los principios de la ley reconocido por todas las naciones civilizadas.

Es la infracción de este precepto básico de la OMC en general y del ESD en particular lo que ha inducido a los Estados Unidos en la diferencia relativa a los *Bananos* a recurrir a una solicitud de

autorización de la suspensión de concesiones u otras obligaciones basándose en una presunción unilateral de que las CE habían incumplido sus obligaciones en el marco de la OMC.

Así pues, los Estados Unidos, se abstuvieron de seguir los procedimientos previstos en el párrafo 5 del artículo 21 del ESD en caso de desacuerdo sobre la conformidad con un acuerdo abarcado de una medida adoptada para aplicar las recomendaciones y normas del OSD sobre la base de un informe anterior de un grupo especial o de un Órgano de Apelación.

Esto ha desembocado en la presente situación, en la que los Estados Unidos aplican derechos aduaneros más altos a una serie de artículos importados de las CE, sin haber seguido los procedimientos adecuados, prescritos por el ESD.

En este sentido, los Estados Unidos no pueden invocar el hecho de que, el 19 de abril de 1999, el OSD les autorizó a suspender las concesiones u otras obligaciones por una cantidad establecida mediante arbitraje, tal como se prescribe en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD. La autorización del OSD es una condición necesaria, pero no suficiente, para que se puedan suspender lícitamente las concesiones u otras obligaciones. Los Estados Unidos tenían también la obligación de respetar los procedimientos sobre solución de diferencias con respecto al desacuerdo sobre la compatibilidad con un acuerdo abarcado de las medidas de aplicación adoptadas por las CE.

Como ya sabe el Grupo Especial, en la solicitud de las CE de que se estableciera este Grupo Especial, se mencionaba concretamente el incumplimiento de los artículos 21 y 23 del ESD y, por lo tanto, forma parte de su mandato.

Este aspecto del presente caso tiene una repercusión no solamente en el fundamento jurídico de las violaciones sobre las que las CE formulan su reclamación, sino también en si la violación tiene un carácter continuo. Como comprenderá fácilmente el Grupo Especial, este aspecto del caso resulta de importancia decisiva para las CE. Si el Grupo Especial da la razón a las CE en este punto clave, la suspensión de concesiones es, y sigue siendo, incompatible con las obligaciones de los Estados Unidos tanto en lo que respecta a la lista inicial de 3 de marzo de 1999, que constituye el anexo 1 a la solicitud de las CE de establecimiento de un grupo especial, como a la lista reducida de 19 de abril de 1999, que figura como anexo 2 a la solicitud de las CE de establecimiento del grupo especial. En opinión de éstas, las CE tienen derecho a recibir una respuesta del Grupo Especial con respecto a esta importante alegación sobre la que las partes están claramente en desacuerdo, con consecuencias jurídicas y prácticas muy importantes en el presente caso. La negación de justicia sobre este punto provocaría necesariamente la continuación de la incertidumbre jurídica y de la actividad contenciosa.

Las CE han señalado ya en sus comunicaciones escritas que no había ninguna justificación para recurrir a la suspensión de concesiones u otras obligaciones en el caso presente, ni el 3 de marzo de 1999 ni el 19 de abril de 1999. La incompatibilidad de la medida adoptada el 3 de marzo con las normas de la OMC no podía "subsanarse" con la autorización del OSD del 19 de abril de 1999 simplemente porque estaba jurídicamente viciada desde su inicio. Las CE repiten que, en este contexto, la autorización del OSD de 19 de abril de 1999 era un requisito necesario, pero no suficiente, para la suspensión de concesiones u otras obligaciones.

III. EXAMEN DE LAS CARACTERÍSTICAS JURÍDICAS DE LA MEDIDA DE LOS ESTADOS UNIDOS Y OTRAS OBSERVACIONES

Sr. Presidente,

Distinguidos miembros del Grupo Especial,

Las CE sugieren que comencemos por el principio, es decir que examinemos una vez más la medida de los Estados Unidos que nos ocupa. Gracias a su petición, las CE pueden ahora examinar el texto de las instrucciones no publicadas que el Representante de los Estados Unidos para las Cuestiones Comerciales (USTR) dirigió al Servicio de Aduanas de los Estados Unidos el 3 de marzo de 1999 (Prueba documental 12 de los Estados Unidos).

El texto es muy revelador:

a) el USTR describe el objetivo de la instrucción de la forma siguiente: "el USTR trata actualmente de preservar su derecho a imponer derechos arancelarios del 100 por ciento a partir del 3 de marzo, mientras esté pendiente la comunicación de la decisión definitiva de los árbitros" (subrayado añadido);

b) como consecuencia, se dio la siguiente instrucción: "por consiguiente, le solicito por la presente que, hasta que se le curse una nueva notificación, el Servicio de Aduanas suspende la liquidación de las importaciones de todos los artículos indicados en el anexo de esta carta (…)" (subrayado añadido);

c) además, como consecuencia ulterior, se dio la siguiente instrucción adicional: "solicito también al Servicio de Aduanas que dé instrucciones en el día de hoy a los directores de puertos para que examinen la suficiencia de las fianzas depositadas con respecto a las importaciones descritas en la frase precedente, y adopte medidas para que se ofrezca una garantía suficiente o adicional (…) (subrayado añadido);

d) por último, hay que señalar que la instrucción se refiere explícitamente a (…) 63 Fed. Reg. 63099 y 63 Fed. Reg. 71665, donde se notifica el aumento de los derechos propuesto para determinados productos.

Lo que antecede confirma por lo tanto que:

a) El 3 de marzo de 1999, las autoridades de los Estados Unidos consideraban que tenían derecho a imponer el 100 por ciento de derechos de aduana para determinados productos por un valor total de 520 millones de dólares, a partir de esa fecha. Sin embargo, los Estados Unidos no indican, una vez más, de dónde se deriva ese presunto "derecho". Las CE reiteran que esta determinación de un "derecho" autoatribuido está en franca contradicción con las principales disposiciones de los artículos 23, 21 y 22 del ESD.

b) Los Estados Unidos determinaron que tenían derecho a imponer un aumento de los derechos del 100 por ciento a partir del 3 de marzo, incluso mientras esté pendiente la decisión de los árbitros, lo cual demuestra lo acertado de la opinión defendida por las CE en el sentido de que las medidas de los Estados Unidos infringen la última frase del párrafo 6 del artículo 22 del ESD, que dice lo siguiente: "no se suspenderán concesiones u otras obligaciones durante el curso del arbitraje".

c) En el texto se dan instrucciones a la aduana para que "suspenda la liquidación". Las CE recordarán que, hasta ahora, los Estados Unidos han mantenido que esta

expresión no tiene ninguna significación jurídica y estaba destinada solamente al comunicado de prensa. Las CE señalan asimismo que esta medida está formulada en términos absolutos y da instrucciones para que no se permita a la aduana la liquidación de mercancías al tipo consolidado NMF. Lo que interesa para la resolución de este caso es el contenido y los efectos de una instrucción concreta dada por el USTR de "suspender la liquidación", es decir de no proceder a la liquidación de los derechos de aduana. El efecto de esta instrucción era impedir que, a partir del 3 de marzo de 1999, cualquier importador de determinados productos procedentes de las CE pudiera proceder al despacho de aduana de los productos a un tipo arancelario que no excediera el tipo consolidado en la Lista de los Estados Unidos de concesiones arancelarias al que tienen derecho de acuerdo con las normas de la OMC.

d) La "suspensión" de la liquidación se hizo efectiva "hasta nuevo aviso", es decir de forma totalmente indefinida. Las instrucciones dadas socavan así "la seguridad y previsibilidad de los 'acuerdos encaminados a obtener, sobre la base de la reciprocidad y de mutuas ventajas, la reducción sustancial de los aranceles aduaneros y de los demás obstáculos al comercio' [que] es uno de los objetos y fines de los *Acuerdos sobre la OMC* en general así como del GATT de 1994" tal como se indicaba en el informe del Organo de Apelación "*Comunidades Europeas - Clasificación aduanera de determinado equipo informático*" (párrafo 82).

e) Las instrucciones del USTR contienen también una orden complementaria de "revisar la suficiencia de las fianzas" y proporcionan "suficiente seguridad <u>adicional</u>" para garantizar la aplicación de la suspensión de las concesiones arancelarias a partir del 3 de marzo de 1999.

f) Las referencias cruzadas de las instrucciones del USTR con el texto de una nota publicada en el *Federal Register* de 10 de noviembre de 1998, en la página 63099, que dice lo siguiente: "(…) las fechas en que el USTR tiene intención de aplicar la medida -1º de febrero o a más tardar 3 de marzo de 1999- corresponden a *<u>las fechas previstas en los artículos 306(b) y 305(a) de la Ley de Comercio Exterior</u>*, así como en el artículo 22 del ESD".

Como resulta evidente de lo anterior, las instrucciones de los Estados Unidos del 19 de abril de 1999 no añadieron ninguna carga suplementaria a la importación de determinados productos de las CE. Más bien, al mismo tiempo que confirmaban la instrucción de 3 de marzo, reducían la lista de productos y la reclamación de las CE no se refiere a esa reducción.

Sr. Presidente, Sres. miembros del Grupo Especial,

Las explicaciones de los Estados Unidos en respuesta a las nuevas preguntas del Grupo Especial son simplemente no creíbles.

Por ejemplo, la intención de las autoridades de los Estados Unidos manifestada en la instrucción del 3 de marzo era que la suspensión de concesiones se hiciera efectiva <u>inmediatamente</u> ("ahora"), el 3 de marzo, sin cumplir con los procedimientos multilaterales de solución de diferencias, de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 y con el artículo 23 del ESD. Se trata pues de una clara violación de los principios básicos de la OMC, que persiste todavía hoy.

Además, los Estados Unidos no se molestaron en esperar a que se determinara el <u>nivel</u> de anulación y menoscabo, en caso de haberlos, antes de recurrir a la aplicación de suspensión de concesiones, en clara contradicción de la última frase del párrafo 6 del artículo 22 del ESD. Por lo tanto, cualquier referencia a un "riesgo especial" o a otro tipo de "riesgo" citado por los Estados

Unidos en sus contestaciones a las preguntas del Grupo Especial, equivale a un intento de confundir a éste sobre la realidad de la situación.

Además, ninguna explicación detallada relativa a la instrucción de 19 de abril puede disimular los acontecimientos del 3 de marzo.

La frase que figura en el párrafo 18 del documento de los Estados Unidos de 8 de febrero es reveladora:

> "de no existir la medida del 19 de abril, todas y cada una de las importaciones sujetas al cambio de los requisitos en materia de fianzas, se liquidarían al tipo NMF aplicado a la entrada, precisamente porque el 3 de marzo no se había impuesto ninguna obligación".

Esto ignora abiertamente el objetivo declarado de las instrucciones del 3 de marzo:

> "el USTR trata de proteger su derecho a imponer, a partir del 3 de marzo, unos derechos del 100 por ciento".

El texto de la instrucción del 3 de marzo simplemente no permite sostener, como hacen los Estados Unidos en el párrafo 20 de su documento de 8 de febrero, que:

> "no había ninguna relación legal entre la medida del 3 de marzo (cambios de los requisitos en materia de fianzas) y la medida del 19 de abril (aumento del tipo del derecho para determinados productos)".

Tampoco resulta creíble el intento de los Estados Unidos de reescribir el informe adoptado del Grupo Especial del GATT de 1947 sobre "precios mínimos de importación".

En contra de las afirmaciones que figuran en el párrafo 30 del documento de 8 de febrero, de que el Grupo aceptó el argumento de los Estados Unidos en el sentido de que

> "las cargas y gastos en concepto de intereses [en relación con la constitución de una fianza] se añadían a los derechos consolidados (…)".

Los Estados Unidos reconocen que hay cargas y gastos por concepto de intereses derivados del aumento de los requisitos en materia de fianzas a un nivel determinado por los Estados Unidos, de hasta 20 dólares por 1.000 dólares del valor de la fianza (párrafo 12 del documento de 8 de febrero).

El efecto acumulativo de tal medida aplicado al valor total de los productos seleccionados por un valor de 520 millones de dólares alcanza aproximadamente los 10 millones de dólares, cantidad que razonablemente no se puede considerar insignificante.

Según la instrucción del 3 de marzo, el aumento de los requisitos en materia de fianzas son una condición previa necesaria para poder recaudar los derechos aduaneros (aumentados), a cuyo pago sirve de garantía. Tal aumento deberá considerarse como una carga en relación con la importación en exceso del tipo consolidado para los Estados Unidos, para el que no existe justificación en los artículos II y VIII del GATT de 1994.

Al igual que sucedió con el informe del Grupo Especial sobre "precios mínimos de importación", los depósitos de garantía suelen adoptar la forma de garantía bancaria, sin la cual no se realizaría ninguna importación. También en este caso, es importante el informe del Grupo Especial para la solución de la diferencia que nos ocupa.

Como recordará el Grupo Especial, en el párrafo 6 de su documento de 13 de enero reafirmaba que:

> "la obligación del pago de derechos se origina en el momento en que las mercancías llegan en un buque a un puerto aduanero y existe el intento de descargar (*sic*) las mercancías en ese puerto, o, si la llegada se produce por un medio distinto de un buque, en el momento de llegada al territorio aduanero de los Estados Unidos".

Así pues, de acuerdo con los Estados Unidos, la obligación no puede cambiar después de la llegada de la mercancía importada al territorio aduanero de los Estados Unidos.

Las CE están de acuerdo con esta explicación. De hecho, en ellas se aplica la misma norma.

¿Cómo pueden afirmar los Estados Unidos al mismo tiempo que "la medida de 19 de abril ha cambiado este tipo de derecho aduanero para algunos productos" (párrafo 23 del documento de 8 de febrero), aunque los productos hubieran entrado en el territorio aduanero antes de dicha fecha?

Como sabe el Grupo Especial, la realidad es que a partir del 3 de marzo de 1999 los derechos adeudados se calcularon sobre la base del 100 por ciento de derecho *ad valorem*, sujeto a la confirmación en fecha posterior, es decir el 19 de abril del mismo año.

Como cuestión de principio, al importar un producto en los Estados Unidos, el despacho de aduanas se basa en dos tipos diferentes de factores:

- un factor relativo a la evaluación de la exactitud en la clasificación, valoración en aduana y origen de las mercancías, que depende de las particularidades de cada operación de importación, que debe ser declarada por el importador; y

- otro factor determinado por la legislación aduanera pertinente, aplicable en la fecha en que se genera la obligación aduanera, es decir, en el caso de los Estados Unidos, la fecha de entrada en el territorio aduanero estadounidense. Esta legislación fija, entre otras cosas el tipo de derecho aplicable.

Los requisitos en materia de fianzas cumplen el fin de garantizar la corrección de las declaraciones presentadas por los operadores con respecto al primer factor. No obstante, la instrucción del 3 de marzo de los Estados Unidos, impuso explícitamente un incremento de los requisitos en materia de fianzas con objeto de garantizar el pago del aumento de los derechos que pudiera resultar de un cambio del segundo factor. No obstante, la normativa de la OMC no permite a los Miembros crear o mantener incertidumbre con respecto al límite superior del tipo de derecho aplicable, que no podrá exceder el tipo consolidado.

Los Estados Unidos no pueden recurrir a ninguna otra base jurídica para su acción, que es incompatible con las normas de la OMC. El hecho de que el Acuerdo de la OMC sobre medidas antidumping permita la imposición retroactiva de los derechos antidumping en circunstancias muy determinadas, no da la razón a los Estados Unidos en este caso. Por el contrario, se trata claramente de una excepción limitada al principio básico correspondiente al artículo II del GATT de 1994 y, por lo tanto, será aplicable solamente cuando haya una disposición específica al respecto (Nota Interpretativa General al Anexo 1A del Acuerdo sobre la OMC).

Por otra parte, el Convenio de Kyoto establece que ("la legislación" nacional)

> "estipulará el momento a tener en cuenta para determinar los tipos de los derechos e impuestos de importación que se aplican a las mercancías declaradas para despacho a consumo" (norma 47 del Anexo B.1).

Como se acaba de mencionar, los Estados Unidos han elegido efectivamente el momento a tener en cuenta, que es la fecha de entrada de las mercancías importadas al territorio aduanero estadounidense. En este contexto y como cuestión de pura lógica, no resulta pertinente la medida de "suspender" la liquidación de una deuda aduanera para la determinación del momento en que se ha adquirido esa deuda aduanera.

En consecuencia, no existía ningún "riesgo" adicional relacionado con la operación de importar determinados productos de las CE que pudieran justificar un aumento de los requisitos en materia de fianzas. Ningún otro "riesgo" podría justificar la "suspensión" de la liquidación o un aumento del derecho adeudado.

Las explicaciones de los Estados Unidos no son por lo tanto más que una cortina de humo destinada a disimular el aumento del derecho adeudado a partir del 3 de marzo de 1999, medida adoptada en esa fecha en violación de los artículos I, II, VIII y/u XI del GATT, y 3, 21, 22 y 23 del ESD.

Con esto concluye la intervención de las Comunidades Europeas. Sr. Presidente, distinguidos miembros del Grupo Especial, muchas gracias por su atención.

Apéndice 1.9
Declaración final de las CE en la segunda reunión sustantiva
(9 de febrero de 2000)

Sr. Presidente,
Distinguidos miembros del Grupo Especial

Los Estados Unidos parecen tener dificultad en la percepción de la realidad del caso que nos ocupa.

Parecen olvidar que el Representante Adjunto de los Estados Unidos para las Cuestiones Comerciales Internacionales (USTR), Sr. P. Scher, declaró el 3 de marzo de 1999 a la prensa: "respondimos suspendiendo efectivamente el comercio a partir del 3 de marzo en respuesta a los daños ocasionados por el régimen sobre el banano de las CE, incompatible con las normas de la OMC". Olvidan asimismo las declaraciones de los funcionarios del USTR realizadas después del 3 de marzo cuando el sector industrial de los Estados Unidos se lamentó de los efectos de la medida. En recientes publicaciones estadounidenses se recogen citas de los funcionarios del USTR en las que se afirma que, en su opinión "el derecho arancelario interrumpiría la actividad industrial, provocaría el cierre".

Descubrimos ahora que los representantes de los Estados Unidos en el presente procedimiento no son plenamente conscientes de estas realidades, que forman parte de las pruebas irrebatibles que tiene ante sí el Grupo Especial. Esta mañana han declarado que, según las CE los requisitos en materia de fianzas frenan realmente el comercio. No es así.

Las CE han examinado una vez más las pruebas documentales 5, 7 y 10 presentadas por los Estados Unidos en este procedimiento y han convertido en gráfico las cifras sometidas por los Estados Unidos.

Sr. Presidente y Miembros del Grupo Especial: si las afirmaciones de los Estados Unidos de esta mañana fueran correctas, es decir, si no se hubieran dado instrucciones a las autoridades aduaneras, no se hubiera suspendido la liquidación, y no se hubiera elevado la cantidad adeudada en concepto de derechos, ¿cómo se habrían producido estos efectos sobre el comercio?

Las CE afirman que el texto de las notas del USTR publicado en el *Federal Register* en 1998 y de las instrucciones del USTR del 3 de marzo son de gran claridad: estos efectos sobre el comercio fueron el resultado directo, intencionado e inequívoco de la medida adoptada por los Estados Unidos, mediante la cual la obligación del pago de derechos se elevó al 100 por ciento *ad valorem* a partir del 3 de marzo, con objeto de frenar el comercio a partir de esa fecha.

Los Estados Unidos afirmaban que su ciclo de liquidación aduanera permitía el despacho inmediato de las mercancías importadas después de la evaluación provisional de los elementos pertinentes en relación con los derechos. Después de esa evaluación provisional, las obligaciones financieras resultantes de la importación se liquidan en un plazo comprendido entre 314 días y un año, después de la entrada de las mercancías importadas.

Las CE utilizan un sistema similar, si bien los períodos de liquidación financiera son mucho más cortos.

Sin embargo, como ya se ha afirmado y en aras de la lógica, cualquier requisito en materia de fianzas en el presente contexto ha de estar destinado a garantizar el pago diferido, o a cubrir posibles equivocaciones cometidas en la evaluación inicial de los elementos relacionados con los derechos (error de clasificación, infravaloración, falsa atribución de origen). Todos estos elementos "se

refieren o bien a la solvencia crediticia del importador o bien a las mercancías que se importan" (párrafo 29 de la segunda comunicación de los Estados Unidos).

Cuando comparamos esos principios con la situación que se da en el caso presente, descubrimos que las obligaciones financieras, cuyo pago de derechos fue diferido el 3 de marzo de 1999, o después de dicha fecha, en lo que respecta a los productos enumerados, se basaba más bien en la medida adoptada por el gobierno de aumentar el tipo del derecho al 100 por ciento *ad valorem*, infringiendo así las consolidaciones de los Estados Unidos en el marco del GATT.

Además, el Convenio de Kyoto no prevé ninguna justificación que permita aumentar las garantías para cubrir los cambios introducidos en los tipos de derechos aplicables después del momento en que se adquiere la obligación del pago del derecho. Las CE señalan a la atención de los miembros del Grupo Especial asimismo el objetivo del Convenio de Kyoto que es facilitar y simplificar los procedimientos aduaneros. Ninguna interpretación de la buena fe de dicho Convenio podría justificar medidas como las adoptadas por los Estados Unidos, que socavan la seguridad y previsibilidad del sistema de comercio internacional.

Otro aspecto que conviene aclarar se refiere al alcance del examen del Grupo Especial sobre la medida adoptada por los Estados Unidos. El representante de ese país ha afirmado repetidamente esta mañana que las CE están pidiendo al Grupo Especial que infrinja varias disposiciones de la OMC a fin de poder constatar que el grupo arbitral previsto en el párrafo 6 del artículo 22 en el asunto del *Banano* violaba de algún modo otras disposiciones del ESD. (Párrafo 12 de la declaración de los Estados Unidos del 9 de febrero).

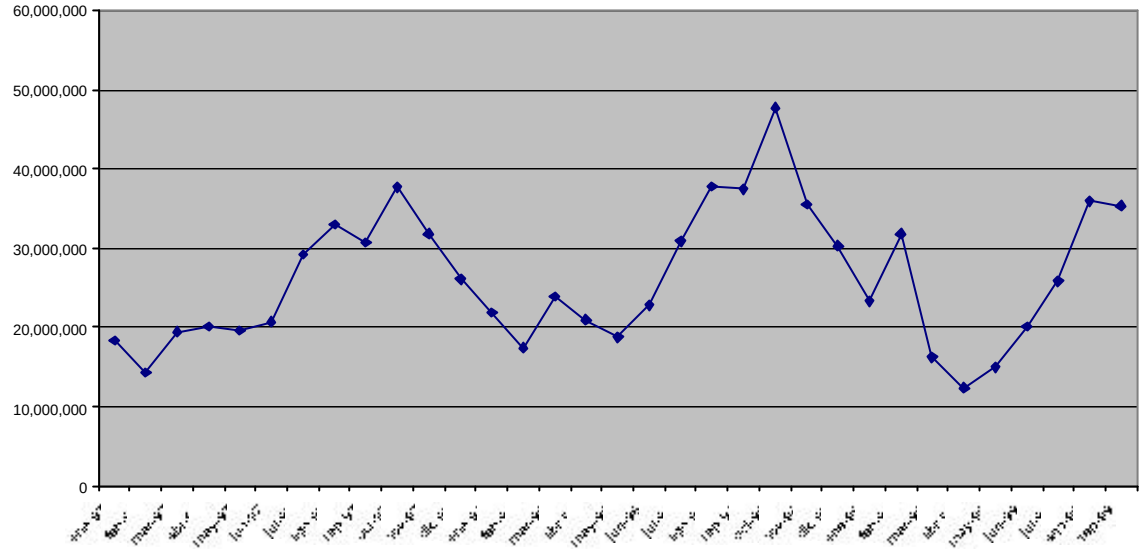
Las CE afirman que son los Estados Unidos los que están complicando en este caso el procedimiento. Confirmamos que este Grupo Especial no necesita ni siquiera mencionar la decisión de los árbitros en el marco del párrafo 6 del artículo 22, ya que las CE no están pidiendo al Grupo Especial que revisen el nivel de anulación o menoscabo determinado según ese procedimiento, independientemente de cómo se justificara.

Las CE insisten, sin embargo, en el hecho de que ningún Grupo Especial u Órgano de Apelación aprobado por el OSD y en el que intervengan los Estados Unidos ha determinado nunca que las CE no hayan puesto "en conformidad con un acuerdo abarcado la medida declarada incompatible con él o no cumpla de otro modo las recomendaciones y resoluciones adoptadas dentro del plazo prudencial determinado de conformidad con el párrafo 3 del artículo 21" (párrafo 2 del artículo 22 del ESD).

Así pues, las CE repiten que, si bien la autorización del OSD en virtud del artículo 22 del ESD, es un requisito necesario para aplicar una suspensión de concesiones u otras obligaciones, no es suficiente cuando existe un desacuerdo sobre la "conformidad con un acuerdo abarcado de las medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones" del OSD (párrafo 5 del artículo 21 del ESD). Esta condición necesaria se cumple solamente cuando el OSD ha aprobado el informe del Grupo Especial o del Órgano de Apelación en virtud del párrafo 5 del artículo 21 del ESD.

Si se da la razón a los Estados Unidos en este aspecto primordial, ello equivaldría a aceptar que un Miembro de la OMC puede tomarse la justicia por su mano, lo cual socavaría el carácter multilateral del sistema de solución de diferencias y, en consecuencia, del sistema de la OMC en su conjunto.

Importaciones de los Estados Unidos de productos de la UE NO incluidos en la lista final* - de enero de 1997 a septiembre de 1999



	ene-97	mar-97	abr-97	jun-97	jul-97	sep-97	oct-97	dic-97	ene-98	mar-98	abr-98	jun-98	jul-98	sep-98	oct-98	dic-98	ene-99	mar-99	abr-99	jun-99	jul-99	sep-99
Serie1	18,346	19,490	20,118	20,741	29,223	30,702	37,670	26,130	21,893	23,941	20,958	22,774	30,873	37,425	47,737	30,274	23,335	16,228	12,409	20,122	25,852	35,296

* (Prosciutto, pecorino, cookies, candles, plastic film, sweaters, coffee makers).

Fuente: Pruebas documentales 5, 7 y 10 de los EE.UU.

Apéndice 1.10
Respuesta de las CE a nuevas preguntas del Grupo Especial
(10 de febrero de 2000)

Pregunta 50

¿Consideran las partes que existe un costo de oportunidad como consecuencia de los requisitos en materia de fianzas, en particular si deposita dinero en efectivo en lugar de constituir fianza?

Respuesta

Las CE desean reiterar que el proceso de liquidación financiera vinculado con el pago diferido de derechos es mucho más breve en el régimen de las CE que en el régimen de los Estados Unidos.

Conforme al régimen de los Estados Unidos, el depósito de dinero en efectivo en lugar de fianza queda a disposición del Gobierno de los Estados Unidos hasta la conclusión del proceso de la liquidación financiera relacionado con la importación, esto es, durante un período no inferior a 314 días. Esa suma de dinero, según interpretan las CE, se añade a la cuantía equivalente a los derechos adeudados (que posiblemente ya se han depositado con la mira de la liquidación final) respecto de esa importación.

Por lo tanto, el Gobierno de los Estados Unidos devengaría intereses positivos durante casi un año sobre esa suma adicional de dinero y, correlativamente, el importador perdería una suma de dinero equivalente a los intereses negativos sobre dicha cuantía, aumentados por la tasa de inflación. Además, el importador ve restringidas las oportunidades financieras que entrañaría la disponibilidad de esa cuantía de dinero, pues se restringe o encarece su acceso al crédito.

En el caso que se examina, la mayor parte de las mercancías originarias de las CE que se enumeran en la medida de los Estados Unidos estaban sujetas a un pago de derechos igual a cero o marginal hasta el 2 de marzo de 1999. El 3 de marzo de 1999, la medida unilateral de los Estados Unidos aumentó la obligación de pago de derechos correspondiente a esas mercancías al 100 por ciento *ad valorem.*

Todo comerciante que deseara hacer un depósito en efectivo en lugar de constituir una fianza, en esa fecha o a partir de ella, se habrá visto sujeto a un requisito desproporcionado de constitución de depósitos, en comparación con el depósito insignificante o nulo anterior a la fecha del 3 de marzo. Esta cuestión se plantea en el contexto de una situación en la cual se impuso un aumento del depósito en dinero en efectivo a fin de sufragar derechos aumentados en forma unilateral, una medida oficial que carece de toda relación con el objeto de un depósito en efectivo, esto es, cubrir incertidumbres relacionadas con una determinada importación.

En todo caso, en la hipótesis descrita en la pregunta formulada por el Grupo Especial, cabe decir que la medida de los Estados Unidos produjo un aumento significativo de los "costos de oportunidad", que no tiene justificación alguna en el marco de los Acuerdos de la OMC o en ningún otro instrumento jurídico.

Apéndice 2.1
Primera comunicación de los Estados Unidos de América
(6 de diciembre de 1999)

I. INTRODUCCIÓN

1. El 3 de marzo de 1999, el Servicio de Aduanas de los Estados Unidos comenzó a exigir que las fianzas constituidas con respecto a determinadas importaciones procedentes de las Comunidades Europeas (CE) cubrieran la responsabilidad potencial debida en el caso de que el OSD autorizase la suspensión de concesiones por el reiterado incumplimiento de las CE en la diferencia relativa a los *Bananos*. La única cuestión en la presente diferencia es dilucidar si, en el contexto específico de los esfuerzos desplegados por las Comunidades Europeas para evitar a cualquier costo el cumplimiento de sus obligaciones dimanantes de la OMC en la diferencia relativa a los *Bananos*, la respuesta de los Estados Unidos fue procedente. Las CE no cuestionan su omisión en poner su régimen de importación de bananos en conformidad con sus obligaciones dimanantes de la OMC al 1º de enero de 1999, en que expiró el "plazo prudencial" para hacerlo. Las CE tampoco cuestionan que los árbitros de la OMC llegaron a esta conclusión el 6 de abril de 1999. Y tampoco discuten que el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) aprobó una petición de los Estados Unidos de suspensión de concesiones, en plena conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD) el 19 de abril de 1999. En cambio, las CE alegan que, pese a la confirmación de los árbitros de que las CE habían violado sus obligaciones en el marco de la OMC desde el 1º de enero de 1999, los Estados Unidos no tenían derecho a aumentar los requisitos en materia de fianzas el 3 de marzo de 1999 para preservar su capacidad de reparar ese incumplimiento a partir de la fecha siguiente a la aprobación por el OSD de la cuantía de la anulación o menoscabo. Como se demuestra en la presente comunicación, los requisitos en materia de fianzas establecidos el 3 de marzo fueron compatibles con la letra y el espíritu del ESD.

2. De conformidad con el ESD, las Comunidades Europeas fueron responsables de la anulación o menoscabo a partir del 2 de enero de 1999, un día después de la expiración del plazo prudencial. La fecha finalmente escogida, el 3 de marzo, fue un día posterior a la fecha en que según el párrafo 6 del artículo 22, los árbitros de la OMC en el asunto relativo a los *Bananos* debían determinar el nivel de anulación o menoscabo de las ventajas resultantes para los Estados Unidos de la violación de las obligaciones impuestas por la OMC a las CE.

3. El Grupo Especial encargado del arbitraje no pudo culminar su labor el 2 de marzo de 1999, debido en gran parte a los esfuerzos desplegados por las CE para retrasar la remisión del asunto al Grupo Especial y para demorar la subsiguiente labor de éste. Estos esfuerzos no fueron sino los últimos realizados por las CE para demorar el cumplimiento de sus obligaciones internacionales relativas a su régimen de importación de los bananos. Los esfuerzos de las CE fueron incluso anteriores a la creación de la OMC en 1995 y abarcaron la negativa de las CE a dar cumplimiento a dos decisiones adversas de grupos especiales del GATT sobre los bananos. Estos esfuerzos prosiguieron después de que un grupo de solución de diferencias de la OMC y el Órgano de Apelación de la OMC constataran nuevamente que el régimen de importación de bananos de las CE violaba sus obligaciones internacionales. Las CE se negaron a entablar consultas con las partes reclamantes, durante el plazo prudencial, sobre las revisiones hechas por las CE de su régimen de importación de los bananos, introduciendo en cambio modificaciones que nuevamente fueron declaradas incompatibles con las obligaciones de las CE. Además, durante el plazo prudencial, las CE en primer lugar obstruyeron reiteradamente el establecimiento de un grupo especial con arreglo al párrafo 5 del artículo 21 sobre la cuestión del incumplimiento de las CE, y después trataron de retrasar hasta el 31 de enero de 1999 toda petición de los Estados Unidos de suspender concesiones, lo que habría privado a los Estados Unidos del beneficio del consenso *en contrario* según lo previsto en los párrafos 6 o 7 del artículo 22 del ESD. Mientras que las CE no tuvieron éxito en sus esfuerzos

destinados a impedir que los Estados Unidos presentaran ante el OSD su petición, ajustada a derecho, de suspender concesiones, lograron retrasar la labor de los árbitros designados con arreglo al párrafo 6 del artículo 22 más allá del plazo establecido en el ESD para la realización de su labor, o sea el 2 de marzo de 1999. De este modo, en el año que precedió al 3 de marzo de 1999, las CE, de forma reiterada y sin excepciones, obstruyeron los mecanismos previstos en el ESD para abordar el incumplimiento de las CE.

4. Cuando la OMC remplazó al GATT en 1995, se previó que el ESD sería uno de los adelantos más importantes, ya que se había estructurado de modo de asegurar la rápida solución de las diferencias y, en particular, el pronto cumplimiento.[84] El historial de la OMC en materia de solución de diferencias entre 1995 y 1998 fue bueno, pero el incumplimiento de las CE en el asunto relativo a los bananos amenazó con modificar esta pauta. El asunto *Bananos* supuso por primera vez que una parte demandada utilizara el plazo prudencial para introducir modificaciones que claramente no entrañaban el pleno cumplimiento al vencimiento de dicho plazo, y posteriormente obstruyera el procedimiento previsto en el ESD para abordar la situación. Esta actuación anterior al 3 de marzo de 1999 amenazó seriamente la credibilidad del nuevo sistema de solución de diferencias.

5. La medida adoptada por los Estados Unidos el 3 de marzo de 1999 abordó la amenaza planteada a la credibilidad del sistema de solución de diferencias de la OMC por la estrategia concertada de demora de las CE, y lo hizo de manera compatible con las obligaciones de los Estados Unidos en el marco de la OMC. Al exigir a los importadores que constituyeran fianzas suficientes para cubrir todo derecho que el OSD pudiera finalmente autorizar como resultado del permanente incumplimiento de las obligaciones que la OMC imponía a las CE, los Estados Unidos preservaron su capacidad de recaudar derechos autorizados por el OSD y al mismo tiempo demostraron a las CE que no podían esperar beneficiarse de sus esfuerzos encaminados a socavar mediante demoras las normas del ESD. Esta medida fue compatible con las obligaciones de los Estados Unidos en el marco de la OMC, y el Grupo Especial deberá desestimar las alegaciones de las CE en sentido contrario.

II. ANTECEDENTES DEL PROCEDIMIENTO

6. Mediante una carta de fecha 4 de marzo de 1999, las CE solicitaron la celebración de consultas con los Estados Unidos, relativas a la decisión adoptada por los Estados Unidos el 3 de marzo, de exigir que las fianzas constituidas con respecto a determinadas importaciones procedentes de las CE cubrieran la responsabilidad potencial debida en el caso de que el OSD autorizase la suspensión de concesiones con respecto a importaciones procedentes de las CE, por el reiterado incumplimiento de las CE en la diferencia relativa a los *Bananos* (WT/DS165/1). Las consultas se celebraron el 21 de abril de 1999, pero no lograron resolver la diferencia.

7. Mediante una carta de fecha 11 de mayo de 1999, las CE solicitaron el establecimiento de un grupo especial con el mandato uniforme, de conformidad con el artículo 7 del ESD (WT/DS165/8). El 16 de junio de 1999, el Órgano de Solución de Diferencias ("OSD") estableció un Grupo Especial de conformidad con la solicitud de las CE (WT/DS165/9).

8. Se aplica a este procedimiento el siguiente mandato:

> Examinar, a la luz de las disposiciones pertinentes de los acuerdos abarcados invocados por las Comunidades Europeas en el documento WT/DS165/8, el asunto sometido al OSD por las Comunidades Europeas en ese documento y formular conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en dichos acuerdos.

[84] *Véase* el párrafo 3 del artículo 3 y el párrafo 1 del artículo 21 del ESD.

9. El 29 de septiembre de 1999, las CE pidieron al Director General que, de conformidad con el párrafo 7 del artículo 8 del ESD, estableciera la composición del Grupo Especial. El 8 de octubre de 1999, el Director General anunció la composición del Grupo Especial.

10. Dominica, el Ecuador, la India, Jamaica, el Japón y Santa Lucía se reservaron su derecho a participar en calidad de terceros en la diferencia. (WT/DS165/9, WT/DS165/9/Corr.1)

III. ANTECEDENTES FÁCTICOS

11. La recapitulación completa de la actuación de las CE en el año y medio anterior al 3 de marzo de 1999 pone de relieve la amenaza que esa actuación supuso para la credibilidad del ESD y brinda la perspectiva necesaria sobre la medida adoptada por los Estados Unidos en esa fecha para abordar esta amenaza y preservar sus derechos en el marco del ESD.

12. El 25 de septiembre de 1997, el Órgano de Solución de Diferencias adoptó las resoluciones del Grupo Especial y del Órgano de Apelación contra las CE en el asunto *Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos*, en la que se abordaron las reclamaciones formuladas por el Ecuador, Guatemala, Honduras, México y los Estados Unidos.[85] Esas constataciones fueron amplias y detalladas, e incluyeron constataciones de que el régimen de importación de bananos de las CE: 1) distribuía incorrectamente su mercado entre las oportunidades de acceso concedidas a los países de América Latina y a los de África, el Caribe y el Pacífico (ACP), respectivamente; y 2) discriminaba en favor de los proveedores de servicios de distribución de bananos de las CE y en contra de los proveedores de servicios de los Estados Unidos y de América Latina en contradicción con lo dispuesto en el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS).

13. En la reunión celebrada por el OSD en la que se solicitó a las CE que declarasen sus intenciones con respecto a la aplicación, y en las posteriores negociaciones con las partes reclamantes entabladas con arreglo al párrafo 3 del artículo 21 con respecto al "plazo prudencial" para el cumplimiento, las CE se negaron a comprometerse a aplicar "todas" las recomendaciones y resoluciones del OSD. Las CE se expresaron sólo de manera vaga acerca del cumplimiento de sus "obligaciones internacionales" y se negaron a comprometerse a aplicar todas las resoluciones y recomendaciones del OSD en el plazo prudencial.[86] Finalmente reconocieron sus obligaciones durante las preguntas formuladas por el árbitro designado de conformidad con el párrafo 3 del artículo 21 del ESD sobre el plazo prudencial.[87]

14. Como resultado de ese arbitraje, se concedió a las CE un "plazo prudencial" de 15 meses para poner su régimen de importación de bananos en conformidad con las obligaciones de las CE en el marco de la OMC, que finalizaba el 1º de enero de 1999.[88] No obstante, a pesar del alcance de las constataciones de la OMC y la complejidad de las medidas de las CE, los funcionarios de la Comisión Europea se negaron a consultar con los Estados Unidos después de las resoluciones de la OMC, en el otoño de 1997. En cambio, la Comisión comenzó a elaborar propuestas de modificaciones al régimen de los bananos de las CE que hacían caso omiso de las preocupaciones que habían expresado las partes reclamantes.

---

[85] WT/DSB/M/37.

[86] *Véase* WT/DSB/M/38.

[87] *Véase* WT/DS27/15, párrafo 12.

[88] WT/DS27/15, párrafo 20.

15. El 14 de enero de 1998, la Comisión presentó una propuesta a sus Estados miembros. La incompatibilidad de esa propuesta con las recomendaciones del OSD se pusieron pronto de manifiesto. La propuesta de la Comisión sólo introdujo modificaciones simbólicas en su distribución del mercado y dejó abierta la posibilidad de mantener la discriminación contra los proveedores de servicios estadounidenses, contrariamente a lo dispuesto en el AGCS. Los funcionarios de la Comisión simplemente afirmaron que su propuesta era plenamente compatible con la OMC. Durante las reuniones celebradas con funcionarios de los Estados Unidos a comienzos de 1998, los representantes de la Comisión subrayaron que en esa ocasión no tenían ninguna flexibilidad para introducir cambios sustantivos en esta propuesta.

16. A comienzos de enero de 1998, los Estados Unidos, los cuatro países de América Latina que fueron partes reclamantes en el caso inicial, y Panamá, un Miembro más reciente de la OMC, comenzaron también a plantear la cuestión de los bananos mensualmente ante el OSD.[89] Las partes reclamantes explicaron a las CE y a los demás Miembros de la OMC muy detalladamente las incompatibilidades de la propuesta de las CE con la OMC y pidieron la celebración de negociaciones sobre la base de un nuevo enfoque. En su respuesta, las CE sugirieron únicamente que las partes reclamantes estaban alterando el procedimiento del OSD y se negaron a entablar negociaciones sustantivas.

17. Durante los meses siguientes, la postura de las CE se hizo aún más pertinaz, pese a los esfuerzos realizados por los Estados Unidos para presionar en favor de una solución negociada. En junio de 1998, el Consejo de Agricultura de las CE aceptó la propuesta de la Comisión, sobre la base de un acuerdo del que se dejó constancia en acta pública, de que el régimen de licencias se basaría en el período de referencia 1994-96, lo que tendría el efecto de perpetuar el trato discriminatorio aplicado para favorecer a las empresas de distribución europeas que recibieran licencias.[90] El Consejo de las CE adoptó la propuesta mediante el Reglamento (CE) 1637/98, de 20 de julio de 1998, que, como explicaron las CE en su primera comunicación[91], entró en vigor el 31 de julio de 1998 y fue aplicable desde el 1º de enero de 1999. Las CE dictaron el 28 de octubre de 1998 otras normas de aplicación del régimen de licencias, sobre la base del período de referencia 1994-1996 aprobado por el Consejo. Estas normas entraron en vigor el 1º de noviembre de 1998 y fueron aplicables en su totalidad desde el 1º de enero de 1999.

18. A partir de comienzos de julio de 1998, los Estados Unidos y las demás partes reclamantes solicitaron reiteradamente a las CE que presentaran ante un grupo especial designado con arreglo al párrafo 5 del artículo 21 del ESD su alegación de que sus medidas recientemente adoptadas eran en realidad compatibles con la OMC. El 8 de julio, la Representante de los Estados Unidos para las Cuestiones Comerciales Internacionales, Sra. Charlene Barshefsky, pidió al Vicepresidente de la Comisión Europea, Sir Leon Brittan, que aceptara volver a hacer intervenir al grupo especial que había entendido inicialmente en el asunto de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD, a

[89] *Véase* WT/DSB/M/41 (reunión del OSD del 22 de enero); WT/DSB/M/42 (reunión del 13 de febrero); WT/DSB/M/44 (reunión del 25 de marzo); WT/DSB/M/45 (reunión del 22 de abril); WT/DSB/M/46 (reunión del 22 de junio); WT/DSB/M/47 (reunión del 23 de julio); WT/DSB/M/48 (reunión del 22 de septiembre); WT/DSB/M/49 (reunión del 21 de octubre); WT/DSB/M/51 (reunión del 25 de noviembre).

[90] *Véase* el informe de la 2110ª reunión del Consejo-Agricultura-Luxemburgo, 22 a 25 de junio de 1998, 9558/9 (Presse 214-G), página 18 ("La Comisión ha confirmado que, al gestionar las licencias de importación según el método "tradicionales/recién llegados", considerará los años 1994 a 1996 como el período inicial de referencia para determinar los derechos de los operadores.") El período de referencia acordado, 1994 1996, fue uno de los períodos en que había estado en vigor el régimen incompatible con el AGCS, y en consecuencia podía predecirse que perpetuaría las incompatibilidades constatadas previamente por el OSD, como concluyeron finalmente los árbitros.

[91] Primera comunicación escrita de las Comunidades Europeas, párrafo 3.

fin de que examinara las medidas comunitarias antes de la expiración del "plazo prudencial".[92] Señaló que si las CE no cumplían sus obligaciones antes de fin de año, los Estados Unidos invocarían su derecho de suspender concesiones comerciales en virtud del artículo 22 del ESD. Las CE respondieron a fines de julio que no veían "razón alguna" para hacer intervenir al grupo especial y afirmaron que se seguirían los "procedimientos normales", que comenzarían con una solicitud de celebración de consultas.[93] Las partes reclamantes solicitaron lo mismo a las CE en la reunión del OSD del 23 de julio; el representante de las CE contestó que no estaba en condiciones de dar una respuesta.[94]

19. En agosto de 1998, las CE insistieron en celebrar consultas formales con arreglo al artículo 4 del ESD antes de aceptar que se hiciera intervenir al grupo especial que había entendido inicialmente en el asunto.[95] En su respuesta, las partes reclamantes solicitaron la celebración de consultas con las CE, al mismo tiempo que hacían reserva de su posición jurídica de que esta medida no era necesaria. No obstante, la insistencia de las CE en la celebración de consultas formales de 60 días resultaron ser otra táctica para retrasar la intervención del Grupo Especial. Durante las consultas, las CE meramente reiteraron nuevamente su postura en el sentido de que las revisiones de su régimen de los bananos eran compatibles con la OMC y se negaron a aceptar el nuevo establecimiento de un grupo especial en la próxima reunión del OSD.

20. En septiembre de 1998, las partes reclamantes pidieron la intervención del Presidente del OSD a fin de ayudar a convencer a las CE de que aceptasen los procedimientos para hacer intervenir al grupo especial a comienzos de noviembre. Las CE dijeron que sólo aceptarían hacer intervenir al grupo especial si su examen se limitaba a las violaciones del GATT. Las CE insistieron en que todo examen de sus medidas en materia de servicios por parte de un grupo especial en el marco del AGCS debía llevarse a cabo separadamente, en alguna fecha posterior que no determinaron. Las partes reclamantes no pudieron estar de acuerdo con esta división del asunto, que hubiese sido contraria a la manera en que el Grupo Especial lo había considerado inicialmente. Como hizo notar el Grupo Especial que había entendido inicialmente en el asunto, en este caso las infracciones del GATT y del AGCS estaban relacionadas entre sí. Además, no existe ningún fundamento en el ESD para que una parte demandada condicione su participación en el procedimiento de solución de diferencias a que la parte reclamante limite su derecho a hacer valer alguna reclamación en el marco de la OMC. La solicitud de las CE de procedimientos separados hubiera simplemente alcanzado su objetivo de retrasar el procedimiento del grupo especial.

21. Las CE dedicaron por primera vez una atención seria a las partes reclamantes en noviembre de 1998, después de que los Estados Unidos comenzaran sus preparativos de contingencia para suspender concesiones. Los preparativos de los Estados Unidos se basaron en el calendario previsto en el artículo 22 del ESD. En virtud del párrafo 6 del artículo 22, el OSD debe autorizar la solicitud de suspender concesiones dentro de los 30 días siguientes a la expiración del plazo prudencial, a menos que decida por consenso desestimar la petición, o a menos que el Miembro afectado impugne

---

[92] Carta de la Sra. Charlene Barshefsky al Honorable Sir Leon Brittan, 13 de julio de 1998 (Prueba documental 1 de los Estados Unidos).

[93] Carta de Sir Leon Brittan a la Sra. Charlene Barshefsky, 30 de julio de 1998 (Prueba documental 1 de los Estados Unidos).

[94] *Véase* WT/DSB/M/47.

[95] Las CE alegaron que, con excepción del plazo de 90 días para la distribución del informe y el recurso al grupo especial que había entendido inicialmente en el asunto, los procedimientos del párrafo 5 del artículo 21 suponían "procedimientos normales de solución de diferencias", tales como las consultas y, presumiblemente, otro plazo prudencial para el cumplimiento. *Véase* WT/DSB/M/48 (acta de la reunión del OSD del 22 de septiembre de 1998).

el nivel de la suspensión propuesta. En tal caso, el asunto se debe someter al arbitraje de un grupo especial, que determinará si el nivel de la suspensión de concesiones es equivalente al nivel de anulación o menoscabo. De conformidad con lo dispuesto en el párrafo 6 del artículo 22, los árbitros deben concluir su labor dentro de los 60 días siguientes a la fecha de expiración del plazo prudencial, tras lo cual el OSD debe, en virtud del párrafo 7 del artículo 22, autorizar la suspensión por la cuantía constatada por los árbitros, a menos que decida por consenso lo contrario. Para que fuera incluida en el orden del día de una reunión del OSD que se celebraría el 31 de enero de 1999 -dentro de los 30 días de la expiración del "plazo prudencial"- los Estados Unidos tenían que solicitar la suspensión antes del 21 de enero de 1999.

22. Lamentablemente, a fines de noviembre -cinco meses después de la solicitud inicial de los Estados Unidos- las perspectivas de concluir el procedimiento de un grupo especial con arreglo al párrafo 5 del artículo 21 para el 21 de enero eran cada vez más escasas. No obstante, el 19 de noviembre de 1998, en reuniones celebradas con el Presidente del OSD, los Estados Unidos formularon una tercera propuesta de hacer intervenir al grupo especial de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21, con arreglo a un calendario acelerado que permitiría que el informe del grupo especial se emitiera antes del 21 de enero.

23. Entre el 30 de noviembre y el 3 de diciembre de 1998, los Estados Unidos y las CE entablaron intensas consultas sobre un procedimiento acelerado de un grupo especial. Estas conversaciones no resolvieron las cuestiones procesales pendientes por tres razones principales. En primer lugar, las CE exigieron como condición previa a hacer intervenir al grupo especial que los Estados Unidos renunciaran a su derecho de suspender concesiones comerciales a tenor del ESD, es decir, que renunciaran a presentar su solicitud al OSD entre el 21 y el 31 de enero, justamente el estrecho período previsto en el artículo 22. En segundo lugar, las CE no estaban dispuestas a permitir que las otras partes reclamantes en el caso inicial -el Ecuador, Guatemala, Honduras y México- participaran en el procedimiento acelerado. En tercer lugar, el calendario propuesto por las CE llegaba hasta junio de 1999, con ninguna fecha precisa ni disposiciones para que los Estados Unidos obtuvieran autorización del OSD para suspender concesiones.[96]

24. El 14 de enero de 1999, los Estados Unidos pidieron autorización para suspender concesiones por una cuantía de 520 millones de dólares en virtud del párrafo 2 del artículo 22 e incluyeron esta petición en el orden del día de la reunión que celebraría el OSD el 25 de enero de 1999.[97] Reiteramos que el párrafo 6 del artículo 22 exige que el OSD, previa petición, conceda autorización para suspender concesiones u otras obligaciones dentro de los 30 días siguientes a la expiración del "plazo prudencial", a menos que decida por consenso desestimar la petición.

25. Ante esta perspectiva, las CE respondieron con la medida sin precedentes de tratar de bloquear la adopción del orden del día de la reunión del Órgano de Solución de Diferencias.[98] Tras haber demorado y obstruido el establecimiento de un grupo especial con arreglo al párrafo 5 del artículo 21, las CE insistieron en que ese procedimiento de un grupo especial precediera a toda solicitud de suspender concesiones a tenor del artículo 22. En consecuencia, las CE solicitaron que la petición de los Estados Unidos con arreglo al artículo 22 se suprimiera del orden del día antes de que éste pudiera ser adoptado por consenso. En el debate celebrado el 25 de enero de 1999 sobre la adopción del orden del día, el Presidente observó:

---

[96] Aunque los Estados Unidos y las CE también estaban en desacuerdo sobre el número estimado de días que requeriría la conclusión del procedimiento, fueron estas tres demandas de las CE las que impidieron un acuerdo.

[97] WT/DS27/43.

[98] *Véase* WT/DSB/M/54, páginas 3 a 11.

> "De acuerdo con la práctica anterior y con el espíritu de la OMC, la norma del consenso [para la adopción del orden del día] nunca ha impedido el derecho de que un gobierno incluya asuntos en el orden del día".[99] Al argumentar en favor del aplazamiento de la reunión de ese día, el Director General afirmó que varias delegaciones, incluidas las de Turquía y México, habían subrayado correctamente las cuestiones sistémicas fundamentales que se debatían, y que no sólo se referían a los bananos, sino a todo el sistema y a su funcionamiento. La propuesta de aplazar la reunión [en lugar de levantarla como consecuencia de la no adopción del orden del día] [...] era el mejor modo de oponerse a la idea de que unas pocas delegaciones podrían bloquear un punto del orden del día o la adopción de éste. Era correcto oponerse a esto, suspendiendo la reunión [...].[100]

Al reanudar la sesión el 28 de enero de 1999, el OSD adoptó el orden del día y, tras un prolongado debate y otras objeciones procesales de las CE que se extendieron durante dos días, aceptó la petición de las CE presentada el 29 de enero de 1999 para que se sometiera a arbitraje el nivel de suspensión y de anulación o menoscabo de conformidad con el artículo 22.[101]

26. En virtud del párrafo 6 del artículo 22, el grupo especial que debía resolver mediante arbitraje el nivel de suspensión tenía que concluir su labor dentro de los 30 días siguientes a la expiración del plazo prudencial, o sea el 2 de marzo de 1999.[102] Debido a las tácticas dilatorias de las CE, los árbitros no pudieron hacerlo. Las CE obstaculizaron la labor de los árbitros de varias maneras. En primer lugar, el bloqueo del orden del día del OSD retrasó la remisión del asunto a los árbitros previstos en el párrafo 6 del artículo 22 y la organización de los trabajos durante toda una semana, en un calendario ya apretado. En segundo lugar, durante el procedimiento arbitral, las CE insistieron en que los árbitros aceptaran la presunción del cumplimiento de las CE, declararon que los árbitros no podían investigar el cumplimiento y se negaron, hasta la celebración de la audiencia, a entablar un debate amplio acerca de las cualidades de su régimen.

27. En consecuencia, el 2 de marzo de 1999 los árbitros dieron traslado a las partes sólo de una decisión inicial sobre asuntos relativos al alcance del arbitraje y a algunos aspectos de la metodología para determinar el nivel de suspensión de concesiones.[103] Los árbitros rechazaron los argumentos de las CE sobre la relación entre el párrafo 5 del artículo 21 y el artículo 22. También rechazaron la alegación de las CE de que el procedimiento previsto en el artículo 22 debe suspenderse, como cuestión de derecho, hasta la conclusión del procedimiento del párrafo 5 del artículo 21.[104] Los árbitros sostuvieron que, contrariamente a lo esgrimido por las CE, estaban obligados por el artículo 22 a examinar si el régimen revisado de las CE era compatible con las obligaciones que imponía la OMC a las CE. No obstante, como las CE no habían abordado los argumentos de los Estados Unidos sobre esta cuestión, los árbitros afirmaron que no estaban en condiciones en ese

---

[99] *Idem*, página 6.

[100] *Idem*, página 10.

[101] *Idem*, páginas 11 a 39.

[102] El párrafo 6 del artículo 22 dispone que el arbitraje "*se concluirá* dentro de los 60 días siguientes a la fecha de expiración del plazo prudencial". (Cursivas añadidas.)

[103] *Véase* WT/DS27/48 (2 de marzo de 1999); Recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD - *Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos (Arbitraje en virtud del párrafo 6 del artículo 22)*, WT/DS27/ARB, párrafos 2.10 a 2.13, partes III, IV y VI (6 de abril de 1999).

[104] *Arbitraje en virtud del párrafo 6 del artículo 22*, párrafos 2.9 y 4.11 a 4.15.

momento de formular esa determinación, y solicitaron otras informaciones a las partes para ayudarlos a emitir un informe.[105]

28. Tras examinar la información adicional presentada por las partes, los árbitros dieron a conocer su decisión final el 6 de abril de 1999, determinando que el nivel de anulación o menoscabo sufrido por los Estados Unidos como consecuencia de las persistentes infracciones de las CE ascendían a 191,4 millones de dólares por año.[106] Los árbitros concluyeron que las revisiones introducidas en 1998 por las CE en su régimen de importación de bananos seguían infringiendo el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 y el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios.[107] En particular, los árbitros concluyeron que el contingente arancelario separado de las CE para 857.000 toneladas de importaciones de bananos procedentes de los Estados ACP era incompatible con los párrafos 1 y 2 del artículo XIII del GATT de 1994, del mismo modo en que lo eran las asignaciones sumadas iniciales que ascendían a 857.000 toneladas y que el régimen revisado había sustituido.[108] Los árbitros constataron análogamente que las disposiciones del régimen revisado de licencias tenían el efecto de trasladar la discriminación anterior contra los proveedores de servicios estadounidenses; esa discriminación, según se había constatado inicialmente, violaba el AGCS.[109] Por lo tanto, las ventajas para los Estados Unidos han seguido siendo anuladas y menoscabadas sin interrupción.

29. Por consiguiente, los árbitros concluyeron que lo que ahora las CE describen como un "conjunto completamente nuevo de normas"[110] para su régimen de los bananos fue en gran parte una nueva combinación de los mismos elementos que el Grupo Especial y el Órgano de Apelación declararon inicialmente incompatibles con las obligaciones de las CE en el marco de la OMC, y que las CE se habían finalmente comprometido a poner en conformidad después de la expiración del plazo

---

[105] Véase *Arbitraje en virtud del párrafo 6 del artículo 22*, párrafos 2.11 y 5.1.

[106] *Arbitraje en virtud del párrafo 6 del artículo 22*, párrafo 8.1. También se dio traslado a las partes el 6 de abril de 1999 de los informes de los dos procedimientos en virtud del párrafo 5 del artículo 21. Informe del Grupo Especial en *Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos - Recurso al párrafo 5 del artículo 21 por el Ecuador* (WT/DS27/RW/ECU); *Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos - Recurso al párrafo 5 del artículo 21 por las Comunidades Europeas* (WT/DS27/RW/EEC).

[107] Los árbitros concluyeron que el régimen de las CE infringía los párrafos 1 y 2 del artículo XIII del GATT de 1994 y los artículos II y XVII del AGCS. Recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD en *Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos (Arbitraje en virtud del párrafo 6 del artículo 22)*, WT/DS27/ARB, párrafos 5.17, 5.33 y 5.97 (9 de abril de 1999).

[108] *Arbitraje en virtud del párrafo 6 del artículo 22*, WT/DS27/ARB, párrafos 5.33 y 5.97.

[109] Además, el Grupo Especial concluyó que las asignaciones del contingente por países a los abastecedores con un interés sustancial es incompatible con lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo XIII del GATT de 1994, y que los criterios para adquirir la condición de "recién llegado" en los procedimientos de licencias revisados de las CE conceden a los proveedores de servicios estadounidenses de hecho un trato menos favorable que el concedido a los proveedores de servicios comunitarios, contraviniendo el artículo XVII del AGCS. *Arbitraje en virtud del párrafo 6 del artículo 22*, WT/DS27/ARB, párrafos 5.33, 5.95 y 5.97. Los árbitros llegaron a las mismas conclusiones en su calidad de miembros del Grupo Especial convocado con arreglo al párrafo 5 del artículo 21. Informe del Grupo Especial en virtud del párrafo 5 del artículo 21 en el asunto *Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos - Recurso al párrafo 5 del artículo 21 por el Ecuador (Informe en virtud del párrafo 5 del artículo 21 - Ecuador)*, WT/DS27/RW/ECU, párrafos 6.160 a 6.163 (12 de abril de 1999).

[110] Primera comunicación escrita de las Comunidades Europeas, párrafo 4.

prudencial. De hecho, los comentarios formulados por funcionarios superiores de las CE después de la decisión inicial y la decisión definitiva aclararon que las CE sabían desde hacía mucho que sus revisiones del régimen de importación de los bananos seguían violando sus obligaciones en el marco de la OMC. Por ejemplo, el Comisario de Relaciones Exteriores, Sir Leon Brittan, declaró después de la decisión inicial del 2 de marzo que la solicitud de los árbitros a los Estados Unidos para que estimasen nuevamente los daños significaba que los árbitros de la OMC probablemente constatarían que éstos ascendían a una cantidad que oscilaba entre 200 y 300 millones de dólares, lo que representaba un aparente reconocimiento de que la infracción de las CE continuaba.[111] Más explícitos fueron los comentarios del Comisario de Industria, Sr. Bangemann, quien admitió que, aunque se había visto obligado a defender la postura de las CE, ésta carecía de fundamento.[112]

30. Teniendo en cuenta el calendario previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD, los Estados Unidos adoptaron planes de contingencia para suspender concesiones a comienzos de marzo, de conformidad con el laudo de los árbitros y las normas del ESD. Como cuestión de derecho, el ESD prevé la reparación después de la expiración del plazo prudencial.[113] Esto significaba que, después de dicho plazo, el 1º de enero de 1999, las CE ya no podrían negar impunemente ventajas correspondientes a los Estados Unidos. Los planes estadounidenses se basaban en esta suposición. No obstante, los Estados Unidos se proponían aplicar toda suspensión autorizada sólo después de la fecha en la que, según el ESD, los árbitros deben concluir su labor, o sea el 2 de marzo de 1999.

31. Como las tácticas dilatorias de las CE impidieron que los árbitros concluyeran su labor antes del 2 de marzo de 1999, fecha prevista en el calendario del ESD, los Estados Unidos adoptaron medidas para preservar su capacidad de suspender concesiones a partir de esa fecha. En consecuencia, el 3 de marzo de 1999 los Estados Unidos anunciaron que su Servicio de Aduanas revisaría la suficiencia de las fianzas correspondientes a determinadas mercancías de las CE importadas a partir del 3 de marzo de 1999, a fin de asegurar que todo derecho finalmente autorizado por los árbitros pudiera imponerse a esas importaciones. Como todo derecho que pudiera imponerse sería igual al 100 por ciento del valor calculado de las mercancías, el Servicio de Aduanas de los Estados Unidos comenzó a exigir una fianza única por transacción igual al valor declarado de las mercancías, o una "fianza continuada" que cubriera entradas múltiples, igual al 10 por ciento del valor declarado total de las mercancías abarcadas, importadas por un importador particular durante el año anterior.[114] Este requisito no imponía efectivamente derechos ni prejuzgaba la cuantía del valor total de los productos a los que se impondrían derechos más elevados.

32. Los importadores de los Estados Unidos están obligados a depositar los derechos estimados en el momento de la entrada; en el caso de que se deban derechos o tasas adicionales, el Servicio de Aduanas está obligado a recaudarlos cuando se realiza la liquidación, esto es, cuando ese Servicio formula la determinación definitiva del tipo y la cuantía del derecho.[115] Los procedimientos de entrada aplicables en los Estados Unidos permiten el despacho de aduana oportuno o inmediato de los productos en los Estados Unidos. Como la liquidación de una entrada se realiza habitualmente

---

[111] *Véase Inside U.S. Trade*, 12 de marzo de 1999, página 3.

[112] En un informe de prensa se indicó que el Comisario Bangemann acogió con satisfacción la decisión de los árbitros contra las CE y declaró: "como Comisario he tenido que defender nuestra postura, pero puedo decirles que es una tontería". *The Wall Street Journal Europe*, 22 de abril de 1999, página 1.

[113] Esta cuestión jurídica se examina más detenidamente en la sección IV.A *infra*.

[114] *Memorandum to Customs Area and Port Directors, CMC Directors From Director, Trade Compliance Division, U.S. Customs Service, Regarding European Sanctions* (3 de marzo de 1999).

[115] 19 U.S.C. § 1505.

después de que los productos han entrado en la corriente del comercio, se exigen fianzas para garantizar el pago de esos derechos o tasas adicionales.

33. El Servicio de Aduanas exige fianzas únicas por transacción o fianzas continuadas para las entradas de mercancías como una cuestión de rutina. Como regla general, todas las entradas deben ir acompañadas de pruebas que demuestren que se ha constituido una fianza ante el Servicio de Aduanas para cubrir todos los derechos, impuestos y tasas potenciales que puedan devengarse. De conformidad con sus facultades reglamentarias[116], un director de puerto puede solicitar la constitución de fianzas adicionales o garantías adicionales a fin de asegurar que la aceptación de una entrada quedará suficientemente protegida con respecto al pago de cualquier derecho u otras obligaciones impuestas por la ley. En el caso que nos ocupa, fue necesario imponer requisitos adicionales en materia de fianzas para asegurar que se pagarían los derechos del 100 por ciento *ad valorem* si así se imponían como resultado de la autorización del OSD. Por lo tanto, el 3 de marzo el Servicio de Aduanas exigió un aumento de la cuantía de la fianza correspondiente a los productos que podían quedar sujetos posiblemente a la imposición del tipo arancelario del 100 por ciento.

34. El incremento de los requisitos en materia de fianzas constituyó la única medida legal adoptada por los Estados Unidos el 3 de marzo de 1999. Si bien los anuncios de prensa hicieron referencia a la "suspensión de la liquidación", no cabe atribuir a esta expresión ningún significado jurídico especial. Las entradas de mercancías se consideran liquidadas legalmente un año después de la fecha de entrada, a menos que la liquidación se prorrogue o se suspenda por exigencia de la ley o por orden judicial.[117] [1] El Servicio de Aduanas puede liquidar una entrada en cualquier momento dentro de ese año. No obstante, a fin de preservar la flexibilidad administrativa y para dar tiempo suficiente al examen de las entradas antes de que se realice la determinación definitiva de los derechos al llevarse a cabo la liquidación, el Servicio de Aduanas no inicia normalmente la liquidación de una entrada hasta el día 314º después de la fecha de entrada.[118] La referencia a la "suspensión de la liquidación" simplemente indicaba que el Servicio de Aduanas no adoptaría medidas al margen de su procedimiento administrativo normal, esto es, que no iniciaría la liquidación antes del 314º día. En realidad, no se introdujo ninguna modificación en los procedimientos del Servicio de Aduanas como consecuencia de la intención anunciada de "suspender la liquidación".

35. El 19 de abril de 1999, después de la autorización del OSD para suspender concesiones de conformidad con el laudo arbitral dictado con arreglo al párrafo 6 del artículo 22, los Estados Unidos publicaron un aviso en el que anunciaban que impondrían efectivamente derechos del 100 por ciento a un grupo reducido de productos indicados previamente el 3 de marzo de 1999. Esta lista reducida se ajustaba al nivel de anulación y menoscabo, fijado por los árbitros en 191,4 millones de dólares. Los derechos aplicables a los demás productos incluidos en la lista del 3 de marzo se aplicarán de conformidad con los tipos usuales, NMF, establecidos en el Arancel de Aduanas Armonizado de los Estados Unidos.

---

[116] 19 Code of Federal Regulations § 113.13.

[117] 19 U.S.C. § 1504(a).

[118] *Véase* el Memorándum de fecha 26 de mayo de 1997, file number ENT-1 FO:TC:C:E AD to all interested parties, http://www.cebb.customs.treas.gov/public/cgi/cebb.exe?mode=fi&area=13&name=T-ENTRY5.TXT

IV. ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

A. LA REVISIÓN DE LOS REQUISITOS EN MATERIA DE FIANZAS DEL 3 DE MARZO NO FUE INCOMPATIBLE CON EL PÁRRAFO 6 DEL ARTÍCULO 22 NI CON LOS ARTÍCULOS I, II, XI Y VIII DEL GATT

36. Las CE afirman que la medida adoptada el 3 de marzo de 1999 constituye una suspensión de concesiones u otras obligaciones mientras estaba pendiente un procedimiento previsto en el párrafo 6 del artículo 22, lo que violaría ese artículo.[119] Las CE alegan asimismo que la medida adoptada por los Estados Unidos el 3 de marzo de 1999 es incompatible con los artículos I, II, XI y VIII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994.[120]

37. El Grupo Especial deberá desestimar estas alegaciones porque las CE fueron responsables de la anulación o menoscabo de ventajas correspondientes a los Estados Unidos inmediatamente después de concluido el "plazo prudencial", esto es, después del 1º de enero de 1999. Como las CE impugnaron el nivel de suspensión propuesto, ese nivel debía ser confirmado por un grupo especial arbitral designado con arreglo al párrafo 6 del artículo 22. Sin embargo, dicha responsabilidad, una vez confirmada por el OSD, comenzaba a partir de la expiración del plazo prudencial. Como cuestión de política, los Estados Unidos prefirieron aplicar derechos a las entradas a partir del 3 de marzo de 1999, 60 días después, ya que ésta era la fecha en la cual el ESD exigía que los árbitros designados con arreglo al párrafo 6 del artículo 22 concluyeran su labor. Al revisar la suficiencia de las fianzas constituidas para las entradas a partir del 3 de marzo de 1999, el Servicio de Aduanas no hizo más que preservar la capacidad de los Estados Unidos para recaudar derechos de conformidad con la determinación de los árbitros designados con arreglo al párrafo 6 del artículo 22, previa autorización del OSD.

38. Esa autorización fue otorgada el 19 de abril de 1999. El OSD acordó conceder autorización para suspender la aplicación a las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, de concesiones arancelarias y obligaciones conexas en el marco del GATT de 1994, de forma compatible con la decisión de los árbitros incluida en el documento WT/DS27/ARB.[121] Como los Estados Unidos observaron en la reunión del OSD del 19 de abril[122], los árbitros nada dijeron con respecto a la fecha concreta de la suspensión de concesiones, e hicieron referencia únicamente a la cuantía máxima de 191,4 millones anuales.

39. Las disposiciones del ESD tampoco dicen nada sobre la fecha concreta de aplicación de la suspensión de concesiones. El párrafo 7 del artículo 22 del ESD sólo establece que la petición de suspensión debe ser acorde con la decisión de los árbitros.[123] Si bien el ESD nada dice sobre la fecha en que se debe aplicar una suspensión autorizada por el OSD, el contexto y la finalidad de las disposiciones sobre suspensión de concesiones dejan en claro que esta fecha puede ser cualquier día posterior a la expiración del plazo prudencial.

---

[119] Primera comunicación escrita de las CE, párrafos 13 a 15.

[120] Primera comunicación escrita de las CE, párrafos 16 y 17.

[121] WT/DSB/M/59.

[122] *Idem.*

[123] El párrafo 7 del artículo 22 dispone en la parte pertinente: "Se informará sin demora de la decisión del árbitro al OSD: y éste, si se le pide, otorgará autorización para suspender concesiones u otras obligaciones siempre que la petición sea acorde con la decisión del árbitro, a menos que decida por consenso desestimarla".

40. Una violación de las normas de la OMC altera el equilibrio de derechos y obligaciones acordado por los Miembros de la OMC. Aunque este efecto sobre el equilibrio de derechos y obligaciones es inmediato, el procedimiento de solución de diferencias de la OMC permite que la anulación o menoscabo resultantes, de los beneficios correspondientes a un Miembro, prosigan hasta que el OSD adopte resoluciones y recomendaciones. Incluso entonces, el párrafo 3 del artículo 21 del ESD concede a la parte que no ha cumplido su obligación un nuevo "plazo prudencial" para poner su medida en conformidad con sus obligaciones, *si* el cumplimiento inmediato no es factible. Como los derechos del Miembro reclamante siguen siendo violados y sus beneficios menoscabados mientras dura el "plazo prudencial", ese período debe ser lo más breve posible, en el marco del sistema jurídico nacional del Miembro que no ha cumplido su obligación, para poner la medida en conformidad con sus obligaciones.[124]

41. Reconociendo que los gobiernos pueden en algunos casos necesitar tiempo para concluir sus procedimientos nacionales, el ESD tolera que prosiga la anulación y menoscabo durante el trámite del procedimiento de solución de diferencias y el plazo prudencial subsiguiente. No obstante, esa tolerancia termina cuando expira el plazo prudencial. El párrafo 1 del artículo 22 del ESD explica que se puede recurrir a la suspensión de concesiones u otras obligaciones "en caso de que no se apliquen en un plazo prudencial las recomendaciones y resoluciones [del OSD]". El plazo prudencial puede ser utilizado únicamente por los Miembros que se comprometen a aplicar las resoluciones y recomendaciones del OSD, y el incumplimiento de este compromiso aumenta el menoscabo ininterrumpido de las ventajas del otro Miembro, intrínseco en la infracción original. En ese momento, el Miembro debe soportar las consecuencias de su incumplimiento y pasa a ser potencialmente responsable por el menoscabo ininterrumpido, con la única condición de la autorización del OSD y la confirmación de un grupo especial arbitral designado con arreglo al párrafo 6 del artículo 22, en su caso, al que se haya sometido el asunto.

42. El párrafo 2 del artículo 3 del ESD dispone que el sistema de solución de diferencias de la OMC "sirve para preservar los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de los acuerdos abarcados". Este sistema logra su finalidad en parte al asegurar que la violación de los derechos de otros Miembros tenga consecuencias, consistentes en una compensación o una suspensión de concesiones. Este propósito se vería dificultado si un Miembro que no ha cumplido sus obligaciones no quedara sujeto a las consecuencias del incumplimiento una vez expirado el plazo prudencial, sino sólo desde la conclusión del procedimiento que confirma que ha seguido anulando o menoscabando las ventajas correspondientes a otro Miembro. En rigor, esta última interpretación crearía un incentivo perverso para que un Miembro que no cumple sus obligaciones tratase de retrasar la conclusión de ese procedimiento.

43. En realidad, esto es precisamente lo que ocurrió en el arbitraje realizado de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 en el asunto relativo a los *Bananos*. Además de demorar la remisión del asunto al grupo especial arbitral[125], las CE inicialmente se negaron a abordar los argumentos expuestos por los Estados Unidos en sus comunicaciones acerca de la compatibilidad del régimen revisado de las CE con los Acuerdos de la OMC. Esto obligó al Grupo Especial a agregar a su decisión inicial del 2 de marzo de 1999 una petición a las CE para que respondieran a los argumentos de los Estados Unidos a más tardar el 15 de marzo de 1999 porque eran "respuestas que precisábamos para completar nuestros trabajos".[126] En su informe final, los árbitros explicaron: "A solicitud

[124] Laudo arbitral en virtud del apartado c) del párrafo 3 del artículo 21 en *CE - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*, WT/DS26/15 y WT/DS48/13, párrafo 26 (29 de mayo de 1998).

[125] *Véase* WT/DSB/M/54, páginas 3 a 11; *supra* párrafos 24 y 25.

[126] Arbitraje en virtud del párrafo 6 del artículo 22, párrafo 2.11.

nuestra, las Comunidades Europeas respondieron a los argumentos de los Estados Unidos".[127] Por lo tanto, las CE trataron de explotar, con fines dilatorios, precisamente la interpretación que propugnan en este caso, o sea que toda suspensión de concesiones se debe aplicar únicamente después de concluido el procedimiento previsto en el párrafo 6 del artículo 22.

44. Aunque las normas del ESD sometían a las CE a una posible responsabilidad por anulación o menoscabo, de las ventajas correspondientes a los Estados Unidos a partir del 2 de enero de 1999, fecha en que expiraba el plazo prudencial, los Estados Unidos prefirieron, como cuestión de política, aplicar cualquier derecho autorizado por el OSD sólo a partir del 3 de marzo de 1999, un día después de la fecha prevista en las normas del ESD para que el grupo especial designado con arreglo al párrafo 6 del artículo 22 concluyera su cálculo del nivel de anulación o menoscabo (60 días después de la expiración del plazo prudencial). Todo otro retraso en la aplicación de derechos después del 2 de marzo recompensaría a las CE por sus esfuerzos desplegados para demorar la labor de los árbitros. También contribuiría a que se considerase que el sistema de solución de diferencias de la OMC padece la misma deficiencia que destruyó la credibilidad del sistema de solución de diferencias del GATT, esto es, que las partes que no cumplían sus obligaciones podían obstruir la acción multilateral de imponer consecuencias por el incumplimiento.

45. Cuando finalmente las CE lograron demorar la labor del grupo especial designado con arreglo al párrafo 6 del artículo 22, los Estados Unidos actuaron solamente para preservar su capacidad de aplicar cualquier derecho que fuera finalmente autorizado por el OSD a partir del 3 de marzo de 1999. Cabe reiterar que, al incrementar los requisitos en materia de fianzas para las entradas posteriores al 3 de marzo, el Servicio de Aduanas simplemente se colocó en situación de suspender concesiones sobre esas entradas después de la autorización del OSD. No impuso efectivamente tales derechos.

B. LAS CE NO HAN DEMOSTRADO QUE LA REVISIÓN DEL 3 DE MARZO SEA INCOMPATIBLE CON EL ARTÍCULO 23 DEL ESD NI HAN ALEGADO UNA INFRACCIÓN DEL ARTÍCULO 3 DEL ESD

46. Las CE alegan en los párrafos 18 a 22 de su primera comunicación escrita que la revisión del 3 de marzo de los requisitos en materia de fianzas fue incompatible con los párrafos 1 y 2 del artículo 23 y con el artículo 3 del ESD. Resulta difícil responder a los vagos argumentos de las CE con respecto al artículo 23, sobre todo porque las CE nunca determinaron con precisión las obligaciones en cuestión ni tampoco de qué modo la revisión del 3 de marzo fue incompatible con esas obligaciones.

47. Las CE hacen referencia a la "oportunidad" y la "cuantía" y al "hecho de dejar totalmente de lado los procedimientos de la OMC", que habría supuesto la medida adoptada por los Estados Unidos, pero, como se explicó *supra*, la revisión del 3 de marzo se limitó a preservar la capacidad de los Estados Unidos de recaudar derechos a partir de esa fecha si, como ocurrió finalmente, los árbitros designados con arreglo al párrafo 6 del artículo 22 confirmaban que las CE seguían anulando o menoscabando ventajas correspondientes a los Estados Unidos en el marco de la OMC. Como se describió *supra*, las CE eran potencialmente responsables por su anulación o menoscabo ininterrumpidos a partir de la expiración del plazo prudencial, el 1º de enero de 1999. La revisión del 3 de marzo de los requisitos en materia de fianzas no impusieron efectivamente derechos ni prejuzgaron sobre el valor total de los productos a los que se aplicarían derechos. Estas decisiones se tomaron en abril como consecuencia del procedimiento de la OMC que autorizó la suspensión de concesiones, y de conformidad con él.

48. De igual modo, las CE presentan sólo un esbozo de argumento sumamente vago con respecto al artículo 3 del ESD. No alegan ninguna violación, sino únicamente que la revisión del 3 de marzo socava los objetivos del artículo 3, es decir, la aportación de seguridad y previsibilidad. En realidad,

[127] *Idem*, párrafo 5.1.

ninguna violación de esta disposición es posible, ya que se trata de una disposición descriptiva y no prescriptiva. Como las CE no alegan ninguna violación, los Estados Unidos hacen notar únicamente que la decisión estadounidense del 3 de marzo, de preservar su capacidad de recaudar derechos a partir de esa fecha, fue una respuesta a una larga serie de medidas de las CE que plantearon una auténtica y grave amenaza a la autoridad y credibilidad del sistema de solución de diferencias de la OMC. En la primera ocasión en que perdieron un procedimiento de solución de diferencias en la OMC, las CE no sólo se negaron al cumplimiento, sino que se negaron a declarar claramente desde el comienzo que ésta era en realidad la línea de acción que se proponían seguir, según lo exige el párrafo 3 del artículo 21 del ESD. Incluso ahora, las CE siguen presentando las modificaciones cosméticas que han introducido en su régimen de importación de los bananos como "un conjunto completamente nuevo de normas".[128] Además, las CE han frustrado reiteradamente los intentos realizados por los Estados Unidos para recurrir a los procedimientos del ESD con arreglo al párrafo 5 del artículo 21 y el artículo 22 a fin de abordar el incumplimiento de las CE, llegando incluso a bloquear la adopción del orden del día de la reunión celebrada por el OSD el 25 de enero de 1999 con el objeto de evitar la autorización automática de la suspensión de concesiones garantizada por el artículo 22 del ESD.[129] Lejos de socavar la autoridad del sistema de solución de diferencias de la OMC, como alegan las CE, la respuesta de los Estados Unidos a las CE garantizó que el sistema de solución de diferencias de la OMC no se vería, como el del GATT, incapacitado por los esfuerzos desplegados por las partes que no cumplen sus obligaciones, encaminados a evitar las consecuencias de su incumplimiento.

49. Por último, las CE formulan la alegación inexacta y no pertinente, de que los Estados Unidos estaban obligados en virtud de los artículos 301 a 310 a adoptar medidas el 3 de marzo de 1999. La revisión del 3 de marzo de los requisitos en materia de fianzas no se realizó con arreglo al artículo 301, ni los Estados Unidos estaban obligados a adoptar esta medida en virtud de la legislación estadounidense. En cambio, como se explicó *supra*, la decisión de los Estados Unidos de revisar los requisitos en materia de fianzas se adoptó, como cuestión de política, para preservar la capacidad de los Estados Unidos de recaudar derechos a partir de esa fecha si, como sucedió finalmente, los árbitros designados con arreglo al párrafo 6 del artículo 22 confirmaban la responsabilidad de las CE por su anulación y menoscabo ininterrumpido de las ventajas correspondientes a los Estados Unidos en el marco de la OMC.

C. LAS CE NO HAN DEMOSTRADO QUE LA REVISIÓN DEL 3 DE MARZO INFRINGE EL PÁRRAFO 5 DEL ARTÍCULO 21 DEL ESD

50. Las CE vuelven a plantear su argumento de que el párrafo 5 del artículo 21 del ESD exige que los Estados Unidos recurran en primer lugar a un grupo especial con arreglo a esa disposición antes de solicitar autorización para suspender concesiones de conformidad con el artículo 22.[130] El Grupo Especial deberá desestimar el argumento de las CE por las mismas razones por las que los árbitros que tramitaron el procedimiento previsto en el párrafo 6 del artículo 22 y los grupos especiales constituidos de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 a petición del Ecuador y de las CE rechazaron el mismo argumento.[131]

51. El artículo 22 no exige, por sus términos, su contexto o su finalidad, que un Miembro recurra en primer lugar al procedimiento previsto en el párrafo 5 del artículo 21. Todos los plazos

[128] Primera comunicación escrita de las CE, párrafo 4.

[129] *Véase supra*, párrafos 24 y 25.

[130] *Véase* la primera comunicación escrita de las CE, párrafos 23 a 29.

[131] Los Estados Unidos observan que las CE formularon los mismos argumentos ante el Grupo Especial que examinó el asunto *Estados Unidos - Artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974*.

establecidos en el artículo 22 se calculan en relación con la expiración del plazo prudencial, y el párrafo 5 del artículo 21 no se menciona ni siquiera una vez. De igual modo, el párrafo 5 del artículo 21 no se menciona en absoluto en el apartado c) del párrafo 2 del artículo 23, que sólo exige que se siga el procedimiento del artículo 22 antes de que se adopte la suspensión de concesiones. El artículo 22 constituye un elemento básico para la credibilidad y eficacia del sistema de solución de diferencias de la OMC, ya que dispone que los Miembros que no cumplen sus obligaciones no podrán ya bloquear la suspensión de concesiones adoptada contra ellos. Ahora bien, la alegación de las CE de que se debe concluir en primer lugar el procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 privaría a las partes ganadoras de su derecho a suspender concesiones, ya que el artículo 22 sólo aplica la regla del consenso *en contrario* a las peticiones de suspender concesiones si tales peticiones se formulan dentro de los 30 días de la expiración del plazo prudencial. Los Miembros cuyos derechos han sido declarados violados y ya han soportado estas violaciones durante el año y medio de duración del procedimiento de un grupo especial y otro año destinado a la aplicación, se encontrarían nuevamente, como sucedía en el marco del GATT de 1947, a merced de la parte que había negado sus derechos y menoscabado sus intercambios comerciales. El argumento de las CE sobre la "secuencia" fue desestimado en enero de 1999 por estas razones y deber ser desestimado nuevamente por este Grupo Especial.[132]

52. Además, en respuesta a la preocupación de que debe haber en primer lugar una determinación multilateral de la infracción, observamos que, como constataron los árbitros designados con arreglo al artículo 22, el procedimiento del artículo 22 no puede dar lugar a la suspensión de concesiones cuando un Miembro ha puesto de hecho su medida en conformidad, porque en ese caso el nivel de anulación o menoscabo sería igual a cero.[133]

53. Las CE afirman en el párrafo 28 de su comunicación que los Estados Unidos ya han "determinado unilateralmente" que las CE incumplieron normas de la OMC "mucho antes de la expiración del 'plazo prudencial' y en un momento en que las instituciones competentes de las CE aún no habían adoptado todas las medidas comunitarias necesarias para aplicar las recomendaciones y resoluciones del OSD".[134]

54. Estos argumentos de las CE resultan particularmente vacuos si se tienen en cuenta sus esfuerzos encaminados a frustrar el establecimiento de un grupo especial con arreglo al párrafo 5 del artículo 21 que abordase sus revisiones de julio de 1998 del régimen aplicable a los bananos. Las CE impidieron todo intento de los Estados Unidos y otras partes reclamantes de lograr que el régimen revisado de las CE fuera examinado multilateralmente por un grupo especial designado con arreglo al párrafo 5 del artículo 21. Los Estados Unidos pidieron a las CE todos los meses, entre julio y noviembre de 1998, que se hiciera intervenir al grupo especial que había entendido inicialmente en el asunto; en todas las ocasiones, las CE se negaron o bien insistieron en plantear condiciones que hubieran exigido que los Estados Unidos renunciaran a sus derechos en el marco de la OMC.[135]

---

[132] Además, el Grupo Especial no debe abordar esta cuestión porque si lo hiciera se anticiparía a las negociaciones en curso sobre la revisión del ESD y usurparía los derechos de todos los Miembros de la OMC (y no sólo de las partes en una determinada diferencia) de negociar el equilibrio de derechos y obligaciones del Acuerdo sobre la OMC. Sólo los Miembros pueden modificar o adoptar interpretaciones del ESD (párrafo 2 del artículo IX y artículo X del Acuerdo sobre la OMC) y los grupos especiales no pueden aumentar ni reducir los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados (párrafo 2 del artículo 3 y párrafo 2 del artículo 19 del ESD). Es probable que los resultados de la acción de la Tercera Conferencia Ministerial sobre el ESD den lugar a una modificación de las disposiciones del ESD, incluido el párrafo 5 del artículo 21.

[133] *Véase Arbitraje en virtud del párrafo 6 del artículo 22*, WT/DS27/ARB, párrafo 4.11.

[134] Primera comunicación escrita de las CE, párrafo 28.

[135] *Véase supra* párrafos 18 a 23.

55. Como respuesta a la alegación de las CE de que aún no habían concluido su aplicación, observamos que el reglamento de julio de 1998 estableció un contingente arancelario separado para 857.000 toneladas de bananos importados de los Estados de África, el Caribe y el Pacífico, disposición que los árbitros designados con arreglo al artículo 22 y el Grupo Especial que intervino de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 concluyeron finalmente que es incompatible con los párrafos 1 y 2 del artículo XIII del GATT de 1994.[136] Como explican las CE[137], el Reglamento de las CE dispuso que este contingente arancelario entrara "en vigor el 31 de julio de 1998 y [fuera] aplicable a partir del 1º de enero de 1999". De igual modo, la decisión comunitaria de julio, de adoptar un período de referencia que iba de 1994 a 1996, fue el elemento central de la conclusión de los árbitros, en el sentido de que el régimen revisado de los bananos seguía infringiendo el AGCS.[138] En virtud de precedentes reconocidos de los grupos especiales del GATT y la OMC, un grupo especial puede constatar que una medida es incompatible con las normas del GATT o de la OMC si dicha medida ordena tal infracción en algún momento futuro.[139] Un pronto examen, con arreglo al párrafo 5 del artículo 21, del contingente arancelario y de la elección del período de referencia hubiera sido, pues, plenamente compatible con la jurisprudencia del GATT y de la OMC, y también hubiera dejado en claro a las CE que su aplicación era deficiente, antes de que hubiera expirado el plazo para hacer ajustes. En cambio, las CE trataron de demorar y de describir como "determinaciones unilaterales" los intentos realizados por los Estados Unidos por resolver este asunto por medio de los procedimientos previstos en el ESD.

56. La revisión del 3 de marzo sobre la suficiencia de las fianzas de ningún modo infringe el párrafo 5 del artículo 21, y el Grupo Especial deberá desestimar esta reclamación.

V. CONCLUSIÓN

57. Por las razones precedentes, los Estados Unidos solicitan respetuosamente que el Grupo Especial desestime las reclamaciones de las CE en su totalidad, y constate que la medida adoptada por los Estados Unidos el 3 de marzo no es incompatible con el artículo 3, el párrafo 5 del artículo 21, el párrafo 6 del artículo 22 o el artículo 23 del ESD, ni con los artículos I, II, XI u VIII del GATT de 1994. Además de incumplir su carga de demostrar toda infracción real, las CE están tratando de obtener un resultado que recompensaría sus esfuerzos encaminados a negar a los Estados Unidos la posibilidad de recurrir prontamente a los procedimientos del artículo 22, y permitiría injustamente que las CE aplazaran la responsabilidad por no haber utilizado el plazo prudencial para cumplir sus obligaciones.

---

[136] Arbitraje en virtud del párrafo 6 del artículo 22, párrafos 5.17 y 5.96; Informe en virtud del párrafo 5 del artículo 21, Ecuador, párrafo 6.160.

[137] Primera comunicación escrita de las Comunidades Europeas, párrafo 3.

[138] Arbitraje en virtud del párrafo 6 del artículo 22, párrafo 5.78.

[139] Informe del Grupo Especial en *Estados Unidos - Impuestos sobre el petróleo y sobre determinadas sustancias importadas*, adoptado el 17 de junio de 1987, IBDD 34S/157, 184 y 185, párrafo 5.2.2 ("*Estados Unidos - Superfondo*").

Apéndice 2.2
Intervención oral de los Estados Unidos en la primera reunión sustantiva
(16 de diciembre de 1999)

Introducción

1. Sr. Presidente y miembros del Grupo Especial: Tengo hoy el honor de representar a los Estados Unidos ante ustedes. Mis observaciones serán breves. Comenzaré por responder a dos errores fácticos mayores de las CE en su intervención del día de hoy. Las CE aciertan al decir que los hechos en esta diferencia son simples, pero los "hechos", como los llaman, son erróneos. Primero, contrariamente a lo que acabamos de oír, el 3 de marzo no se aumentó ningún derecho. Las CE no han allegado prueba alguna en sustento de su pretensión, ni tampoco pueden hacerlo. Segundo, la medida del 3 del marzo no se sustentó en el artículo 306, ni tampoco tiene nada que ver con él. Las CE tampoco han allegado pruebas que así lo demuestren. Al final de mi intervención, volveré a hacer referencia brevemente a este aspecto.

2. Sr. Presidente, miembros del Grupo Especial: Estamos aquí reunidos porque las Comunidades Europeas ("CE") se encontraron en la embarazosa situación de no dar cumplimiento a sus obligaciones de la OMC en la diferencia *Bananos*, siendo así el primer Miembro de la OMC que se encontró en esa situación (dudosa distinción que las CE desde entonces han repetido en otra diferencia). La situación embarazosa de las CE se vio agravada por sus vigorosas afirmaciones de que habían cumplido y de que eran víctimas de acusaciones indebidas de incumplimiento, aseveraciones que juzgaron infundadas el árbitro previsto en el artículo 22 y el Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 en el asunto *Bananos*. La respuesta de las CE ante esta situación ha sido entablar esta instancia a fin de continuar presentándose como víctima y defensora de los procedimientos de solución de diferencias. Esa posición es notable, por cuanto fue la negativa de las CE de atenerse a esos procedimientos del ESD y su intento por "manipularlos" con fines dilatorios lo que dio lugar justamente a la crisis que tuvieron ante sí los Miembros de la OMC este año. Ahora, con la mira de convalidar sus propias tácticas dilatorias, las CE han recurrido a esos mismos procedimientos de solución de diferencias para impugnar la medida adoptada por los Estados Unidos el 3 de marzo.

3. La medida adoptada por los Estados Unidos el 3 de marzo consistió en revisar la suficiencia de las fianzas que deben constituir los importadores en relación con ciertas importaciones provenientes de las CE. Esa revisión tuvo por objeto velar por que los Estados Unidos estuvieran en condiciones de percibir los derechos que pudiera autorizar el OSD, conforme a la normativa y a los plazos del ESD. La medida adoptada por los Estados Unidos el 3 de marzo fue compatible con los derechos y obligaciones de los Estados Unidos y, lejos de menoscabar, realzó la credibilidad de los procedimientos de solución de diferencias de la OMC a la luz de la obligación de las CE de haber puesto sus medidas de conformidad a partir del 1º de enero de 1999 y a la luz del derecho de los Estados Unidos, al amparo del ESD, a que el árbitro previsto en el artículo 22 adoptara una decisión no más tarde del 2 de marzo de 1999.

El régimen de entrada de mercancías en los Estados Unidos y el riesgo creado por el incumplimiento de las CE

4. En primer lugar, quisiera reseñar el funcionamiento del régimen aplicable en los Estados Unidos a la entrada de mercancías. Entendemos que las CE no impugnan ese régimen. Conforme a lo dispuesto en el artículo 13 del *Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994* -el Acuerdo de Valoración en Aduana-, los Estados Unidos han utilizado desde larga data un régimen de garantías que permite el pronto despacho a consumo de mercancías en los Estados Unidos. En lugar de retener las mercancías durante los días, semanas o meses que puedan ser necesarios para confirmar la valoración o clasificación apropiada de un producto, o el cumplimiento por el importador de todas las formalidades administrativas, el

Servicio de Aduanas de los Estados Unidos autoriza el despacho a consumo virtualmente inmediato de las mercancías en los Estados Unidos -muchas veces en cuestión de horas-, siempre que el importador haya suministrado una información mínima sobre el producto importado y haya dado garantías, en la forma de un depósito en efectivo o de una fianza, de que pagará los derechos y tasas que eventualmente adeude. Esas garantías son necesarias para atender a los riesgos que asume el Servicio de Aduanas, que a partir de entonces deja de tener el control físico de las mercancías y, por lo tanto, no puede hacerse pago en ellas, de que en última instancia no se pague la cuantía total de derechos y tasas que se adeuden.

5. El persistente incumplimiento de las CE de sus obligaciones en el marco de la OMC en la diferencia *Bananos* y la circunstancia de que no hubiera dado una compensación adecuada significaron que las importaciones de las CE, cuando se recibiera la autorización del OSD, podían estar sujetas a una suspensión de concesiones arancelarias por valor de la anulación o el menoscabo de los beneficios de los Estados Unidos; en ese caso, por lo tanto, las fianzas constituidas bien podían ser insuficientes. Las CE, pues, crearon un riesgo nuevo para los Estados Unidos en cuanto a la capacidad de éstos de recaudar la cuantía total de derechos que pudieran adeudarse.

6. La revisión de la suficiencia de las fianzas, de fecha 3 de marzo, tuvo por objeto atender a este riesgo. Al aumentar los niveles de las fianzas, los Estados Unidos no suspendieron ninguna concesión, no impusieron derechos ni prejuzgaron el valor total de las importaciones que podrían quedar sujetas a tipos más elevados de resultas de la autorización del OSD. Los Estados Unidos no decidieron aplicar derechos más elevados ni tampoco decidieron qué importaciones serían objeto de esos derechos, hasta que se recibió la autorización del OSD el 19 de abril de 1999. Observamos, sin embargo, que dichas decisiones no figuran dentro del mandato del presente Grupo Especial. El mandato del Grupo Especial es examinar la medida adoptada en una sola fecha, el 3 de marzo de 1999.

La responsabilidad de las CE por su incumplimiento

7. La decisión de los Estados Unidos de aumentar los niveles de las fianzas el 3 de marzo reflejó su intento por preservar su capacidad de aplicar cualquier suspensión de las concesiones que el OSD autorizara a partir de esa fecha. La elección de la fecha se hizo de acuerdo con el calendario previsto en el ESD. La fecha del 3 de marzo cayó 61 días después de la expiración del "plazo prudencial" de las CE para poner de conformidad sus medidas y es la fecha después de los árbitros del párrafo 6 del artículo 22 debían, conforme a esa disposición, poner fin a su labor respecto de si el nivel de suspensión propuesto era equivalente al nivel de la anulación o el menoscabo de los beneficios de los Estados Unidos.

8. Aunque los Estados Unidos habían decidido que no aplicarían ninguna suspensión autorizada por el OSD antes del 3 de marzo, la responsabilidad de las CE por su anulación o menoscabo continuados de los beneficios de los Estados Unidos nació, en verdad, el 2 de enero, al día siguiente a la expiración del plazo prudencial. Como se explicó en la comunicación de los Estados Unidos, el ESD tolera la anulación o el menoscabo en curso por un Miembro de los beneficios de otro Miembro mientras duren las actuaciones del grupo especial inicial y hasta que el OSD adopte sus recomendaciones y resoluciones, así como hasta el fin de un "plazo prudencial" para el cumplimiento cuando un Miembro no puede dar cumplimiento inmediatamente a sus obligaciones. Sin embargo, esta tolerancia termina cuando expira el plazo prudencial. Como se explica en el párrafo 1 del artículo 22, se puede entonces recurrir a la suspensión de concesiones. En verdad, poca lógica habría en establecer un "plazo prudencial" para el cumplimiento -y poco sentido tendría el requisito de que el Miembro estuviera en situación de cumplimiento al fin de ese plazo- si un Miembro tuviera derecho a persistir en su incumplimiento mucho después de expirar el plazo prudencial sin que ello le acarreara consecuencias. La ausencia de esas consecuencias constituiría una invitación a emplear las mismas tácticas dilatorias que las CE emplearon con tal resultado en la diferencia *Bananos*.

9. Como se expone con detalle en la comunicación de los Estados Unidos, el historial de incumplimiento y demoras de las CE en relación con su régimen de importación de bananos data de muchos años, y persistió durante todo el plazo prudencial (y, en verdad, persiste incluso hasta ahora, casi ocho meses después de conocidas las conclusiones del árbitro). Las CE se negaron a celebrar consultas con los Estados Unidos y otras partes reclamantes antes de decidir sobre las revisiones de su régimen del banano, ignoraron las explicaciones de las partes reclamantes respecto de la forma en que las revisiones seguirían siendo incompatibles con las obligaciones de las CE e impidieron la formación temprana de un grupo especial al amparo del párrafo 5 del artículo 21 para confirmar ese incumplimiento. Seguidamente, las CE tomaron la extraordinaria medida de tratar de obstaculizar la aprobación del orden del día de la reunión del OSD de enero de 1999, en la cual se debía examinar la petición de los Estados Unidos de que se suspendieran las concesiones. Tras demorar la aprobación del orden del día y la remisión de la cuestión relativa al nivel de la suspensión al árbitro previsto en el párrafo 6 del artículo 22, las CE se negaron a responder a los argumentos de los Estados Unidos sobre su anulación y menoscabo continuados de los beneficios de los Estados Unidos. De resultas de ello, el grupo especial no pudo completar su cometido para el plazo del 2 de marzo determinado conforme al ESD.

10. El esfuerzo dilatorio concertado de las CE puso de manifiesto su falta de respeto por los procedimientos del ESD y por la admonición de éste de que se busquen soluciones mutuamente satisfactorias, y amenazó con menoscabar la autoridad y la credibilidad mismas del ESD. Las medidas de las CE hicieron recordar sus esfuerzos, al amparo del GATT de 1947, por obstruir las actuaciones del grupo especial contrarias a sus intereses, e hicieron dudar a muchos de que los procedimientos de solución de diferencias de la OMC pudieran estar a la altura de su promesa inicial. La medida de los Estados Unidos de fecha 3 de marzo fue una respuesta contenida con el objeto de dejar en claro que las maniobras dilatorias de las CE no prosperarían. Al asegurar que el Servicio de Aduanas de los Estados Unidos estuviera en condiciones de percibir los derechos que el OSD autorizara a partir del 3 de marzo, se reafirmó que el nuevo régimen de solución de diferencias de la OMC, a diferencia del antiguo régimen del GATT, no podía ser manipulado para evitar el cumplimiento o las consecuencias del incumplimiento.

11. Quisiera ahora referirme también a varios errores contenidos en la intervención oral de las CE. Primero, como se dijo antes, la medida del 3 de marzo no aumentó los derechos sobre productos provenientes de las CE. Las CE dicen en el párrafo 6 a) de su intervención oral que, de resultas de la medida del 3 de marzo, el importador debía pagar el derecho aumentado (prohibitivo) al tiempo de la liquidación de la deuda aduanera. Esta aseveración es sencillamente incorrecta. Los Estados Unidos no exigieron derechos adicionales sobre las mercancías importadas hasta el 19 de abril, tras recibirse la autorización del OSD. Análogamente, en el párrafo 6 c), las CE afirman incorrectamente que la medida del 3 de marzo impidió la liquidación inmediata de las deudas aduaneras. La medida del 3 de marzo no incidió en modo alguno en la oportunidad de la liquidación. Conforme al derecho norteamericano, no existe un derecho a la liquidación inmediata. El ciclo ordinario de liquidación del Servicio de Aduanas es de 314 días, y los importadores no habrían recibido la liquidación antes de ese ciclo.

12. Las CE, además, en diversos puntos de su intervención, hacen alegaciones respecto de la relación entre el párrafo 5 del artículo 21 y el artículo 22 del ESD. Pido al Grupo Especial que, como lo han hecho todos los grupos especiales y árbitros anteriores y el Consejo General, se abstenga de hacer suyo la errónea tesis de las CE respecto de la relación entre el párrafo 5 del artículo 21 y el artículo 22 del ESD. Con mucho gusto responderé a las respuestas que el Grupo Especial pueda tener respecto de los ejemplos específicos citados en la intervención de las CE. Por último, con respecto al artículo 301, quiero reiterar el punto antes señalado de que ni esta disposición ni otras disposiciones de la legislación conexa sirvieron de fundamento a la medida del 3 de marzo. Me sorprende que aparentemente las CE digan que conocen mejor que los Estados Unidos el fundamento jurídico de los actos jurídicos internos de este país. Además, las CE persisten en varias interpretaciones erróneas relativas al artículo 301, cosa que llena de asombro cuando se tiene en cuenta la circunstancia de que

acabamos de concluir un largo proceso en el Grupo Especial en el cual se abordaron *in extenso* los detalles relativos a la aplicación de esta ley. El informe de ese Grupo Especial se publicará en breve.

Conclusión

13. Las CE aseveran atinadamente que la presente diferencia pone en juego la autoridad y credibilidad del régimen de solución de diferencias de la OMC y las medidas de un Miembro que menoscabaron esa autoridad. Ese Miembro son las CE. El Grupo Especial debiera rechazar la tentativa de las CE por obtener, mediante este procedimiento, la convalidación de sus esfuerzos por demorar y obstruir el funcionamiento del ESD.

Apéndice 2.3
Observaciones finales de los Estados Unidos
en la primera reunión sustantiva
(17 de diciembre de 1999)

1. Señor Presidente, miembros del Grupo Especial: no recapitularé, nuevamente, la larga serie de medidas por conducto de las cuales las CE han manifestado su falta de respeto por los procedimientos de solución de diferencias de la OMC; sólo diré que no condice con su actual tesitura de defensoras del ESD.

2. Dicho esto, deseo aclarar nuevamente la naturaleza precisa de la medida adoptada el 3 de marzo de 1999. Esa medida consistió exclusivamente en revisar los requisitos en materia de fianzas aplicables a ciertas importaciones de las CE. Nada más. La medida por sí misma no impuso derechos a esas importaciones. No se adoptó ninguna medida a ese respecto hasta el 19 de abril.

3. Tomamos nota de que las CE, en la intervención final que acaban de hacer, por primera vez se plantearon la cuestión relativa al mandato del presente Grupo Especial. Estoy leyendo ahora la solicitud de las CE respecto del establecimiento de un grupo especial, y en dicha solicitud se indicó que la medida en cuestión era la decisión, efectiva del 3 de marzo de 1999, relativa a la suspensión de la liquidación, las obligaciones contingentes y los requisitos en materia de fianzas. En otras palabras, eso es lo que las CE interpretaron que era la medida adoptada el 3 de marzo de 1999. Dado que las CE plantean esta cuestión en relación con el mandato en esta fase tan avanzada del procedimiento, acaso tengamos que volver al Grupo Especial para que éste dicte una resolución preliminar.

4. Muchas gracias.

Apéndice 2.4
Respuestas de los Estados Unidos a las preguntas
del Grupo Especial y de las Partes
(13 de enero de 2000)

Pregunta 1

En la hipótesis de que el 4 de marzo de 1999 un importador hubiera deseado declarar a consumo ante la Aduana de los Estados Unidos una tonelada de "Papel y cartón fieltro y papel y cartón lana, sin estucar ni recubrir, en bobinas o en hojas" (Arancel de Aduanas Armonizado de los Estados Unidos 4805 50 00), proveniente de Suiza, ¿cuál habría sido su obligación de pago de derechos por esa importación en esa fecha? ¿Cuál sería la respuesta si ese producto se hubiera originado en las CE?

1. La obligación de pago de derechos se habría basado en la franquicia arancelaria, con prescindencia de que el producto tuviera su origen en Suiza o en un Estado miembro de las CE.

Pregunta 2

En la hipótesis de que el 4 de marzo de 1999 un importador hubiera deseado declarar a consumo ante la Aduana de los Estados Unidos una tonelada de "Galletas dulces; 'gaufres' o 'waffles', barquillos y obleas" (Arancel de Aduanas Armonizado de los Estados Unidos 1905 30 00), proveniente de Suiza, ¿qué requisitos se habrían exigido en esa fecha (en particular en cuanto a la suma por garantizar) en relación con la constitución de una garantía (fianza) respecto de una importación individual o en cuanto a la constitución de una garantía general (fianza continuada)? ¿Cuál sería la respuesta si la situación se hubiera planteado en relación con el mismo producto proveniente de las CE?

2. En la hipótesis de que se hubiera presentado una declaración oficial de importación de una mercancía, se habría exigido la constitución de una fianza. La fianza se podría haber instrumentado mediante una garantía o mediante un depósito en efectivo en lugar de una garantía. La fianza podría haber sido una fianza continuada o una fianza única por transacción.

3. El importador del producto de origen suizo habría debido constituir:

a) o bien una fianza única por transacción igual a tres veces el valor declarado de la mercancía;

b) o bien una fianza continuada igual al 10 por ciento de los derechos, impuestos y tasas pagados por el importador designado por todos los productos importados durante el año civil anterior a la fecha de la solicitud de fianza, pero en todo caso de valor no inferior a 50.000 dólares EE.UU.

4. El importador de esas mercancías originarias de un Estado miembro de las Comunidades Europeas que no estuvieran enumeradas en la instrucción del Servicio de Aduanas[140] habría estado sujeto a los requisitos enumerados *supra*. El importador de esas mercancías enumeradas habría debido constituir:

a) o bien una fianza única por transacción igual a tres veces el valor declarado de la mercancía;

[140] *Véanse* la Prueba documental 7 de los Estados Unidos y el anexo VIII de las CE.

b) o bien una fianza continuada igual al 10 por ciento del valor declarado de la mercancía abarcada que el importador hubiera importado durante el año anterior.

5. La cuantía de la fianza única por transacción en relación con el producto mencionado *supra* hubiera triplicado el valor declarado porque éste estaba sujeto a otros requisitos dimanantes de la Administración de Productos Alimenticios y Farmacéuticos de los Estados Unidos relacionados con la salud pública o la seguridad. Respecto de las mercancías que no hubieran estado sujetas a esos requisitos se habría exigido la constitución de una fianza única por transacción, a saber:

producto no enumerado en la lista: una fianza única por transacción igual al valor declarado de la mercancía, más los derechos, impuestos y tasas de entrada;

producto enumerado en la lista: una fianza única por transacción igual al valor declarado de la mercancía.

Pregunta 3

¿En qué fecha, conforme al derecho aduanero de los Estados Unidos, nace la deuda aduanera (a fin de determinar el derecho aplicable a las importaciones de un producto)?

- **¿En la fecha de la importación física?**
- **¿En la fecha de liquidación final de la deuda aduanera?**
- **¿O en otra fecha?**

6. La obligación del pago de derechos se origina en el momento en que las mercancías llegan en un buque a un puerto aduanero y existe el intento de descargar las mercancías en ese puerto, o, si la llegada se produce por un medio distinto de un buque, en el momento de llegada al territorio aduanero de los Estados Unidos. El tipo de derecho aplicable es el correspondiente a la fecha en que la mercancía fue declarada a consumo o en que se autorizó el transporte inmediato de los productos de un puerto de los Estados Unidos a otro (de modo que la documentación aduanera pueda presentarse en este último puerto).

Pregunta 4

¿Qué práctica sigue a este respecto el Servicio de Aduanas de los Estados Unidos en el caso de que un derecho disminuya en el curso del tiempo de resultas, por ejemplo, de las obligaciones asumidas por los Estados Unidos en virtud de un Acuerdo de la OMC? ¿Sigue el Servicio de Aduanas de los Estados Unidos una práctica distinta en el caso de un derecho que aumente en el curso del tiempo de resultas, por ejemplo, de una medida adoptada por los Estados Unidos para dar efecto a un instrumento de defensa comercial?

7. Como se indicó en el párrafo anterior, el derecho que en última instancia se paga es el aplicable en la fecha de entrada. Por lo tanto, carece de importancia que el derecho pueda disminuir en alguna fecha posterior a ésa, salvo que la reducción hubiera entrado en vigor en esa fecha o antes de ella. La práctica no sería distinta en el caso de un aumento de los derechos.

Pregunta 5

A la luz de las respuestas a las preguntas anteriores, ¿pueden los Estados Unidos explicar el significado de la afirmación que hicieron en su Intervención oral del 16 de diciembre de 1999 (párrafos 3, 4 y 5), en la que inicialmente se refieren a "los derechos que eventualmente [se adeuden]" de resultas del "riesgo creado por el incumplimiento de las CE", para decir luego que "[l]a revisión de la suficiencia de las fianzas, de fecha 3 de marzo, tuvo por objeto atender a este riesgo"? ¿En qué consistía ese "posible riesgo" el 3 de marzo de 1999?

8. Como se explicó en la Primera comunicación de los Estados Unidos, en los párrafos 37 a 42, y en la Intervención oral de los Estados Unidos, en los párrafos 7 y 8, la responsabilidad de las CE por la circunstancia de que no corrigieron su medida al término del plazo prudencial comenzó en esa fecha. La circunstancia de que las CE no dieran cumplimiento a las recomendaciones y resoluciones del OSD significó que las importaciones de los Estados miembros de las CE en los Estados Unidos con posterioridad a esa fecha podían estar sujetas a la aplicación de derechos superiores a los tipos consolidados, sujeta a la confirmación del árbitro previsto en el artículo 22 y a la autorización del OSD. Existía el riesgo de que el árbitro, como ocurrió, confirmara que el nivel de la anulación o el menoscabo era superior a cero (esto es, que las CE estaban incumpliendo sus obligaciones) y de que el OSD, en consecuencia, autorizara la suspensión de las concesiones. Desde la perspectiva del Servicio de Aduanas de los Estados Unidos, el riesgo resultante era que las fianzas correspondientes a las mercancías entradas en el país a partir del 3 de marzo fueran insuficientes para sufragar los derechos más elevados (100 por ciento *ad valorem*) que se adeudarían de autorizarse la suspensión en la eventualidad de que sus importadores no pagaran los derechos adicionales al tiempo de la liquidación. Los Estados Unidos aumentaron los requisitos en materia de fianzas para asegurarse de que esos derechos, si los hubiera, pudieran percibirse.

Pregunta 6

En la hipótesis *ad arguendo* de que existiera ese riesgo, ¿en qué fundamento se sustentaron los Estados Unidos para tomar medidas a partir del 3 de marzo de 1999 en ausencia de una determinación multilateral sobre el régimen revisado de las CE para el banano?

9. La medida se fundó en la necesidad de velar por que pudieran percibirse todos los derechos correspondientes a mercancías importadas que hubieran sido despachadas a consumo en los Estados Unidos y que, por lo tanto, estarían fuera del control físico del Servicio de Aduanas. Las CE presumiblemente no hubieran deseado que la Aduana retuviera las mercancías hasta que hubieran concluido los procedimientos del artículo 22 que estaban tratando de demorar.

10. Como se dijo antes[141], los requisitos de fianzas revisados no impusieron, en realidad, derechos más elevados. La medida de los Estados Unidos que impuso derechos más elevados se adoptó el 19 de abril de 1999, tras la determinación multilateral del árbitro y la autorización multilateral del OSD. En ausencia de la determinación del árbitro, de la autorización del OSD y de la medida adoptada por los Estados Unidos el 19 de abril, los derechos que hubieran debido pagarse respecto de cada una de las importaciones sujetas al régimen revisado de fianzas se habrían calculado al tipo NMF aplicado. En consecuencia, las CE afirman incorrectamente que la medida del 3 de marzo privó a los importadores del derecho de importar mercancías a los tipos consolidados.[142]

Pregunta 7

¿Es la retención de la suspensión de liquidación (incluido el requisito de la fianza) una suspensión de concesiones u otras obligaciones en el contexto del ESD?

11. Queremos hacer, nuevamente, hincapié en que la única medida adoptada el 3 de marzo fue la modificación de los requisitos de fianza aplicables a ciertas importaciones. Como señalamos en el párrafo 34 de la Primera comunicación de los Estados Unidos, no se adoptó medida alguna en relación con la "retención" o "suspensión" de la liquidación, pese a las declaraciones de prensa respecto de este punto. Las importaciones declaradas el 3 de marzo y a partir de esa fecha estuvieron sujetas a

[141] *Véanse* Primera comunicación de los Estados Unidos, párrafos 31 y 45, e Intervención oral de los Estados Unidos, párrafo 6.

[142] *Véase* Intervención oral de las CE, párrafo 7.

exactamente el mismo ciclo de liquidación que las declaradas antes del 3 de marzo, esto es, debían liquidarse entre 314 días y 1 año de la declaración.[143] El ciclo ordinario de liquidación de 314 días da tiempo suficiente para que se reúna toda la información relacionada con las mercancías declaradas (análisis y resultados de las pruebas, presentación por los importadores de información corregida o suplementaria y verificación de las informaciones) y para que se pueda hacer una determinación apropiada del valor y la clasificación de la mercancía declarada. El ciclo ordinario de liquidación de 314 días que se usa en los Estados Unidos no está dentro del mandato de la presente diferencia.[144]

12. Análogamente, los requisitos ordinarios de fianza en relación con los regímenes de garantías tampoco figura dentro del mandato de la presente diferencia. Esos requisitos de fianza se aplicaron a las mercancías importadas antes y después del 3 de marzo de 1999. Eran aplicables, y continúan siendo aplicables, a toda importación comercial oficial de mercancías en los Estados Unidos, con prescindencia de su origen. El artículo 13 del *Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994* -el "Acuerdo sobre Valoración en Aduana"- contempla específicamente el uso de regímenes de garantías que permitan el despacho anticipado de las mercancías.[145] La alternativa al régimen de garantías de los Estados Unidos sería un método mucho más restrictivo del comercio que consistiría en retener la mercancía por el número de días, semanas o meses necesarios para confirmar la valoración o clasificación apropiada de un producto o la observancia por el importador de todas las formalidades administrativas.

13. En la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, las CE por primera vez cuestionaron el ámbito del mandato del Grupo Especial. Los Estados Unidos tomaron nota de esa circunstancia y señalaron que la única medida dentro del mandato de la presente diferencia era la adoptada el 3 de marzo[146]: la modificación de los requisitos de fianzas aplicables a ciertos productos originarios de los Estados miembros de las CE. Como se dice en la Primera comunicación de los Estados Unidos y en la Intervención oral de los Estados Unidos, las CE no han cumplido su obligación de demostrar que esa medida constituye una suspensión de concesiones u otras obligaciones en el contexto del ESD.

Pregunta 8

¿Qué repercusión tiene sobre el comercio y los comerciantes involucrados en una suspensión de la liquidación (incluidos los requisitos en materia de fianzas)?

---

[143] *Véase* el Memorando, de fecha 26 de mayo de 1997, expediente ENT-1 FO:TC:C:E AD, dirigido a todos los interesados, en http://www.cebb.customs.treas.gov/public/cgi/cebb.exe?mode=fi&area=13&name=T-ENTRY5.TXT (Prueba documental 2 de los Estados Unidos).

[144] Si bien la expresión "retención de la liquidación" carece de significación jurídica en la legislación de los Estados Unidos, la "suspensión de la liquidación" es un término de técnica legislativa que se refiere al retraso de la liquidación por más de un año en virtud de ley o decisión judicial. El derecho de los Estados Unidos prevé también una "prórroga de la liquidación" por más de un año, por decisión de la Aduana, bien por propia iniciativa de ésta o bien a petición del importador, a fin de obtener la información faltante sobre la valoración o clasificación o para velar por que el importador se conforme al derecho aplicable. La medida adoptada por los Estados Unidos el 3 de marzo no fue ni una "prórroga" ni una "suspensión".

[145] Análogamente, el Convenio de Kyoto para la Simplificación y Armonización de los Procedimientos Aduaneros estipula que las autoridades aduaneras podrán exigir a los importadores que constituyan garantías para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones con la aduana y que podrán condicionar el despacho a consumo a la constitución de garantías a fin de asegurar la percepción de los derechos de importación e impuestos adicionales que pudieran resultar aplicables. Convenio de Kyoto para la Simplificación y Armonización de los Procedimientos Aduaneros (hecho en Kyoto el 18 de mayo de 1973; entró en vigor el 25 de septiembre de 1974), anexo B.1, 59-61 (sobre el despacho a consumo de las mercancías).

[146] El Servicio de Aduanas hizo efectiva esa medida a partir del 4 de marzo de 1999.

14. Cabe repetir que no hubo "suspensión de la liquidación" el 3 de marzo de 1999. Para elucidar mejor el régimen de los Estados Unidos, cabe decir que las mercancías importadas no se liquidan de ordinario antes de transcurridos 314 días de la fecha de entrada, aunque por ley deben ser liquidadas dentro del año de la fecha de entrada, salvo que la liquidación sea "prorrogada" o "suspendida". Por ejemplo, habría suspensión de la liquidación si se estuviera incoando un procedimiento antidumping en el cual los derechos antidumping finales no se pudieran calcular y determinar dentro del año de entrada la mercancía. Habría prórroga, por ejemplo, para obtener la información necesaria sobre la clasificación o valoración.

15. En consecuencia, como no hubo "suspensión de la liquidación", tampoco hubo repercusión sobre el comercio y los comerciantes a causa de esa suspensión. Sin embargo, los Estados Unidos señalan que, los efectos de las reclamaciones que se litiga en la presente diferencia, la repercusión sobre el comercio y los comerciantes no constituye un factor para determinar si ha habido o no infracción. Los Estados Unidos señalan, además, que, como se dijo en la respuesta a la pregunta anterior, el uso de un régimen de garantías y fianzas es un factor que facilita el comercio, pues permite el pronto despacho de mercancías al consumo en los Estados Unidos.

Pregunta 9

¿Cuál es el nexo jurídico entre la fecha de evaluación de la anulación dimanante del incumplimiento por las CE de las recomendaciones en el asunto *Bananos III* y la necesidad de estar en condiciones de suspender concesiones a partir del 3 de marzo de 1999?

16. Como se explicó en los párrafos 39 a 42 de la Primera comunicación de los Estados Unidos, la responsabilidad de un Miembro por su incumplimiento de las recomendaciones y resoluciones del OSD dentro del "plazo prudencial" nace en esa fecha. El párrafo 1 del artículo 22 del ESD es claro. Autoriza la suspensión de concesiones y otras obligaciones "en caso de que no se apliquen en un plazo prudencial las recomendaciones y resoluciones adoptadas [por el OSD]". El objeto del plazo prudencial -dar un período de gracia para que un Miembro pueda poner sus medidas de conformidad con sus obligaciones sin incurrir en consecuencias- en su enunciado mismo implica que las consecuencias del incumplimiento nacen a la conclusión de ese plazo. Denegar un recurso a un Miembro cuando otro Miembro no ha puesto sus medidas de conformidad con sus obligaciones al fin del plazo cautelar sería alterar el equilibrio de derechos y obligaciones en el contexto de la OMC. Además, el requisito de que un Miembro ponga una medida en conformidad con los acuerdos abarcados al fin del plazo prudencial carecería de todo significado si, en verdad, un Miembro pudiera persistir en su infracción sin incurrir en consecuencias. Esa interpretación de los requisitos del ESD sería contraria al propósito mismo del ESD, esto es, "preservar los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de los acuerdos abarcados"[147], pues los Miembros se inclinarían entonces a seguir la iniciativa de las CE de retrasar los procedimientos del ESD relativos a la autorización de la suspensión de concesiones por el OSD.[148]

17. Otro elemento contextual que sustenta la conclusión de que la responsabilidad de un Miembro por el incumplimiento nace a la expiración del plazo prudencial es la circunstancia de que la compensación al amparo del párrafo 2 del artículo 22 es un recurso que está disponible inmediatamente después de la expiración del plazo prudencial. El párrafo 2 del artículo 22 dispone que las negociaciones sobre compensación han de comenzar *no más tarde* de la expiración del plazo prudencial. Poca lógica tendría que hubiera una responsabilidad inmediata por el incumplimiento en el caso de la compensación, pero no de la suspensión de concesiones. Además, esa distinción en

[147] Párrafo 2 del artículo 3 del ESD.

[148] *Véanse* Primera comunicación de los Estados Unidos, párrafos 24 a 27 y 43, y WT/DSB/M/54, párrafos 3 a 10.

cuanto al momento en que nace la responsabilidad constituiría un fuerte desincentivo a la consecución del recurso mutuamente convenido de la compensación, y sería otro aliciente para el retraso.

18. La intención de los Estados Unidos de aplicar la suspensión de las concesiones autorizada por el OSD a partir del 3 de marzo de 1999 se ha de interpretar a la luz de la responsabilidad jurídica de las CE por su incumplimiento en el asunto *Bananos* que nació a partir del 2 de enero de 1999. No obstante esta responsabilidad jurídica, los Estados Unidos tuvieron la intención de aplicar la suspensión sólo después de la fecha para la cual el ESD exigía que el árbitro previsto en el artículo 22 concluyera su cometido, esto es, el 2 de marzo de 1999.[149] La medida del 3 de marzo de modificar las cuantías de las fianzas fue una respuesta al largo historial de retrasos de las CE, incluido el retraso de los procedimientos del artículo 22, y puso a los Estados Unidos en condiciones de suspender las concesiones a partir de esa fecha de acuerdo con sus derechos una vez que se obtuviera la autorización del OSD.

Respuesta general a las preguntas 10 a 16

19. Las preguntas 10 a 16 se refieren, en general, a los procedimientos aplicables en el contexto del párrafo 5 del artículo 21 y del artículo 22 del ESD. Estas cuestiones no guardan una relación directa con la presente diferencia, pues ya se ha determinado conforme a esas disposiciones que las CE, en verdad, habían incumplido las recomendaciones y resoluciones del OSD, del mismo modo que el árbitro ya ha decidido que el nivel de la suspensión propuesto por los Estados Unidos, en calidad de respuesta, era equivalente al nivel de la anulación o el menoscabo. Dicho en esos términos, la meta de las CE respecto de la reclamación del párrafo 5 del artículo 21 es aparente: volver a litigar un asunto que perdió ante otros grupos especiales, a saber, la cuestión relativa a saber si esos grupos especiales tenían jurisdicción conforme al ESD para examinar cuestiones relacionadas con el nivel de suspensión de concesiones sin convocar al grupo especial previsto en el párrafo 5 del artículo 21.

20. El Grupo Especial debe reconocer que la consecuencia de aceptar el argumento de las CE de que la constitución del grupo especial previsto en el párrafo 5 del artículo 21 es un requisito previo a la petición de suspensión de concesiones al amparo del artículo 22 equivaldría a determinar que el procedimiento del párrafo 6 del artículo 22 en el asunto *Bananos*, y la suspensión de concesiones autorizada por el OSD en dicho caso, eran ilegítimos e ilegales, en violación de las normas del ESD. Las CE, en su Intervención oral, opinan que el Grupo Especial no está obligado a examinar la labor de otros órganos establecidos por el OSD en el contexto de otro procedimiento de solución de diferencias.[150] Las CE, pues, alientan al Grupo Especial a que ignore el razonamiento y las conclusiones del árbitro y los miembros del Grupo Especial en el asunto *Bananos* y a que, innecesaria e incorrectamente, haga determinaciones contrarias a las de esos órganos. En otras palabras, las CE piden al Grupo Especial que haga causa común con ellas para expresar su falta de respeto por el árbitro en el asunto *Bananos* y sus decisiones, y por la suspensión de concesiones aprobada por el OSD que se sustentó en esas decisiones. Esta actitud ejemplifica la indiferencia de las CE por la repercusión de sus medidas y posiciones sobre la integridad del régimen de solución de diferencias en todas las actuaciones relacionadas con el asunto *Bananos*, actitud que se refleja en la negativa de las CE a celebrar consultas con las partes reclamantes, en su negativa a que se vuelva a convocar al grupo especial previsto en el párrafo 5 del artículo 21 y en sus empeños por obstruir el orden del día de una reunión del OSD.[151]

---

[149] *Véase* Primera comunicación de los Estados Unidos, párrafos 37 y 44. Los Estados Unidos, claro está, tienen derecho a demorar la aplicación de la suspensión de concesiones hasta la fecha ulterior que sea más apropiada, por ejemplo, para dar una notificación anticipada a sus importadores de la posible modificación.

[150] Intervención oral de las CE, párrafo 3.

[151] *Véase* Primera comunicación de los Estados Unidos, párrafos 18 a 27.

21. La extrema sensibilidad de la relación entre el párrafo 5 del artículo 21 y el artículo 22 del ESD es evidente cuando se examinan las constancias de las deliberaciones del OSD sobre este tema durante el período prudencial y en el contexto del examen del ESD.[152] La confusión derivada de la imposibilidad de realizar el procedimiento de 90 días previsto en el párrafo 5 del artículo 21[153] dentro de los plazos para solicitar la suspensión (30 días contados a partir de la expiración del período prudencial) y para el arbitraje sobre la cuantía de la suspensión (60 días desde la expiración del plazo prudencial) ha llevado a los Miembros a la conclusión de que el párrafo 5 del artículo 21 debiera suprimirse y redactarse nuevamente en su totalidad.[154]

22. Como los Estados Unidos señalaron en la nota 49 de su Primera comunicación, el Grupo Especial no podrá examinar la cuestión de la relación entre el párrafo 5 del artículo 21 y el artículo 22, porque si lo hiciera se sustituiría a las negociaciones en curso respecto del examen del ESD y obraría en menoscabo de los derechos de todos los Miembros de la OMC (y no sólo de los de las partes en una diferencia) a negociar el equilibrio de derechos y obligaciones en virtud del Acuerdo sobre la OMC. Sólo los Miembros pueden enmendar el ESD o adoptar interpretaciones de él (párrafo 2 del artículo IX y artículo X del Acuerdo sobre la OMC), y los grupos especiales no pueden ni aumentar ni disminuir los derechos y obligaciones previstos en los acuerdos abarcados (párrafo 2 de los artículos 3 y 19 del ESD). Adoptar la posición de las CE en la presente diferencia constituiría efectivamente una enmienda del artículo 22 del ESD, pues eliminaría la aplicación de la regla del consenso negativo a

---

[152] La relación entre el párrafo 5 del artículo 21 y el artículo 22 ha sido objeto de una amplia deliberación entre los Miembros de la OMC. Los Miembros reconocen, en general, que la relación entre los artículos 21 y 22 requiere una elucidación adicional. *Véanse, por ejemplo*, Examen del ESD, documento de debate presentado por las Comunidades Europeas (30 de junio de 1999), documento Nº 3864 (en el que se reconoce que "algunos otros Miembros han interpretado" los artículos 21, 22 y 23 en forma diferente que las CE y en que se proponen principios para aclarar y exponer en detalle esos artículos); Examen del Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD), nota de la Secretaría, compilación de las observaciones formuladas por los Miembros - Rev.3 (12 de diciembre de 1998) (párrafo 296 - Australia señala que los procedimientos de aplicación carecen de claridad; párrafo 298 - Guatemala sugiere que los procedimientos del párrafo 5 del artículo 21 debieran incluir expresamente la autorización de aplicar medidas de retorsión para aclarar que dos procedimientos son innecesarios; párrafos 306 a 316 - en los cuales se expresan diversas opiniones respecto del artículo 22; párrafo 316 - Singapur observa que el párrafo 5 del artículo 21 no incluye una moratoria de la suspensión de concesiones hasta la conclusión de procedimientos como la prevista en el párrafo 6 del artículo 22, y sugiere que se incluya esa moratoria); Examen del ESD, Resumen elaborado por el Presidente de la reunión informal que el OSD celebró el 16 de marzo de 1999 (22 de marzo de 1999), documento Nº 1660 (que resume el debate sobre cuestiones relacionadas con los artículos 21 y 22 y las presunciones en los procedimientos del párrafo 5 del artículo 21 y del artículo 22, incluidas declaraciones de los Miembros en el sentido de que debería modificarse el artículo 22 para hacer referencia a la terminación de las actuaciones previstas en el párrafo 5 del artículo 21 en lugar de la expiración del plazo prudencial (párrafo 19)); Examen del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias, Resumen hecho por el Presidente de la reunión informal que el OSD celebró el 19 de mayo de 1999 (25 de mayo de 1999), documento Nº 2957 (en el cual se observa que "[a]lgunos Miembros expresaron la opinión de que las recientes dificultades encontradas con respecto a la aplicación y la suspensión de concesiones se debían, en parte, a la falta de claridad de la redacción actual del ESD" y que se habían hecho propuestas de que se suprimiera el párrafo 5 del artículo 21 del ESD y se lo reemplazara); Examen del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias, Proyecto de propuesta sobre aplicación (8 de junio de 1999), documento Nº 3276 (recopilación de propuestas formales e informales relativas a las disposiciones sobre aplicación). *Véase, también*, Acta de la Reunión del Consejo General celebrada el 8 de marzo de 1999 (WT/GC/M/37) (el Director General dijo que existía "diferentes interpretaciones de los elementos que han de tenerse en cuenta al aplicar medidas compensatorias -la cuestión relativa al párrafo 5 del artículo 21 y el artículo 22 …").

[153] Las CE añadirían a estos 90 días otros 60 días para celebrar consultas.

[154] *Véase* Propuesta de modificación del Entendimiento sobre Solución de Diferencias, WT/MIN(99)/8 (22 de noviembre de 1999) (Prueba documental 3 de los Estados Unidos).

las solicitudes de suspensión de concesiones y disminuiría los derechos que caben a los Miembros en virtud del texto actual del artículo 22 del ESD, para beneficiarse tanto de la regla del consenso negativo como de una decisión sobre el nivel de la suspensión en fecha tan temprana como los 60 días siguientes a la expiración del plazo prudencial. Los Miembros bien pueden todavía convenir en prorrogar los plazos correspondientes a las decisiones arbitrales sobre el nivel de la suspensión y a la autorización de suspensión, pero ello debe hacerse por conducto de una enmienda del ESD convenida por todos los Miembros, y no por medio de las actuaciones de un grupo especial establecido a instancia de un solo Miembro.

23. No sólo el árbitro y los grupos especiales del párrafo 5 del artículo 21 en relación con el asunto *Bananos*, sino también el Grupo Especial sobre los *Artículos 301 a 310*, reconocieron que en el examen del ESD se aborda la cuestión de la relación entre el párrafo 5 del artículo 21 y el artículo 22.[155] Al igual que el Grupo Especial sobre los *Artículos 301 a 310*, el presente Grupo Especial no tiene necesidad de examinar la cuestión de la relación entre el párrafo 5 del artículo 21 y el artículo 22. Las CE aducen que la medida del 3 de marzo es incompatible con el párrafo 5 del artículo 21. Las CE no han atinado a explicar, sin embargo, en qué forma la modificación de los requisitos en materia de fianzas pueden ser incompatibles con una disposición que se refiere a los procedimientos de solución de diferencias a los que se puede recurrir cuando existe una discrepancia sobre la aplicación. Las CE no han demostrado, ni pueden tampoco demostrar, que la medida (la modificación de los requisitos en materia de fianzas) es incompatible con una obligación prevista en el párrafo 5 del artículo 21. No existe, sencillamente, ningún nexo plausible a ese respecto.

Pregunta 10

¿Se presume que una nueva medida (una medida de aplicación) es compatible o incompatible con las obligaciones de la OMC después del plazo prudencial? ¿Cuál de las partes corre con la carga tras el plazo prudencial de probar la compatibilidad (o incompatibilidad) de una medida con las disposiciones de la OMC? ¿Es correcto decir que la parte perdedora pasa a ser responsable a la expiración del plazo prudencial? En ese caso, ¿responsable por qué?

24. Por las razones descritas en la respuesta a la pregunta 9 y en la Primera comunicación de los Estados Unidos, es correcto decir que la parte perdedora es responsable a la expiración del plazo prudencial si no ha cumplido con las recomendaciones y resoluciones del OSD. Es responsable por la anulación o el menoscabo continuados de los beneficios de la parte reclamante al amparo de los acuerdos abarcados. El artículo 22 prevé la compensación o suspensión de concesiones por la cuantía de esa responsabilidad.

25. El concepto de una "presunción" de compatibilidad o incompatibilidad de la aplicación por parte de un Miembro no está previsto en el ESD, y es innecesario para la resolución de cuestiones vinculadas con la suspensión de concesiones tras el plazo prudencial. Al expirar el plazo prudencial, el Miembro reclamante tiene derecho a solicitar la autorización del OSD para la suspensión de concesiones conforme al párrafo 2 del artículo 22 si estima que el Miembro que ha de aplicar las

[155] *Véanse* Informe del Grupo Especial encargado de examinar el asunto "Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos - Recurso al párrafo 5 del artículo 21 por las Comunidades Europeas", WT/DS27/RW/EEC, párrafo 4.17 (12 de abril de 1999) (el Grupo Especial dijo lo siguiente: "en lo concerniente a los argumentos de la CE relativos a los artículos 21, 22 y 23 del ESD, somos perfectamente conscientes de la controversia que hay en el OSD sobre la interpretación de esos artículos y sobre la relación que existe entre ellos, pero consideramos que esa cuestión se resolverá mejor en el contexto del actual examen del ESD …"); Decisión de los Árbitros sobre "Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos - Recurso al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22" (*Arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22*), WT/DS27/ARB, párrafo 4.11, nota 11 (6 de abril de 1999); Informe del Grupo Especial encargado de examinar el asunto "Estados Unidos - Artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974", WT/DS152/R, párrafo 7.154 (22 de diciembre de 1999).

recomendaciones y resoluciones no lo ha hecho. Si el Miembro que ha de aplicar las recomendaciones y resoluciones se abstiene de impugnar el nivel de la suspensión, ello significa que efectivamente ha consentido en la conclusión de que ha incumplido. Por otra parte, si el Miembro que ha de aplicar las recomendaciones y resoluciones cree que ha cumplido sus obligaciones, tiene análogamente derecho al amparo del párrafo 6 del artículo 22 a solicitar el arbitraje sobre el nivel de la suspensión y a aducir que el nivel es cero debido a que ha cumplido sus obligaciones. Así ocurrió, en verdad, en el asunto *Bananos*. (En cambio, en el asunto *Hormonas*, las CE sólo impugnaron el nivel de la suspensión y no alegaron que habían cumplido sus obligaciones.) Como señaló el árbitro previsto en el párrafo 6 del artículo 22 en el asunto *Bananos*, "la evaluación del nivel de anulación o menoscabo presupone la evaluación de la compatibilidad o incompatibilidad de las medidas de aplicación adoptadas por las Comunidades Europeas … con las normas de la OMC".[156]

26. Del mismo modo que no es necesario, ni apropiado, que el presente Grupo Especial aborde la cuestión de si existe una presunción de cumplimiento o incumplimiento, no es necesario, ni apropiado, examinar en el contexto de la presente diferencia una conclusión relativa a la carga de la prueba tras el plazo prudencial. En el procedimiento previsto en el párrafo 6 del artículo 22 en el asunto *Bananos*, el árbitro no adoptó una decisión explícita sobre la cuestión. Por otra parte, en el asunto *Hormonas*, el árbitro llegó a la conclusión de que la carga de probar que un nivel de suspensión propuesto es incompatible con el requisito del párrafo 4 del artículo 22 de que dicho nivel sea equivalente al nivel de la anulación o el menoscabo corresponde a la parte que impugna el nivel de suspensión propuesto, a saber, la parte que ha de cumplir las recomendaciones y resoluciones.[157]

27. Con prescindencia de a quién correspondan las presunciones o cargas en un procedimiento relativo a un problema de cumplimiento, toda conclusión dimanante de ese procedimiento de que el Miembro que ha de aplicar las recomendaciones y resoluciones no ha cumplido sus obligaciones significa necesariamente que el Miembro no ha estado cumpliendo -y que ha anulado y menoscabado los beneficios del Miembro reclamante-, desde la adopción de las recomendaciones y resoluciones del OSD, *y desde la expiración del plazo prudencial.* Por las razones expuestas en la respuesta a la pregunta 9, el Miembro que no ha cumplido sus obligaciones es responsable por esa anulación o menoscabo desde el fin del plazo prudencial.

Pregunta 11

¿A quién corresponde la responsabilidad de interponer un recurso al amparo del párrafo 5 del artículo 21? ¿Cuándo debe presentarse esa petición al amparo del párrafo 5 del artículo 21?

28. La parte reclamante puede solicitar un examen del párrafo 5 del artículo 21 de las medidas adoptadas por la parte que ha de cumplir las recomendaciones y resoluciones (pero no está obligada a hacerlo). El ESD no establece un límite de tiempo a la oportunidad en que se puede solicitar un examen del párrafo 5 del artículo 21. El árbitro previsto en el párrafo 6 del artículo 22 en el asunto *Bananos* observó lo siguiente: "El texto del párrafo 5 del artículo 21 del ESD no excluye la posibilidad de iniciar el procedimiento *antes* o *después* de la expiración del plazo prudencial."[158]

29. Los Estados Unidos decidieron instaurar un procedimiento al amparo del párrafo 5 del artículo 21 antes de la expiración del plazo prudencial en el asunto *Bananos* porque era evidente que

---

[156] *Arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22*, párrafo 4.3.

[157] *Véase Arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22*, párrafo 4.13; Arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD en "Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (Hormonas)", WT/DS26/ARB, párrafo 9 (12 de julio de 1999).

[158] *Arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD*, nota 11.

las medidas de aplicación que las CE ya habían adoptado eran insuficientes para cumplir las obligaciones de éstas en la OMC. Al solicitar una resolución temprana del Grupo Especial al amparo del párrafo 5 del artículo 21 antes de la expiración del plazo prudencial, los Estados Unidos abrigaban la esperanza de evitar la necesidad de suspender concesiones, haciendo ver a las CE, *antes* de que expirara su plazo prudencial para poner sus medidas de conformidad con sus obligaciones, que sus infracciones no se habían subsanado y que, por lo tanto, eran necesarias otras medidas, de modo que las CE pudieran prontamente adoptar esas otras medidas. Las CE prefirieron, en cambio, dilatar el procedimiento.

30. En consecuencia, la solicitud de los Estados Unidos de que se constituyera un grupo especial al amparo del párrafo 5 del artículo 21 no fue, como lo interpretan las CE[159], una admisión de que una parte reclamante debe recurrir a los procedimientos del párrafo 5 del artículo 21 antes de instaurar una acción al amparo del artículo 22. Los Estados Unidos refutan enérgicamente la afirmación de las CE de que éste u otros puntos no están siquiera en litigio.[160]

31. Además, como se señaló en la Primera comunicación de los Estados Unidos[161], el árbitro del párrafo 6 del artículo 22 rechazó el argumento de las CE de que una parte reclamante debe instaurar un procedimiento al amparo del párrafo 5 del artículo 21 antes de presentar una solicitud del artículo 22 para suspender concesiones.[162] Las CE no han refutado la lógica ni del árbitro ni de los Estados Unidos sobre este punto.

Pregunta 12

¿Qué consecuencia tiene el que no se presente una reclamación al amparo del párrafo 5 del artículo 21 antes de la expiración del plazo prudencial? Si esa acción no se entabla durante ese plazo, ¿caduca entonces el derecho a recurrir a un procedimiento al amparo del párrafo 5 del artículo 21?

32. Como se observó en la respuesta a la pregunta 11, el árbitro del párrafo 6 del artículo 22 en el asunto *Bananos* explicó lo siguiente: "El texto del párrafo 5 del artículo 21 del ESD no excluye la posibilidad de iniciar el procedimiento *antes* o *después* de la expiración del plazo prudencial."[163] Por lo tanto, el derecho a solicitar la constitución de un grupo especial al amparo del párrafo 5 del artículo 21 no caduca si no se presenta una petición durante el plazo prudencial y no dimanan consecuencias de la circunstancia de que no se presente una petición al amparo del párrafo 5 del artículo 21 antes de la expiración del plazo prudencial.

33. El árbitro del párrafo 6 del artículo 22 hizo hincapié en la importancia de dar efecto tanto al párrafo 5 del artículo 21 como al artículo 22. Si bien el procedimiento al amparo del párrafo 5 del artículo 21 se puede solicitar en cualquier momento, e incluso después de la expiración del plazo prudencial, la solicitud de suspensión al amparo del artículo 22 sólo se puede presentar en los términos estipulados en dicho artículo -dentro de los 30 días contados a partir de la expiración del plazo prudencial- si se ha de dar efecto a la regla del consenso negativo.[164] Por cuanto el

[159] Intervención oral de las CE, párrafo 18.

[160] *Véase ibid*., párrafo 18; *véase, también, ibid*., párrafo 6 (los Estados Unidos impugnan todos y cada uno de los puntos que las CE aducen que no han sido impugnados).

[161] *Véase* Primera intervención de los Estados Unidos, párrafo 50.

[162] *Véase Arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22*, párrafos 4.10 a 4.15.

[163] *Arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22*, nota 11.

[164] *Arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22*, párrafo 4.11. El árbitro se explicó así:

procedimiento al amparo del párrafo 5 del artículo 21, en sus propios términos, requiere 90 días, la conclusión de que un procedimiento al amparo del párrafo 5 del artículo 21 debe preceder a una solicitud al amparo del artículo 22 haría, pues, que el derecho del artículo 22 a una autorización del OSD con la regla del consenso negativo fuera una nulidad en los casos en que la parte que ha de aplicar las recomendaciones y resoluciones no las cumple hasta la expiración del plazo prudencial. Por otra parte, llegar a la conclusión de que una solicitud al amparo del artículo 22 no tiene necesariamente que ir precedida por un procedimiento al amparo del párrafo 5 del artículo 21 no privará de efecto al párrafo 5 del artículo 21, pues dicho procedimiento seguirá estando disponible para las partes reclamantes que no deseen suspender las concesiones y para las que estén dispuestas a que el OSD decida por consenso positivo si autorizará o no la suspensión de las concesiones.[165]

34. Además, como se explicó en la Primera comunicación de los Estados Unidos, en el párrafo 51, ni los párrafos 2 y 6 del artículo 22 ni el párrafo 2 c) del artículo 23 hacen referencia alguna a los procedimientos del párrafo 5 del artículo 21 como requisito previo para una solicitud de suspensión de concesiones, la autorización por el OSD de la suspensión de concesiones o la aplicación de una suspensión de concesiones. En cambio, el artículo 22 establece plazos contados a partir de la expiración del plazo prudencial, y el párrafo 2 c) del artículo 23 estipula que se han de seguir los procedimientos del artículo 22 antes de suspender las concesiones. Las CE yerran, pues, al sugerir que existe la obligación de instaurar un procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 antes de llevar adelante una suspensión de concesiones al amparo del artículo 22.

Pregunta 13

En la hipótesis de que los Estados Unidos estén en lo cierto al aseverar que la constitución de un grupo especial al amparo del párrafo 5 del artículo 21 debe ser solicitada (por cualquiera de las partes) dentro del plazo prudencial, ¿qué consecuencia se sigue de que nunca se haya solicitado o establecido este grupo especial al amparo del párrafo 5 del artículo 21? La ausencia de una determinación al amparo del párrafo 5 del artículo 21, ¿tiene como consecuencia que haya una presunción de que la nueva medida es compatible o incompatible con las obligaciones asumidas en la OMC? ¿Excluye la ausencia de un grupo especial al amparo del párrafo 5 del artículo 21 el recurso a los párrafos 6 y 7 del artículo 22?

35. Los Estados Unidos no afirman que el grupo especial del párrafo 5 del artículo 21 se *deba* solicitar durante el plazo prudencial. Como se dijo en la respuesta a la pregunta 11, los Estados Unidos trataron de recurrir a los procedimientos del párrafo 5 del artículo 21 durante el plazo prudencial en el asunto *Bananos* a fin de demostrar a las CE, cuando las CE estaban todavía a tiempo de revisar su medida, que esa medida tendría que modificarse, a fin de conformarse a las recomendaciones y resoluciones del OSD. La posibilidad de solicitar la constitución de un grupo especial al amparo del párrafo 5 del artículo 21 antes de la expiración del plazo prudencial se presentó en el asunto *Bananos* porque las CE, en verdad, instituyeron cambios en su régimen mucho antes de la expiración del plazo prudencial, a pesar de que esos cambios no se debían aplicar antes de la

---

El párrafo 5 del artículo 21 sigue constituyendo para los Miembros que por cualquier razón no deseen suspender concesiones el principal instrumento para impugnar las medidas de aplicación. Por el contrario, si aceptáramos el argumento de las CE, interpretaríamos en realidad el plazo del párrafo 6 del artículo 22, prescindiendo enteramente del ESD, puesto que pocas veces o ninguna un procedimiento en el marco del párrafo 5 del artículo 21, que en opinión de las CE abarca las consultas y la posibilidad de apelar, terminaría antes de que finalizara el plazo establecido en el párrafo 6 del artículo 22 (30 días contados a partir del plazo prudencial).

[165] *Véase ibid*.

expiración del plazo prudencial.[166] Si las CE no hubieran tomado medidas hasta la expiración del plazo prudencial, esa opción no hubiera estado disponible.[167]

36. Como se dijo en respuesta a las preguntas 10 y 12, que no se haya solicitado o constituido un grupo especial al amparo del párrafo 5 del artículo 21 carece de consecuencias, y no hay necesidad de examinar si existe o no una presunción de cumplimiento o incumplimiento a la expiración del plazo prudencial. Además, como se señaló en la respuesta a la pregunta 11, la ausencia de un grupo especial al amparo del párrafo 5 del artículo 21 no impide acogerse a lo dispuesto en los párrafos 6 y 7 del artículo 22, como lo concluyó el árbitro previsto en el párrafo 6 del artículo 22 en el asunto *Bananos*.

Pregunta 14

¿Quién determina si una nueva medida anula los beneficios de la OMC?

37. Conforme a la definición que figura en el párrafo 7 del artículo 22 del ESD, la tarea del árbitro del párrafo 6 del artículo 22 es determinar "si el nivel de esa suspensión es equivalente al nivel de la anulación o el menoscabo". Como señaló el árbitro en el asunto *Bananos*, el concepto de equivalencia entre la suspensión propuesta y el nivel de anulación o menoscabo "seguirá careciendo de contenido" si no se conoce cualquiera de las dos variables.[168] En consecuencia, el árbitro del párrafo 6 del artículo 22 debe examinar la nueva medida para determinar el nivel de anulación o menoscabo antes de que pueda determinar si ese nivel es equivalente al nivel de suspensión propuesto por la parte reclamante.[169]

38. Como se dijo en la respuesta a la pregunta 10, tras la expiración del plazo prudencial, el Miembro reclamante tiene derecho a solicitar la autorización del OSD para la suspensión de concesiones conforme al párrafo 2 del artículo 22 si cree que la medida del Miembro que ha de aplicar las recomendaciones y resoluciones anula los beneficios que el acuerdo le reconoce. Si el Miembro que ha de aplicar las recomendaciones y resoluciones se abstiene de impugnar el nivel de la suspensión, básicamente ha consentido en la conclusión de que su nueva medida anula los beneficios de la OMC. Por otra parte, si estima que su medida no anula beneficios, el Miembro que ha de aplicar las recomendaciones y resoluciones tiene igualmente derecho conforme al párrafo 6 del artículo 22 a solicitar el arbitraje del nivel de la suspensión, y a aducir que el nivel es cero porque su medida no anula los beneficios de la OMC. Así ocurrió, en realidad, en el asunto *Bananos*. (En cambio, en el asunto *Hormonas*, las CE sólo impugnaron el nivel de la suspensión y no aseveraron que el nivel de anulación fuera de cero.)

---

[166] *Véase* Primera comunicación de los Estados Unidos, párrafo 55.

[167] Por ejemplo, en el asunto *Australia - Salmón*, el Canadá no podía solicitar la constitución de un grupo especial al amparo del párrafo 5 del artículo 21 antes de la expiración del plazo prudencial porque Australia no había aplicado ninguna medida. El Canadá, por lo tanto, tuvo que solicitar la suspensión al amparo del artículo 22 dentro de los 30 días de la expiración del plazo prudencial para conservar su derecho a la autorización del OSD con el beneficio de la regla del consenso negativo. *Véanse* WT/DSB/M/66, párrafos 5 y 6, y la respuesta *supra* a la pregunta 16.

[168] *Arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22*, párrafo 4.7.

[169] *Ibid*., párrafos 4.7 y 4.8.

Pregunta 15

¿Existe una evaluación implícita de compatibilidad de una medida que sea objeto de un arbitraje previsto en los párrafos 6 y 7 del artículo 22 en vista del mandato del árbitro de evaluar si el nivel de suspensión es equivalente al nivel de anulación de beneficios?

39. Esa es, a decir verdad, la conclusión a la que llegó el árbitro del párrafo 6 del artículo 22 en el asunto *Bananos*, conclusión con la que concurren los Estados Unidos. Como señaló el árbitro, "[N]o podemos cumplir nuestra función de evaluar la *equivalencia* entre los dos niveles citados si no llegamos antes a una conclusión acerca de si el régimen revisado de las CE es … plenamente compatible con la OMC".[170] El árbitro dijo, también, que "la evaluación del nivel de anulación o menoscabo presupone la evaluación de la compatibilidad o incompatibilidad de las medidas de aplicación adoptadas por las Comunidades Europeas … con las normas de la OMC".[171]

Pregunta 16

Sírvanse examinar la práctica de los Miembros de la OMC en su recurso a los procedimientos del párrafo 5 del artículo 21 y del párrafo 22.

40. La práctica de los Miembros de la OMC sustenta la interpretación de los Estados Unidos y del árbitro en el asunto *Bananos* de que los procedimientos del párrafo 5 del artículo 21 no se tienen que instaurar necesariamente como condición para suspender las concesiones al amparo del artículo 22. La descripción que hacen las CE de esta práctica en el párrafo 20 de su Intervención oral es sumamente equívoca a este respecto.

41. Por ejemplo, las CE omiten señalar con respecto al asunto *Cuero para automóviles* que Australia y los Estados Unidos convinieron en prorrogar los plazos del párrafo 6 del artículo 22 del ESD en ese asunto en virtud de la facultad explícita que para hacerlo les concedía el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias.[172] La nota 6 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias explícitamente autoriza a las partes en una diferencia en el contexto de ese Acuerdo a prorrogar de mutuo acuerdo los plazos previstos en el artículo 4 de ese Acuerdo, que incluyen los plazos del párrafo 6 del artículo 22 del ESD. Ese procedimiento fue posible sólo debido a la nota 6, como lo señalaron los Estados Unidos en la reunión del OSD celebrada el 14 de octubre de 1999. En dicha reunión, los Estados Unidos dijeron lo siguiente:

- "Sé, señor Presidente, que a muchas delegaciones acaso les sorprenda en alguna medida observar que los Estados Unidos han estado de acuerdo con Australia en llevar adelante ahora el procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 y sólo más adelante incoar los procedimientos del artículo 22 del ESD y/o del párrafo 10 del artículo 4 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias.

- No hay un cambio fundamental en la posición de los Estados Unidos en cuanto a la aplicabilidad de sus artículos. Esta diferencia, por cuanto corresponde al contexto del artículo 4 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, presenta circunstancias especiales y brinda oportunidades singulares. En particular, en contraste con los procedimientos ordinarios de solución de diferencias, las partes pueden en este asunto prorrogar de mutuo acuerdo el plazo para ejercer el derecho de solicitar los procedimientos del artículo 22. Los Estados Unidos y Australia así lo

[170] *Arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22*, párrafo 4.8.

[171] *Arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22*, párrafo 4.3.

[172] *Véase* WT/DS126/8, página 2, punto 6.

han convenido. Ello brinda a las partes un plazo adicional para recurrir a los procedimientos del párrafo 5 del artículo 21, y hemos estado dispuestos a acomodarnos a los deseos de la otra parte a ese respecto.

- El enfoque que hemos convenido en aplicar en este asunto no es preceptivo en virtud del ESD. Se trata de un acuerdo especial aplicable exclusivamente a esta diferencia. Refleja, sin embargo, un proceso que cuenta con el favor de muchos Miembros en el actual examen del ESD, y abrigamos la esperanza de que demostrará que ese proceso -y ese calendario- es viable, eficiente y expeditivo."[173]

42. Al igual que en el asunto *Cuero para automóviles*, los dos asuntos *Aeronaves civiles* entre el Brasil y el Canadá se refirieron al Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias. Al igual que las partes en la diferencia *Cuero para automóviles*, el Brasil y el Canadá se fundaron explícitamente en el artículo 4 y en la nota 6 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias para prorrogar de mutuo acuerdo los plazos del párrafo 6 del artículo 22 con la mira de que se pudieran concluir previamente los trabajos de los grupos especiales del párrafo 5 del artículo 21, sin renunciar al beneficio de la regla del consenso negativo en la autorización por el OSD de la suspensión de concesiones.[174]

43. Con respecto al asunto *Australia - Salmón*, el Canadá no recurrió primero a los procedimientos del párrafo 5 del artículo 21 antes de solicitar la suspensión al amparo del artículo 22. Preservó primero sus derechos al amparo del artículo 22 mediante una solicitud de suspensión presentada dentro de los 30 días de la expiración del plazo prudencial, sin una solicitud de que se constituyera un grupo especial del párrafo 5 del artículo 21.[175] En la reunión del OSD, celebrada los días 27 y 28 de julio de 1999, el Canadá, en última instancia, convino en entablar un procedimiento del párrafo 5 del artículo 21, pero insistió en la necesidad de constituir también un grupo especial al amparo del artículo 22 (porque Australia había discrepado con el nivel de suspensión propuesto), que estaba dispuesto a suspender a la espera del resultado del grupo especial del párrafo 5 del artículo 21. El Canadá observó que, si bien había presentado una propuesta en el examen del ESD en virtud de la cual se requeriría la constitución de un grupo especial del párrafo 5 del artículo 21 antes de que se pudiera presentar una solicitud de suspensión al amparo del artículo 22, aún no se había llegado a un acuerdo respecto de la propuesta. En ausencia de dicho acuerdo,

> … el Canadá debe hacer valer sus derechos de conformidad con las *disposiciones del ESD vigentes.* En esta fase, el Canadá no puede seguir únicamente el procedimiento relativo al grupo especial previsto en el párrafo 5 del artículo 21, dado que el mismo concluiría después de la expiración del plazo de 30 días establecido en el artículo 22, dentro del cual el Canadá tiene derecho de solicitar la suspensión de concesiones mediante la aplicación de la regla del consenso negativo. El Canadá podía haber iniciado tales procedimientos durante el período previsto para el cumplimiento, si Australia hubiese establecido sus medidas de aplicación, lo que no ha hecho.[176]

---

[173] Exposición de los Estados Unidos en la reunión del OSD celebrada el 14 de octubre de 1999; *véase* WT/DSB/M/69.

[174] *Véanse* WT/DS70/9, de fecha 23 de noviembre de 1999, anexo, punto 5, y WT/DS46/13, de fecha 26 de noviembre de 1999, anexo, punto 5.

[175] El Canadá solicitó una reunión especial del OSD para recabar la autorización de suspender las concesiones en una comunicación de fecha 15 de julio de 1999. En la comunicación no se hizo mención alguna del párrafo 5 del artículo 21. *Véase* WT/DS18/12, de fecha 15 de julio de 1999.

[176] WT/DSB/M/66, página 5 (cursivas añadidas).

44. El Canadá, pues, concordó con la interpretación de los Estados Unidos de que el artículo 22 requiere una solicitud de suspensión dentro de los 30 días de la expiración del plazo prudencial, con prescindencia de que se hayan o no incoado los procedimientos del párrafo 5 del artículo 21, y de que los procedimientos del párrafo 5 del artículo 21 se pueden incoar durante el plazo prudencial únicamente si durante ese período se ha aplicado una medida. El Canadá, decidió, sí, hacer lugar al deseo de Australia de que se constituyera un grupo especial del párrafo 5 del artículo 21, consintiendo en renunciar a su derecho, al amparo del artículo 22, a que un árbitro completara su cometido dentro de los 60 días de la expiración del plazo prudencial. Sin embargo, la decisión del Canadá de renunciar a este derecho del artículo 22 no se puede interpretar en el sentido de que estos derechos no existen.

45. Análogamente, al solicitar la constitución de un grupo especial del párrafo 5 del artículo 21 en la diferencia *Bananos*, sin solicitar la suspensión dentro de los 30 días de la expiración del plazo prudencial, el Ecuador renunció a su derecho de recibir autorización del OSD de suspender concesiones con el beneficio de la regla del consenso negativo. Aunque las CE presuntamente han convenido en no oponerse a la solicitud de suspensión del Ecuador, el Ecuador no puede tener la seguridad de que un tercero no lo hará. La decisión del Ecuador de renunciar a sus derechos en este caso no se puede interpretar en el sentido de que renuncia los derechos de otros Miembros en otras diferencias. Además, la solicitud del Ecuador de que se constituya un grupo especial del párrafo 5 del artículo 21 confirma meramente lo señalado por el árbitro en la diferencia *Bananos* en el sentido de que el párrafo 5 del artículo 21 está siempre a disposición de las partes que no deseen suspender concesiones con el beneficio de la regla del consenso negativo y que llevar adelante la suspensión conforme al artículo 22 sin un grupo especial del párrafo 5 del artículo 21 no privará de efecto al artículo 21.[177]

46. Por último, las CE omiten mencionar su propia decisión en el asunto *CE - Hormonas* de participar en los procedimientos del párrafo 6 del artículo 22 sobre el nivel de la suspensión propuesta por los Estados Unidos y *sin* insistir en los procedimientos del párrafo 5 del artículo 21 para confirmar su falta de conformidad.

47. Por lo tanto, los ejemplos de los asuntos *Aeronaves civiles* y *Cuero para automóviles* son inaplicables porque el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias autorizaba a prorrogar plazos, en tanto que los ejemplos de los asuntos *Salmón* y *Ecuador - Bananos* meramente sustentan la tesis de que los Miembros pueden renunciar a sus derechos en una diferencia determinada. Como se señaló, los actos del Canadá en el asunto *Salmón*, en verdad, sustentan la posición de los Estados Unidos de que el párrafo 5 del artículo 21 no es un requisito previo para solicitar una suspensión, y de que dicha solicitud se debe interponer dentro de los 30 días de la expiración del plazo prudencial a fin de preservar los derechos del reclamante a suspender concesiones con el beneficio de la regla del consenso negativo.

Pregunta 19

¿Qué involucran concretamente desde el punto de vista administrativo la retención de la liquidación y los requisitos conexos en materia de fianzas? ¿Qué otros tipos de instrumentos sustitutivos acepta el Servicio de Aduanas respecto de la constitución de fianzas?

48. Cabe decir, nuevamente, que el término "retención de la liquidación" carece de significado jurídico conforme al derecho norteamericano y que no se adoptó ninguna medida a ese respecto el 3 de marzo de 1999 y ninguna medida a ese respecto entró en vigor en esa fecha. El ciclo ordinario de liquidación del Servicio de Aduanas de los Estados Unidos es de entre 314 días y 1 año. Ello sólo

[177] *Véanse Arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22*, párrafo 4.11, y el examen *supra* en los párrafos 30 y 31.

significa que el Servicio de Aduanas hace su determinación final de derechos y otras tasas durante ese plazo y factura o reembolsa en consecuencia a los importadores (o liquida las importaciones tal como han sido declaradas). Los sustitutos de las fianzas de garantía se estipulan en 19 CFR § 113.40. Esencialmente, en lugar de fianzas, el director del puerto puede aceptar moneda de curso legal de los Estados Unidos, obligaciones de los Estados Unidos (que no sean obligaciones de ahorro de los Estados Unidos), certificados de deuda de los Estados Unidos, pagarés del Tesoro o letras del Tesoro, en una cuantía igual a la suma de la fianza.

Pregunta 20

¿Cuántas de esas fianzas (y por qué cantidad y respecto de qué productos) se constituyeron durante el período comprendido entre el 3 de marzo y el 19 de abril de 1999?

49. Como se dijo antes, se exigieron esas fianzas al 100 por ciento de las importaciones formales de todas las mercancías de fuentes comerciales, con prescindencia del país de origen, antes del período comprendido entre el 3 de marzo y el 19 de abril de 1999, durante ese período y después de éste. Los niveles ordinarios de las fianzas están estipulados en la Directiva Aduanera de 1991 que figura en la Prueba documental 4 de los Estados Unidos y se describen en la respuesta a la pregunta 2. Los requisitos aplicables a la mayor parte de los productos de las CE enumerados en el anuncio de instrucciones del Servicio de Aduanas (véase la Prueba documental 7 de los Estados Unidos) fueron como sigue: una fianza única por transacción igual al valor declarado de la mercancía[178] o una fianza continuada igual al 10 por ciento del valor declarado de la mercancía que el importador haya importado durante el año anterior. El valor de las importaciones de todos los productos enumerados en la lista en los meses de marzo y abril (incluidos los períodos del 1º al 2 de marzo y del 20 al 30 de abril) fue de aproximadamente 42 millones de dólares EE.UU. El valor de los productos sujetos a los requisitos revisados en materia de fianzas fue la fracción de esas importaciones declaradas entre el 3 de marzo y el 19 de abril.

Pregunta 21

Sírvanse allegar estadísticas sobre el nivel del intercambio entre las CE y los Estados Unidos respecto de cada producto enumerado en la lista, en 1997, 1998 y 1999, por mes y año civil.

50. Véase la Prueba documental 5 de los Estados Unidos. Como se desprende claramente de esas cifras, los requisitos adicionales de fianza, contrariamente a lo que aseveran las CE, no paralizarán concretamente el intercambio de los productos afectados a partir del 3 de marzo de 1999.[179]

Pregunta 22

Si se exige una fianza y luego no se aplican derechos o sólo se aplica a un nivel inferior, ¿qué tipo de interés paga el Servicio de Aduanas al importador?

51. El Servicio de Aduanas está autorizado a pagar, y debe pagar, intereses sobre el exceso de derechos, tasas e impuestos depositados por un importador. No se pagarán intereses por un aumento de los requisitos en materia de fianzas o un aumento de la cuantía de las fianzas.

---

[178] Como se dice en la respuesta a la pregunta 2, ciertos productos están sujetos a niveles de fianza única por transacción iguales a tres veces el valor declarado de la mercancía porque están sujetos a requisitos de otros organismos, como los requisitos de salud pública y seguridad de la Administración de Productos Alimenticios y Farmacéuticos. Respecto de esos productos, la medida del 3 de marzo no modificó los niveles de las fianzas únicas por transacción.

[179] *Por ejemplo*, Intervención oral de las CE, párrafo 7.

Pregunta 23

Tras la reducción del nivel autorizado de suspensión de concesiones el 19 de abril de 1999, ¿se reembolsó a los importadores de las CE por costos adicionales? En caso afirmativo, ¿en qué cuantía? ¿De qué manera, si la hubo, compensaron los Estados Unidos a los importadores y exportadores que se vieron inhibidos de realizar su giro comercial antes del 19 de abril?

52. No hubo reembolso oficial de las tasas que los garantes privados puedan haber cobrado a importadores norteamericanos de los productos enumerados en la lista de resultas de los requisitos adicionales en materia de fianzas. Los requisitos adicionales en materia de fianzas no dieron lugar a ningún pago adicional al Gobierno.

Pregunta 24

¿Cuál es el plazo medio de retraso de liquidación de estos tipos de productos?

53. La liquidación de estos productos se basó en el ciclo ordinario de liquidación aplicable a todas las mercancías comerciales que entran en los Estados Unidos, esto es, un plazo de entre 314 días y 1 año.

Pregunta 25

¿Cuáles son las diferencias precisas que existen en el derecho interno de los Estados Unidos entre la práctica ordinaria y común del Servicio de Aduanas respecto de las importaciones y lo que se decidió el 3 de marzo de 1999 respecto de las importaciones enumeradas en la lista? Sírvanse indicar cada una de estas diferencias.

54. Como se dijo en la respuesta a la pregunta 2, en el caso de las importaciones de mercancías enumeradas en la lista que se despacharon o retiraron de depósito para consumo el 3 de marzo o a partir de esa fecha, el Servicio de Aduanas de los Estados Unidos examinó la suficiencia de la fianza y exigió una fianza única por transacción igual al valor declarado de la mercancía[180] o una fianza continuada igual al 10 por ciento del valor declarado de la mercancía que el importador hubiera importado durante el año anterior. Esas cuantías fueron ligeramente distintas de los niveles de constitución de fianzas aplicables a otras importaciones, de los cuales en la respuesta a la pregunta 2 se menciona un ejemplo típico. Todos los niveles de constitución de fianzas están estipulados en la Directiva Aduanera que figura en la Prueba documental 4 de los Estados Unidos.

55. Aparte de esta modificación de los niveles de las fianzas, no se introdujeron otras modificaciones en los procedimientos ordinarios aplicados a las mercancías importadas. Todas las mercancías estuvieron sujetas al plazo de liquidación ordinario (esto es, entre 314 días y 1 año).

Pregunta 26

¿En qué fundamento de derecho nacional sustentó el USTR su decisión de que el Servicio de Aduanas comenzara la suspensión de la liquidación? ¿Fue éste un acto administrativo que podía adoptarse en cualquier momento?

[180] Como se dice en la respuesta a la pregunta 2, ciertos productos están sujetos a niveles de fianza única por transacción iguales a tres veces el valor declarado de la mercancía porque están sujetos a requisitos de otros organismos, como los requisitos de salud pública y seguridad de la Administración de Productos Alimenticios y Farmacéuticos. Respecto de esos productos, la medida del 3 de marzo no modificó los niveles de las fianzas únicas por transacción.

56. Como se dijo antes, de resultas de la medida del 3 de marzo no se exigió ni hubo una suspensión de la liquidación. En cuanto a la revisión de los niveles de las fianzas, como se dijo en el párrafo 33 y en la nota 33 de la Primera comunicación de los Estados Unidos, las disposiciones contenidas en 19 CFR § 113.13 facultan a los directores de puertos exigir fianzas o garantías adicionales para velar por que la aceptación de una mercancía importada esté adecuadamente protegida contra el riesgo de la falta de pago de derechos u otras obligaciones impuestas por ley. Esta facultad discrecional se puede ejercer en cualquier momento en que el Servicio de Aduanas advierta que se corre el riesgo de que los requisitos ordinarios de fianza serán inadecuados.[181] La revisión de los niveles de las fianzas del 3 de marzo fue aplicada por el Servicio de Aduanas ante la circunstancia de que las mercancías en cuestión podrían, de obtenerse la autorización del OSD, estar sujetas a un tipo arancelario considerablemente superior. El USTR había informado al Servicio de Aduanas de ese riesgo.

Pregunta 27

Sírvanse allegar copias de las disposiciones legislativas y reglamentarias conexas que sirvieron de fundamento al USTR y al Servicio de Aduanas.

57. En la Prueba documental 6 de los Estados Unidos se reproduce el texto de 19 CFR § 113.13.

Pregunta 28

¿Tenían realmente los Estados Unidos que estar en condiciones de calcular el nivel de los derechos entre el 3 de marzo y el 19 de abril a fin de preservar sus derechos a imponer eventualmente una suspensión de las concesiones u otras obligaciones? ¿De qué manera exactamente se hubiera visto menoscabada la capacidad de los Estados Unidos de suspender las concesiones u otras obligaciones si no hubieran procedido a la retención de la liquidación el 3 de marzo?

58. Cabe reiterar nuevamente que los Estados Unidos no adoptaron ninguna medida el 3 de marzo para "retener" o "suspender" la liquidación. La única medida que se adoptó fue la de revisar los niveles de las fianzas aplicables a ciertas importaciones. En ausencia de esas modificaciones de los niveles de las fianzas aplicables a las mercancías importadas entre el 3 de marzo y el 19 de abril, esas mercancías hubieran sido despachadas a consumo en los Estados Unidos con fianzas inadecuadas para sufragar la cuantía total de derechos que, en última instancia, autorizara el OSD. Por esa razón, y por la circunstancia de que los pagos de derechos estimados durante el período comprendido entre el 3 de marzo y el 19 de abril se hicieron a los tipos NMF ordinariamente aplicables, el Servicio de Aduanas no habría tenido recursos suficientes ni contra el garante ni contra la mercancía en caso de que el importador no pagara la diferencia entre los derechos estimados y los derechos que en última instancia hubiera autorizado el OSD.

Pregunta 29

¿Respecto de qué productos comenzaron los Estados Unidos la suspensión de la liquidación a partir del 3 de marzo de 1999? ¿De acuerdo con qué principios se escogieron los productos enumerados en la lista? ¿Qué productos se eliminaron de esa lista con posterioridad al 19 de abril de 1999 y con arreglo a qué criterios?

59. Los Estados Unidos no "suspendieron" o "retiraron" la liquidación de ningún producto a partir del 3 de marzo de 1999. Los Estados Unidos revisaron los requisitos en materia de fianzas. La lista de productos sujetos a los requisitos revisados en materia de fianzas figura en la Prueba documental 7

[181] En la Directiva Aduanera de 1991, que figura en la Prueba documental 4 de los Estados Unidos, se examina también la función de la evaluación del riesgo para determinar los niveles de las fianzas.

de los Estados Unidos. Los productos se escogieron en función de los principios estipulados en el párrafo 3 del artículo 22 del ESD. Se retiraron productos de la lista final a fin de velar por que los derechos se aplicaran en un nivel equivalente al nivel de la anulación o el menoscabo calculados por el árbitro del párrafo 6 del artículo 22 y autorizados por el OSD. Las partidas retiradas de la lista final se indican en la Prueba documental 7 de los Estados Unidos.

Pregunta 30

¿Cuál fue la cuantía anual total de exportaciones de las CE a los Estados Unidos en los años civiles de 1997, 1998 y 1999?

60. La cuantía anual total de importaciones norteamericanas de los Estados miembros de las CE fueron como sigue:

1997: 157.500 millones de dólares EE.UU.
1998: 176.400 millones de dólares EE.UU.
1999 (primeros 10 meses): 159.800 millones de dólares EE.UU.

Pregunta 31

¿Cuáles eran y son los aranceles consolidados y los tipos aplicados sobre las importaciones enumeradas en la lista en ausencia de la decisión del 3 de marzo?

61. Los tipos aplicados a las importaciones enumeradas en la lista (que son también los tipos consolidados) se consignan en la Prueba documental 7 de los Estados Unidos. Esos tipos no fueron modificados por la decisión del 3 de marzo. Si no se hubiera adoptado una nueva medida el 19 de abril de 1999, todas y cada una de las importaciones de una mercancía sujeta a los requisitos revisados en materia de fianzas se habrían liquidado a esos tipos.

Apéndice 2.5
Comunicación de réplica de los Estados Unidos (incluida la carta de remisión)
(21 de enero de 2000)

Estimado Sr. Presidente:

Se adjunta la segunda comunicación de los Estados Unidos en la diferencia *Estados Unidos - Medidas aplicadas a la importación de determinados productos procedentes de las Comunidades Europeas.*

En la parte 11 de esta comunicación se aborda la cuestión del alcance del mandato del Grupo Especial. Esta cuestión, que sólo se señaló en la primera reunión sustantivo del Grupo Especial, reviste gran importancia. En consecuencia, los Estados Unidos piden respetuosamente al Grupo Especial que aclare, antes del comienzo de la segunda reunión sustantivo, cuáles son las medidas que considera incluidas en su mandato, a fin de que los Estados Unidos puedan, de conformidad con las reglas básicas del debido proceso, tener pleno conocimiento de las medidas en litigio, así como una oportunidad adecuada para responder a todas las alegaciones planteadas contra las medidas estadounidenses que puedan ser objeto del informe del Grupo Especial. Si esta cuestión se hubiese planteado en el comienzo, los Estados Unidos habrían solicitado una resolución preliminar de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 11 de los procedimientos de trabajo del Grupo Especial. No es menos importante que esta cuestión se aclare ahora con prontitud.

Se ha facilitado directamente a las Comunidades Europeas una copia de esta comunicación y solicitud de una resolución preliminar.

Lo saluda atentamente,

Comunicación de réplica de los Estados Unidos

I. INTRODUCCIÓN

1. Aunque las CE tienen razón al afirmar que los hechos del caso presente son sencillos, están equivocadas en cuanto a esos hechos. El 3 de marzo de 1999, el día siguiente a la fecha en que el Árbitro designado con arreglo al párrafo 6 del artículo 22 en la diferencia relativa a los *Bananos* debía concluir su labor según lo exigido por el ESD, los Estados Unidos decidieron modificar los requisitos en materia de fianzas aplicables a determinadas importaciones de las CE. Los Estados Unidos adoptaron esta medida para preservar su capacidad de recaudar todo derecho que finalmente pudiera autorizar el OSD como resultado del incumplimiento de las CE de resoluciones y recomendaciones del OSD en el asunto *Bananos.* Los requisitos en materia de fianzas no aumentaron la responsabilidad por el pago de derechos correspondientes a esas importaciones. El 4 de marzo, las CE solicitaron la celebración de consultas sobre la decisión adoptada el 3 de marzo, y finalmente pidieron el establecimiento de este Grupo Especial sobre la base de esas consultas, limitando así la medida en litigio a los requisitos en materia de fianzas adoptados el 3 de marzo. La tarea del Grupo Especial en este procedimiento es formular constataciones sobre si las CE han cumplido la carga de demostrar que los requisitos en materia de fianzas adoptados el 3 de marzo son incompatibles con los artículos I, II, VIII y XI del GATT de 1994. Como las CE no han cumplido esta carga, el Grupo Especial debe constatar que los requisitos en materia de fianzas adoptados el 3 de marzo no son incompatibles con esos artículos ni con el párrafo 6 del artículo 22 o el apartado c) del párrafo 2 del artículo 23.

2. El Grupo Especial deberá también rechazar las alegaciones de las CE relativas al artículo 3 y al párrafo 5 del artículo 21. En la presente diferencia, las CE tratan de que el Grupo Especial declare *ultra vires* la labor del Árbitro designado con arreglo al párrafo 6 del artículo 22 en el asunto *Bananos* sobre la base de argumentos relativos a la relación entre el párrafo 5 del artículo 21 y el artículo 22 del ESD que las CE han presentado en cuatro procedimientos anteriores. En cada ocasión, los grupos especiales y los Árbitros han desestimado o rechazado estos argumentos de las CE. Este Grupo Especial deberá hacer lo mismo.

II. LA ÚNICA MEDIDA INCLUIDA EN EL MANDATO ES LA DECISIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS DE INCREMENTAR LOS REQUISITOS EN MATERIA DE FIANZAS

3. Las CE han tratado a lo largo de todo este procedimiento de evitar la identificación de la medida concreta de los Estados Unidos que impugnan. Sus razones se entienden fácilmente: las CE han basado sus argumentos en una errónea comprensión de las medidas que los Estados Unidos tomaron efectivamente el 3 de marzo y todo reconocimiento de su parte en este sentido destruiría sus alegaciones. Además, las CE esperan obtener constataciones del Grupo Especial sobre medidas que no están abarcadas por el mandato correspondiente a esta diferencia. El Grupo Especial deberá rechazar estos esfuerzos de las CE por sembrar la confusión, confirmar que la única medida incluida en el mandato de la presente diferencia es la modificación de los requisitos en materia de fianzas introducida por los Estados Unidos y basar sus constataciones en una determinación de si las CE han cumplido su carga de demostrar que esta medida es incompatible con las disposiciones de la OMC indicadas en la solicitud de establecimiento de un grupo especial por las CE.

4. El mandato establece que este Grupo Especial examine "el asunto sometido al OSD por las Comunidades Europeas en" el documento WT/DS165/8.[182] Ese documento es la solicitud de establecimiento de este Grupo Especial, presentada por las CE el 11 de mayo de 1999. En ese documento, las CE indicaron que la medida era

> la decisión de los Estados Unidos, efectiva desde el 3 de marzo de 1999, de suspender la liquidación de las importaciones procedentes de la CE de productos (incluidos en una lista) que representan en conjunto un valor de 520 millones de dólares anuales, e imponer una obligación contingente correspondiente a derechos del 100 por ciento sobre cada una de las importaciones de productos afectados a partir de esa fecha [...]. Esta medida incluye disposiciones administrativas que prevén, entre otras cosas, la constitución de una fianza para cubrir la totalidad de obligación eventual.[183]

5. La solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por las CE siguió a su solicitud de consultas de 4 de marzo de 1999, en la que describieron la medida empleando un lenguaje similar:

> la decisión de los Estados Unidos, efectiva desde el 3 de marzo de 1999, de suspender la liquidación de las importaciones procedentes de las CE de una serie de productos [...] que representan en conjunto un valor superior a 500 millones de dólares anuales, e imponer una obligación contingente correspondiente a derechos del 100 por ciento sobre cada una de las importaciones de productos afectados a partir de esa fecha [...]. Según la información suministrada por el Representante de los Estados Unidos para las cuestiones comerciales, esta medida incluye disposiciones administrativas que

[182] WT/DS165/9.

[183] Véase WT/DS165/8.

prevén, entre otras cosas, la constitución de una fianza para cubrir la totalidad de obligación eventual.[184]

6. Como se describió en la primera comunicación de los Estados Unidos, la comunicación oral y las respuestas a las preguntas del Grupo Especial y de las CE[185], la referencia de las CE a la "suspen[sión de] la liquidación" no describe ninguna decisión adoptada por los Estados Unidos "efectiva desde el 3 de marzo de 1999". La expresión "suspender la liquidación" no tiene ningún significado jurídico en la legislación de los Estados Unidos, y los Estados Unidos no "suspendieron" ni "prorrogaron" la liquidación con respecto a las importaciones de ninguno de los productos incluidos en una lista y mencionados en la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por las CE.[186] Los Estados Unidos siguen aplicando su ciclo de liquidación normal de 314 días con respecto a estos productos. Como ese ciclo de liquidación de 314 días no constituye una "decisión, efectiva desde el 3 de marzo de 1999"[187], no puede ser considerada, en virtud de ninguna interpretación, como incluida en el mandato de la presente diferencia.

7. Del mismo modo, los requisitos en materia de fianzas impuestos normalmente por el Servicio de Aduanas de los Estados Unidos no pueden ser considerados como parte de la medida a la que se refiere la presente diferencia. El requisito de que los importadores constituyan fianzas ha formado parte de la práctica de la Aduana durante decenios, y los requisitos específicos en materia de fianzas que están ahora en vigor fueron establecidos en 1991.[188] No fueron consecuencia de ninguna "decisión, efectiva desde el 3 de marzo de 1999". En sus comunicaciones, las CE parecen reconocer que los requisitos normales de los Estados Unidos en materia de fianzas no forman parte de la presente diferencia, y en ocasiones no parecen impugnarlos. Por ejemplo, en el párrafo 16 d) de su primera comunicación escrita, las CE pretenden describir los requisitos en materia de fianzas impuestos por la medida en cuestión y después declaran en el párrafo 17 que estos requisitos "suponían una carga *adicional* a lo exigido por las autoridades aduaneras de los Estados Unidos al aplicar los derechos de aduana ordinarios".[189] Del mismo modo, en sus respuestas a las preguntas del Grupo Especial y de los Estados Unidos, las CE, aclarando el párrafo 16 d), hacen referencia al "*aumento* de las cargas y gastos para los importadores [...] que se calculan sobre la base de un derecho superior al tipo consolidado"[190], lo que sugiere que no impugnan ninguna carga ni gasto que, según alegan, podrían existir con respecto a los requisitos normales en materia de fianzas en vigor. Por las razones descritas *infra* en la sección III.B, los Estados Unidos niegan que existan cargas o gastos en el sentido del apartado c) del párrafo 2 del artículo II y el párrafo 1 del artículo VIII del GATT de 1994

[184] Véase WT/DS165/1.

[185] Véase la primera comunicación de los Estados Unidos, párrafo 34; comunicación oral de los Estados Unidos, párrafo 11; respuestas de los Estados Unidos a las preguntas del Grupo Especial y de las CE, respuestas a las preguntas 7, 8, 19, 25, 28 y 29.

[186] Las expresiones "prorrogar la liquidación" o "suspender la liquidación" se explican en el párrafo 14 y la nota 5 de las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas del Grupo Especial y de las CE.

[187] El ciclo de liquidación de 314 días fue instituido el 26 de mayo de 1997. Véase el Memorándum de fecha 26 de mayo de 1997, *file number ENT-1 FO:TC:C:E AD to all interested parties,* htpp://www.cebb.customs.treas.gov/public/cgi/cebb.exe?mode=fi&area=13&name=T-ENTRY5.TXT (Prueba documental 2 de los Estados Unidos).

[188] Véase *Customs Directive Regarding Monetary Guidelines for Setting Bond Amounts* (Prueba documental 4 de los Estados Unidos).

[189] Primera comunicación de las CE, párrafos 16 d) y 17. (Cursivas añadidas.)

[190] Respuestas de las CE a las preguntas del Grupo Especial y de los Estados Unidos, páginas 6 y 7 de la versión inglesa (respuesta a la pregunta de los Estados Unidos) (cursivas añadidas).

vinculados a los requisitos normales en materia de fianzas o a los requisitos adicionales nominalmente impuestos el 3 de marzo.[191] No obstante, la distinción que las CE parecen trazar demuestra que no consideran que los requisitos normales de los Estados Unidos en materia de fianzas forman parte de la medida en litigio.

8. Por otra parte, las CE se han negado a responder a la invitación formulada en la pregunta de los Estados Unidos a las CE, en el sentido de trazar una distinción sostenible entre los requisitos en materia de fianzas modificados el 3 de marzo y los requisitos normales en esa materia en los Estados Unidos, ya que los argumentos de las CE incluían a ambos.[192] La pregunta de los Estados Unidos respondía al hecho de que el argumento de las CE de que los requisitos en materia de fianzas constituyen una de las "otras cargas" prohibidas, si se aceptara, convertiría a todos esos sistemas de fianzas, utilizados en los Estados Unidos y en otros países (con inclusión de las CE) en una infracción a las normas de la OMC. En lugar de abordar esta cuestión, las CE respondieron vagamente que "esta pregunta se basa en una distinción artificial entre diferentes 'medidas', que las CE no aceptan". Dada la posible consecuencia de que las CE consideren que los requisitos normales en materia de fianzas aplicados por los Estados Unidos son objeto de la presente diferencia, el Grupo Especial deberá aclarar que no es así y deberá basar su análisis en el hecho de que sólo los requisitos adicionales en materia de fianzas impuestos el 3 de marzo están incluidos en su mandato.

9. El Grupo Especial deberá también rechazar el intento de las CE de adjudicar a los requisitos en materia de fianzas impuestos el 3 de marzo consecuencias jurídicas o prácticas que simplemente no tienen. Por lo tanto, el Grupo Especial deberá rechazar las afirmaciones injustificadas de las CE de que la medida "impone de hecho sobre cada importación unos derechos del 100 por ciento a partir del 3 de marzo de 1999, cuya devolución es incierta, puesto que depende de decisiones futuras de los Estados Unidos"[193] o de que el efecto de la medida consistió en privar a partir del 3 de marzo de 1999 a los importadores de su derecho de importar esos productos sujetos a un derecho no superior al arancel consolidado con arreglo a la Lista de concesiones arancelarias de los Estados Unidos.[194] Como los Estados Unidos han explicado desde el comienzo de esa diferencia[195], los requisitos en materia de fianzas impuestos el 3 de marzo no crearon ninguna responsabilidad adicional por el pago de derechos. Si los Estados Unidos no hubieran tomado ninguna nueva medida el 19 de abril después de la autorización del OSD, todas las importaciones sujetas a los requisitos modificados en materia de fianzas hubiesen sido liquidadas con arreglo al tipo declarado NMF.

---

[191] A título de aclaración, cabe decir que si bien los Estados Unidos anunciaron el incremento de los requisitos en materia de fianzas el 3 de marzo, las instrucciones al Servicio de Aduanas para aumentar esos requisitos se dieron a conocer en realidad el 4 de marzo, y fueron efectivas para las importaciones a partir de esa fecha.

[192] Véase la pregunta de los Estados Unidos a las CE; respuestas de las CE a las preguntas del Grupo Especial y de los Estados Unidos, páginas 6 y 7 de la versión inglesa.

[193] WT/DS165/8.

[194] Comunicación oral de las CE, párrafo 7. De modo análogo y también incorrecto, las CE afirman que, como consecuencia de los requisitos en materia de fianzas del 3 de marzo, el importador quedó obligado a pagar el aumento (prohibitivo) de derechos en el momento de la liquidación de la deuda aduanera. Declaración oral de las CE, párrafo 6 a).

[195] Primera comunicación de los Estados Unidos, párrafos 31 y 45; declaración oral de los Estados Unidos, párrafo 6; respuestas de los Estados Unidos a las preguntas del Grupo Especial, párrafos 10 y 60.

10. Un elemento importante del procedimiento de entrada de mercancías es el depósito de los derechos estimados, lo que se debe realizar en el momento de la entrada o muy poco después.[196] Una fianza brinda seguridades a las autoridades de los Estados Unidos de que, en el momento de la liquidación, todo derecho no abarcado por esa estimación podrá recaudarse si el importador omite pagarlos. Esto es necesario precisamente porque el requisito en materia de fianzas no impone por sí mismo ninguna responsabilidad adicional. Si hubiese existido tal responsabilidad adicional en el momento de la entrada, el Servicio de Aduanas hubiera exigido depósitos más elevados por los *derechos estimados*.

11. Los depósitos por derechos estimados correspondientes a las entradas realizadas entre el 3 de marzo y el 19 de abril sólo se ajustaron a la cuantía de derecho NMF porque ésta era la única responsabilidad por derechos a que estaban sujetas esas importaciones. No obstante, se sabía que, como resultado de la autorización del OSD, los derechos correspondientes a esas entradas podrían resultar finalmente más elevados. En consecuencia, si no se disponía el incremento de los requisitos en materia de fianzas, el Servicio de Aduanas no podría haberse asegurado de que los importadores pagarían la diferencia entre los depósitos por derechos NMF y todo derecho más elevado que pudiera ser autorizado finalmente por el OSD. Cuando esa autorización llegó, el día 19 de abril, la responsabilidad por el pago de derechos aumentó hasta el 100 por ciento, y el Servicio de Aduanas comenzó a exigir depósitos más elevados correspondientes a los derechos estimados. Una vez realizados estos depósitos más elevados, ya no existe una diferencia entre los depósitos por derechos estimados y la responsabilidad contingente conocida. El riesgo de que el Servicio de Aduanas no pudiera recaudar la totalidad de los derechos debidos volvió a niveles normales[197], y se aplicaban los requisitos normales en materia de fianzas.

12. Las CE confunden el efecto de la medida adoptada por los Estados Unidos el 3 de marzo con los de la medida tomada el 19 de abril. Ahora bien, esta última medida no está en litigio en este procedimiento porque no podía haber sido objeto de la celebración de consultas formulada el 4 de marzo. Un Miembro puede solicitar el establecimiento de un grupo especial con respecto a una medida sólo si primero ha solicitado la celebración de consultas sobre dicha medida.[198] El 4 de marzo, las medidas adoptadas el 19 de abril no existían. Las CE pudieron, después del 19 de abril, solicitar la celebración de consultas sobre las medidas adoptadas el 19 de abril, pero prefirieron no hacerlo. No se les debe permitir ahora eludir las normas del ESD mediante una descripción incorrecta de las medidas del 3 de marzo en el sentido de que incluyen las adoptadas el 19 de abril.

13. Las propias CE han reconocido desde hace mucho tiempo y se han basado en el principio de que el procedimiento de solución de diferencias no puede llevarse a cabo antes de que la medida en cuestión haya sido adoptada. Por ejemplo, las CE insistieron durante los esfuerzos realizados por los Estados Unidos para que se constituyera un grupo especial con arreglo al párrafo 5 del artículo 21 en

---

[196] Se describen los detalles de éste y otros aspectos del procedimiento de entrada en el sitio Web del Servicio de Aduanas de los Estados Unidos, http://www.customs.ustreas.gov/imp-exp2/pubform/import/index.htm. En la Prueba documental 8 de los Estados Unidos se ofrecen extractos de este sitio.

[197] En circunstancias normales, el riesgo, después del depósito de los derechos estimados, sería cubierto por los requisitos normales en materia de fianzas correspondientes a esos productos y se refiere a la posibilidad, por ejemplo, de que las mercancías estuvieran erróneamente clasificadas o valoradas, o de que se comprobara que los productos son inadmisibles porque no cumplen los requisitos estadounidenses en materia de salud o de seguridad.

[198] Véase ESD, párrafos 2 a 5 y 7 del artículo 4. El párrafo 2 del artículo 4 prevé la celebración de consultas con respecto a "medidas adoptadas dentro [del] territorio" de un Miembro. Por lo tanto, la solicitud de consultas formulada por las CE no podía haberse realizado con respecto a una medida que no había sido "adoptada" el 4 de marzo, esto es, la medida del 19 de abril.

que ese grupo especial no podía constituirse porque un aspecto de la aplicación a cargo de las CE, el régimen de licencias, supuestamente aún no se había adoptado hasta fines de octubre de 1998. Las CE afirmaron en la reunión celebrada por el OSD el 22 de septiembre de 1998,

> Por consiguiente, la Comunidad no está en condiciones de aceptar ese punto, puesto que aún no se han adoptado medidas. Aunque esta cuestión ha sido también objeto de consultas, la Comunidad no puede aceptar la posición de las partes reclamantes, puesto que jurídicamente las medidas no se han adoptado aún ni existe decisión alguna sobre el régimen de licencias de importación[199]

14. Las CE llegaron incluso a amenazar con bloquear el orden del día de la reunión celebrada por el OSD en septiembre de 1998 hasta que recibieran seguridades de que el OSD no adoptaría medidas con respecto a la solicitud de establecimiento de un grupo especial con arreglo al párrafo 5 del artículo 21 presentada por las partes reclamantes en el asunto *Bananos*.[200] Así es como las CE lograron eludir la norma del ESD en el sentido de que el OSD debe establecer un grupo especial si no existe consenso "en contrario", una norma que las CE citan para negar que pudieran haber "bloqueado" el establecimiento de un grupo especial con arreglo al párrafo 5 del artículo 21.[201] Las CE tienen razón desde el punto de vista técnico: no bloquearon el establecimiento de un grupo especial, sino que amenazaron con bloquear *toda* la labor de la reunión celebrada por el OSD en septiembre, *con inclusión* del establecimiento de un grupo especial. (Su voluntad de llevar a cabo esta amenaza fue confirmada por los acontecimientos sucedidos en la reunión celebrada por el OSD el 27 de enero de 1999.[202])

15. A diferencia de las CE, los Estados Unidos no habrían alegado ningún derecho a bloquear la constitución de este Grupo Especial si hubiesen considerado que las CE tratarían de incluir en la diferencia medidas no sometidas a la solicitud de consultas. Una decisión sobre estas cuestiones incumbe al Grupo Especial constituido con arreglo a reglas multilaterales y no depende de la decisión unilateral de una de las partes. Dejando de lado la exactitud de las alegaciones de las CE en cuanto a si había llegado el momento de someter una parte de su medida de aplicación al examen previsto en el párrafo 5 del artículo 21, o su postura en el sentido de que la parte demandada -y no un grupo especial- debe decidir esa cuestión, la explicación de las CE acerca de cuándo es oportuno que un grupo especial examine si una medida es correcta: si una medida aún no ha sido adoptada, no puede ser objeto de un procedimiento de solución de diferencias, incluidas las consultas, que son un requisito previo al establecimiento de un grupo especial. Seis años atrás las CE también enunciaron este principio, cuando explicaron que en una reunión celebrada en diciembre de 1992 por el Consejo de las CE:

---

[199] WT/DSB/M/48 (Acta de la reunión del OSD del 22 de septiembre de 1999).

[200] Véase *idem*, páginas 1 y 2 ("Con anterioridad a la adopción del orden del día, el representante de las Comunidades Europeas [...] pregunta si [el] punto [4 del orden del día titulado "Recurso al párrafo 5 del artículo 21 del ESD por el Ecuador, Guatemala, Honduras, México y los Estados Unidos"] se ha incluido en el orden del día únicamente a título informativo. *Según la respuesta que reciba, indicará si puede aceptar que siga en él.* (Cursivas añadidas.)).

[201] En su respuesta a la pregunta del Grupo Especial sobre la reiterada negativa de las CE a participar en un procedimiento con arreglo al párrafo 5 del artículo 21, las CE afirmaron que era incorrecto aseverar que habían bloqueado una medida con arreglo al párrafo 5 del artículo 21. Las CE explicaron: "la parte demandada no está en situación de 'bloquear' el establecimiento de un grupo especial porque la decisión es adoptada por el OSD con arreglo a la norma del consenso 'en contrario'". Respuestas de las CE a las preguntas del Grupo Especial y de los Estados Unidos, páginas 5 y 6 de la versión inglesa (respuestas 11 y 12).

[202] Véase WT/DSB/M54, páginas 3 a 10; primera comunicación de los Estados Unidos, párrafo 25.

> no se adoptó una decisión oficial sobre dicho régimen [el régimen de importación de bananos de las CE]; el resultado del debate fue únicamente una orientación política acerca de algunos de los rasgos de la futura organización común del mercado en el sector del banano, a la que aún no se ha dado carácter formal en el proceso interno de adopción de decisiones de las instituciones comunitarias. Por tanto, no cabe considerar que los actuales trabajos preparatorios constituyan una medida, en el sentido del párrafo 1 del artículo XXII o del párrafo 1 del artículo XXIII del Acuerdo General, que dé lugar a la celebración de consultas al amparo de cualquiera de esos dos preceptos.[203]

Las medidas adoptadas el 19 de abril, que aumentaron la responsabilidad por el pago de derechos, no se habían adoptado cuando el día 4 de marzo las CE solicitaron la celebración de consultas y, por tanto, no podían ser medidas previstas en esa solicitud ni en la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada posteriormente.

16. En su declaración final formulada en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, las CE trataron de volver a formular su descripción de la medida, con la esperanza de incluir en este procedimiento las medidas adoptadas el 19 de abril. Las CE afirmaron que el asunto planteado ante el Grupo Especial es "la medida adoptada por los Estados Unidos, efectiva desde el 3 de marzo de 1999, sobre una lista de productos, que figura en el Anexo 1, y confirmada para una parte de los productos en una "lista reducida" adoptada el 19 de abril de 1999, y que figura en el Anexo 2."[204] Esta nueva formulación de la medida no corresponde a la incluida en las solicitudes de las CE de constitución de un grupo especial o de celebración de consultas. La solicitud de celebración de consultas de las CE obviamente no hace referencia a la medida del 19 de abril, porque ésta aún no había sido adoptada y porque no estaba claro aún durante cuánto más tiempo podrían las CE retrasar el grupo especial previsto en el artículo 22. Además, la solicitud de constitución de un grupo especial de las CE no hace referencia a la medida del 19 de abril, sino que sólo indica que ésta ha "confirmado" la responsabilidad impuesta por la decisión del 3 de marzo. Ninguna de estas formulaciones pueden permitir que se incluyan en la presente diferencia las medidas adoptadas el 19 de abril. Estas medidas no estuvieron incluidas en la solicitud de celebración de consultas de las CE, y la medida del 3 de marzo no creó ninguna responsabilidad por el pago de derechos que pudiera ser "confirmada" el 19 de abril. El Grupo Especial debe rechazar el intento de las CE de redefinir el mandato de la presente diferencia.

17. El Órgano de Apelación, en el asunto *Camisas y blusas*, expresó con respecto a la carga de la prueba: "encontramos que es verdaderamente difícil concebir que ningún sistema de solución judicial de diferencias pueda funcionar si acoge la idea de que la mera afirmación de una alegación puede equivaler a una prueba [...]. [L]a parte que alega un hecho [...] debe aportar la prueba correspondiente".[205] En el presente procedimiento, las CE han tratado de alegar, mediante meras afirmaciones, que los Estados Unidos adoptaron el 3 de marzo una medida que los Estados Unidos no adoptaron. Los Estados Unidos han respondido a las CE con *hechos* relativos a las medidas que adoptó y no adoptó el 3 de marzo. La única medida en litigio en la presente diferencia es la modificación, adoptada el 3 de marzo, de los requisitos en materia de fianzas aplicables a determinados productos procedentes de las CE. El Grupo Especial deberá considerar únicamente los

---

[203] DS38/4, citado en el Índice Analítico (6ª edición), página 680.

[204] Declaración final de las CE en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial (17 de diciembre de 1999).

[205] Informe del Órgano de Apelación en *Estados Unidos – Medida que afecta a las importaciones de camisas y blusas de tejidos de lana procedentes de la India (Camisas y blusas)*, adoptado el 25 de abril de 1997, WT/DS33/AB/R, página 16.

argumentos relativos a esa medida. Por las razones expuestas en la primera comunicación de los Estados Unidos y en las secciones siguientes de la presente comunicación, las CE no han logrado demostrar que los requisitos en materia de fianzas adoptados el 3 de marzo son incompatibles con las obligaciones de los Estados Unidos en el marco de la OMC.

III. LAS CE NO HAN CUMPLIDO SU CARGA DE DEMOSTRAR QUE LA MEDIDA DEL 3 DE MARZO FUE INCOMPATIBLE CON LOS ARTÍCULOS I, II, VIII Y XI DEL GATT DE 1994

18. Incumbe a las CE, como parte reclamante en esta diferencia, el presentar argumentos y pruebas suficientes para establecer una presunción *prima facie* con respecto a los diversos elementos de sus alegaciones. La tarea del Grupo Especial consiste en evaluar todas las pruebas presentadas y decidir si las CE, como parte a la que incumbe la carga de la prueba original, ha convencido al Grupo Especial de la validez de sus alegaciones. En caso de incertidumbre, es decir, cuando las pruebas y los argumentos están equilibrados, el Grupo Especial debe conceder el beneficio de la duda a los Estados Unidos, en su calidad de parte demandada.[206] Las CE no han cumplido su carga en esta diferencia con respecto a ninguna de sus alegaciones.

A. LAS CE NO HAN DEMOSTRADO QUE LA MEDIDA DEL 3 DE MARZO FUE INCOMPATIBLE CON EL ARTÍCULO I DEL GATT DE 1994

19. Las CE han afirmado que los requisitos en materia de fianzas adoptados el 3 de marzo son incompatibles con el artículo I porque presuntamente discriminan entre los productos procedentes de las CE y los procedentes de otros países.[207] Esta afirmación es incorrecta porque la medida de incremento de los requisitos en materia de fianzas adoptada por los Estados Unidos simplemente se refería a los riesgos particulares relacionados con esas importaciones, riesgos que no existían con respecto a las importaciones de otros productos procedentes de otros países.

20. Los riesgos particulares relacionados con estas importaciones procedentes de las CE fueron el resultado del incumplimiento de las CE en poner su régimen de importación de los bananos en conformidad con las reglas y recomendaciones del OSD una vez expirado el plazo prudencial. En consecuencia, después de la confirmación a cargo del Árbitro designado con arreglo al párrafo 6 del artículo 22, de la anulación de ventajas correspondientes a los Estados Unidos, y la autorización del OSD para suspender concesiones, esas importaciones procedentes de las CE quedarían sujetas a derechos más elevados. Al no existir depósitos más elevados correspondientes a los derechos estimados (que el Servicio de Aduanas no recibió porque la responsabilidad correspondiente a esas importaciones seguía establecida conforme a tipos NMF), el Servicio de Aduanas corría el riesgo de que las fianzas existentes no resultaran suficientes si los importadores se negaban a pagar la diferencia entre los derechos estimados y los derechos más elevados que se podrían imponer ulteriormente. Por lo tanto, al aplicar distintos requisitos en materia de fianzas a estas importaciones, los Estados Unidos simplemente respondieron a los riesgos especiales vinculados a esas importaciones.

---

[206] Informe del Órgano de Apelación en *CE – Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)* adoptado el 16 de enero de 1998, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, párrafo 109; véase también *Camisas y blusas*, WT/DS33/AB/R, página 19 ("una parte que alega la infracción de una disposición del Acuerdo sobre la OMC por otro Miembro debe afirmar y probar su alegación"); e Informe del Órgano de Apelación en *India – Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura*, adoptado el 16 de enero de 1998, WT/DS50/AB/R, párrafo 74 (en el que se observa que el Grupo Especial "exigi[ó] debidamente que [la parte reclamante] estableciera [...] una presunción" antes de pasar al siguiente paso de su evaluación de la alegación planteada); Informe del Grupo Especial en *Artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974*, WT/DS152/R, párrafo 7.14 (22 de diciembre de 1999).

[207] Primera comunicación de las CE, párrafo 16 a).

21. Por último, los Estados Unidos observan que, incluso si el Grupo Especial considerase que los requisitos en materia de fianzas aplicados el 3 de marzo dan un trato diferente a las importaciones de determinados productos procedentes de las CE del trato dado a otros Miembros, sin tener en cuenta los riesgos particulares vinculados a estas importaciones procedentes de las CE, sólo se podría alegar que únicamente los requisitos aplicados a las fianzas continuadas podrían considerarse como menos favorables Como se indicó en la respuesta a la pregunta Nº 2 de las CE y a la pregunta Nº 20 del Grupo Especial, los requisitos en materia de fianzas únicas por transacción aplicados a los productos incluidos en la lista fueron en realidad inferiores a los aplicados a las importaciones normales de la mayor parte de los productos, e iguales a los aplicados a otros.[208]

22. Sin embargo, el Grupo Especial deberá rechazar, juntamente con las demás alegaciones de las CE, el argumento de las CE de que los requisitos en materia de fianzas establecidos el 3 de marzo daban a las importaciones procedentes de las CE un trato diferente y menos favorable que el concedido a los productos de otros Miembros. Los requisitos en materia de fianzas establecidos el 3 de marzo fueron compatibles con lo dispuesto en el artículo I del GATT de 1994.

B. LAS CE NO HAN DEMOSTRADO QUE LA MEDIDA DEL 3 DE MARZO FUE INCOMPATIBLE CON LOS ARTÍCULOS II Y VIII DEL GATT DE 1994

23. Los requisitos en materia de fianzas establecidos el 3 de marzo no impusieron ninguna "otra carga" en el sentido del apartado b) del párrafo 1 del artículo II y el párrafo 1 del artículo VIII del GATT de 1994, o, si lo hicieron, esas cargas son "proporcionales al costo de los servicios prestados" y, por tanto, están autorizadas por el apartado c) del párrafo 2 del artículo II y el párrafo 1 del artículo VIII. Con arreglo a cualquiera de estas interpretaciones, los requisitos en materia de fianzas establecidos el 3 de marzo no son incompatibles con estas disposiciones.

24. Como se ha descrito *supra*, la única medida incluida en el mandato de la presente diferencia es la modificación de los requisitos en materia de fianzas introducida el 3 de marzo. Los requisitos normales de los Estados Unidos en materia de fianzas no están incluidos en el mandato de la presente diferencia ni parece que las CE impugnen tales requisitos.[209] No obstante, las CE no han trazado una distinción sostenible entre los requisitos en materia de fianzas modificados del 3 de marzo y los requisitos normales en esta materia aplicados en los Estados Unidos y numerosos Miembros de la OMC, incluidos varios Estados miembros de las CE.[210] Al alegar simplemente que esos sistemas de fianzas imponen "otras cargas" incompatibles con los artículos II y VIII porque pueden existir

[208] Como se describe en la respuesta a las preguntas Nº 2 y Nº 20, los productos sujetos a prescripciones de organismos tales como la Administración de Productos Alimenticios y Farmacéuticos estaban sujetos a fianzas únicas por transacción equivalentes a tres veces el valor declarado de la mercancía, estuvieran o no incluidos en la lista. Los productos no sujetos a estas prescripciones de otros organismos están sometidos normalmente a una fianza única por transacción correspondiente al valor declarado de la mercancía más todos los derechos, impuestos y tasas correspondientes a la entrada, mientras que las fianzas únicas por transacción de los productos incluidos en la lista y procedentes de las CE sólo deben equivaler a la cuantía del valor declarado de la mercancía.

[209] Véase el análisis incluido en la sección II, párrafos 7 y 8, relativos al mandato, y al argumento de las CE de que impugna la carga "adicional" supuestamente creada por la medida del 3 de marzo y el "aumento" de las cargas presuntamente impuesto por esa medida.

[210] Entendemos que al menos varias administraciones aduaneras de Estados miembros de las CE (por ejemplo, las del Reino Unido y Alemania) prevén un sistema de garantías que permite el pronto despacho de las mercancías sin el pago definitivo de derechos. También entendemos que tales sistemas pueden presentar diferencias entre los Estados miembros (por ejemplo, en algunos casos, sólo se pueden exigir garantías para los productos considerados de "alto riesgo" por razones de cumplimiento, tales como los licores y los cigarrillos), y no todos los Estados miembros (por ejemplo, Italia) han establecido un sistema de garantías.

gastos relacionados con la obtención de las fianzas[211], las CE han incluido, presumiblemente de forma no intencional, todos los sistemas de fianzas.

25. El problema ha sido puesto de relieve por la pregunta formulada por los Estados Unidos a las CE y la omisión de éstas en responderla. Los Estados Unidos preguntaron expresamente a las CE si los sistemas de garantías imponen en general "otras cargas" en el sentido de los artículos II y VIII y, si fuera así, de qué modo las CE las distinguirían de cualesquiera "otras cargas" relacionadas con la medida del 3 de marzo. Las CE se negaron a responder la pregunta, reiterando meramente su argumento de que la medida del 3 de marzo imponía "otra carga" no limitada a los gastos de administración aproximados.[212]

26. En la pregunta de los Estados Unidos se señaló que el artículo 13 del Acuerdo sobre Valoración en Aduana preveía expresamente sistemas de garantías, a lo que las CE respondieron que las cuestiones de valoración no eran pertinentes en la presente diferencia.[213] La respuesta de las CE no cae en la cuenta de que las CE no pueden proponer una definición de "otras cargas" en el marco del artículo II que llevaría a la conclusión de que los sistemas de garantías en general infringen el artículo II, ya que tales sistemas están expresamente previstos en el artículo 13 del Acuerdo sobre Valoración en Aduana. La disposición de un acuerdo no debe interpretarse de modo tal que cree un conflicto con otra disposición.[214] Si, meramente porque pueda haber costos relacionados con los requisitos en materia de fianzas, todos los sistemas de garantías impondrían "otras cargas" prohibidas, entonces la interpretación que hacen las CE del concepto de "otras cargas" estaría creando precisamente ese conflicto.

27. Además del artículo 13 del Acuerdo sobre Valoración en Aduana, los sistemas de seguridad están expresamente previstos en el Convenio Internacional de Kyoto sobre Simplificación y Armonización de Regímenes Aduaneros.[215] El Convenio, como el Acuerdo sobre Valoración en Aduana, alienta el pronto despacho de las mercancías y permite la adopción de sistemas de garantías para asegurar el cumplimiento de las obligaciones reglamentarias y para asegurar la recaudación de todos los derechos e impuestos a la exportación *adicionales* que puedan resultar aplicables.[216] Por lo

[211] Primera comunicación de las CE, párrafo 16 d).

[212] Primera comunicación de las CE, párrafo 16 d); respuestas de las CE a las preguntas del Grupo Especial y de los Estados Unidos, páginas 6 y 7 de la versión inglesa (respuesta a la pregunta de los Estados Unidos).

[213] Respuestas de las CE a las preguntas del Grupo Especial y de los Estados Unidos, páginas 6 y 7 de la versión inglesa.

[214] Véase, por ejemplo, el Informe del Grupo Especial en *Indonesia – Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil*, adoptado el 23 de julio de 1998, WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS64/R, WT/DS69/R, párrafo 14.28 (el Grupo Especial expresó: "recordamos en primer lugar que el derecho internacional público establece una presunción contraria al conflicto. [Se omite la nota de pie de página.] Puesto que todos los Acuerdos de la OMC, incluido el GATT de 1994 modificado por Entendimientos cuando se consideró necesario, fueron negociados al mismo tiempo, por los mismos Miembros y en el mismo foro.").

[215] Convenio Internacional de Kyoto sobre Simplificación y Armonización de Regímenes Aduaneros (hecho en Kyoto el 18 de mayo de 1973 y entrado en vigor el 25 de septiembre de 1974), Anexo B.1, 59 a 61 (sobre el despacho de mercancías) (*Convenio de Kyoto*) (Prueba documental 9 de los Estados Unidos). Entre los miembros del Convenio figuran [prácticamente todos] los Miembros de la OMC. El Convenio es una norma pertinente del derecho internacional aplicable en las relaciones entre los Miembros y, por tanto, es pertinente a los efectos de la interpretación de una disposición del Acuerdo sobre la OMC, tales como el significado del concepto de "otras cargas" en el marco de los artículos II y VIII del GATT de 1994. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, apartado c) del párrafo 3 del artículo 31.

[216] *Convenio de Kyoto*, Anexo B.1, 59 a 61.

tanto, el Convenio prevé expresamente que, como consecuencia necesaria del pronto despacho de las mercancías, pueda resultar necesario imponer requisitos en materia de fianzas para asegurar la recaudación de derechos que excedan de aquellos de que sea responsable el importador basándose en la información disponible en el momento de la entrada, y que puedan resultar debidos como resultado de acontecimientos posteriores a la entrada de las mercancías.[217]

28. Teniendo en cuenta que tanto el Acuerdo sobre Valoración en Aduana como el Convenio de Kyoto contienen disposiciones específicas relativas a los sistemas de garantías, este Grupo Especial deberá constatar que los sistemas de garantías utilizados por las autoridades aduaneras para asegurar la recaudación de derechos, impuestos y tasas y el cumplimiento de otras obligaciones de los importadores después del despacho de las mercancías no constituyen "otras cargas" en el sentido de los artículos II y VIII del GATT. Los hechos relativos a la amplia gama de sistemas de garantías empleados por los Miembros en relación con el pronto despacho de las mercancías no están planteados ante el Grupo Especial, y éste deberá evitar las constataciones que pudieran tener consecuencias involuntarias sobre estas medidas de fomento del comercio. El Acuerdo sobre Valoración en Aduana y el Convenio de Kyoto prevén sistemas de garantías precisamente porque se reconoce que éstos son un componente necesario de los sistemas aduaneros que permiten el despacho de las mercancías en el menor tiempo posible.

29. Los requisitos en materia de fianzas impuestos por los Estados Unidos no suponen ningún pago al Gobierno de los Estados Unidos. En cambio, los importadores deben ofrecer pruebas de que han obtenido fianzas únicas por transacción o bien fianzas continuadas (o metálico en lugar de una garantía mediante fianza) correspondientes a la entrada o entradas en cuestión. Estas fianzas son concedidas por empresas privadas de seguros, que cobran una cantidad a los importadores sobre la base del riesgo que supone la transacción. Ese riesgo puede relacionarse con la solvencia crediticia del importador o con la naturaleza de las mercancías importadas. Si bien los gastos cobrados actualmente por las empresas de seguros variarán por éstas y otras razones comerciales, el costo habitual de una fianza por transacción única sería de 3,50 dólares por cada 1.000 dólares de valor de la fianzas (0,35 por ciento), mientras que el costo habitual de una fianza continuada sería de 10 a 20 dólares por cada 1.000 dólares de valor de la fianza.[218]

30. Si, por otra parte, el Grupo Especial llegase a la conclusión de que los sistemas de garantías que prevén el pronto despacho de las mercancías imponen "otra carga", el Grupo Especial deberá también concluir que los gastos vinculados a los requisitos en materia de fianzas establecidos el 3 de marzo son "proporcionales al costo de los servicios prestados" y limitados "al coste aproximado de los servicios prestados"[219], y, por lo tanto, justificados en virtud del apartado c) del párrafo 2 del

---

[217] Análogamente, las Directrices Aduaneras Internacionales de la Cámara Internacional de Comercio establecen en la Directriz 19 que una administración de aduanas moderna, eficiente y eficaz: "19. Administra un sistema de fianzas de garantía institucional, u otro medio apropiado, tal como un sistema de aplazamiento de derechos e impuestos, para proteger los ingresos fiscales y asegurar el cumplimiento de la legislación aduanera sin retrasar innecesariamente el despacho de las mercancías." Directrices Aduaneras Internacionales de la Cámara de Comercio Internacional, www.iccwbo.org/home/statements_rules/rules/1997/customsdoc.asp (10 de julio de 1997).

[218] Estos costos son sólo valores aproximados, basados en averiguaciones informales y podrían variar ampliamente en función de las partes en la transacción.

[219] El Grupo Especial que examinó el asunto *Derecho de usuario de la aduana*, llegó a la conclusión de que las diferencias de redacción entre el apartado c) del párrafo 2 del artículo II y el párrafo 1 del artículo VIII no sugerían un significado diferente, sino que resultaba meramente de los diferentes caminos que siguieron las disposiciones para incorporarse al GATT de 1947. Informe del Grupo Especial en *Estados Unidos – Derecho de usuario de la aduana*, adoptado el 2 de febrero de 1988, IBDD 35S/282, 317, párrafo 75.

artículo II y el párrafo 1 del artículo VIII.[220] También en este caso, el Grupo Especial no deberá formular constataciones que harían que los sistemas de garantías previstos en el Acuerdo sobre Valoración en Aduana y el Convenio de Kyoto constituyeran infracciones del artículo II.

31. Así, pues, como han demostrado los Estados Unidos, el Grupo Especial deberá constatar que los sistemas de garantías utilizados en relación con el pronto despacho de las mercancías no son "otras cargas" en el sentido de los artículos II y VIII, o bien deberá abstenerse de formular constataciones con respecto a estas alegaciones si no resultan necesarias para resolver la presente diferencia.

C. LAS CE NO HAN DEMOSTRADO QUE LA MEDIDA DEL 3 DE MARZO FUE INCOMPATIBLE CON EL ARTÍCULO XI DEL GATT DE 1994

32. Las CE se limitan a afirmar que el efecto de los requisitos en materia de fianzas establecidos el 3 de marzo consistieron en "frenar efectivamente el comercio de los productos afectados a partir del 3 de marzo de 1999"[221], y sobre esta base piden que el Grupo Especial constate que los requisitos son incompatibles con el artículo XI.[222] El argumento de las CE con respecto al artículo XI del GATT

[220] El servicio en cuestión es el pronto despacho de las mercancías en los Estados Unidos. Como se indicó en la primera comunicación de los Estados Unidos, ese pronto despacho de las mercancías puede producirse dentro de algunas horas posteriores a su llegada, mientras que los derechos estimados no se depositan habitualmente hasta 10 días hábiles (o dos semanas) después. Antes del amplio uso del pronto despacho, los importadores de los Estados Unidos pagaban frecuentemente cargas por el almacenamiento en los muelles, tenían gastos administrativos más elevados para obtener el despacho de sus productos y otros aumentos de gastos relacionados con su incapacidad para utilizar los inventarios "justo a tiempo".

El costo que representa para el Servicio de Aduanas el pronto despacho es el riesgo de que no se paguen los derechos, impuestos y tasas, o de que las mercancías entradas infrinjan prescripciones en materia de contingentes u otras prescripciones reglamentarias. En parte, este riesgo se relaciona con el valor total de la responsabilidad potencial de la transacción (por ejemplo, derechos, otras tasas o liquidación de daños y perjuicios). También se relaciona con la solvencia crediticia del importador. Por ejemplo, las fianzas continuadas serán utilizadas, por definición, por los importadores que tienen antecedentes de importaciones que acreditan antecedentes crediticios. Al vincular los requisitos en materia de fianzas con el nivel de riesgo relativo a las importaciones, el Servicio de Aduanas "cobra" a los importadores sobre la base del costo del pronto despacho.

La medida del 3 de marzo respondió al mayor nivel de riesgo vinculado a las importaciones de los productos procedentes de las CE (incluidos en una lista). Los riesgos particulares relacionados con estas importaciones de las CE fueron el resultado, como se describió en comunicaciones anteriores (véanse las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas del Grupo Especial y de las CE, párrafo 8; comunicación oral de los Estados Unidos, párrafos 4 a 6), del incumplimiento de las CE en poner su régimen de importación de bananos en conformidad con las resoluciones y recomendaciones del OSD una vez expirado el plazo prudencial. En consecuencia, tras la confirmación por parte del Árbitro designado con arreglo al párrafo 6 del artículo 22, de la anulación de las ventajas correspondientes a los Estados Unidos, y de la autorización del OSD para suspender concesiones, estas importaciones procedentes de las CE quedarían sujetas a derechos más elevados. Al no existir depósitos más elevados correspondientes a los derechos estimados (que el Servicio de Aduanas no recibió porque la responsabilidad correspondiente a esas importaciones se mantenía a tipos NMF), el Servicio de Aduanas corría el riesgo de que las fianzas existentes no aportaran recursos suficientes si los importadores se negaban a pagar la diferencia entre los derechos estimados y los derechos más elevados que se podían finalmente imponer. Por lo tanto, al aplicar a estas importaciones diferentes requisitos en materia de fianzas, los Estados Unidos simplemente respondieron a los riesgos especiales relacionados con estas importaciones, y los requisitos adicionales en materia de fianzas constituyeron una "carga" adecuada, proporcional a su costo para el Servicio de Aduanas.

[221] Comunicación oral de las CE, párrafo 7.

[222] Por ejemplo, primera comunicación escrita de las CE, párrafo 16 c); comunicación oral de las CE, párrafo 23.

constituye una "mera afirmación"[223], y lamentablemente no alcanza a cumplir la carga de las CE con respecto a esta alegación.

33. Incluso si el Grupo Especial concluyera que la medida del 3 de marzo no constituye "otra carga", las CE no han cumplido su obligación de demostrar que esa medida es incompatible con el artículo XI. El único argumento de las CE a este respecto es su afirmación de que la medida del 3 de marzo "frenó efectivamente el comercio". Como cuestión fáctica, esto es simplemente incorrecto, como los Estados Unidos explicaron en la respuesta Nº 21.[224] La Prueba documental 5 de los Estados Unidos demuestra que después del 3 de marzo se siguió realizando un comercio sustancial de los productos incluidos en la lista. En particular, si las consecuencias de la medida del 3 de marzo se separan de las consecuencias de la medida del 19 de abril, las cifras indican que la medida del 3 de marzo tuvo escasas consecuencias, si es que tuvo alguna. Esto se desprende claramente de un examen de los valores de importación durante nueve meses de los productos no incluidos en la lista definitiva (véase la Prueba documental 10 de los Estados Unidos). El total de las importaciones de estos productos en 1998 ascendió a un total de 213.991.343 dólares, mientras que la cifra correspondiente a 1999 fue de 212.574.917 dólares.

34. Por lo tanto, el argumento de las CE con respecto al artículo XI consiste en una afirmación única e inexacta. Por esta razón, el Grupo Especial deberá constatar que las CE no han cumplido su carga con respecto a esta alegación, si el Grupo Especial llegase a la conclusión de que la medida del 3 de marzo queda incluida en el alcance del artículo XI y no está excluida por tratarse de "otra carga".

35. Como cuestión técnica, si supusiéramos, a los fines de la argumentación, que las CE tienen razón en que los requisitos en materia de fianzas establecidos el 3 de marzo imponen una "carga" con arreglo al artículo II o al artículo VIII, entonces estos requisitos de fianzas no pueden, por definición, estar sujetos a lo dispuesto en el artículo XI, que sólo abarca expresamente las prohibiciones o restricciones "aparte de los derechos de aduana, impuestos u otras cargas". En la medida en que este Grupo Especial constatase que la medida del 3 de marzo constituye "otra carga" – esté o no incluida en el significado de los artículos II y VIII, y cumpla o no los requisitos del apartado c) del párrafo 2 del artículo II – la medida del 3 de marzo no puede quedar incluida en el alcance del artículo XI.

IV. LAS CE NO HAN CUMPLIDO SU CARGA DE DEMOSTRAR QUE LA MEDIDA DEL 3 DE MARZO FUE INCOMPATIBLE CON EL APARTADO C) DEL PÁRRAFO 2 DEL ARTÍCULO 23 Y EL PÁRRAFO 6 DEL ARTÍCULO 22 DEL ESD

36. En su comunicación oral en la primera reunión del Grupo Especial, las CE señalaron por primera vez la disposición del artículo 23 del ESD que, según alegan, los Estados Unidos habrían infringido: el apartado c) del párrafo 2 del artículo 23.[225] El apartado c) del párrafo 2 del artículo 23 del ESD exige que la parte reclamante siga el procedimiento establecido en el artículo 22 y obtenga autorización del OSD antes de suspender concesiones u otras obligaciones. De modo análogo, el párrafo 6 del artículo 22 (última frase), exige que no se suspendan concesiones u otras obligaciones durante el curso del arbitraje. Como las CE no han demostrado que los requisitos en materia de

[223] El Órgano de Apelación expresó en el asunto *Camisas y blusas*, con respecto a la carga de la prueba: "encontramos que es verdaderamente difícil concebir que ningún sistema de solución judicial de diferencias pueda funcionar si acoge la idea de que la mera afirmación de una alegación puede equivaler a una prueba [...]. [L]a parte que alega un hecho [...] debe aportar la prueba correspondiente". Informe del Órgano de Apelación en *Estados Unidos – Medida que afecta a las importaciones de camisas y blusas de tejidos de lana procedentes de la India (Camisas y blusas)*, adoptado el 25 de abril de 1997, WT/DS33/AB/R, página 16.

[224] Véanse las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas del Grupo Especial y de las CE, párrafo 50.

[225] Comunicación oral de las CE, párrafo 15.

fianzas establecidos el 3 de marzo son incompatibles con los artículos I, II, VIII u XI del GATT de 1994, no han demostrado que estos requisitos supongan una suspensión de concesiones u otras obligaciones impuesta por los Estados Unidos. Por lo tanto, las CE no han cumplido su carga de demostrar que los requisitos en materia de fianzas establecidos el 3 de marzo fueron incompatibles con lo dispuesto en el apartado c) del párrafo 2 del artículo 23 o el párrafo 6 del artículo 22 (última frase) del ESD.

V. LAS CE NO HAN CUMPLIDO SU CARGA DE DEMOSTRAR QUE LA MEDIDA DEL 3 DE MARZO FUE INCOMPATIBLE CON EL PÁRRAFO 5 DEL ARTÍCULO 21 DEL ESD

37. Las CE piden que este Grupo Especial formule constataciones que no debe ni necesita formular: que el procedimiento previsto en el párrafo 5 del artículo 21 debe preceder a una solicitud de suspensión de concesiones con arreglo al artículo 22. Es esta la quinta vez que las CE tratan de que un grupo especial se pronuncie sobre esta cuestión, que "aumente" *y* "reduzca" los derechos y obligaciones de los Miembros, infringiendo lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 3 del ESD. Ningún grupo especial anterior ha aceptado la invitación de las CE a legislar, y este Grupo Especial también debe negarse a ello.

38. En sus respuestas del 13 de enero, las CE sostienen expresamente que, como señalaron los Estados Unidos en su comunicación del 13 de enero[226], el objetivo de las CE es lograr que este Grupo Especial declare ilegítima e ilegal, constitutiva de una infracción de las normas del ESD, la labor del Árbitro que actuó con arreglo al párrafo 6 del artículo 22 y la consiguiente suspensión de concesiones autorizada por el OSD en el asunto relativo a los *Bananos*. Según las CE,

> Una evaluación implícita realizada por el Árbitro en virtud del párrafo 6 del artículo 22, respecto de la compatibilidad de una medida con un acuerdo abarcado, usurparía la tarea del grupo especial previsto en el párrafo 5 del artículo 21 del ESD y, por ende, si un árbitro realizara tal evaluación, estaría actuando *ultra vires*.[227]

Sin embargo, el Árbitro que actuó de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 en el asunto relativo a los *Bananos* concluyó que tal evaluación implícita de compatibilidad *era* necesariamente parte de su tarea, y llevó a cabo tal evaluación.[228]

39. El objetivo del mecanismo de solución de diferencias es "hallar una solución positiva" a las diferencias[229]; no consiste en tratar de justificar reiteradamente los esfuerzos realizados por un Miembro para retrasar y obstruir las consecuencias de su no cumplimiento de las resoluciones y recomendaciones del OSD, ni en tratar de que un grupo especial condene la labor de otro por las ventajas políticas que esto podría ofrecer. No habiendo logrado justificar su postura con respecto a la relación entre el párrafo 5 del artículo 21 y el artículo 22 ante los dos grupos especiales que actuaron conforme al párrafo 5 del artículo 21 en el asunto *Bananos*, el Grupo Especial arbitral designado con arreglo al párrafo 6 del artículo 22 en el mismo asunto *Bananos* y el Grupo Especial que examinó el asunto *Artículo 301*, las CE se dirigen ahora a este Grupo Especial. Presumiblemente, si este Grupo

---

[226] Respuestas de los Estados Unidos a las preguntas del Grupo Especial y de las CE, párrafos 19 y 20.

[227] Respuestas de las CE a las preguntas del Grupo Especial y de los Estados Unidos, página 4 de la versión inglesa (respuesta Nº 9).

[228] El Árbitro declaró: "no podemos cumplir nuestra función de evaluar la *equivalencia* entre los dos niveles [de la anulación o menoscabo y de la suspensión propuesta] si no llegamos antes a una conclusión acerca de si el régimen revisado de las CE es [...] plenamente compatible con la OMC". *Arbitraje en virtud del párrafo 6 del artículo 22*, párrafo 4.8.

[229] Párrafo 7 del artículo 3 del ESD.

Especial tampoco acepta el razonamiento de las CE, éstas solicitarán todavía otro grupo especial para que haga caso omiso o rechace la labor de *este* Grupo Especial. Cabe esperar que se llegue a un pronto acuerdo sobre las modificaciones adecuadas del ESD que se examinaron en la revisión del ESD el año pasado, lo que equivaldría a redactar nuevamente por completo el procedimiento previsto en el párrafo 5 del artículo 21, de modo que los Miembros puedan declarar formalmente que esta cuestión es puramente académica, dejando atrás de una vez para siempre las tentativas, aparentemente interminables, de las CE por justificar sus tácticas dilatorias en el asunto *Bananos*.

40. Los Estados Unidos no repetirán íntegramente sus argumentos acerca de por qué este Grupo Especial no debe formular constataciones con respecto al párrafo 5 del artículo 21 que se anticiparían a las negociaciones sobre la revisión del ESD, ni modificar o adoptar una interpretación (funciones que sólo pueden ser llevadas a cabo por los Miembros), ni aumentar o reducir los derechos y obligaciones de los Miembros. En cambio, los Estados Unidos remiten al Grupo Especial a la nota 49 de la primera comunicación de los Estados Unidos y a los párrafos 19 y 23 de las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas del Grupo Especial y de las CE.

41. Los Estados Unidos tampoco volverán a exponer ampliamente el razonamiento del Árbitro que actuó con arreglo al párrafo 6 del artículo 22 acerca de esta relación, con el que los Estados Unidos coinciden. Este razonamiento puede hallarse en los párrafos 4.10 a 4.15 del *Arbitraje en virtud del párrafo 6 del artículo 22*, y se examina en los párrafos 51 y 52 de la primera comunicación de los Estados Unidos y los párrafos 32 a 34 y 37 a 39 de las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas del Grupo Especial y de las CE. En resumen: 1) ni el artículo 22 ni el apartado c) del párrafo 2 del artículo 23 hacen referencia en absoluto al procedimiento del párrafo 5 del artículo 21, y mucho menos como requisito previo para solicitar que el OSD autorice una suspensión de concesiones o para aplicar dicha suspensión; 2) la interpretación de las CE privaría de efecto al derecho, previsto en el párrafo 6 del artículo 22, de obtener autorización del OSD para suspender concesiones con el beneficio de la regla del consenso "en contrario", mientras que la interpretación del Árbitro que actuó con arreglo al párrafo 6 del artículo 22 daría efecto tanto al párrafo 5 del artículo 21 como al artículo 22; y 3) el objetivo de una determinación multilateral acerca del no cumplimiento se alcanza mediante un examen de esta cuestión por un Árbitro designado con arreglo al párrafo 6 del artículo 22, en el que se establezca si el nivel de anulación o menoscabo es superior a cero.

42. Además, como se examina en la respuesta a las preguntas 9, 10 y 14 del Grupo Especial, no es necesario ni procedente abordar en este procedimiento la existencia o inexistencia de presunciones u obligaciones en los procedimientos del párrafo 5 del artículo 21 o del párrafo 6 del artículo 22, ya que el presente procedimiento no es uno de ellos. El Grupo Especial que intervino en el procedimiento iniciado por las CE con arreglo al párrafo 5 del artículo 21 en el asunto *Bananos* hizo notar que "el procedimiento más idóneo para determinar la cuestión de si se puede formular una alegación en un procedimiento concreto es ese procedimiento".[230] De igual modo, el procedimiento más idóneo para abordar la cuestión de las obligaciones o presunciones previstas en los procedimientos del párrafo 5 del artículo 21 y el artículo 22 son estos procedimientos (o los Miembros que intervienen en la revisión del ESD). Además, como se describió en la respuesta a la pregunta Nº 10, los procedimientos del ESD son suficientes para resolver las cuestiones relativas a la suspensión de concesiones después de expirado el plazo prudencial, sin necesidad de recurrir al concepto de una "presunción" de compatibilidad o incompatibilidad.

43. Por las razones expuestas, el Grupo Especial no deberá formular constataciones sobre la relación existente entre el párrafo 5 del artículo 21 y el artículo 22, ni aceptar la interpretación de las CE sobre dicha relación. Aparte de esto, empero, no hay necesidad de que este Grupo Especial

[230] Informe del Grupo Especial en *Comunidades Europeas – Régimen para la importación, venta y distribución de bananos – Recurso al párrafo 5 del artículo 21 por las Comunidades Europeas*, WT/DS27/RW/EEC, párrafo 4.16 (12 de abril de 1999).

adopte tal resolución porque las CE se han limitado a afirmar que se ha producido una infracción del párrafo 5 del artículo 21, sin establecer ningún vínculo sostenible entre la medida –el incremento de los requisitos en materia de fianzas– y cualquier obligación supuestamente contenida en el párrafo 5 del artículo 21 de recurrir (exclusivamente) al procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 en caso de desacuerdo. Incluso con arreglo a la interpretación de las CE sobre el párrafo 5 del artículo 21, la medida que presumiblemente quedaría incluida en el párrafo 5 del artículo 21 sería una decisión de no recurrir al procedimiento previsto en el párrafo 5 del artículo 21 en el caso de desacuerdo sobre el cumplimiento. Sin embargo, la medida impugnada en esta diferencia es el incremento de los requisitos en materia de fianzas correspondientes a un riesgo relacionado con la aduana, y no una decisión de no recurrir al procedimiento del párrafo 5 del artículo 21. Las CE parecen sugerir que *cualquier cosa* que un Miembro reclamante haga mientras esté pendiente la cuestión de la aplicación viola el párrafo 5 del artículo 21 si ese Miembro no ha solicitado y concluido el procedimiento del párrafo 5 del artículo 21. Sin embargo, el propósito del párrafo 5 del artículo 21 no es dar un arma al Miembro que no ha cumplido para distraer la atención de su incumplimiento, sino establecer procedimientos para ayudar a resolver las diferencias.

44. La manera en que las CE han tratado de hacer servir el párrafo 5 del artículo 21 a sus propios fines se pone aún más de relieve en su respuesta a la pregunta del Grupo Especial relativa a cuándo se debe solicitar un procedimiento con arreglo al párrafo 5 del artículo 21. Las CE afirman que:

> no se puede solicitar un procedimiento en virtud del párrafo 5 del artículo 21 antes del tiempo correspondiente a la adopción de la medida de aplicación. Es obvio que en caso de desacuerdo sobre la existencia de medidas adoptadas para cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD, no es posible iniciar un procedimiento con arreglo al párrafo 5 del artículo 21 antes del vencimiento del plazo prudencial.[231]

45. Por consiguiente, según las CE, la parte reclamante debe recurrir al procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 si existe desacuerdo sobre la aplicación, y puede declararse que ha infringido el párrafo 5 del artículo 21 (según lo decida el Miembro que no aplica la medida si desea hacer valer esta alegación), *salvo* que el Miembro que no ha cumplido la medida determine unilateralmente que la medida no existe, en cuyo caso puede vetar el procedimiento del párrafo 5 del artículo 21. De este modo, se consideraron autorizadas para amenazar con bloquear la adopción del orden del día en la reunión celebrada por el OSD en septiembre de 1999, en la que se debía examinar la solicitud presentada por las partes reclamantes para que se constituyera un grupo especial con arreglo al párrafo 5 del artículo 21, porque las CE consideraban que eran ellas y no el grupo especial designado con arreglo al párrafo 5 del artículo 21 quién debía decidir si la aplicación llevada a cabo por las CE estaba en condiciones de ser examinada.[232] El párrafo 5 del artículo 21 establece que el procedimiento previsto en esa disposición es aplicable "en caso de desacuerdo en cuanto a la existencia de medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones o a la compatibilidad de dichas medidas con un acuerdo abarcado".[233] Las CE desearían que el Grupo Especial creara una obligación unilateral aplicable sólo a las partes que formulan la impugnación y no a las partes que tienen a su cargo la aplicación.

---

[231] Respuestas de las CE a las preguntas del Grupo Especial y de los Estados Unidos, página 3 de la versión inglesa (respuesta Nº 5).

[232] Véase WT/DSB/M/48 (acta de la reunión del OSD del 22 de septiembre de 1999), páginas 1 y 2 ("Antes de la adopción del orden del día, el representante de las Comunidades Europeas [...] preguntó si [...] el punto [cuatro del orden del día titulado "Recurso al párrafo 5 del artículo 21 del ESD por el Ecuador, Guatemala, Honduras, México y los Estados Unidos"] se había incluido en el orden del día sólo con fines de información. *Según sea la respuesta, el orador indicará si puede aceptar que el punto 4 se mantenga en el orden del día*". (Cursivas añadidas.)).

[233] Párrafo 5 del artículo 21 del ESD (cursivas añadidas).

46. El Grupo Especial deberá negarse a crear tal obligación, aplicable a cualquiera de las partes. Simplemente, ello no guarda relación con la presente diferencia porque la medida en cuestión es una decisión de incrementar los requisitos en materia de fianzas, y nada en el párrafo 5 del artículo 21 se refiere a esto. Las CE alegan que la medida del 3 de marzo suspendió concesiones u otras obligaciones. Las cuestiones relativas a las condiciones para la suspensión de concesiones u otras obligaciones figuran en el apartado c) del párrafo 2 del artículo 23 y no en el párrafo 5 del artículo 21. El Grupo Especial debe rechazar el intento de las CE de lograr que este Grupo Especial desapruebe la labor del Árbitro que actuó de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 en el asunto *Bananos*.

VI. EL GRUPO ESPECIAL DEBERÁ RECHAZAR LAS AFIRMACIONES SIN FUNDAMENTO DE LAS CE, DE QUE LA MEDIDA DEL 3 DE MARZO FUE ADOPTADA CON ARREGLO A LOS ARTÍCULOS 305 O 306 DE LA LEY DE COMERCIO EXTERIOR DE 1974

47. Además de tratar de volver a plantear un litigio sobre cuestiones que perdieron en los procedimientos de los grupos especiales y de arbitraje en el asunto *Bananos*, las CE también tratan de volver a plantear un litigio sobre cuestiones que perdieron en el procedimiento del Grupo Especial que examinó el asunto *Artículos 301 a 310* de la Ley de Comercio Exterior de 1974. Las CE tratan de adjudicar a los artículos 305 y 306 la responsabilidad por los requisitos en materia de fianzas establecidos el 3 de marzo, haciendo caso omiso de las conclusiones del Grupo Especial que examinó el asunto *Artículo 301*. El Grupo Especial debe rechazar las afirmaciones injustificadas de las CE, que sólo sirven para poner de relieve los objetivos políticos que persiguen las CE en este caso.

48. Como se describió en el párrafo 33 y la nota 33 de la primera comunicación de los Estados Unidos y en el párrafo 55 de las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas del Grupo Especial y de las CE, el fundamento de la modificación de los requisitos en materia de fianzas introducida el 3 de marzo figura en 19 CFR § 113.13. Esta disposición faculta al Servicio de Aduanas para incrementar los requisitos en materia de fianzas a fin de hacer frente a los riesgos relacionados con determinadas importaciones. Las CE no aportan ninguna prueba de ninguna determinación o medida de los Estados Unidos que indique que los requisitos en materia de fianzas establecidos el 3 de marzo se basaron en los artículos 305 y 306 o se hicieron obligatorios en virtud de estos artículos.

49. Las CE alegan que los avisos publicados en octubre y noviembre de 1998 en el *Federal Register* indican que los artículos 305 y 306 de algún modo obligaron a los Estados Unidos a adoptar los requisitos en materia de fianzas del 3 de marzo de 1999, o que aquellos artículos sirvieron de fundamento a estos últimos requisitos.[234] Sin embargo, las CE plantearon estos mismos argumentos con relación a los avisos publicados en 1998 en el *Federal Register*, en el procedimiento del Grupo Especial que examinó el asunto *Artículo 301*, y ese grupo especial los rechazó.[235] El Grupo Especial que examinó el asunto *Artículo 301* concluyó que, como cuestión de hecho, los artículos 305 y 306 dan al Gobierno de los Estados Unidos facultades discrecionales para esperar la conclusión de los procedimientos de la OMC relativos a la aplicación, incluso si estos procedimientos se extienden bastante más allá de los 60 días posteriores a la expiración del plazo prudencial.[236] Dicho de otro

[234] Por ejemplo, comunicación oral de las CE, párrafo 10.

[235] Véase *Artículo 301*, párrafos 4.949 y 4.950.

[236] *Artículo 301*, párrafos 7.147, 7.175 y 7.181; notas 721, 722 y 724. Entre otras conclusiones, el Grupo Especial que se ocupó del asunto *Artículo 301* hizo notar su acuerdo con los Estados Unidos en el sentido de que el Gobierno de los Estados Unidos tiene facultades discrecionales para retrasar toda medida decidida por un total de 240 días después de la expiración del plazo prudencial, y que esto "bastaría para que el USTR esperara en todos los casos a la terminación de los procedimientos previstos tanto en el párrafo 5 del artículo 21 como en el párrafo 6 del artículo 22, así como a la autorización del OSD para suspender concesiones". *Idem*, nota 724.

modo, los artículos 305 y 306 no obligaron a los Estados Unidos a adoptar los requisitos en materia de fianzas del 3 de marzo, y ni siquiera esta conexión indirecta puede establecerse entre los artículos 305 y 306 y dichos requisitos. El Grupo Especial que examinó el asunto *Artículo 301* analizó las cuestiones fácticas planteadas en esa diferencia con mucho detalle, antes de llegar a sus conclusiones, y este Grupo Especial deberá rechazar el intento de las CE de que este Grupo Especial rechace sumariamente aquellas conclusiones con el propósito de beneficiar los objetivos políticos que persiguen las CE en esta diferencia. La medida del 3 de marzo no fue adoptada de conformidad con los artículos 305 y 306, y estos artículos no obligaron a adoptarla.

VII. CONCLUSIÓN

50. Por las razones expuestas, los Estados Unidos solicitan respetuosamente al Grupo Especial que rechace las alegaciones de las CE en su totalidad, y constate que la medida adoptada por los Estados Unidos el 3 de marzo no es incompatible con el artículo 3, el párrafo 5 del artículo 21, el párrafo 6 del artículo 22 o el artículo 23 del ESD, ni con los artículos I, II, XI u VIII del GATT de 1994.

Apéndice 2.6
Respuestas de los Estados Unidos a las nuevas preguntas del Grupo Especial
(8 de febrero de 2000)

Pregunta 32

Los cinco siguientes documentos jurídicos parecen tener importancia para el examen del Grupo Especial:

- **las disposiciones legales pertinentes relativas a los procedimientos normales para el pronto despacho de la mercancía en los Estados Unidos, incluidas las que autorizan al director de la oficina de aduanas a despachar la mercancía en los Estados Unidos antes de su liquidación, a condición de que se deposite una fianza;**

- **la reglamentación federal para determinar la cuantía de las fianzas (Prueba documental 6 de los Estados Unidos);**

- **la Directiva relativa a las directrices monetarias para establecer las cuantías de las fianzas (la "Directiva") (Prueba documental 4 de los Estados Unidos);**

- **el Memorándum dirigido a los directores de territorios aduaneros y de puertos, directores (CMC) por el Director de la División de Cumplimiento de Normas Comerciales del Servicio de Aduanas de los Estados Unidos, relativo a las sanciones europeas, de fecha 3 de marzo de 1999 (el "Memorándum") (Prueba documental VIII de las CE); y**

- **notificación y petición del USTR, tal como aparece en el Memorándum.**

a) Sírvanse facilitar el texto de las correspondientes disposiciones legales, y la notificación y petición del USTR.

b) Sírvanse explicar la relación existente entre los documentos jurídicos enumerados anteriormente. Por ejemplo, sírvanse explicar la base legal en la que se apoyó el Director de la División de Cumplimiento de Normas Comerciales para enviar el Memorándum a la zona aduanera y a los directores de puertos, y si el Memorándum invalidó la Directiva con respecto a la cuantía de las fianzas necesarias para los productos de la lista, procedentes de las CE, pasando así a ser vinculante para los directores de territorios aduaneros y de puertos.

c) Sírvase explicar brevemente el mecanismo ordinario en materia de fianzas para ayudar al Grupo Especial a entender mejor lo que sucedió el 3 de marzo de 1999.

Respuesta

1. En la Prueba documental 11 de los Estados Unidos y en la carta del USTR a la aduana que figura como Prueba documental 12 de los Estados Unidos, se dan las secciones normativas y reglamentarias pertinentes. Las disposiciones legales son entre otras, los artículos 1484, 1504 y 1623 del Título 19 del Código de los Estados Unidos. En las secciones normativas se incluyen los artículos 142.4 y 142.12 del Título del Código de Reglamentos Federales.

2. En el estatuto y reglamentos no se hace referencia al "pronto despacho " como tal. Más bien, disponen que la mercancía se despache después de depositar una fianza y la documentación pertinente, y que se liquide dentro del año siguiente al de la entrada para el consumo (artículo 142.4 a) del Título 19 del Código de Reglamentos Federales y artículo 1504 del Título 19 del Código de los Estados Unidos). Así pues, el importador puede obtener un despacho rápido de la mercancía en la aduana simplemente presentando una fianza y formalizando los documentos correspondientes. Como comparación, un sistema en que no se permitiera el "pronto despacho" condicionaría éste a la determinación definitiva y al pago de todos los derechos, impuestos y cargas, lo que puede durar semanas o meses, razón por la cual en muchos países que carecen de un sistema de garantía o de un tipo similar de procedimiento, el despacho de las mercancías importadas puede ser a menudo un proceso largo.

3. El fundamento jurídico para enviar el Memorándum fue el del Título 19 del Código de Reglamentos Federales, artículo 113.13. Esta disposición establece que los directores de puertos con facultad para exigir una fianza o una garantía adicional para asegurar la aceptación de una entrada estará suficientemente protegido contra cualquier derecho u otras obligaciones impuestas por la ley. Esta facultad discrecional puede ejercerse en cualquier momento, cuando la aduana sea consciente del riesgo de que no resulten suficientes los requisitos normales en materia de fianzas. El USTR había informado a la aduana de este riesgo, y en el Memorándum se hizo llegar esta información a los directores de puertos.

4. No es correcto afirmar que el Memorándum "invalida" la Directiva de la Prueba documental 4 de los Estados Unidos con respecto a la cuantía de las fianzas. Por el contrario, la propia Directiva explica en la página 3 que las cantidades normales de las fianzas se aplicarán a las entradas de mercancías,

> a menos que algún director de distrito tenga conocimientos de la existencia de circunstancias extraordinarias *o de un mayor riesgo para el gobierno*. Cuando circunstancias extremas, el director de distrito que tenga dicho conocimiento se pondrá en contacto con el distrito en que se presenta la fianza y transmitirá los hechos justificantes para que se puedan adoptar las medidas adecuadas, si así procede. Por ejemplo, cuando la cuantía de una fianza continuada no cubra el derecho de un envío determinado, y el director de distrito sospeche que *ello entraña un mayor riesgo para el gobierno*, el director del distrito procederá a:
>
> 1. exigir, en el momento del libramiento, el depósito del derecho estimado correspondiente al envío, o
>
> 2. solicitar la prestación de una fianza de entrada única para ese envío, o
>
> 3. solicitar que se presente una nueva fianza continuada por una cuantía superior.[237]

5. La Directiva deja claro por lo tanto que, en el procedimiento ordinario de las operaciones aduaneras, y en el ejercicio de su facultad reguladora en virtud del artículo 113.13[238] del Título 19 del Código de Reglamentos Federales, puede resultar necesario que la aduana tenga que ajustar los requisitos en materia de fianzas para determinadas entradas, debido a que se dé un riesgo especial

---

[237] Prueba documental 4 de los Estados Unidos, página 3 (cursivas añadidas).

[238] *Véase* la Prueba documental 4 de los Estados Unidos, página 1, 3.A ("La cuantía de las fianzas se fijará utilizando la información sobre la aplicación de las mismas prescrita en la sección 113.12, del Reglamento Aduanero (RA), en conjunción con los criterios establecidos en la sección 113.13 del RA, y las directrices que se adjuntan a esta Directiva.").

relacionado con las mismas. El riesgo especial relacionado con las entradas a las que afecta el Memorándum, era que el OSD podría autorizar un aumento de los derechos con respecto a dichas importaciones, y que la aduana podría no poder recaudar dichos derechos de los importadores. La carta del USTR y el Memorándum informaban respectivamente a la aduana y a sus directores de puertos de ese riesgo, e indicaba que la respuesta adecuada sería introducir un cambio en los requisitos en materia de fianzas (opciones 2 y 3 *supra*).

6. Con respecto al funcionamiento del régimen ordinario de fianzas, tal como se expone en las comunicaciones anteriores, los importadores obtienen las fianzas de compañías privadas de seguros. El importador presenta la fianza en el momento de la entrada oficial para el consumo, a fin de que la aduana proceda al despacho de la mercancía. Los importadores que utilizan una fianza continuada que ha sido depositada ya en la aduana, se limitan a hacer referencia a ella en su documentación aduanera. El 4 de marzo, como resultado de la modificación de los requisitos de las fianzas, los importadores que deseaban utilizar sus fianzas continuadas tenían que hacer una declaración al director del puerto en el sentido de que la cuantía de esta fianza continuada era suficiente para cubrir la diferencia introducida por modificación. Algunos importadores optan por facilitar la declaración. Otros, por emplear una fianza única por transacción para las entradas de los productos incluidos en la lista, en lugar de revisar la cuantía de sus fianzas continuadas. La aduana no procedió a revisar una por una las fianzas continuadas en cada entrada para asegurarse de que cumplían con los requisitos modificados.

Pregunta 33

La Directiva indica que "el objetivo de la fianza es proteger los ingresos y garantizar el cumplimiento" (párrafo 3.B). Las "Directrices para determinar la cuantía de las fianzas" (las "Directrices") adjunta a la Directiva, indica que la cuantía de una fianza continuada se determinará sobre la base, no solamente de los derechos aduaneros aplicables, sino también de los "impuestos y tasas". (Sección "Actividad 1 - Importador o Intermediario - Continuada," párrafo a) de la página 4.)

a) Sírvanse explicar si es posible distinguir legalmente la parte de una fianza continuada destinada a garantizar el pago de los derechos arancelarios, de la parte restante destinada a cubrir los "impuestos y tasas" y a "garantizar el cumplimiento", con las leyes y reglamentos aplicables. Por ejemplo, ¿puede aplicarse la totalidad de una fianza exigida para el despacho rápido de una importación determinada a cubrir las tasas (si la cantidad real de éstas supera la cuantía estimada en el momento de determinar la cuantía de la fianza), o al pago de una sanción u obligación financiera derivada del incumplimiento de las leyes o reglamentos correspondientes? Si no se puede hacer esa distinción, sírvanse explicar si esas tasas abarcadas (o cualquier otra obligación financiera distinta de los derechos arancelarios y los impuestos) se deben recaudar como pago de "servicios prestados a las importaciones" en el sentido que se da en el artículo VIII del GATT (suponiendo, a efectos de la argumentación, que se considera que los requisitos en materia de fianzas imponen "cargas" sobre las importaciones, en el sentido de los artículos II y VIII).

Respuesta

7. No es posible distinguir legalmente una parte de una fianza continuada destinada a garantizar el pago de los derechos aduaneros de la parte destinada a los correspondientes impuestos y tasas y a garantizar el cumplimiento de las leyes y reglamentos aplicables. En caso de falta de pago de los derechos, impuestos o tasas, o en el caso de que no se cumplan las leyes y reglamentos y se dé lugar a una liquidación de perjuicios, la aduana recurriría a la fianza hasta la cantidad debida por la falta de pago o de cumplimiento, o por la cuantía total de la fianza, si ésta es menor. La cantidad utilizada no se limitará a un porcentaje de la cuantía de la fianza.

8. Si bien no estamos de acuerdo con que los requisitos en materia de fianzas constituyan cargas, si, a efectos de la argumentación, lo fueran, serían proporcionales al costo de los servicios prestados, independientemente del hecho de que estén destinados a cubrir obligaciones financieras que no sean derechos arancelarios o impuestos. Como se explica en la segunda comunicación de los Estados Unidos[239] el servicio que se presta al importador es el pronto despacho de las mercancías, sin que se demore hasta que se hayan determinado y pagado las cuantías de los derechos, impuestos o tasas, y hasta que se haya determinado definitivamente el cumplimiento de las demás obligaciones. El costo para la aduana es el riesgo de que no pueda recaudar ninguna cantidad debida por los importadores si éstos no depositan los derechos, impuestos y tasas estimados, en el caso de que el cálculo final de los derechos, impuestos y tasas difiera de la cuantía depositada, o de que las mercancías importadas no cumplen con los requisitos de otros organismos. Este riesgo existe realmente porque la mercancía habrá sido ya despachada antes de que se hayan depositado los derechos, impuestos y tasas calculados, y antes de que se haya determinado definitivamente la totalidad de las cantidades debidas, por lo que si el importador se niega a pagar, no se podrá recurrir a la mercancía. La cuantía del riesgo (el costo para la aduana) se refiere a la cuantía total que pueda deberse, que no son solamente los derechos. Así pues, las CE no tienen razón cuando afirman que "la cuantía de cualquier depósito de garantía está determinada por la responsabilidad prevista en materia de derechos y depende enteramente de ésta".[240] La cuantía de la garantía depositada se determina de hecho por el grado de riesgo, que depende no solamente de la responsabilidad prevista en concepto de derechos, sino de la cuantía total de todas las responsabilidades (impuestos, tasas, liquidación de perjuicios) que pudieran haberse acumulado.[241]

9. En la pregunta se interroga sobre si las "tasas abarcadas" u otras obligaciones financieras se recaudan como pago de los "servicios prestados a las importaciones". Esto dependería de las tasas en cuestión y no puede responderse en abstracto. Con respecto a las obligaciones financieras relacionadas con las obligaciones con otros organismos, también ello depende de la obligación concreta. Tales tasas y otras obligaciones no entran en el ámbito de esta diferencia, como tampoco los requisitos normales en materia de fianzas que garantizan el pago de estas tasas y otras obligaciones.[242] La medida en cuestión incluye solamente los cambios introducidos en los requisitos en materia de fianzas el 3 de marzo, en relación con la posibilidad de que para determinados productos procedentes de los países de las CE, puedan imponerse derechos más altos. Las constataciones del Grupo Especial con respecto a los artículos II y VIII deberán limitarse a esta medida y hacerse solamente si resulta necesario para resolver esta diferencia. Nuestra opinión, también en este caso, es que los requisitos en materia de fianzas no constituyen "otras cargas."

b) ¿Cabe aplicar el mismo principio a una fianza única por transacción, en particular en el caso en que la fianza ascienda a una cantidad tres veces mayor que el valor de las importaciones consignadas, por ejemplo, porque están sujetas a algún requisito administrativo impuesto por la Administración de Productos Alimenticios y Farmacéuticos?

---

[239] Segunda comunicación de los Estados Unidos, nota 39.

[240] Segunda comunicación de las Comunidades Europeas, párrafo 9 (subrayado añadido).

[241] Igualmente, tal como se describe en la nota 29 de la segunda comunicación de los Estados Unidos, entendemos que el Reino Unido emplea un sistema de garantías con respecto a las mercancías de "alto riesgo" como el tabaco y el alcohol, lo que proporciona un ejemplo de que el riesgo va más allá de meros derechos adeudados.

[242] Aunque no tenga que ver con la presente diferencia, señalamos que el Convenio de Kyoto prevé que puede exigirse al importador que deposite una garantía para asegurar el cumplimiento de los compromisos con la aduana. Véase la Prueba documental 9 de los Estados Unidos, Convenio de Kyoto, anexo B.1, 59-62.

Respuesta

10. Tampoco en este caso las multas impuestas por falta de cumplimiento de las leyes sobre salud y seguridad o de los requisitos en materia de fianzas que se exigen habitualmente para garantizar su cumplimiento, se encuentran dentro del ámbito de esta diferencia. Solamente los cambios de los requisitos en materia de fianzas introducidos el 3 de marzo están dentro de dicho mandato. Los requisitos relativos a la fianza única por transacción aplicables a los productos sujetos a requisitos de otros organismos, como la Administración de Productos Alimenticios y Farmacéuticos, no cambiaron como consecuencia de la medida del 3 de marzo. Una vez dicho esto, observamos que el Convenio de Kyoto prevé que las autoridades aduaneras deberán exigir garantías para asegurar el cumplimiento de las obligaciones asumidas del pago de multas por falta de cumplimiento, a fin de que la mercancía pueda ser despachada con rapidez.[243]

Pregunta 34

¿Pueden habitualmente los importadores elegir a su discreción entre una fianza continuada y una fianza única por transacción para una importación determinada? Sírvanse facilitarnos sus datos estadísticos o estimaciones sobre el porcentaje de las importaciones (las procedentes de las CE y todas las demás) cubiertas por fianzas continuadas en lugar de con fianzas únicas por transacción antes del 3 de marzo de 1999.

Respuesta

11. Habitualmente los importadores pueden elegir a su discreción entre fianzas continuadas y fianzas únicas por transacción. En el tiempo a disposición no ha sido posible recoger datos sobre este porcentaje de importaciones cubiertas por las fianzas continuadas y por las fianzas únicas. Esperamos disponer en breve de esta información.

Pregunta 35

En los párrafos 3 y 4 de la respuesta de los Estados Unidos a las preguntas del Grupo Especial y de las CE, de fecha 13 de enero de 2000, se indica que la cuantía de una fianza continuada para productos enumerados en la lista, no procedentes de las CE era del "10 por ciento de los derechos, impuestos y tasas pagados por el importador designado por todos los productos importados en el año civil anterior a la fecha de la solicitud de fianza", mientras que para las mercancías enumeradas en la lista de las CE era del "10 por ciento del valor declarado de la mercancía abarcada que el importador hubiera importado durante el año anterior". Sírvanse confirmar si la cuantía total de "los derechos, impuestos y tasas pagados por el importador por todos los productos es inferior al valor declarado de la mercancía abarcada".

Respuesta

12. Esto dependerá de las circunstancias del importador de que se trate. Por ejemplo, si la mercancía abarcada representaba solamente un porcentaje pequeño de los productos importados durante el año anterior, es posible que los derechos, impuestos y tasas de todos los productos excedieran el valor declarado de la mercancía abarcada incluido entre esos productos. Para hacerlo más claro, en lo que respecta a las fianzas continuadas la aduana dio a los importadores de la mercancía abarcada la opción de prestar una declaración de que sus fianzas continuadas depositadas cubrían los nuevos requisitos, o utilizar fianzas únicas por transacción para la mercancía abarcada. Los importadores que optaran por suplementar sus fianzas a fin de cubrir los nuevos requisitos, lo hacían aumentando el valor de la fianza en una cantidad igual al 10 por ciento del valor declarado de

[243] Prueba documental 9 de los Estados Unidos, Convenio de Kyoto, Anexo B.1, 60, nota 2, 62.

la mercancía abarcada incluido en la mercancía para la cual se había calculado originalmente la fianza. En otras palabras, si la fianza continuada se había calculado sobre la base de las importaciones realizadas durante el año anterior valoradas en 1.000.000 de dólares, de los cuales 50.000 dólares eran de mercancía abarcada, la fianza continuada se suplementaría con 5.000 dólares (10 por ciento de 50.000 dólares). Un garante privado suele cobrar por esta cobertura adicional de 50 a 100 dólares aproximadamente (sobre la base de 10 a 20 dólares por cada 1.000 dólares de valor de la fianza, tal como se describe en el párrafo 29 de la segunda comunicación de los Estados Unidos).

Pregunta 36

Sírvanse facilitar al Grupo Especial las consolidaciones (le han facilitado solamente los derechos arancelarios aplicados) de todos los productos enumerados en la lista del 3 de marzo.

Respuesta

13. Los tipos de los derechos que se dan en la Prueba documental 7 de los Estados Unidos son los consolidados, además de los aplicados.

Pregunta 37

A la pregunta de las CE "Suponiendo que un importador deseara despachar por la aduana de los Estados Unidos el 4 de marzo de 1999 una toneladas de 'papel y cartón fieltro y papel y cartón lana, sin estucar ni recubrir, en bobinas o en hojas' (partida 4805 50 00 del Arancel de Aduanas Armonizado de los Estados Unidos) procedentes de Suiza, ¿cuál hubiera sido en esa fecha el derecho adeudado por dicha importación? ¿Cuál sería la respuesta si el producto procediera de las CE?", la respuesta de los Estados Unidos fue que el derecho adeudado se habría basado en una "franquicia" arancelaria. Sírvanse facilitar al Grupo Especial una explicación inteligente de las consecuencias de la decisión del 3 de marzo sobre las importaciones de los productos enumerados procedentes de las CE, como "Papel y cartón fieltro y papel y cartón lana, sin estucar ni recubrir, en bobinas o en hojas" en comparación con una situación en que ese mismo producto procediera de Suiza.

Respuesta

14. El derecho adeudado el 3 de marzo habría sido cero, independientemente de si el producto procedía de Suiza o de un Estado miembro de las CE. La decisión del 3 de marzo no tendría ninguna consecuencia en absoluto en lo que respecta a la responsabilidad por el pago de derechos, y solamente afectaría a los requisitos en materia de fianzas. Como se señalaba en las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas del Grupo Especial y de las CE[244], con respecto a todos los productos enumerados en la lista del 3 de marzo, de no haberse adoptado ninguna nueva medida el 19 de abril, todos y cada uno de los productos se habrían liquidado al tipo NMF aplicado (y consolidado). Como quiera que la medida adoptada el 19 de abril especificaba que iban a aumentar los derechos para "papel y cartón fieltro y papel y cartón lana, sin estucar ni recubrir, en bobinas o en hojas", las entradas de este producto procedentes de los países de las CE se están liquidando al tipo del 100 por ciento.

Pregunta 38

En el párrafo 5 de las respuestas de los Estados Unidos, éstos parecen llegar a la conclusión de que los productos incluidos en la lista podrían importarse en Estados Unidos

[244] *Véanse* respuestas a las preguntas del Grupo Especial y de las CE, párrafos 10, 60; *véase también* la segunda comunicación de los Estados Unidos, párrafo 9.

solamente previa presentación de una "fianza única por transacción", por una cuantía equivalente al "valor declarado de las mercancías", mientras que los productos no incluidos en la lista podrían importarse sujetos a más requisitos, a saber, previa presentación de una fianza única por transacción en la cuantía del "valor declarado de la mercancía, más derechos, impuestos y tasas correspondientes a la entrada". ¿Afirman los Estados Unidos que, a partir del 3 de marzo de 1999, los productos de las CE incluidos en la lista se beneficiaban de una discriminación positiva frente a otras importaciones de productos similares procedentes de otros Miembros de la OMC?

Respuesta

15. La cuantía de la fianza única por transacción para los productos enumerados era, de hecho, inferior a la correspondiente a productos no incluidos en la lista. Con esto se intentaba reducir al mínimo la carga sobre los importadores que desearan emplear fianzas únicas por transacción en lugar de modificar sus fianzas continuadas. Los importadores que normalmente hubieran utilizado fianzas únicas por transacción estaban sujetos, de hecho, a menores requisitos en materia de fianzas, a excepción de los importadores de los productos enumerados sujetos a requisitos de otros organismos, para los que la fianza era el triple del valor declarado. Este requisito no sufrió ninguna modificación por la medida adoptada el 3 de marzo.

Pregunta 39

La notificación oficial del USTR (anexo VII de las CE) titulada "Los Estados Unidos adoptan medidas aduaneras sobre importaciones europeas" dispone que "a partir del día de la fecha, el Servicio de Aduanas de los Estados Unidos comenzará a "suspender la liquidación" de importaciones por un valor superior a 500 millones de dólares de determinados productos procedentes de la Unión Europea (UE), de conformidad con los derechos que incumben a los Estados Unidos en virtud de los Acuerdos de la OMC. La suspensión de la liquidación impone una obligación contingente correspondiente a derechos del 100 por ciento sobre los productos afectados a partir del 3 de marzo de 1999".

En todas sus respuestas al Grupo Especial, los Estados Unidos repiten que, el 3 de marzo de 1999 no se tomó ninguna medida con respecto a la "suspensión o retención de la liquidación". ¿Quieren con eso decir los Estados Unidos que, a partir del 3 de marzo se "liquidaron" realmente los derechos sobre las importaciones de los productos incluidos en la lista y que, efectivamente, se recaudaron derechos después de esa fecha?

Respuesta

16. Los Estados Unidos desean aclarar que la Prueba documental 7 es un comunicado de prensa, sin valor jurídico según la legislación estadounidense. La referencia en el comunicado de prensa a la "suspensión de liquidación" es de hecho una referencia coloquial, que no tiene carácter técnico, para significar que esas entradas no se liquidarían fuera del ciclo normal de liquidación de 314 días. Esto no significa que los derechos fueran o bien "liquidados" o "efectivamente recaudados" el 3 de marzo. Como se explica en comunicaciones anteriores, la liquidación (o determinación final de los derechos, impuestos y tasas) se realiza entre 314 días y un año después de la entrada. En el momento de la liquidación, la aduana ha terminado el proceso de confirmar la cantidad correcta de los derechos, impuestos y tasas adeudados por una importación determinada (incluido el análisis de cuestiones relacionadas con la misma, como la clasificación y la evaluación). Si se da una diferencia entre los derechos, impuestos y tasas estimados depositados a la entrada de la mercancía y los derechos, impuestos y tasas definitivamente determinados, la diferencia se recauda o se devuelve.

17. Para las entradas efectuadas entre el 3 de marzo y el 19 de abril, la aduana revisaría, al realizar la liquidación, las entradas de los productos incluidos en la lista. En cuanto a los productos

no enumerados el 19 de abril, la liquidación, se ha hecho, y se hará al tipo NMF aplicado a la entrada, y no es necesario recaudar o devolver ninguna otra cantidad para complementar los depósitos en concepto de derechos NMF consignados a la entrada. En cuanto a los productos incluidos en la lista del 19 de abril, el tipo correcto aplicable a la entrada de dichas mercancías sería del 100 por ciento del valor declarado, sobre la base de la autorización del OSD y de la medida del 19 de abril, recaudándose la diferencia entre los depósitos para el pago de los derechos estimados al tipo NMF y el derecho aumentado. La aduana podría recurrir a las fianzas depositadas por los importadores que no hayan pagado esa diferencia.

18. Los requisitos en materia de fianzas del 3 de marzo, no imponían ninguna obligación, pagadera en efectivo o de otro modo. Con ello se reducía simplemente el riesgo de que la aduana no fuera capaz de recaudar los derechos adicionales si dichos derechos se imponían como resultado -y después- de una autorización del OSD. De no existir la medida del 19 de abril, todas y cada una de las importaciones sujetas al cambio de los requisitos en materia de fianzas, se liquidarían al tipo NMF aplicado a la entrada, precisamente porque el 3 de marzo no se había impuesto ninguna obligación.

Pregunta 40

La notificación oficial del USTR de su decisión del 3 de marzo anticipa una acción futura, la decisión de los árbitros, que daría lugar a que los Estados Unidos cobraran unos derechos del 100 por ciento sobre determinados productos de las CE: "Los Estados Unidos evitarán cobrar derechos más altos hasta que los árbitros hayan emitido su decisión final. Cuando haya terminado el arbitraje, los Estados Unidos impondrán unos derechos del 100 por ciento sobre determinados productos importados a partir del 3 de marzo, como medida necesaria para compensar los daños que, según los árbitros, se hayan causado a los intereses de los Estados Unidos." ¿Cómo se establece la relación legal entre la decisión del 3 de marzo y la decisión final de los árbitros?

Respuesta

19. Como se explicaba en la respuesta a la pregunta 39, el anexo VII de las CE es un comunicado de prensa que no tiene validez jurídica según la ley de los Estados Unidos. No se trata de una "notificación oficial". Su afirmación de que los Estados Unidos impondrían unos derechos del 100 por ciento, según la determinación de los árbitros, era simplemente descriptiva del proceso arbitral y de las intenciones de los Estados Unidos como respuesta a dicho proceso. Si los árbitros hubieran determinado que el nivel adecuado de suspensión era cero, los Estados Unidos no habrían adoptado ninguna medida el 19 de abril para imponer unos derechos del 100 por ciento sobre ninguna entrada. De no existir esa medida, todas y cada una de las entradas efectuadas entre el 3 de marzo y el 19 de abril se habrían liquidado al tipo NMF aplicado a la entrada. En el caso real, los árbitros determinaron un nivel de suspensión que los Estados Unidos aplicaron mediante la medida del 19 de abril. Como se describe en respuesta a las preguntas anteriores, con la acción del 3 de marzo no se impuso ninguna obligación adicional de pago de derechos, ni resultó de ella la recaudación de unas cantidades depositadas para cubrir unos derechos más altos. Supuso solamente un cambio en los requisitos en materia de fianzas sobre determinadas entradas de mercancías, en respuesta al riesgo de que no se pagaran los derechos más altos por estas entradas autorizados por el OSD.

Pregunta 41

En el párrafo 60 de las respuestas de los Estados Unidos, éstos afirman lo siguiente "Si no se hubiera adoptado una nueva medida el 19 de abril de 1999, todas y cada una de las importaciones de una mercancía sujeta a los requisitos revisados en materia de fianzas se habrían liquidado a esos tipos" (véase también el párrafo 9 de la comunicación de réplica de los Estados Unidos). ¿Qué medida exactamente se tomó el 19 de abril y cuál es la relación legal, si

es que existe, entre la decisión del 3 de marzo y la medida del 19 de abril a la que se refieren los Estados Unidos, así como las consecuencias legales de la decisión del 19 de abril de 1999?

Respuesta

20. El 19 de abril, y a raíz de la autorización del OSD de suspender las concesiones, se dio instrucciones a los directores de puerto para que impusieran derechos del 100 por ciento sobre los productos incluidos en una lista publicada esa misma fecha. A consecuencia de ello, para las importaciones realizadas a partir del 19 de abril, se exigió que, en el momento de la entrada, se hicieran depósitos para el pago de derechos del 100 por ciento, derechos que se impondrían en el momento de la liquidación. Para las entradas efectuadas entre el 3 de marzo y el 19 de abril de los productos incluidos en la lista del 19 de abril, la aduana recaudaría, al realizar la liquidación, la diferencia entre los depósitos para los derechos en régimen NMF y los derechos calculados al 100 por ciento. Las entradas efectuadas entre el 3 de marzo y el 19 de abril de los productos no incluidos en la lista del 19 de abril no se vieron afectadas por la medida de esta última fecha. Los productos se liquidarían al tipo NMF aplicado a la entrada. No existía ninguna relación legal entre la medida del 3 de marzo (cambio de los requisitos en materia de fianzas) y la medida del 19 de abril (aumento del tipo de derecho aduanero para determinados productos).

Pregunta 42

Si no se hubiera adoptado la medida de 19 de abril o si, a efectos de la argumentación, la decisión del árbitro hubiera sido que la nueva medida de las CE sobre el *Banano* no anulaba ni menoscababa los derechos de los Estados Unidos, ¿cuándo se reducirían los requisitos en materia de fianzas para los importadores de los productos enumerados en la lista del 3 de marzo pero no en la del 19 de abril? ¿Cuándo conseguirían reducir los requisitos en materia de fianzas los importadores de los productos incluidos en la lista del 3 de marzo pero no en la del 19 de abril? ¿Se les ofreció algún tipo de compensación por el incremento de los requisitos en materia de fianzas?

Respuesta

21. En realidad, los Estados Unidos restablecieron los requisitos en materia de fianzas a sus niveles normales para aquellos productos no incluidos en la lista final de 14 de abril, poco después de que los árbitros hubieran terminado su trabajo y de que se preparara una lista revisada. La decisión del árbitro eliminó el riesgo adicional de que se aplicaran unos derechos más altos a esos productos determinados (que los importadores tal vez no pagaran). A partir del 19 de abril, los requisitos en materia de fianzas volvieron a los niveles normales para el resto de los productos, ya que las entradas de éstos a partir de esa fecha estaban sujetas a la consignación de depósitos para cubrir los derechos al 100 por ciento, reduciendo así al nivel normal el riesgo de que dichos depósitos no fueran suficientes.[245] Así pues, independientemente de la decisión que pudieran haber tomado los árbitros, los requisitos en materia de fianzas habrían vuelto a los niveles normales a raíz de esa decisión. En la medida en que los importadores no hicieron ningún pago adicional al gobierno en relación con los cambios introducidos en los requisitos en materia de fianzas, no había ninguna devolución que hacer. Desconocemos los acuerdos que se hayan tomado entre los importadores y las compañías privadas de seguros.

[245] *Véase el* párrafo 11 de la segunda comunicación de los Estados Unidos.

Pregunta 43

¿Qué sucedió exactamente a los importadores de galletas (UE 13 SA 34060000) a partir del 3 de marzo de 1999 y del 20 de abril de 1999 con respecto a todos los requisitos de entrada en los Estados Unidos? ¿Se han liquidado los derechos sobre las importaciones de galletas realizadas en marzo? Y si es así, ¿qué cuantía se recaudó sobre dichos productos en concepto de derechos?

Respuesta

22. Los importadores de galletas SA 19053000 (y velas, SA 3406000) estuvieron sujetos, a partir del 4 de marzo, a los requisitos en materia de fianzas descritos en la contestación a la pregunta 2.[246] En cuanto a las galletas, el requisito correspondiente a la fianza única por transacción no fue afectado por la medida del 3 de marzo, ya que este producto estaba sujeto a las prescripciones aplicables a la salud y la seguridad. El requisito en materia de fianzas permaneció sin modificar, a tres veces el valor declarado del producto. (En lo que respecta a las velas, el requisito con respecto a la fianza única por transacción experimentó un cambio, pasando del valor declarado a la entrada, más derechos, impuestos y tasas, al valor declarado a la entrada solamente.) El 14 de abril la cuantía de las fianzas para las galletas (y las velas) volvieron al nivel normal. No hubo ningún otro cambio en cuanto a los requisitos de entrada para estos productos como resultado de las medidas de 3 de marzo y de 19 de abril.

23. Adjunta a la Prueba documental 13 de los Estados Unidos hay una copia del impreso 7501 de la aduana, que es la declaración resumida. Este documento lo complementan los importadores y lo presentan, junto con los derechos aduaneros estimados en el momento de la entrada de la mercancía o poco después. El importador indica en la columna 34 el tipo del derecho aplicable. Un importador de galletas o velas escribiría "cero" en esa columna, independientemente de la procedencia. La aduana habría aceptado este documento como correcto y, dado que el tipo del derecho aplicable era cero, no habría exigido el depósito de los derechos estimados. Además, la aduana habría liquidado las entradas de estos productos al tipo cero consignado, porque nada habría ocurrido entre el momento de la entrada de la mercancía y la liquidación que indicara que dicho tipo debiera ser diferente de cero. La medida del 19 de abril ha cambiado este tipo de derecho aduanero para algunos productos, pero no para las galletas o las velas, ni para los otros productos que no figuran en la lista del 19 de abril.

24. En la Prueba documental 14 se dan algunos datos sobre los derechos aduaneros liquidados y recaudados para los productos de la lista del 3 de marzo. Se han realizado algunas liquidaciones. En la respuesta a la pregunta 45 se da una explicación de la Prueba documental 14. Para las galletas y las velas, cualquier liquidación de ese tipo habría sido, y será, al tipo NMF aplicado a la entrada, es decir cero.

Pregunta 44

¿Se han liquidado los derechos arancelarios sobre los "Bolsos de mano (SA 42023210)" importados en los Estados Unidos en marzo de 1999? Y si es así, ¿cuál es el valor de los derechos aduaneros recaudados hasta ahora sobre estos artículos? ¿Se remonta el cobro de derechos por estos productos al 3 de marzo?

Respuesta

25. Los datos sobre los derechos aduaneros liquidados cobrados por los productos de la lista de 3 de marzo figuran en la Prueba documental 14 de los Estados Unidos. Se han realizado desde

[246] *Véanse* los párrafos 3 a 5 de las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas del Grupo Especial y de las CE.

entonces algunas liquidaciones. En la respuesta a la pregunta 45 se da una explicación de la Prueba documental 14. Los derechos impuestos serían del 100 por ciento para este producto, incluídas las entradas que se remontan al 3 de marzo, como consecuencia de las medidas tomadas el 19 de abril.

Pregunta 45

¿Podrían los Estados Unidos facilitar al Grupo Especial datos para cada uno de los productos sobre la cuantía de los derechos recaudados en todas las importaciones enumeradas a partir del 3 de marzo, para las cuales se hayan liquidado los derechos?

Respuesta

26. Los datos sobre los derechos aduaneros recolectados figuran en la Prueba documental 14 de los Estados Unidos. La aduana registra los datos de los derechos liquidados por las entradas, en lugar de los productos incluidos en dichas entradas. En una entrada pueden estar incluidos uno o más de los productos enumerados y también uno o más de los productos no enumerados. Como consecuencia, no es posible facilitar la cantidad exacta de derechos liquidados recaudados por los productos en cuestión. En la Prueba documental 14 se da en cambio información sobre los derechos aduaneros estimados recaudados por cada producto en el momento de la entrada, o poco después. Estos derechos estimados se calcularon al tipo NMF correspondiente a todos los productos incluidos en la lista del 3 de marzo, ya que la medida adoptada en esa fecha no influía para nada en la obligación del pago de derechos. La Prueba documental 14 incluía asimismo el total de los derechos aduaneros estimados recaudados por las entradas que incluían los productos enumerados. Dado que en estas entradas se incluían otros productos, los derechos totales estimados recaudados por las entradas que incluían los productos enumerados, ascienden a una cantidad mayor que la de los derechos estimados recaudados por las mercancías enumeradas. Por último, la Prueba documental 14 incluye los derechos liquidados recaudados por las entradas que incluían los productos enumerados. En el caso de que los derechos liquidados por la entrada sean exactamente iguales a los derechos estimados recaudados por la misma, se da la confirmación de que la liquidación se ha hecho a los tipos NMF aplicados a la entrada. Cuando difieren estas cantidades, la diferencia puede atribuirse, o bien al hecho de que la entrada incluía otros productos para los que el tipo del derecho cambiaba a consecuencia de la medida del 19 de abril o, por ejemplo, a que otros productos incluidos en la entrada estaban mal clasificados o valorados. Así pues, para los productos que no figuran en la lista del 19 de abril, el total de los derechos liquidados para las entradas era igual que el total estimado de los depósitos de derechos para las mismas, incluídos el cerdo y el queso, ligeramente superior o inferior para las entradas que incluían láminas y suéteres, y más alto, en diverso grado, para aquellas que incluían galletas dulces y velas. Los productos incluídos en la lista final indican que los derechos aduaneros liquidados por entrada son más altos que los estimados por entrada en todos los casos.

Pregunta 46

¿Por qué el "riesgo", al que se refieren los Estados Unidos como justificación para el incremento de los requisitos en materia de fianzas introducido por ellos, y que se refiere a la posibilidad de que en un laudo arbitral se llegara a la conclusión de que la nueva medida de las CE siga anulando y menoscabando las normas de la OMC con respecto a los Estados Unidos, era diferente el 2 de marzo y el 3 ó 4 del mismo mes?

Respuesta

27. De hecho, el riesgo de que las fianzas depositadas resulten insuficientes para garantizar el pago del aumento de los derechos autorizado por el OSD existía desde la conclusión del período razonable de tiempo, ya que las CE estarían obligadas desde ese momento, debido a no haber cumplido con sus obligaciones en el marco de la OMC, previa autorización del OSD. El riesgo aumentó a partir del 3 de marzo porque el árbitro del caso de los *Bananos* con respecto al párrafo 6

del artículo 22, rechazó el argumento de las CE de que el árbitro carecía de jurisdicción para proceder con su examen del nivel de anulación o menoscabo, adoptó decisiones sobre ciertas cuestiones metodológicas, e indicó que se centraría con más intensidad en determinar el nivel de anulación o menoscabo (una vez que las CE facilitaran la información que se había negado anteriormente a facilitar).[247] Además, las propias declaraciones de las CE confirman que ya habían previsto que ese sería superior a cero, es decir que sabían que su presunta "nueva" medida continuaría constituyendo una infracción de las obligaciones de las CE en el marco de la OMC. Tal como se describe en el párrafo 29 de la primera comunicación de los Estados Unidos, el Comisario de Relaciones Exteriores, Sir Leon Brittan, declaró, después de la decisión inicial del 2 de marzo que la solicitud de los árbitros a los Estados Unidos para que hicieran una nueva estimación de los daños significaba que los árbitros de la OMC probablemente constatarían que éstos ascendían a una cantidad que oscilaba entre los 200 y 300 millones de dólares.[248] Más explícitos fueron los comentarios del Comisario de Industria, Sr. Bangemann, quien admitió que, aunque se había visto obligado a defender la postura de las CE, ésta carecía de fundamento.[249] La combinación de estos factores indica que existe el riesgo creciente de que el OSD autorice, en última instancia, el aumento de los derechos aduaneros.

Pregunta 47

En el párrafo 55 de la comunicación de réplica de los Estados Unidos, éstos afirmaban que "el USTR informó a la aduana de este riesgo". ¿Podrían los Estados Unidos facilitar al Grupo Especial una copia de dicha comunicación entre el USTR y la aduana en la que se identifique y defina dicho riesgo y cualquier otra instrucción pertinente?

Respuesta

28. Sírvanse ver la prueba testimonial Nº 12 de los Estados Unidos.

Pregunta 48

Los Estados Unidos afirman en el párrafo 35 de su comunicación de réplica que, "suponiendo a efectos de la documentación que los requisitos en materia de fianzas del 3 de marzo impongan una 'carga', con arreglo al artículo II o al artículo VIII, entonces estos requisitos no pueden, por definición, estar sujetos a lo dispuesto en el artículo XI". Sírvanse explicar más detalladamente la distinción entre el ámbito de aplicación de los artículo II y VIII y el del artículo XI, teniendo en cuenta los requisitos en materia de fianzas en cuestión.

Respuesta

29. Aparte de la explicación facilitada en el párrafo 35 de la segunda comunicación de los Estados Unidos, éstos señalan otra vez que los requisitos en materia de fianzas del 3 de marzo no suponían ningún pago o carga por parte del Gobierno de los Estados Unidos. A los importadores se les exigió que presentaran pruebas de que habían obtenido o bien fianzas únicas por transacción o fianzas de entrada continuadas (o de facilitar una garantía mediante un depósito en efectivo en lugar de una garantía sobre una fianza) para la entrada o entradas de las mercancías en cuestión. Dichas fianzas las prestan compañías privadas de seguros y, por lo general, las autoridades aduaneras suelen exigir la presentación de varios documentos y otros requisitos. Estos requisitos no se convierten en "cargas" solamente porque pueden dar lugar a algunos gastos.

---

[247] *Véanse* los párrafos 2.11, 3.1-4.15, 6.17 del *Arbitraje en virtud del párrafo 6 del artículo 22.*

[248] *Véase Inside U.S.Trade,* 12 de marzo de 1999, página 3.

[249] *Véase* el párrafo 29 y la nota 29 de la primera comunicación de los Estados Unidos.

30. Las CE han citado la diferencia del GATT sobre los *Precios Mínimos de Importación (MIPS)*[250] como justificación de su opinión de que los cambios del 3 de marzo a los requisitos en materia de fianzas deberían considerarse como "otras cargas".[251] La diferencia sobre los *MIPS* supuso la imposición de dos garantías separadas que garantizaban que las importaciones se harían en conformidad con los compromisos del importador y que las importaciones de tomate concentrado se harían a un precio mínimo de importación, o superior a éste. Las garantías se perderían si las importaciones no se efectuaran o si los precios del concentrado de tomate fueran inferiores al precio mínimo de importación.[252] Las CE no mencionan las conclusiones del Grupo Especial sobre los *MIPS* en el sentido de que las disposiciones que prevén la confiscación de estas garantías no se consideraban otras cargas sujetas a lo dispuesto en los artículos II y VIII ya que no se trataban de una sanción por el incumplimiento de las obligaciones o de un mecanismo para la aplicación del sistema de precios mínimos de importación.[253] Las garantías en cuestión en esta diferencia aseguran el cumplimiento de la obligación del importador de pagar los derechos aduaneros, y por lo tanto no se deben considerar "otras cargas" según los artículos II y VIII. Además el Grupo Especial sobre los *MIPS* examinó las cargas y gastos en concepto de intereses en relación con las garantías correspondientes a la diferencia en cuestión. No resulta claro del informe sobre los *MIPS* si estas cargas fueron recaudadas por las autoridades gubernamentales, en cuyo caso, las conclusiones del Grupo Especial sobre los *MIPS* no serían aplicables aquí, ya que el Gobierno de los Estados Unidos no carga nada por las fianzas que exige. Además, las CE no mencionan las constataciones del Grupo Especial sobre los *MIPS* en el sentido de que, incluso si estas cargas y gastos en concepto de intereses fueran "otras cargas" para una de las garantías eran muy reducidas, y "proporcionales al coste de los servicios prestados".[254] En la medida en que el Grupo Especial considera que las cargas en concepto de garantías privadas constituían "otras cargas", también estas son muy reducidas, y deberían considerarse proporcionales al costo de los servicios prestados. Tal como se describe en el párrafo 29 de la segunda comunicación de los Estados Unidos, el gasto habitual cobrado por una empresa privada de seguros sería de 3,50 dólares por cada 1.000 dólares del valor de la fianza por transacción única y de 10 a 20 dólares por cada 1.000 dólares del valor de la fianza para las fianzas continuadas. Sin embargo, sería un precedente preocupante que un grupo especial revisara el precio que cobran las empresas privadas por los servicios prestados.

Pregunta 49

Al alegar que el aumento de la cuantía de una garantía necesaria era para cubrir al 100 por ciento el derecho arancelario que pudiera llegar a adeudarse (después de que el grupo especial de arbitraje haya terminado su labor), los Estados Unidos parecen presumir que la obligación aplicable, en forma de derechos arancelarios, puede cambiar después de la entrada de un producto enumerado en el territorio aduanero de un Miembro de la OMC. ¿Es este cambio retroactivo de la ley de la obligación aplicable, aceptable para el derecho internacional?

---

[250] Informe del Grupo Especial del GATT sobre *CEE - Programa de precios mínimos, licencias y depósitos de garantía para la importación de determinadas frutas, legumbres y hortalizas elaboradas (MIPS)*, aprobado el 18 de octubre de 1978, IBDD 24S/68.

[251] *Véase* el párrafo 16 de la segunda comunicación escrita de las CE.

[252] Párrafo 2.6 del informe sobre los *MIPS*.

[253] Párrafos 4.7 y 4.16 del informe sobre los *MIPS*.

[254] Párrafos 4.2 y 4.6 del *MIPS*.

Respuesta

31. Como cuestión inicial, señalamos que la medida del 3 de marzo no cambió por sí misma el tipo de derecho aplicable a las entradas de mercancías a partir de esa fecha. Cambiaron simplemente los requisitos en materia de fianzas para dichas entradas.

32. Como observan las CE en su segunda comunicación, la responsabilidad por el pago de derechos para un producto determinado es la correspondiente a la fecha de importación.[255] Sin embargo, no siempre sucede que el derecho aplicable para la fecha de importación es el previsto en esa fecha. Por ejemplo, si un importador se equivoca al clasificar un producto en la importación, puede transcurrir algún tiempo después de la importación hasta que las autoridades aduaneras o el importador se den cuenta del error de la clasificación y cambien en consecuencia el tipo del derecho.[256] Igualmente, un error en la valoración de un producto podría dar lugar a una obligación de pago de un derecho más alto que el previsto en el momento de la entrada, y esto podría no descubrirse, ni cambiarse, hasta pasado algún tiempo después de la misma. Por consiguiente, un importador no siempre está obligado a pagar los derechos que pensaba eran debidos en el momento de la entrada de las mercancías.

33. Igualmente, en las investigaciones antidumping, puede haber casos en el que podrían aplicarse derechos a las importaciones del pasado basándose en una decisión adoptada algún tiempo después de la entrada de las mercancías. En el artículo 10 del Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (Acuerdo Antidumping) se prevé la imposición de derechos a partir de la fecha de la imposición de medidas provisionales a raíz de una determinación definitiva de la existencia de dumping y daño (párrafo 2 del artículo 10). Además, los derechos antidumping pueden imponerse sobre las entradas realizadas incluso antes de la fecha de aplicación de las medidas provisionales (es decir, antes incluso de que se hayan realizado las determinaciones preliminares de dumping y daño), en circunstancias específicas (párrafo 6 del artículo 10).

34. Como se expone en los párrafos 38-42 de la primera comunicación de los Estados Unidos y en los párrafos 16-18 de las respuestas de los Estados Unidos al Grupo Especial y a las CE, el contexto y objetivo de las disposiciones sobre suspensión de concesiones ponen bien en claro que esta fecha puede ser cualquiera después de concluido el plazo prudencial. El párrafo 7 del artículo 22 del ESD establece solamente que la solicitud de suspensión debe atenerse a la decisión de los árbitros.[257] En el párrafo 1 del artículo 22 se deja claro que es posible la suspensión de concesiones u otras obligaciones "en caso de que no se apliquen en un plazo prudencial las recomendaciones y resoluciones [del ESD] adoptadas". El objetivo de exigir un plazo prudencial -a fin de conceder un período de gracia a un Miembro para que pueda cumplir con sus obligaciones sin consecuencias- implica en su mera enunciación que las consecuencias de la falta de cumplimiento comienzan a partir de la conclusión de dicho período. Igualmente, la compensación que se exige en virtud del párrafo 2 del artículo 22 es exigible al expirar el plazo prudencial, y contribuiría solamente a fomentar el retraso, e induciría a no adoptar acuerdos sobre la compensación, si la responsabilidad por la suspensión de las concesiones se prolongara después de dicho momento.

---

[255] Párrafo 12 de la segunda comunicación de las CE.

[256] De hecho, tenemos entendido que las autoridades aduaneras de los Estados miembros de las CE pueden reclasificar, y por lo tanto aplicar tipos más altos de derechos de aduana a las mercancías, hasta tres años después de su entrada.

[257] En el párrafo 7 del artículo 22 se prevé, en la parte correspondiente que, "se informará sin demora de la decisión del árbitro al OSD: y éste, si se le pide, otorgará autorización para suspender concesiones u otras obligaciones siempre que la petición sea acorde con la decisión del árbitro, a menos que decida por consenso desestimarla".

35. Así pues, las normas de la OMC establecen, tanto en el contexto de la suspensión de las concesiones como en otros casos, que el derecho aplicable en la fecha de entrada puede no ser el previsto en esa misma fecha. Aparte de las normas de la OMC, y tal como se señala en el párrafo 27 de la segunda comunicación de los Estados Unidos, tanto el Convenio de Kyoto como el Acuerdo sobre Valoración en Aduana, fomentan el pronto despacho de la mercancía y permite la adopción de sistemas de garantías para asegurar el cumplimiento de las obligaciones reglamentarias, y para garantizar la recaudación de todos los derechos e impuestos *adicionales* que pueden resultar aplicables.[258] Así pues, el convenio prevé explícitamente que, como consecuencia necesaria del pronto despacho de la mercancía, podría resultar necesario imponer requisitos en materia de fianzas para garantizar la recaudación de los derechos adicionales aparte de los exigibles al importador sobre la base de la información de que se dispone en el momento de la importación, y que pudieran llegar a adeudarse como resultado de acontecimientos posteriores a la entrada de la mercancía. De este modo, el Convenio de Kyoto deja también en claro que los derechos aduaneros impuestos definitivamente pueden exceder los previstos en el momento de la entrada de la mercancía.

[258] Convenio de Kyoto, anexo B.1, 59-61.

Apéndice 2.7
Intervención oral de los Estados Unidos sobre cuestiones relacionadas con el ámbito de la presente diferencia, en la segunda reunión sustantiva
(9 de febrero de 2000)

1. Señor Presidente, miembros del Grupo Especial: Los Estados Unidos agradecen esta oportunidad de referirse al intento de las CE por tergiversar la naturaleza de la medida en cuestión y el mandato de la presente diferencia. Señor Presidente: Los Estados Unidos han pedido al Grupo Especial que dicte una resolución preliminar sobre esta cuestión. La resolución preliminar es importante para los Estados Unidos -así como para las CE-, a fin de saber qué medidas están en litigio en el procedimiento ante este Grupo Especial, de modo que las partes puedan orientar las pruebas que allegan y los argumentos que formulan a las reclamaciones que son objeto del mandato del Grupo Especial, sin recargar a éste con materiales relacionados con reclamaciones ajenas a ese mandato. Celebramos ahora la segunda reunión del Grupo Especial. Se han presentado todas las comunicaciones por escrito y se han preparado todas las intervenciones orales. Esta es la última oportunidad de responder a los argumentos. Si los Estados Unidos no se enteran en esta reunión de las medidas que el Grupo Especial considera que tiene ante sí en este procedimiento, ¿cómo podrán tener una oportunidad de responder?

2. En su carta de fecha 24 de enero, las CE afirman que la petición de los Estados Unidos de que se dicte una resolución preliminar sobre la medida en litigio es inoportuna. Sin embargo, la oportunidad de la petición de los Estados Unidos ha dependido de la oportunidad del propio intento de las CE de ampliar el mandato del Grupo Especial. Reconociendo que las medidas adoptadas el 3 de marzo se limitaban a los requisitos en materia de fianzas, las CE por primera vez en su declaración en la primera reunión sustantiva trataron de reformular el ámbito del presente procedimiento. Sería injusto, y constituiría una denegación del debido proceso, privar a los Estados Unidos de la oportunidad de responder y de solicitar una aclaración de cuáles son las medidas en litigio. Por otra parte, las cuestiones relativas al mandato pueden, y deben, presentarse en cualquier momento del proceso de solución de diferencias, pues son de naturaleza jurisdiccional y se relacionan con la competencia de un grupo especial para examinar una medida. En el asunto *India - Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura* (19 de diciembre de 1997, WT/DS50/AB/R, párrafo 92), el Órgano de Apelación determinó que las partes no podían convenir en una competencia respecto de una reclamación que no formara parte de la solicitud de establecimiento del grupo especial. El Órgano de Apelación dijo lo siguiente:

> El ámbito de autoridad de un grupo especial queda establecido en su mandato que se rige por el artículo 7 del ESD. el grupo especial sólo puede examinar las alegaciones que tiene autoridad para examinar en virtud de su mandato. El grupo especial no puede asumir un ámbito de autoridad que no tiene.

3. Señor Presidente: En el párrafo 2 del artículo 4 del ESD se dispone respecto de la celebración de consultas sobre "medidas … adoptadas", y el párrafo 7 del artículo 4 del ESD estatuye que una parte reclamante podrá pedir que se establezca un grupo especial si las consultas no permiten resolver la diferencia. El principio básico de que una medida debe haber sido adoptada antes de que pueda ser objeto de una solicitud de consulta y de un ulterior procedimiento ante un grupo especial es fundamental para el proceso de solución de diferencias de la OMC. No creemos que las CE lo discutan, particularmente a la luz de la vehemencia con la cual se opusieron a la petición de las partes reclamantes en el asunto *Bananos* de que se constituyera un grupo especial al amparo del párrafo 5 del artículo 21 con ese fundamento. Como señalamos en otra parte, las CE llegaron incluso a amenazar con obstruir el orden del día de la reunión del OSD de septiembre de 1998, con tal de que el OSD no autorizara la constitución de un grupo especial respecto de lo que, a juicio de las CE, era una medida que todavía no se había adoptado.

4. Las CE presentaron su solicitud de celebración de consultas el 4 de marzo de 1999, un día después de que los Estados Unidos anunciaran su decisión de modificar sus requisitos en materia de fianzas. Obviamente, la solicitud de celebración de consultas no podía incluir y, por lo tanto, no incluyó una medida adoptada el 19 de abril. Además, en las consultas, los Estados Unidos aclararon que las medidas adoptadas el 19 de abril no estaban dentro del ámbito de las consultas, y no hubo consultas a su respecto. Suponemos que los funcionarios de las CE en las consultas informaron del resultado de esas consultas a sus representantes en las actuaciones ante el presente Grupo Especial. Por cuanto las medidas adoptadas por los Estados Unidos el 19 de abril después de la autorización del OSD de suspender concesiones no fueron objeto de una solicitud de consulta o de consultas, la solicitud de las CE de que se estableciera un grupo especial no podía haber abarcado esas medidas. No obstante, las CE están tratando de incorporar las medidas del 19 de abril en el ámbito del presente procedimiento, fundadas en su percepción tardía de que la medida del 3 de marzo no fue otra cosa que una modificación de los requisitos de los Estados Unidos en materia de fianzas.

5. La medida del 3 de marzo en modo alguno afectó las obligaciones de pago de derechos. Los depósitos de derechos correspondientes a mercancías importadas entre el 3 de marzo y el 19 de abril se hicieron a los tipos NMF consolidados. La única modificación en los procedimientos de entradas de mercancías que se aplicaron a esos importadores fue la modificación de los requisitos en materia de fianzas. Del mismo modo que los requisitos ordinarios en materia de fianzas, los requisitos modificados en materia de fianzas no entrañaron pago alguno al gobierno. Tampoco estos requisitos en materia de fianzas alteraron en modo alguno la obligación última de pago de derechos, no obstante las meras afirmaciones en contrario de las CE. En ausencia de la medida del 19 de abril, todas y cada una de las importaciones sujetas al aumento de los requisitos en materia de fianzas se habrían liquidado al tipo NMF declarado.

6. Las CE afirman, en el párrafo 7 de sus respuestas de ayer a las preguntas que "no están convencidas" de que la medida del 3 de marzo no haya aumentado la obligación de pago de derechos. Sin embargo, como lo explicó el Órgano de Apelación en el asunto *Camisas y blusas*, la carga de demostrar un hecho recae en la parte que lo opone. No bastan las meras afirmaciones. Las CE se han limitado meramente a afirmar que los requisitos en materias de fianzas acrecentaron la obligación de pago de derechos, sin explicar en qué forma se produciría ese aumento conforme al derecho norteamericano. Los Estados Unidos tienen la certeza de que comprenden mejor que las CE el funcionamiento de su propio derecho, y las CE están simplemente equivocadas.

7. Las CE teorizan incorrectamente que podrán incorporar al ámbito de la presente diferencia las medidas del 19 de abril, aunque éstas no podrán haber sido objeto de una petición de celebración de consultas el 4 de marzo, aduciendo que su solicitud de establecimiento de un grupo especial se refiere a la medida del 19 de abril en calidad de medida confirmatoria de la obligación de pago de derechos impuesta el 3 de marzo. Tampoco en este caso, sin embargo, hubo una obligación pago de derechos impuesta el 3 de marzo, razón por la cual no se la pudo haber "confirmado". Incluso esta teoría es defectuosa.

8. En su carta de fecha 24 de enero, las CE aducen, también, que como incluyeron la lista promulgada el 19 de abril como anexo de su solicitud de constitución de un grupo especial, las medidas del 19 de abril figuran dentro del mandato. Sin embargo, la inclusión de esa lista no puede subsanar la circunstancia de que la solicitud de celebración de consultas de las CE de fecha 4 de marzo no podía haber incluido medidas que aún no se habían adoptado. Tampoco puede la inclusión de esa lista subsanar la circunstancia de que en la solicitud de las CE de que se estableciera un grupo especial la única referencia a la medida del 19 de abril es la que se acaba de mencionar, a saber, que esta medida presuntamente confirmó la obligación inexistente que según se dice habría sido impuesta el 3 de marzo. La lista incluida en la solicitud de constitución de un grupo especial sólo se puede considerar de carácter informativo.

9. El mandato de la presente diferencia no confiere jurisdicción para examinar las medidas adoptadas el 19 de abril, e instamos al Grupo Especial a que desestime las tentativas de las CE por incorporar estas medidas en el ámbito de la presente diferencia. Quedamos con interés al aguardo de la decisión del Grupo Especial.

Apéndice 2.8
Intervención oral de los Estados Unidos en la segunda reunión sustantiva
(9 de febrero de 2000)

Introducción

1. Señor Presidente: Acojo con beneplácito la resolución preliminar que ha dictado en el sentido de que las medidas del 19 de abril no están incluidas dentro del mandato del presente procedimiento. Al propio tiempo, acogemos con beneplácito el reconocimiento por el Grupo Especial de que es importante que comprendamos estas medidas. Esa importancia se pondrá mejor de manifiesto en algunos momentos.

2. Señor Presidente, distinguidos miembros del Grupo Especial: Nuevamente tengo el honor de representar hoy ante ustedes a los Estados Unidos. Celebramos ahora la segunda reunión del presente Grupo Especial, y las cuestiones en litigio en la presente diferencia han cobrado más claridad. Por ejemplo, está claro que la única medida que se adoptó el 3 de marzo fue la modificación de los requisitos en materia de fianzas respecto de ciertas mercancías procedentes de países de las CE, y que esta modificación de los requisitos en materia de fianzas no impuso ninguna responsabilidad de pago de derechos distinta de los tipos NMF consolidados aplicables a las importaciones de todos los orígenes. También está claro que esta medida se adoptó en el contexto de los esfuerzos de las CE por demorar la conclusión de las actuaciones previstas en el párrafo 6 del artículo 22 que, conforme al régimen del ESD, debían llegar a su término para el 2 de marzo. Además, está claro que los esfuerzos de las CE por dilatar la tramitación fueron sólo los más recientes de sus intentos por obstruir el funcionamiento del sistema de solución de diferencias de la OMC, con la mira de escapar a las consecuencias de su incumplimiento de las recomendaciones y resoluciones del OSD en el asunto *Bananos*.

3. Desafortunadamente, la argumentación de las CE en la presente diferencia ha revelado su persistente deseo de confundir las cuestiones en litigio y su indiferencia por las consecuencias de sus medidas para el sistema de comercio internacional y el régimen de solución de diferencias. Las CE han solicitado explícitamente al presente Grupo Especial que declare *ultra vires* la labor de otro grupo especial, e implícitamente le han pedido que contravenga las normas de la OMC que reservan a los Miembros el derecho de modificar las disposiciones de la OMC. Además, las CE hábilmente han dejado de lado su insistencia durante el plazo prudencial de que sólo una medida adoptada realmente puede ser objeto de un procedimiento de solución de diferencias; en cambio, han tratado de que el presente Grupo Especial examine medidas que no se adoptaron el 3 de marzo y que no forman parte de su mandato. Por otra parte, las CE han mostrado inclinación a formular argumentos excesivamente amplios que pondría en tela de juicio a los regímenes de fianzas para el pronto despacho, favorables a la consecución del comercio, en un singular empeño por lograr que el Grupo Especial convalide sus tácticas dilatorias en el asunto *Bananos*.

4. Señor Presidente: El presente Grupo Especial debe concentrar su atención, no en lo que las CE alegan que ocurrió el 3 de marzo, sino en las medidas que realmente se adoptaron en esa fecha. Además, el Grupo Especial debe analizar esas medidas para determinar si son compatibles con las obligaciones asumidas por los Estados Unidos en el seno de la OMC, con un criterio económico que lleve a dictar sólo las resoluciones que sean necesarias para dar cima a su cometido. El Grupo Especial debiera abstenerse de aceptar la invitación de las CE a legislar, a exceder su mandato y a formular pronunciamientos jurídicos radicales con inciertas consecuencias para el comercio internacional. Cuando se les examina a la luz de las obligaciones pertinentes en los Estados Unidos, es evidente que las medidas realmente adoptadas el 3 de marzo estaban en consonancia con dichas obligaciones.

La medida

5. En primer lugar, abordaré brevemente alguno de los puntos planteados hoy por las CE. En cuanto a la carta cursada por el USTR al Servicio de Aduanas de los Estados Unidos, es importante reconocer que, como bien se desprende de la redacción de esa carta, se trataba de una petición y no de una "instrucción". El único fundamento jurídico de la medida que se cita en la carta es el invocado por la Aduana para modificar los requisitos en materia de fianzas, esto es, la disposición contenida en 19 CFR § 113.13. La carta dimanó de un proceso interinstitucional y reflejó dicho proceso, pero la única autoridad jurídica a cuyo amparo se adoptó la medida fue la de la Aduana. Con respecto a la "retención de la liquidación", hay que reconocer que no existe un derecho a la liquidación inmediata. Los procedimientos aduaneros ya preveían entonces un plazo de liquidación de entre 314 días y 1 año. En consecuencia, la primera petición contenida en la carta del USTR respecto de la "retención de la liquidación" no podía ser atendida, pues la Aduana ya estaba empleando un ciclo de liquidación de 314 días, y ese ciclo no se modificó.

6. En cuanto a las medidas del 19 de abril, pese a los argumentos aducidos por las CE, cabe decir que dichas medidas dieron carácter retroactivo a los derechos sobre las importaciones declaradas a partir del 3 de marzo. Todo lo que hicieron los Estados Unidos el 3 de marzo fue modificar los requisitos en materia de fianzas, de modo que la Aduana pudiera tener una mayor probabilidad de percibir esos derechos en el caso de que el OSD autorizara la suspensión de concesiones y de que los Estados Unidos decidieran aumentar los derechos. Esa medida se adoptó el 19 de abril.

7. Quisiera examinar nuevamente la forma en que funciona el régimen de los Estados Unidos para las importaciones. Cuando una importación llega a los Estados Unidos, el importador presenta una documentación sumaria respecto de la importación, junto con un comprobante de fianza. Tras presentar esa documentación y el comprobante de fianza, se procede inmediatamente al despacho a consumo de la mercancía. En el momento del despacho, o poco después, el importador deposita los derechos estimados. Ayer presentamos la Prueba documental 14, en la que consignamos estadísticas sobre los derechos correspondientes a los productos enumerados en la lista. En dicha Prueba documental figura una columna relativa a los derechos estimados pagados. Respecto de cada partida de la lista, los derechos estimados que se pagaron se calcularon al tipo NMF. La Aduana consideró que esos depósitos eran correctos pues correspondían a la única obligación de pago de derecho que existía. No se cursó ninguna instrucción a los directores de puertos de aumentar los derechos y, por lo tanto, los puertos no exigieron depósitos de derechos de mayor cuantía. Al tiempo de la liquidación, la Aduana efectúa la determinación final de los derechos por pagar. La Aduana examina la clasificación y la valoración, por ejemplo, para confirmar que sean correctas. Una vez confirmada la responsabilidad por el pago de derechos, la Aduana cursa un aviso al importador. Cuando hay diferencia entre los derechos depositados y los derechos que realmente se han de pagar, dicha diferencia se cobra o reembolsa. Poco después de la liquidación, la Aduana queda privada de recursos para revisar esa obligación de pago de derechos. La Aduana no puede retrotraer la tramitación, salvo en casos de fraude, y volver a liquidar la mercancía importada. Entendemos que este régimen de los Estados Unidos es diferente de otros sistemas en este aspecto. En otros sistemas, el régimen de la prescripción autoriza a las autoridades aduaneras a retrotraer la tramitación y a corregir las determinaciones de pagos de derechos hasta que vence el plazo de prescripción que es de alrededor de 3 años. En los Estados Unidos, este plazo es de 1 año. La Aduana debe efectuar la liquidación entre 314 días y 1 año.

8. Quiero reiterar que la única medida incluida dentro del mandato de la presente diferencia es la modificación del 3 de marzo de los requisitos en materia de fianzas relativos a ciertos productos procedentes de países de las CE. El comunicado de prensa del 3 de marzo no es en sí una medida, como tampoco lo es la carta cursada por el USTR al Servicio de Aduanas. Las CE solicitaron que se celebraran consultas el 4 de marzo en relación con medidas adoptadas el 3 de marzo, y sólo esas medidas pueden legítimamente ser objeto de este procedimiento de solución de diferencias. Ningún acto de los Estados Unidos el 3 de marzo afectó a las obligaciones de pago de derechos, ni tampoco

demoró las liquidaciones. Los depósitos por productos importados entre el 3 de marzo y el 19 de abril se hicieron con arreglo a los tipos NMF consolidados. El único cambio en el procedimiento de importación para estos importadores fue la modificación de los requisitos en materia de fianzas. Como ocurre con el régimen ordinario de fianzas, la modificación de los requisitos en materia de fianzas no entrañó ningún pago al Estado. Estos requisitos en materia de fianzas tampoco alteraron en modo alguno la obligación última de pago de derechos, no obstante las meras alegaciones en contrario de las CE. En ausencia de la medida del 19 de abril, todas y cada una de las mercancías importadas sujetas al aumento de la fianza se habrían liquidado al tipo NMF aplicable en el momento de la importación.

Los artículos del GATT y el párrafo 6 del artículo 22 y el párrafo 2 c) del artículo 23 del ESD

9. Las CE añadieron poca novedad en sus respuestas a las preguntas del Grupo Especial o en la segunda comunicación respecto de las cuestiones vinculadas con los artículos I, II, VIII u XI del GATT. Como se dijo en las comunicaciones de los Estados Unidos, las CE no han satisfecho el *onus probandi* de demostrar que la medida del 3 de marzo era incompatible con cualquiera de esas disposiciones. En particular, los Estados Unidos desean señalar a la atención los argumentos de las CE relativos a los artículos II y VIII. Las CE aducen aparentemente que sólo las modificaciones de los requisitos en materia de fianzas instituidas el 3 de marzo se han de considerar en la categoría de otras cargas prohibidas, aunque sus argumentos bien podrían aplicarse a todos los regímenes de fianzas. En su empeño por obtener una decisión contra la medida del 3 de marzo, las CE querrían que el Grupo Especial decidiera en detrimento de un mecanismo facilitador del comercio que acelera el pronto despacho de mercancías por las autoridades aduaneras y que está contemplado en el Acuerdo sobre Valoración en Aduana de la OMC y en el Convenio de Kyoto y que es propiciado por ambos instrumentos. Muchos Miembros de la OMC emplean regímenes de garantías para asegurar la cobranza de derechos aduaneros y cubrirse contra los riesgos relacionados con ciertas importaciones de mercancías.

10. Cuando despachan mercancías al consumo en sus territorios antes de que se depositen o determinen definitivamente los derechos y otras cargas, y antes de que haya sido posible confirmar de manera definitiva la observancia por el importador de todas las obligaciones pertinentes, las autoridades aduaneras asumen un riesgo. Ese riesgo guarda relación directa con los pasivos totales que podrían adeudarse, incluidos no sólo los derechos, sino también otras cargas y tasas, así como la liquidación de perjuicios por el incumplimiento de otras obligaciones con la aduana. Si los importadores no pagaran sus deudas aduaneras, las autoridades aduaneras podrían encontrarse privadas de recursos para cobrar esas deudas. Ante ese riesgo, las autoridades aduaneras bien pueden optar por retener la mercancía hasta que se haya determinado definitivamente la deuda total del importador y ésta haya sido pagada y hasta que se haya comprobado definitivamente que el importador ha satisfecho los demás recaudos. Sin embargo, conforme a lo previsto en el Acuerdo sobre Valoración en Aduana y en el Convenio de Kyoto (así como en los Principios Rectores Internacionales de la Cámara de Comercio Internacional para las Aduanas), es posible todavía proceder al pronto despacho a consumo de las mercancías, cosa que debiera hacerse, si las autoridades aduaneras establecen regímenes de garantías para cubrirse de los riesgos inherentes a dicha práctica.

11. Los argumentos de las CE respecto de los artículos II y VIII bien podrían hacerse extensivos a todos los regímenes de fianzas y crear conflictos tanto dentro del Acuerdo sobre Valoración en Aduana como en el ámbito del Convenio de Kyoto. Esas interpretaciones son innecesarias y se deben evitar. El régimen de fianzas de los Estados Unidos en relación con el pronto despacho de mercancías a consumo no requiere un pago al Estado y no impone otras cargas en la acepción de los artículos II y VIII. En ello queda comprendida la revisión de los requisitos en materia de fianzas dispuesta el 3 de marzo. El Estado no cobró tasas en relación con las fianzas correspondientes a mercancías sujetas a los requisitos revisados en materia de fianzas. Obviamente, el presente caso no se refiere a la escala de comisiones que los bancos privados cobran por el otorgamiento de garantías, que es un servicio financiero ordinario. Queremos señalar que las CE en la página 4 de su declaración de hoy sugieren

que las comisiones cobradas por estos garantes privados ascenderían en total a 10 millones de dólares EE.UU. sobre un valor de intercambio comercial de 520 millones de dólares EE.UU. Esa cifra es pura fantasía. Las CE ignoran la circunstancia de que la fianza continuada asciende sólo al 10 por ciento del valor declarado y de que estos requisitos de fianzas sólo se han aplicado durante alrededor de un mes. Tenemos entendido que los garantes privados, por lo común, cobran entre 10 y 20 dólares EE.UU. por cada 1.000 dólares de valor de la fianza en el caso de fianzas continuadas, razón por la cual las cifras que estos garantes privados cobrarían no guarda semejanza alguna con la cifra citada por las CE.

12. Las CE, en el párrafo 4 de las respuestas de ayer, al parecer reconocen que una medida que no produce rentas para el fisco del Miembro importador de la OMC no entra en la categoría de "derechos de aduana, impuestos u otras cargas". Las CE hicieron esta declaración en el contexto de su examen del artículo XI, cuya infracción no han podido probar. No obstante, las CE no pueden aducir que si bien no constituyen una "carga" a los efectos del artículo XI, los requisitos en materia de fianzas, pueden, con todo, ser una "carga" a los efectos del artículo II. No existe fundamento alguno que justifique esa distinción. Aparte de que el fisco no recibió pago o renta alguno en relación con los requisitos en materia de fianzas, esos requisitos de fianzas no son "otras cargas", porque las fianzas tienen por único objeto dar efecto a la obligación de pagar los derechos, y esas garantías, como mecanismos de ejecución, no constituyen "otras cargas" conforme al precedente de los *MIPS*, que, según observamos, se siguió en el Grupo Especial del GATT sobre el asunto *Bananos II* (DS38/R, de 11 de febrero de 1994).

13. Sin embargo, aunque el Grupo Especial llegara a la conclusión de que los requisitos en materia de fianzas constituían "otras cargas" abarcadas por los artículos II y VIII, esas "cargas" se debieran considerar en consonancia con el coste de los servicios prestados, a saber, el riesgo de que los importadores no paguen sus derechos y cumplan otras obligaciones. Si el Grupo Especial considerara necesario examinar la cuestión relativa a saber si algunas "cargas" vinculadas específicamente con los requisitos en materia de fianzas del 3 de marzo son compatibles con los artículos II y VIII, estimamos que el Grupo Especial debería determinar que esas "cargas" están en consonancia con el "coste" adicional vinculado con el pronto despacho de las mercancías afectadas, esto es, el riesgo de que se impongan a esas importaciones declaradas los derechos adicionales que pueda autorizar el OSD y de que los importadores se abstengan de pagarlos.

14. En cuanto al artículo XI y su relación con los artículos II y VIII, querríamos señalar que las CE dijeron ayer, en el párrafo 5, que sus argumentos del artículo XI sólo serían pertinentes si los requisitos de fianza no hubieran aumentado también el arancel aduanero. Por cuanto los requisitos de fianzas no lo hicieron, las CE están admitiendo que los artículos II y VIII no son aplicables. Sin embargo, el argumento de las CE relativo al artículo XI falla por sí sólo. Como dijimos en nuestras comunicaciones, el argumento de las CE respecto del artículo XI se ha sustentado exclusivamente en la errónea afirmación de que los requisitos de fianzas paralizaron efectivamente el intercambio comercial. Pero no fue así. Además, en su comunicación de ayer, las CE sugieren en el párrafo 4 que el "propósito" de paralizar el comercio es también una infracción del artículo XI. Sin embargo, el propósito de una medida no es pertinente para determinar si infringe o no el artículo XI. En el asunto *Bananos II*, el Grupo Especial examinó el argumento de las partes reclamantes de que un derecho elevado sobre las importaciones no comprendidas en el contingente era incompatible con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo XI por cuanto perjudicaba al comercio. En el párrafo 139 de su informe, el Grupo Especial concordó con los grupos especiales sobre los asuntos *CEE - Semillas oleaginosas* y *Japón - Cueros* de que las consecuencias reales de una medida no eran pertinentes para el análisis previsto en el artículo XI, y observó que en ninguna parte del artículo XI se mencionaban las consecuencias comerciales. Análogamente, las alegaciones relativas al "propósito" de una medida no se mencionan en parte alguna del artículo XI y carecen de pertinencia para dicho análisis.

15. Por esta razón y por las razones examinadas en nuestras comunicaciones, cabe decir que las CE no han probado que los requisitos en materia de fianzas instituidos el 3 de marzo fueran

incompatibles con los artículos I, II, VIII y XI del GATT. Por lo tanto, las CE no han probado tampoco que la medida del 3 de marzo involucrara una suspensión de concesiones u otras obligaciones. Las CE, pues, tampoco han probado que las medidas del 3 de marzo fueran incompatibles con el párrafo 6 del artículo 22 o con el párrafo 2 c) del artículo 23, que establecen las condiciones para la suspensión de concesiones u otras obligaciones.

El párrafo 5 del artículo 21

16. Me referiré ahora a los argumentos de las CE respecto del párrafo 5 del artículo 21. Comenzaré con la cita del párrafo 7 del artículo 22 del ESD, que dice así: "Las partes aceptarán como definitiva la decisión del árbitro y no tratarán de obtener un segundo arbitraje." Se trata, pues, de una obligación firme. Con todo, ello parece en gran medida contrario a la petición de las CE de que se declare *ultra vires* la decisión del árbitro previsto en el párrafo 6 del artículo 22, y también con la declaración hecha esta mañana por las CE en el sentido de que si el Grupo Especial concuerda con las CE respecto del párrafo 5 del artículo 21 la suspensión de concesiones ordenada por los árbitros y autorizada por el OSD es y sigue siendo incompatible con las obligaciones asumidas por los Estados Unidos, y que ello incluye tanto el período posterior al 3 de marzo como el posterior al 19 de abril. Esta alegación es cualquier cosa menos una aceptación, y la petición misma pone en tela de juicio la observancia por las CE de lo dispuesto en el párrafo 7 del artículo 22.

17. Está claro ahora que los argumentos de las CE respecto del párrafo 5 del artículo 21 nada tienen que ver con la medida en litigio en la presente diferencia, esto es, el aumento de los requisitos en materia de fianzas. Las CE mismas no han podido probar ningún nexo entre los requisitos en materia de fianzas y el párrafo 5 del artículo 21 como no sea el argumento, tenue e insostenible, de que la medida del 3 de marzo "dependía directamente" de medidas que presuntamente eran violatorias de lo dispuesto en el párrafo 5 del artículo 21 (medidas que no entran dentro del mandato de la presente diferencia), y no de que la medida del 3 de marzo misma contraviniera lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 25 (véase segunda comunicación escrita de las CE, párrafo 20).

18. Las CE piden al presente Grupo Especial que contravenga varias disposiciones de la OMC a fin de que decida que el árbitro previsto en el párrafo 6 del artículo 22 en el asunto *Bananos* de alguna manera violó otras disposiciones del ESD. Esta maniobra, a todas luces política, nada tiene que ver con la resolución de las cuestiones en litigio en la presente diferencia respecto del aumento de los requisitos en materia de fianzas, y es sólo un mero intento por escapar al proceso de examen del ESD y violar el derecho exclusivo de todos los Miembros de la OMC a modificar el ESD. Más aún, no entendemos cómo pueden las CE reconciliar su petición al presente Grupo Especial de que declare *ultra vires* la labor del árbitro en el asunto *Bananos* con su obligación, conforme al párrafo 7 del artículo 22 del ESD, de "[aceptar] como definitiva la decisión del árbitro". En particular, nos preocupa la implicación de las CE de que la decisión del árbitro no es "vinculante" o que por otros conceptos puede prescindirse de ella respecto del derecho de los Estados Unidos a suspender concesiones (segunda comunicación de las CE, párrafos 74 a 76). La impugnación directa por las CE de la validez de la decisión del árbitro previsto en el párrafo 6 del artículo 22 es cualquier cosa menos una aceptación de la decisión del árbitro exigida por el párrafo 7 del artículo 22.

19. La simple consideración de que los requisitos en materia de fianzas nada tienen que ver con un artículo del ESD que establece un mecanismo para solucionar diferencias en materia de aplicación revela la absoluta carencia de fundamento de la pretensión de las CE respecto del párrafo 5 del artículo 21. Las CE quieren encontrar en el párrafo 5 del artículo 21 una obligación firme de parte de las partes reclamantes (aunque, naturalmente, no de la parte acusada de incumplimiento) de recurrir a los procedimientos previstos en el párrafo 5 del artículo 21, con exclusión de los procedimientos del artículo 22 explícitamente previstos en el ESD y que, por sus propios términos, ni siquiera hacen referencia al párrafo 5 del artículo 21. Ni los árbitros en el asunto *Bananos* ni el Grupo Especial del *Artículo 301* determinaron que existiera esa obligación, y nosotros estamos de acuerdo en que no existe. Con todo, incluso si existiera una obligación de esa naturaleza, cabe señalar que las CE no han

presentado ninguna explicación verosímil de la forma en que el aumento de los requisitos en materia de fianzas viola esa obligación. Las CE, en cambio, estiman que pueden inferir actos que violan el párrafo 5 del artículo 21, de la misma manera que estiman que, por el solo hecho de su aseveración, pueden incluir dentro del ámbito de la presente diferencia unas medidas que no se adoptaron el 3 de marzo o unas medidas que no entran dentro del mandato. De acuerdo con las CE, si una parte en incumplimiento estima que ha aplicado las recomendaciones y resoluciones del OSD, y una parte reclamante no ha solicitado el procedimiento previsto en el párrafo 5 del artículo 21, entonces todo lo que la parte reclamante haga violará lo dispuesto en el párrafo 5 del artículo 21. Solicitar un procedimiento multilateral al amparo del artículo 22 infringe lo dispuesto en el párrafo 5 del artículo 21, allegar pruebas al árbitro previsto en el artículo 22 infringe lo dispuesto en el párrafo 5 del artículo 21, aumentar los requisitos en materia de fianzas infringe lo dispuesto en el párrafo 5 del artículo 21: virtualmente todo acto que ponga de resalto el incumplimiento de las CE en el asunto *Bananos* infringe lo dispuesto en el párrafo 5 del artículo 21. Esta interpretación es sencillamente insostenible.

20. Volvamos atrás por un momento y recordemos que el propósito del párrafo 5 del artículo 21 es establecer un ágil mecanismo multilateral para resolver diferencias en materia de aplicación. No tiene por objeto servir de justificante para retrasar las consecuencias multilaterales del incumplimiento. Tampoco tiene por objeto anular derechos multilaterales a que el OSD autorice la suspensión de concesiones al amparo de la regla del consenso negativo dentro de los 30 días de la expiración del plazo prudencial, o de que el árbitro previsto en el artículo 22 complete su cometido dentro de los 60 días. El párrafo 5 del artículo 21 tampoco tiene por objeto atribuir a las partes en incumplimiento un recurso para que puedan disuadir a las partes reclamantes de que hagan uso de los derechos que les confiere la OMC de solicitar una suspensión autorizada por el OSD. De acuerdo con la interpretación que las CE hacen del párrafo 5 del artículo 21, éste diría lo contrario de lo que dice y se convertiría en un instrumento para menoscabar disposiciones de la OMC que son esenciales para velar por que los Miembros cumplan las obligaciones que han asumido en el marco de la OMC.

21. Las CE alegan que tienen derecho a que el presente Grupo Especial dicte una resolución sobre la relación entre el párrafo 5 del artículo 21 y el artículo 22 y aducen que habrá denegación de "justicia" si no se adopta esa resolución. Sin embargo, el Grupo Especial puede decidir sobre la pretensión de las CE respecto del párrafo 5 del artículo 21 sin implicar o anular lo dispuesto en el artículo 22 y, a ese fin, todo lo que tiene que hacer es desechar esa pretensión respecto del párrafo 5 del artículo 21 fundado en que los requisitos en materia de fianzas no implican ninguna obligación que pueda entrar en el ámbito del párrafo 5 del artículo 21. Si el Grupo Especial llega a esta conclusión o decide no conocer de la pretensión de las CE respecto del párrafo 5 del artículo 21, ciertamente se habrá hecho justicia. No se hará justicia si se resuelve que otro grupo especial de la OMC ha actuado *ultra vires*, que se deben anular los derechos al amparo del artículo 22 sobre la regla del consenso negativo y sobre la oportunidad de los procedimientos previstos en el párrafo 6 del artículo 22, que se debe ignorar el requisito del párrafo 2 del artículo 3 del ESD de que los grupos especiales no pueden ni aumentar ni reducir los derechos o que los grupos especiales pueden ejercer el derecho de modificar el ESD que ha sido conferido exclusivamente a los Miembros en virtud del artículo X del Acuerdo sobre la OMC. Esas decisiones bien podrán servir a las metas políticas de las CE, pero no harán justicia.

22. Quisiera responder brevemente a diversos asuntos vinculados con los argumentos sobre el párrafo 5 del artículo 21 que las CE consignan en su segunda comunicación. El primero de esos asuntos es el argumento de las CE de que su aplicación constituyó una "nueva" medida. Como hemos explicado, la novedad de las medidas de aplicación de un Miembro carece de pertinencia en la presente diferencia. Sin embargo, no queremos dejar una impresión errónea en el Grupo Especial respecto de los cambios introducidos por las CE en su régimen de importación de bananos. Los elementos del llamado "nuevo" régimen de importación de bananos que violaban las obligaciones de las CE fueron virtualmente idénticos a los del antiguo régimen y violaban esas obligaciones por las mismas razones, pues establecían regímenes separados y discriminatorios respecto del banano en

infracción de lo dispuesto en el artículo XIII del GATT de 1994 y asignaban las licencias en función de un período de referencia que garantizaba resultados discriminatorios en contravención de lo dispuesto en los artículos II y XVII del AGCS. Las partes reclamantes en el asunto *Bananos* ya habían señalado esta circunstancia a la atención de las CE en enero de 1998, pero las CE hicieron caso omiso, pues consideraron que tenían derecho a continuar anulando y menoscabando los beneficios de la OMC para las partes reclamantes mediante el expediente de reformular su antiguo régimen. Esa ha sido la práctica seguida por las CE en los casi 10 años de existencia que lleva el asunto *Bananos*. En parte, ello ha facilitado la tarea de los diversos grupos especiales; cuando el Grupo Especial de la OMC para el asunto *Bananos* examinó una instancia anterior de los esfuerzos de reformulación de las CE, pudo completar su análisis limitándose a citar varias páginas del informe de su predecesor en el GATT y a añadir las palabras "estamos de acuerdo" (informe del Grupo Especial sobre el asunto *Bananos*, párrafos 7.179 y 7.180). Del mismo modo que era evidente a los ojos de las partes reclamantes y del árbitro y los miembros del Grupo Especial en el asunto *Bananos*, la persistente violación que tenía su causa en el régimen reformulado de las CE también era aparente a los funcionarios de las CE. Señaló a la atención del Grupo Especial el párrafo 29 de la primera comunicación de los Estados Unidos, donde se citan palabras de los funcionarios de la CE que reconocen que era infundada la pretensión de las CE de que habían instituido un "nuevo" régimen compatible con la OMC.

23. Otro aspecto de la segunda comunicación de las CE que los Estados Unidos querrían abordar se refiere a las medidas de los Estados Unidos en relación con lo dispuesto en el párrafo 5 del artículo 21 en el asunto *Camarones - Tortugas*. El acuerdo de los Estados Unidos con Malasia sólo refuerza la circunstancia de que las normas vigentes del ESD obligan a las partes a llegar a esos acuerdos si desean demorar los procedimientos del artículo 22 sin abrir la puerta a la posibilidad de que una parte demandada bloquee la autorización para suspender concesiones. Las CE en los párrafos 62 y 63 de su segunda comunicación señalan que esos acuerdos no impiden que terceros se opongan al consenso, cosa que es verdad. Sin embargo, las CE no explican en qué forma su interpretación del párrafo 5 del artículo 21 o del artículo 22 permitiría subsanar esa deficiencia. En verdad, la acentuaría. En la forma en que están redactadas esas disposiciones, si fuera necesario incoar los procedimientos del párrafo 5 del artículo 21 antes que los procedimientos del artículo 22, no sólo los terceros, sino también las partes que no aplican las resoluciones y recomendaciones podrían denegar a las partes reclamantes el beneficio de la regla del consenso negativo al amparo del artículo 22, y a las partes reclamantes también se les denegaría el derecho al amparo del artículo 22 de que los árbitros concluyan su cometido dentro de los 60 días de la expiración del plazo prudencial. En otras palabras, disposiciones enteras del artículo 22 carecerían de efecto jurídico. Evitar ese resultado es la "razón legal imperativa" para no adoptar la interpretación de las CE, no obstante la dificultad que éstas tienen para comprenderlo (segunda comunicación de las CE, párrafo 64).

24. Por mucho que los Miembros de la OMC estén o no de acuerdo en que procedimientos similares a los del párrafo 5 del artículo 21 deban o no preceder a una solicitud de suspensión, las normas del ESD actualmente vigentes no lo contemplan. Los Miembros de la OMC han estado examinando enmiendas al ESD que contemplarían esa situación y subsanarían los problemas relacionados con la regla del consenso negativo que existen en el texto vigente del ESD. Con todo, sólo los Miembros pueden enmendar el ESD. Un solo Miembro no puede pedir a un solo grupo especial que legisle esas enmiendas por su propio imperio, en violación de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 3 del ESD y en el ejercicio de los derechos exclusivos de los Miembros conforme al artículo X del Acuerdo sobre la OMC.

25. Que las CE piden al Grupo Especial que haga justamente esto queda aún más patente en su petición de que el Grupo Especial legisle la creación de cargas y presunciones aplicables en los procedimientos del párrafo 5 del artículo 21 y del artículo 22. No existe ningún fundamento posible para que las CE pidan que este Grupo Especial imponga a otros grupos especiales la forma en que han de incoar sus procedimientos, sobre la base de nuevos derechos y obligaciones sacados de la nada. Como las CE dicen en el párrafo 87 de su segunda comunicación, la única presunción a la que

hace referencia el ESD es la mencionada en el párrafo 8 del artículo 3 del ESD, con arreglo al que se presume que la transgresión de las normas tiene efectos desfavorables. Las CE remiten a la declaración del Órgano de Apelación en el asunto *Chile - Impuestos a las bebidas alcohólicas* de que no existe presunción de mala fe -no de que sí existe una presunción de buena fe, como las CE dijeron esta mañana-, pero ello sólo refuerza la tesis de que los grupos especiales no deben embarcarse en una operación general de creación de presunciones que no están estatuidas en los Acuerdos de la OMC. La cuestión de las cargas y las presunciones en los procedimientos del párrafo 5 del artículo 21 carece de relación con la presente diferencia, y no es necesario adoptar una decisión sobre este punto para resolverla.

26. Los requisitos en materia de fianzas establecidos el 3 de marzo no guardan en absoluto relación con el párrafo 5 del artículo 21. Instamos ahora al Grupo Especial a que desestime la tesis flexible e interesada de las CE que consiste en definir la medida en la presente diferencia de modo de lograr pronunciamientos legislativos impropios, del mismo modo que oportunamente instamos al Grupo Especial a que desestimara la interpretación flexible de las CE respecto del mandato a fin de abarcar medidas ajenas al ámbito de la solicitud de celebración de consultas de las CE.

Conclusión

27. En su calidad de parte reclamante en la presente diferencia, sobre las CE recae la carga de probar que los requisitos en materia de fianzas instituidos el 3 de marzo eran incompatibles con las obligaciones de los Estados Unidos en el marco de la OMC. Las CE no han podido probarlo, y el Grupo Especial debiera desestimar en su totalidad las pretensiones de las CE. Muchísimas gracias.

Apéndice 2.9
Declaración final de los Estados Unidos en la segunda reunión sustantiva
(9 de febrero de 2000)

1. Sr. Presidente, señores miembros del Grupo Especial, deseo comenzar esta declaración dándoles las gracias tanto por los esfuerzos que han desplegado hasta la fecha examinando con detenimiento los distintos temas planteados por las partes, como los que tendrán que realizar ahora para llegar a una decisión. Como las partes están llegando al final de sus argumentos tanto sobre lo que sucedió el 3 de marzo, como sobre si con ello los Estados Unidos cumplieron con sus obligaciones en el marco de la OMC, creo que es importante retroceder y preguntarse cómo hemos llegado hasta aquí y hacer un resumen del camino recorrido. En términos sencillos, nos encontramos aquí porque, al mismo tiempo que las CE continúan negando a los Estados Unidos más de 191 millones de dólares al año en beneficios de la OMC negociados y acordados, está reclamando menos de siete semanas aproximadamente en concepto de modificación de los requisitos en materia de fianzas.

2. Desde el inicio de la OMC, las CE han mantenido un régimen con respecto al banano que equivale a un incumplimiento de sus obligaciones asumidas frente a la OMC. Actualmente está sólidamente establecido que dicho régimen anula y menoscaba los beneficios de los Estados Unidos en el marco de la OMC por una cantidad de 191,4 millones de dólares al año. Esta anulación y menoscabo, que asciende a varios millones de dólares, ha persistido, sin que los Estados Unidos hayan recibido ninguna compensación por ello, a través de consultas, durante más de 1 año de procedimientos del grupo especial, posteriormente del Órgano de Apelación y después durante un período razonable de tiempo de más de 15 meses. Por último, cuando fracasaron todas las demás vías de reparación, los Estados Unidos trataron de conseguir autorización del OSD para suspender las concesiones, autorización que les fue concedida. Pero incluso esa autorización se retrasó con respecto a la fecha prometida a los Estados Unidos, de conformidad con el ESD, debido a que las CE no facilitaron al árbitro la necesaria información.

3. Apenas se hizo evidente que a los Estados Unidos se les iba a conceder algún tipo de reparación, las CE impugnaron inmediatamente el pequeño paso dado por los Estados Unidos para tratar de proteger su capacidad de poner en práctica la suspensión de concesiones autorizada por el OSD. Las CE están presentando una reclamación por un cambio en los requisitos en materia de fianzas de menos de siete semanas, aun cuando no ha encontrado apropiado todavía subsanar años de anulación y menoscabo por una valor de varios millones de dólares.

4. Esto nos lleva a lo que sucedió y no sucedió exactamente el 3 de marzo. Las CE se apoyan en las declaraciones a la prensa y las peticiones -no instrucciones- del USTR para afirmar que la Aduana comenzó a suspender la liquidación. Hemos facilitado y referenciado los estatutos, avisos y reglamentos oficiales de aduanas con respecto a su política preexistente de liquidación de importaciones entre 314 días y 1 año. Hemos señalado que las medidas adoptadas el 3 de marzo no habían afectado a la aplicación de esta política, y que en la legislación de los Estados Unidos no existe ninguna medida equivalente a la "suspensión de la liquidación". Las CE afirman que los Estados Unidos revisaron los requisitos en materia de fianzas y, efectivamente, así lo hicimos; se aumentaron un 10 por ciento las fianzas continuadas (no en un 100 por ciento) del valor de la mercancía afectada importada previamente. Esto no suponía la realización de ningún pago al Gobierno. Además, como deja bien claro el ejemplo incluido en nuestra respuesta a la pregunta 35, se trataba como máximo de pagos insignificantes a garantes privados en relación con las fianzas.

5. Esto nos lleva al núcleo de la cuestión. Los requisitos en materia de fianzas -la única medida adoptada el 3 de marzo y la única existente cuando se inicio el litigio- no imponía ninguna obligación en concepto de pago de derechos. El argumento de las CE de que los Estados Unidos "aumentaron efectivamente" la obligación del pago de derechos no hace ninguna referencia a una sola ley de los

Estados Unidos que imponga presuntamente dicha obligación. No existe tal cosa como un "aumento efectivo" de la obligación del pago de derechos. O existe la obligación de pago o no existe. Si hubiera habido una obligación del pago de derechos, en las instrucciones a los directores del puerto el 3 de marzo se habría indicado que deberían recaudar dichos derechos, y esos directores habrían exigido el depósito de los derechos estimados para hacer frente al aumento de la obligación. Esto no sucedió el 3 de marzo. Solamente el 19 de abril se evaluó un derecho mayor y se recaudaron los depósitos por el aumento de los derechos. Las CE alegaron que los Estados Unidos no podrían, con arreglo a su legislación, aumentar retroactivamente los derechos el 19 de abril. Esto simplemente no es verdad. Nuestra respuesta a la pregunta 4 pone en claro que, según la legislación de los Estados Unidos, los aumentos o disminuciones de los derechos pueden hacerse efectivos retroactivamente. Sin esa facultad, no habría forma de dar cumplimiento, por ejemplo, a los derechos antidumping en las circunstancias especificadas en el párrafo 6 del artículo 10 del Acuerdo Antidumping, o, a ese respecto, a las disminuciones de derecho retroactivas de conformidad con el Sistema Generalizado de Preferencias. Y esa facultad resulta necesaria para aplicar la suspensión de concesiones autorizada por el OSD. Sin embargo, si bien la medida adoptada el 19 de abril se aplicaba a los derechos a las importaciones a partir del 3 de marzo, tal medida no está incluida en el ámbito del mandato de la presente diferencia. Y no podía estarlo, ya que no se había producido el 4 de marzo, que es la fecha de la solicitud de consulta de las CE.

6. Todo lo que proporciona una fianza es la garantía de que, si se descubre ulteriormente que una obligación de pago de derechos es superior a la importación, se reduce el riesgo de que no se pague a la Aduana. Los Estados Unidos introdujeron cambios a sus requisitos en materia de fianzas para garantizar que, si el OSD autorizaba concesiones, los Estados Unidos estarían en mejor posición para recaudarlas a partir del 3 de marzo. Es preciso recordar que las decisiones sobre el *Banano* del árbitro/grupo especial dejaron muy claro que la medida que las CE habían adoptado desde el 2 de enero era incompatible con las obligaciones derivadas de la OMC, y continuaban la anulación y menoscabo de los beneficios de los Estados Unidos a partir de esa fecha. Por las razones descritas en las comunicaciones de los Estados Unidos, este país tenía derecho, de conformidad con la autorización del OSD, a suspender las concesiones a partir del 2 de enero. Los requisitos en materia de fianzas del 3 de marzo contribuyeron a proteger este derecho.

7. Sin embargo, puesto que la medida adoptada el 3 de marzo consistía solamente en una revisión de esos requisitos, que no imponía ninguna obligación del pago de derechos, ¿en qué situación quedan las alegaciones de las CE? Como primera cuestión, está claro que los requisitos en materia de fianzas no tienen nada que ver con el párrafo 5 del artículo 21 y que la alegación puede desestimarse sin que por ello se incurra en la condena de la labor de otro procedimiento sobre una diferencia de la OMC, solicitado por las CE. En cuanto al artículo I del GATT de 1994, los requisitos en materia de fianzas del 3 de marzo, como todos los demás, se referían a los riesgos asociados con determinadas importaciones. Numerosos Miembros de la OMC otorgan a sus autoridades aduaneras la capacidad de ocuparse de riesgos específicos mediante la modificación de los requisitos en materia de fianzas. En cuanto a los artículos II y VIII, los requisitos en materia de fianzas del 3 de marzo no imponían ninguna obligación adicional de pago de derechos, ni proporcionaba ningún ingreso adicional a la Hacienda Pública de los Estados Unidos. En virtud de la propia construcción de las CE, los requisitos en materia de fianzas no están por lo tanto sujetos a las disposiciones de los artículos II y VIII, ya que no se trata de ninguna "carga." No es ésta una diferencia sobre si los honorarios de los bancos privados por las garantías facilitadas son demasiado altos. Además, las CE no han logrado demostrar de manera sustantiva que los cambios introducidos en los requisitos en materia de fianzas fueran incompatibles con el artículo XI.

8. Sr. Presidente, permítame referirme ahora al gráfico que se acaba de distribuir. Quisiera en primer lugar señalar que indica que el comercio no ha sido frenado. Con anterioridad a marzo de 1999 se produjo un gran aumento de las importaciones, por lo que no había que sorprenderse porque no se necesitara importar iguales cantidades después de esa fecha, ya que se disponía de abundantes reservas. Además, las importaciones continuaron realizándose incluso después del 19 de

abril, lo que indica que los Estados Unidos no han suspendido de hecho todas las concesiones autorizadas por el OSD.

9. Sr. Presidente, señores miembros del Grupo Especial, les pedimos ahora que sus constataciones se refieran a lo que realmente sucedió el 3 de marzo -un cambio en los requisitos en materia de fianzas- y al hecho de que estos requisitos no constituían un incumplimiento de las obligaciones de los Estados Unidos con respecto a la OMC tal como han afirmado las CE. Deseo agradecerles de nuevo la labor realizado hasta la fecha y, a partir de ahora, hasta la conclusión del caso que nos ocupa.

Apéndice 2.10
Respuestas de los Estados Unidos a nuevas preguntas del Grupo Especial
(10 de febrero de 2000)

Pregunta 50

¿Consideran las partes que existe un costo de oportunidad como consecuencia de los requisitos en materia de fianzas, en particular si se deposita dinero en efectivo en lugar de constituir fianza?

1. El término "costo de oportunidad" no es un término jurídico en el contexto de la OMC y no figura en ninguna parte del texto del Acuerdo sobre la OMC.[259] Como concepto económico, carece de relación con el examen de las reclamaciones en la presente diferencia. Además, desde un punto de vista fáctico, los costos de oportunidad que acompañan al despacho diferido de mercancías a consumo hasta que se han pagado todos los derechos (gastos de mantenimiento de existencias, ventas demoradas, cargos de almacenamiento en puerto y gastos administrativos más elevados) exceden sobradamente los costos de oportunidad vinculados con los regímenes de fianzas que permiten acelerar el despacho de mercancías a consumo. Ese es el atributo por el cual se recomienda la institución de esos regímenes. Reiteramos que el Gobierno de los Estados Unidos no deriva renta alguna de su régimen de fianzas y que éste no constituye una "carga" en la acepción de los artículos II y VIII.

Pregunta 51

Sírvanse suministrar copias de los anuncios informativos del Servicio de Aduanas relativos a la medida del 3 de marzo.

2. Aparte de las instrucciones de fecha 4 de marzo, el único aviso informativo de la Aduana en relación con la medida del 3 de marzo fue un documento de fecha 16 de marzo en el que se aclararon los requisitos en materia de fianzas estipulados en las instrucciones del 4 de marzo. Dicho documento figura en la Prueba documental 15 de los Estados Unidos.

Pregunta 52

Sírvanse suministrar los datos contenidos en las pruebas documentales 5 y 10 de los Estados Unidos, en formato Excel.

3. Las copias del fichero Excel de las pruebas documentales Nº 5 y Nº 10 de los Estados Unidos se acompañan a la versión electrónica de la presente respuesta.

Pregunta 53

Sírvanse informar de si algún importador de los productos enumerados en la lista optó por el depósito de dinero en efectivo en lugar de la constitución de fianza, conforme a lo autorizado en virtud del artículo 1623 e) de la Ley Arancelaria de 1930 (Prueba documental 11 de los Estados Unidos), durante el período comprendido entre el 3 de marzo y el 19 de abril de 1999. Además, en general, ¿en qué circunstancias optan los importadores por depositar dinero en efectivo en lugar de constituir fianzas?

[259] *Cf.* la advertencia del Órgano de Apelación respecto de fundarse en términos que no figuran en el Acuerdo sobre la OMC. Informe del Órgano de Apelación sobre *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (Hormonas)*, WT/DS26/AB/R, párrafo 181.

4. Del examen de los datos de importación pertinentes se desprende que ningún importador optó por depositar dinero en efectivo en lugar de constituir fianza por la entrada de mercancías enumeradas en la lista durante el período comprendido entre el 3 de marzo y el 19 de abril de 1999. Entendemos también que, en general, rara vez se acogen los importadores a esa opción. Aunque no disponemos de información sobre las situaciones en las cuales un importador optaría por el depósito de dinero en efectivo, bien cabe pensar que ello podría ocurrir si, dado su historial de solvencia, las compañías que otorgan garantías se negaran a constituir fianzas a su favor.

Pregunta 54

¿En qué se funda la afirmación de los Estados Unidos de que son reducidos los costos que impone el requisito de la fianza? ¿En qué medida, en todo caso, hubo una modificación en los costos después de la medida del 3 de marzo?

5. Esa afirmación se basa en nuestro conocimiento de las comisiones que suelen cobrar los garantes privados, como se dice en el párrafo 29 de la segunda comunicación de los Estados Unidos.[260] Tenemos entendido que la cuantía que habitualmente se cobra por un concepto de una fianza única por transacción es de 3,50 dólares EE.UU. por cada 1.000 dólares EE.UU. de valor de la fianza (0,35 por ciento). También tenemos entendido que las comisiones por fianzas continuadas son habitualmente de entre 10 y 20 dólares EE.UU. por cada 1.000 dólares EE.UU. del valor de la fianza (de entre 1 por ciento y 2 por ciento). El requisito típico de fianza continuada es de 10 por ciento de los derechos, impuestos y tasas en que haya incurrido el importador durante el año anterior. Como aproximación general, se puede decir que los derechos, impuestos y tasas ascienden por lo común a alrededor del 5 por ciento del valor declarado de las importaciones en los Estados Unidos. En consecuencia, la cuantía típica de una fianza continuada sería del 10 por ciento del 5 por ciento del valor declarado, o sea, el 0,5 por ciento del valor declarado, y la suma pagada por la fianza representaría entre un 1 por ciento y un 2 por ciento de esa cuantía o sea, entre 0,005 por ciento y 0,01 por ciento del valor declarado. A este respecto cabe formular la reserva de que la fianza continuada mínima es de 50.000 dólares EE.UU., lo que costaría entre 500 y 1.000 dólares EE.UU., en la hipótesis de una comisión de entre 10 y 20 dólares EE.UU. por cada 1.000 dólares EE.UU. de valor de la fianza.

6. Los requisitos en materia de fianzas establecidos el 3 de marzo aumentaron la cuantía de fianza continuada por los productos enumerados en la lista al 10 por ciento del valor declarado de esos productos el año anterior. En consecuencia, la suma pagada por la fianza sería entre el 1 por ciento y el 2 por ciento del 10 por ciento del valor declarado, o sea, entre el 0,1 por ciento y el 0,2 por ciento del valor declarado. Nuestra respuesta a la pregunta 35 ilustra el efecto que ello tendría sobre un importador. Para repetir ese ejemplo, cabe decir que si la fianza continuada ordinaria se había calculado sobre la base de las importaciones durante el año anterior valoradas en 1 millón de dólares EE.UU., y la suma de 50.000 dólares EE.UU. correspondía a mercancías abarcadas, la fianza continuada se suplementaria en un valor de 5.000 dólares EE.UU. (10 por ciento de 50.000 dólares EE.UU.) para conformarse a los requisitos revisados en materia de fianzas. La suma que típicamente podría cobrar un garante privado por esa cobertura adicional sería de aproximadamente unos 50 a 100 dólares EE.UU., sobre la base de una comisión de entre 10 y 20 dólares EE.UU. por cada 1.000 dólares de valor de la fianza.

Pregunta 55

¿En qué aspectos se modificó después del 19 de abril de 1999 el régimen de depósito de derechos correspondientes a los productos enumerados en la lista que se importaron entre el 3 de marzo y el 19 de abril de 1999?

[260] Como se dice también en el párrafo 29, esas comisiones acusan variaciones.

7. No hubo modificación, después del 19 de abril de 1999, en el régimen de depósito de derechos correspondientes a los productos enumerados en la lista que se hubieran importado entre el 3 de marzo y el 19 de abril y respecto de los cuales los depósitos de derechos ya se hubieran hecho antes del 19 de abril de 1999. En el caso de productos que figuraban en la lista del 19 de abril[261], se habría exigido un depósito de derechos del 100 por ciento si el depósito de derechos se hubiera hecho a partir del 19 de abril inclusive.

Pregunta 56

¿En qué medida el Servicio de Aduanas de los Estados Unidos tuvo que ejecutar fianzas en el caso de importadores que no pagaron la diferencia entre el depósito de derechos estimados al tipo NMF y el derecho más elevado que debía pagarse después de adoptada la medida del 19 de abril?

8. No es posible en este momento hacer esa determinación. En la medida en que los derechos estimados son insuficientes para atender a una obligación de pago de derechos, se concede a los importadores un plazo de seis meses después de la liquidación para solventar la diferencia antes de que el Servicio de Aduanas recurra contra el fiador. Por lo tanto, aún no se puede determinar con precisión con qué frecuencia será necesario ejecutar fianzas.

Pregunta 57

¿Qué ocurre con la fianza cuando se depositan los derechos estimados? ¿Se reduce en la cuantía pagada? Si la fianza no se reduce en función de esos pagos, ¿por qué querrá el importador optar por constituir un depósito de derechos estimados de mayor cuantía en lugar de dejar que el Servicio de Aduanas ejecute la fianza?

9. Es importante recordar que una fianza no es más que una garantía, otorgada por una compañía privada de garantías. El importador paga una comisión mínima por la fianza, como se dijo en la respuesta a la pregunta 54.

10. La fianza misma no se modifica una vez que se depositan los derechos estimados. Fundamentalmente, el depósito de los derechos estimados es sólo una de varias condiciones que se deben satisfacer al amparo de la fianza. La fianza asegura que se pagarán los derechos, impuestos y tasas y que se dará cumplimiento a las disposiciones legales y reglamentarias en relación con la mercancía. Por lo tanto, la cuantía de la fianza ni se modifica ni se reduce cuando se ha satisfecho una de las condiciones, esto es, el depósito de los derechos estimados. Naturalmente, el Servicio de Aduanas no tendrá recurso contra la fianza para solventar pasivos cubiertos por el depósito de derechos.

11. Cabe repetir una vez más que la fianza no es más que una garantía de que si el importador se niega a pagar una deuda relacionada con una mercancía, el Servicio de Aduanas podrá acudir al fiador para hacerse pago. El importador contrata la fianza a cambio de una suma fija que paga a un garante privado. Aunque fuera teóricamente posible reducir la cuantía de la fianza cuando se cumpliera una de las condiciones de la fianza, carecería de sentido económico para el importador contratar una nueva fianza de menor cuantía. El importador no querrá acudir nuevamente al garante privado para obtener otra fianza de menor cuantía, pues ello habitualmente representará para él un gasto adicional, por pequeño que éste sea. La fianza ya otorgada será suficiente para satisfacer incluso un nivel de

[261] Como se dice en la segunda comunicación de los Estados Unidos, en la nota 39, y en la intervención oral de ayer, el importador puede depositar los derechos estimados hasta 10 días laborables (dos semanas) después de entrada la mercancía. Por ejemplo, el importador que hubiera declarado mercancías el 18 de abril podría haber depositado los derechos estimados en esa fecha u optado por esperar hasta 10 días laborables para hacerlo.

fianza más reducido. La fianza aduanera se puede asimilar a una póliza de seguros. El consumidor que contrata un seguro de responsabilidad civil de automóviles el 1º de enero contra el pago de una prima no reembolsable de 200 dólares EE.UU., para cubrirse contra accidentes ese año por un valor máximo de 500.000 dólares EE.UU., no contratará, por una prima de 100 dólares EE.UU., una segunda póliza el 1º de julio para cubrir un valor máximo de 250.000 dólares EE.UU. en caso de accidentes por el resto del año, aunque su riesgo se haya reducido a ese nivel.

12. En relación con los pagos de depósitos de derechos estimados, como se dice en la respuesta a la pregunta 55, los importadores no tuvieron, después del 19 de abril, que depositar un aumento de derechos estimados si ya habían depositado derechos estimados al tipo NMF antes de esa fecha. Con respecto a los depósitos de derechos estimados hechos a partir del 19 de abril, el importador probablemente optaría por pagar los depósitos de derechos más elevados en lugar de que la Aduana se hiciera pago contra la fianza, a fin de mantener su historial de solvencia. Además, si en modo alguno paga los depósitos de derechos estimados, el importador se expone a una liquidación de perjuicios. Habida cuenta de que el garante privado tendrá entonces que pagar esa deuda, es muy posible que ese garante no esté dispuesto en el futuro a otorgar fianzas a ese importador o que, en todo caso aumente las primas que le cobra por el otorgamiento de fianzas. Cabe recordar que el garante por lo común cobra por la fianza una suma muy inferior al 1 por ciento del valor declarado de las mercancías (véase la respuesta a la pregunta 54), por oposición a los depósitos de derechos del 100 por ciento que se cobraron después del 19 de abril. Si no puede obtener fianza porque no ha cumplido una obligación anterior, el importador tendrá que dar un depósito en efectivo en lugar de una fianza.

Respuestas suplementarias a preguntas anteriores

Pregunta 34

Empleo de las fianzas únicas por transacción y de las fianzas continuadas

13. De acuerdo con las estadísticas correspondientes a febrero de 1999, las fianzas continuadas se utilizaron en aproximadamente el 97 por ciento de las mercancías declaradas ese mes; en cambio, las fianzas únicas por transacción se usaron en el 3 por ciento de los casos. En cuanto a las importaciones de países de las CE, aproximadamente el 94 por ciento de las mercancías declaradas en febrero de 1999 se garantizaron con fianzas continuadas y las fianzas únicas por transacción aseguraron un 6 por ciento de esas mercancías.

Pregunta 45

Datos sobre derechos aplicados a productos enumerados en la lista

14. En nuestra respuesta a esta pregunta, explicamos, con respecto a los datos contenidos en la Prueba documental 14 de los Estados Unidos, que en los casos en que los derechos liquidados en relación con una importación son distintos de los derechos estimados correspondientes, ello podría deberse a que la declaración comprendió productos enumerados en la lista del 19 de abril o por que los productos declarados habían sido clasificados o valorados erróneamente. Observamos también que los derechos liquidados por importaciones declaradas que incluyeran velas (un producto que no figuraba en la lista del 19 de abril) eran más elevados que los derechos estimados correspondientes a estas mercancías. Tras una investigación adicional, comprobamos que varias declaraciones que incluían velas abarcaban también preparaciones para el baño, cajas y cartonajes plegables o ambos productos. Tanto las preparaciones para el baño como las cajas y cartonajes plegables figuraban en la lista del 19 de abril y, por lo tanto, estaban sujetos a derechos del 100 por ciento; esa circunstancia explica la diferencia entre los derechos estimados y los derechos correspondientes a las entradas que incluían velas.

Apéndice 3
Intervención oral del Commonwealth de Dominica y Santa Lucía en la sesión destinada a terceros
(17 de diciembre de 1999)

El interés del Commonwealth de Dominica y Santa Lucía en el caso presente deriva del efecto continuado de la medida comercial ilegal impuesta por los Estados Unidos el 3 de marzo de 1999. Estas medidas fueron tan excesivas que han atemorizado a los agentes económicos y al público, influyendo y ejerciendo presión sobre los gobiernos para que se adapten a una visión que tienen los Estados Unidos acerca de la compatibilidad con la OMC sin la sanción del sistema multilateral de comercio. Este fue su propósito táctico y estratégico: lograr una ventaja comercial ilícita que tenga repercusiones permanentes desde el punto de vista legal, político y psicológico.

La cuestión en el caso presente es si las medidas adoptadas por los Estados Unidos el 3 de marzo de 1999, que limitan la importación de determinados productos de las CE, es incompatible con la OMC. No vamos a recapitular los hechos que rodearon al legítimo ejercicio de derechos dimanantes del ESD por parte de las CE en el año y medio anterior al 3 de marzo. Baste decir que la descripción ofrecida en la primera comunicación escrita de la parte demandada no aborda la cuestión del modo en que la ven los países de África, el Caribe y el Pacífico (ACP). Nuestra intervención se centrará en el asunto que tiene ante sí este Grupo Especial.

La medida adoptada por los Estados Unidos el 3 de marzo de 1999 infringe normas básicas del GATT

El mero anuncio estadounidense de su intención de suspender la liquidación correspondiente a determinados productos de las CE por un valor de 520 millones de dólares, sometiéndolos a una obligación contingente correspondiente a derechos del 100 por ciento, ejerció un efecto directo sobre las corrientes comerciales. Para citar las palabras del Representante Comercial Adjunto de los Estados Unidos, Sr. Peter Scher, los Estados Unidos han "adoptado medidas de retorsión frenando efectivamente el comercio a partir del 3 de marzo".[262]

La medida ilegal del 3 de marzo produjo graves desventajas competitivas para los productos de las CE incluidos en una lista. No se aplicó a determinadas exportaciones comunitarias el principio de igualdad de trato. Estos productos hicieron frente a derechos discriminatorios, superiores a las consolidaciones arancelarias de los Estados Unidos. La importación de determinados productos de las CE supuso un aumento de los riesgos, gastos, tasas y otras cargas. Sostenemos que la discriminación *de jure* y *de facto* contra productos de las CE constituye a este respecto una violación de las normas del GATT, como se expuso en la primera comunicación escrita de la parte reclamante. Apoyamos también la afirmación de la parte reclamante, de que la medida de los Estados Unidos constituye una restricción "aparte de los derechos de aduana, impuestos u otras cargas" en el sentido del párrafo 1 del artículo XI del GATT de 1994.

Preguntamos: ¿seguiría comprando tales mercancías el importador de determinados productos de las CE, conociendo el riesgo de tener que pagar derechos del 100 por ciento *ad valorem*? Este importador se encuentra ante un dilema: si pone los productos a la venta podría tratar de trasladar la obligación contingente, pero los derechos del 100 por ciento podrían hacer que el producto no fuera vendible. Pero si no traslada el derecho, cuando los productos se hayan vendido no podrá recuperarlo si posteriormente se ve obligado a pagarlo. Por lo tanto, ¿por qué comerciaría estos productos, teniendo en cuenta las importantes pérdidas que podría tener que afrontar? Sin duda, no lo hará. *Peter Scher tenía razón*.

[262] Conferencia de prensa celebrada el 3 de marzo de 1999; véase la primera comunicación de las Comunidades Europeas en el anexo XI de las CE.

El artículo XI del GATT, "Eliminación general de las restricciones cuantitativas", dispone que

> XI.1. Ninguna parte contratante impondrá ni mantendrá – aparte de los derechos de aduana, impuestos u otras cargas – prohibiciones ni restricciones a la importación de un producto del territorio de otra parte contratante [...]

Este texto indica claramente que toda medida impuesta o mantenida por un Miembro que restrinja la importación de productos queda abarcada por esa disposición, con independencia de la condición jurídica de la medida. La redacción empleada es amplia.[263]

La medida del 3 de marzo constituye una violación fundamental del ESD

El abuso de procedimiento realizado por medio de la medida del 3 de marzo, de carácter ilegal, socava la solidez del sistema multilateral y el imperio del derecho. Somete las normas de derecho internacional a teorías de "unilateralismo justificado", basadas en el poder.

El 19 de abril de 1999, los Estados Unidos confirmaron la imposición retroactiva de derechos del 100 por ciento sobre una reducida categoría de productos de las CE, con la supuesta justificación de la resolución de los árbitros. La cifra inicial de 520 millones de dólares se redujo a 191,4 millones. Es necesario poner de manifiesto la máxima *nemo debet esse judex in propria causa* (nadie debe ser juez y parte al mismo tiempo). En tales circunstancias, no se puede confiar en que un Miembro determinará objetivamente el nivel de concesiones que se han de suspender.

En su comunicación, la parte demandada sostuvo: "Como las tácticas dilatorias de las CE impidieron que los árbitros concluyeran su labor antes del 2 de marzo de 1999, fecha prevista en el calendario del ESD, los Estados Unidos adoptaron medidas para preservar su capacidad de suspender concesiones a partir de esa fecha".[264] La parte demandada sostuvo asimismo: "Las CE obstaculizaron la labor de los árbitros de varias maneras. En primer lugar, el bloqueo del orden del día del OSD retrasó la remisión del asunto a los árbitros previstos en el párrafo 6 del artículo 22 y la organización de los trabajos durante toda una semana, en un calendario ya apretado".[265]

La importancia de un sistema basado en normas es que en él todas las partes tienen voz. Del acta se desprende claramente que fueron dos pequeños Estados Miembros, Dominica y Santa Lucía, los que impugnaron la adopción del orden del día del OSD. Por consiguiente, el procedimiento del OSD se retrasó temporalmente por respeto al imperio del derecho: no hubo ningún intento de obstruir el debido proceso. Nuestra preocupación residía en que la petición de los Estados Unidos no era oportuna. Lo que tratamos de apoyar afectaba a normas fundamentales de justicia procesal.[266]

El ESD establece que un Miembro puede solicitar autorización para suspender concesiones u otras obligaciones en ciertas circunstancias limitadas, es decir, cuando otro Miembro no pone la medida declarada incompatible con un acuerdo abarcado en conformidad con éste ni cumple de otro modo las recomendaciones y resoluciones del OSD dentro de un plazo prudencial.[267] Ningún

---

[263] Véase el informe del Grupo Especial sobre *Japón - Comercio de semiconductores*, IBDD 35S/130 (1989), párrafos 106 y siguientes.

[264] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 31.

[265] *Ibid*., párrafo 26.

[266] Véase WT/DSB/M/54, esp., páginas 3-6.

[267] Párrafo 2 del artículo 22 del ESD.

Miembro formulará una determinación de que se ha producido una infracción, excepto mediante el recurso a la solución de diferencias de conformidad con las normas y procedimientos del ESD.[268] Además, los Miembros deben obtener autorización del OSD, de conformidad con las normas del ESD, antes de suspender concesiones u otras obligaciones resultantes de los acuerdos abarcados, a fin de responder al hecho de que otro Miembro incumpla las recomendaciones y resoluciones dentro del plazo prudencial.[269]

El texto del ESD tiene un carácter prospectivo. La sugerencia de que un Miembro tiene derecho a suspender concesiones a partir de la expiración del plazo prudencial contradice los principios básicos de interpretación. Existe en el derecho internacional la presunción de que los tratados no permiten las medidas retroactivas cuando esas medidas limitan o privan a los Miembros de sus derechos o privilegios y confiscan efectivamente la propiedad de los agentes económicos.[270] Sugerir otra cosa y permitir la suspensión retroactiva de concesiones u otras obligaciones generaría un nivel inaceptable de incertidumbre en el comercio y socavaría la seguridad y la previsibilidad del sistema multilateral de comercio.

Un remedio eficaz

El párrafo 7 del artículo 3 del ESD dispone que "el primer objetivo del mecanismo de solución de diferencias será en general conseguir la supresión de las medidas de que se trate si se constata que éstas son incompatibles con las disposiciones de cualquiera de los acuerdos abarcados". No obstante, se plantean situaciones en las que la mera supresión es insuficiente. Las obligaciones internacionales no dejan de tener vigencia simplemente porque sean violadas. Algunos hechos ilícitos tienen un carácter continuado. En tales casos, el procedimiento de reanudar el cumplimiento de una obligación continuada puede ser muy poco diferente del de proveer un remedio a su violación, esto es, la reparación. Por ejemplo, algunas violaciones del ESD, como resulta en el caso presente, socavan la base fundamental del sistema basado en normas, lo que plantea una amenaza permanente para todos nosotros. La mera supresión de esa medida sin la adopción de otras, dejaría fundamentalmente dañado del sistema de solución de diferencias.

La única opción legal de que disponían los Estados Unidos con respecto a las medidas impuestas el 3 de marzo era, en relación con las exportaciones de las CE incluidas en la lista, el poner fin al requisito de constitución de fianzas, la liberación de toda fianza constituida y el reembolso de todo depósito en efectivo, así como el poner fin a la suspensión de la liquidación de entradas adoptada durante el período de aplicación de las medidas incompatibles con la OMC. En cambio, el 19 de abril los Estados Unidos confirmaron la aplicación retroactiva de derechos del 100 por ciento sobre una parte de esos productos. Los derechos aplicados a esos productos con retroactividad al 3 de marzo debían haberse reembolsado. Esos derechos no debían haberse recaudado en absoluto.

Algunos que actualmente defienden el derecho de aplicar impuestos retroactivamente, en el pasado han negado el derecho de los grupos especiales de sugerir medidas retroactivas.[271] Así, se dice que "ningún grupo especial del GATT de 1947 o de la OMC ha concedido jamás compensaciones monetarias a un país exportador por la pérdida de intercambios comerciales, incluso cuando se habían

---

[268] Apartado a) del párrafo 2 del artículo 23 del ESD.

[269] Apartado c) del párrafo 2 del artículo 23 del ESD.

[270] Por ejemplo, informe del Órgano de Apelación sobre *Estados Unidos - Restricciones aplicadas a las importaciones de ropa interior de algodón y fibras sintéticas o artificiales*. WT/DS24/AB/R, 1997, sec. IV.1.

[271] Por ejemplo, los Estados Unidos en el informe del Grupo Especial sobre *Guatemala - Investigación antidumping sobre el cemento Portland procedente de México*, WT/DS60/R, 1998, párrafos 5.61 y siguientes.

impuestos restricciones cuantitativas flagrantemente ilegales".[272] En el caso presente se trata no sólo de medidas comerciales flagrantemente ilegales, sino de un unilateralismo desenfrenado que socava los propios cimientos del sistema basado en normas.

Un remedio eficaz es el que preserva la estabilidad y previsibilidad del sistema multilateral de comercio. Debe dar seguridad a todos los Miembros, incluidos los más pobres y más vulnerables, es decir, los que carecen de capacidad para adoptar medidas efectivas de retorsión.

Si un Miembro puede retirar concesiones unilateralmente sin la autorización previa del OSD, despreciando la disposición expresa de que "[n]o se suspenderán concesiones u otras obligaciones durante el curso del arbitraje"[273], sin tener que hacer frente a sanciones multilaterales eficaces, nos veremos ante un uso cada vez mayor de represalias unilaterales. La OMC será simplemente la cobertura para disimular el ejercicio de una política basada en el poder. Las teorías orientadas en este sentido, de "desobediencia justificada" y unilateralismo, no tienen lugar en el sistema fortalecido basado en normas, que prevé la protección de todos los Miembros y el ejercicio transnacional de derechos.

Señor Presidente, permítame la oportunidad de formular una observación de carácter general.

Encomiamos los adelantos logrados en los últimos meses, tanto en el reconocimiento de las graves limitaciones que afectan a los países en desarrollo pequeños y vulnerables, como al compromiso de adoptar medidas tangibles para abordarlas. Además, merecen reconocimiento algunas iniciativas, tales como la reciente "semana de Ginebra", que trataron de mejorar y facilitar el funcionamiento de las misiones no establecidas en Ginebra, como la del orador que habla en este momento.

Debo asegurarle que el hecho de que no residamos en Ginebra no obedece a ninguna carencia de intereses comerciales vitales que deban ser protegidos. Deseamos contribuir con los modestos medios de que disponemos a la regulación del sistema mundial de comercio. No tenemos aquí una Misión residente simplemente porque no podemos permitírnoslo. Pero esto no debe privarnos de nuestros derechos en calidad de Miembros de la OMC.

Teniendo presente lo expuesto, estimo necesario señalar a su atención los impedimentos adicionales con los que tropezamos en la preparación de esta reunión. Aunque somos terceros, no recibimos la comunicación de los Estados Unidos hasta la tarde del martes de esta semana, lo que nos dejó escaso tiempo para analizar y preparar nuestra intervención, impidiendo en la práctica toda posibilidad de presentar una comunicación escrita. Espero que los Estados Unidos hayan presentado su comunicación en el plazo previsto, lo que significaría que, a diferencia de nosotros, las partes residentes en Ginebra hayan tenido tiempo suficiente para el análisis.

Es lamentable que a menudo nuestras limitaciones no se tengan en cuenta, sino que estamos obligados a actuar bajo condiciones más exigentes que otros mejor dotados.

Por último, Dominica y Santa Lucía insisten en que este Grupo Especial resuelva este asunto asegurando que la medida adoptada por los Estados Unidos el 3 de marzo de 1999 es sólo una aberración en la práctica de la OMC, no sienta un precedente para las relaciones comerciales futuras y no será imitada.

---

[272] *Ibid*., párrafo 5.64.

[273] Párrafo 6 del artículo 22 del ESD.

Apéndice 4
Intervención oral del Ecuador en la sesión destinada a terceros
(17 de diciembre de 1999)
(en español en el original)

El Ecuador sigue con atención este caso en su calidad de tercera parte interesada. En esta oportunidad la delegación del Ecuador quiere hacer las siguientes dos reflexiones teniendo en cuenta que su interés en el caso obedece a razones de tipo sistémico como por el hecho de tratarse del tema del banano:

- Casi un año después de que ocurrieran los eventos que desencadenaron la presente disputa, las Comunidades Europeas aún no han cumplido con su obligación de aplicar las recomendaciones adoptadas por el Órgano de Solución de Diferencias en el caso del banano.

- En este mismo caso el Ecuador ha demostrado que los procedimientos multilaterales sí pueden avanzar a pesar de las contradicciones o vacíos que se pueden presentar de la interpretación de los artículos 21 y 22 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias. Sin embargo, para la aplicación multilateral de estos procedimientos, el Ecuador ha tenido que demostrar una gran dosis de buena fe. Probablemente ante la ausencia de ésta se pueden presentar situaciones como en la que se encuentra esta disputa.

El Ecuador vuelve a reiterar su interés en el presente caso y expresa su decisión de continuar atento a una pronta solución de esta disputa.

Gracias.

Apéndice 5
Comunicación de la India en calidad de tercero
(10 de diciembre de 1999)

Introducción

La India tiene un gran interés sistémico en la presente diferencia. La cuestión fundamental radica en saber si el Miembro que ve afirmadas sus pretensiones en una diferencia puede determinar unilateralmente si ha habido cumplimiento o incumplimiento de las medidas adoptadas por el Miembro que ha de aplicar las recomendaciones y resoluciones del Órgano de Solución de Diferencias (OSD) y, fundado en esa determinación, si ese Miembro puede adoptar medidas unilaterales para suspender las concesiones del Miembro que ha de aplicar las recomendaciones y resoluciones sin la autorización formal del OSD respecto de esa suspensión de concesiones. En el meollo de este asunto se advierten cuestiones como la secuencia de la determinación multilateral del cumplimiento y la suspensión de concesiones o la relación entre los artículos 21 y 22 del ESD.

Elementos de hecho de la diferencia

En el asunto *CE - Bananos*, el plazo prudencial para el cumplimiento de las resoluciones del OSD por parte de las CE debía expirar el 1º de enero de 1999 conforme al arbitraje realizado al amparo del párrafo 5 del artículo 21 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD). De conformidad con esas resoluciones del OSD, las CE afirmaron que habían modificado o revisado en julio y noviembre de 1998 su régimen de importación de bananos, que debía aplicarse a partir del 1º de enero de 1999, esto es, partir del fin del plazo prudencial.

En el período comprendido entre octubre y diciembre de 1998, esto es, antes de la expiración del plazo prudencial, los Estados Unidos publicaron tres avisos en su *Federal Registry* en los cuales indicaron su intención de imponer derechos del 100 por ciento *ad valorem* sobre las importaciones de ciertos productos procedentes de las CE a partir del 3 de marzo de 1999. En consecuencia, el Servicio de Aduanas de los Estados Unidos exigió a los importadores de esos productos de las CE que constituyeran fianzas para sufragar las obligaciones contingentes por pagos de derechos, que podrían entrar en vigor si el OSD autorizaba la suspensión de concesiones.

Los Estados Unidos no solicitaron al OSD que se recurriera al grupo especial original al amparo del párrafo 5 del artículo 21 para determinar si las medidas de las CE estaban o no de conformidad con las resoluciones del OSD. En cambio, el 14 de enero de 1999 solicitaron la autorización del OSD para suspender las concesiones arancelarias y otras obligaciones conexas del GATT al amparo del artículo 22 del ESD. Cuando las CE objetaron el nivel de concesiones cuya suspensión pedían los Estados Unidos y respecto del cual solicitaban arbitraje, el OSD remitió el asunto al arbitraje conforme al párrafo 6 del artículo 22 del ESD el 29 de enero de 1999. El árbitro dio a conocer su laudo definitivo el 9 de abril de 1999, y el OSD autorizó a los Estados Unidos a suspender concesiones a un nivel de 191,4 millones de dólares EE.UU. (reducido de 520 millones de dólares EE.UU.) el 19 de abril de 1999. En la misma fecha, los Estados Unidos confirmaron la aplicación retroactiva de derechos del 100 por ciento *ad valorem* a los productos de las CE a partir del 3 de marzo de 1999.

Agraviadas por la decisión del Servicio de Aduanas de los Estados Unidos de exigir que los importadores de productos de las CE constituyeran fianzas del 100 por ciento para el pago de derechos, las CE solicitaron la celebración de consultas con los Estados Unidos respecto de dicha decisión. Las consultas se celebraron el 21 de abril de 1999, pero no lograron resolver la diferencia. En carta de fecha 11 de mayo de 1999, las CE solicitaron el establecimiento de un grupo especial, que el OSD constituyó el 16 de junio de 1999 con el mandato ordinario.

ARGUMENTO JURÍDICO

A la luz de los antecedentes de hecho expuestos *supra*, la principal cuestión que interesa a la India desde un punto de vista sistémico en la presente diferencia es la siguiente: si la decisión de los Estados Unidos, adoptada con carácter unilateral, de que las medidas de las CE no estaban de conformidad con las resoluciones del OSD es admisible en el contexto del ESD. Además, a la espera de una decisión del árbitro del párrafo 6 del artículo 22 sobre el nivel de suspensión de concesiones y de la autorización formal por el OSD de dicha suspensión de concesiones conforme al párrafo 7 del artículo 22, ¿pueden los Estados Unidos llevar adelante la aplicación de las llamadas medidas de contingencia de exigir la constitución de fianzas a los importadores de productos de las CE?

El artículo 3, párrafo 5 del artículo 21 y el artículo 23 del ESD

El artículo 3 es una disposición de carácter general. Dice que el sistema de solución de diferencias de la OMC "es un elemento esencial para aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio". Conforme al artículo 23, los Miembros de la OMC "recurrirán a las normas y procedimientos" del ESD para resolver sus diferencias. Al acatar esa obligación y no recurrir a medidas unilaterales, se espera que los Miembros, como se indica en el título del artículo, contribuyan al "fortalecimiento del sistema multilateral" establecido por el ESD y la OMC.

Los Estados Unidos argumentaron en su primera comunicación por escrito que las CE no habían demostrado que la revisión por los Estados Unidos de los requisitos en materia de fianzas adoptada el 3 de marzo constituía una violación de sus obligaciones conforme al artículo 23. Además, restaron importancia al artículo 3 diciendo que era sólo una disposición descriptiva y no prescriptiva (párrafo 48 de la comunicación. Sin embargo, citaron ese mismo párrafo 2 del artículo 3 en el párrafo 42 en sustento de su medida violatoria del párrafo 6 del artículo 22 del ESD. Aseveraron entonces que el objeto del sistema de solución de diferencias de la OMC -esto es, preservar los derechos y obligaciones de los Miembros- se vería socavado si la suspensión de concesiones tuviera que aguardar a la conclusión del procedimiento arbitral al amparo del párrafo 6 del artículo 22).

Con todo, cabe señalar que estos dos artículos hacen hincapié en la importancia de la adopción multilateral de decisiones y el sistema de solución de diferencias dentro del sistema internacional de comercio. Forman parte de un tratado internacional que los Estados Unidos -un Estado importante en el plano de los intercambios comerciales- han suscrito y del que han pasado a ser parte. Uno de los principios generales del derecho internacional es que las partes deben observar de buena fe las disposiciones de los tratados. Dicho principio está codificado en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

La decisión de los Estados Unidos del 3 de marzo respecto de los requisitos en materia de fianzas se adoptó evidentemente sin autorización del OSD; además, los requisitos se impusieron mientras estaba pendiente de conclusión el arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22. Esos requisitos tampoco se basaron en una decisión multilateral del OSD, sino en una decisión unilateral de los Estados Unidos de que las medidas de las CE no estaban de conformidad con las recomendaciones y resoluciones del OSD. En consecuencia, las medidas adoptadas por los Estados Unidos, que eran claramente de naturaleza unilateral, fueron contrarias a la letra y al espíritu de los artículos 3 y 23 del ESD.

Además, cuando existe algún desacuerdo en cuanto a la conformidad de las medidas de un Miembro con las resoluciones del OSD, los Miembros deben, por imperio del párrafo 5 del artículo 21 del ESD, seguir los procedimientos de solución de diferencias, incluido el recurso al grupo especial original para que decida sobre la conformidad o disconformidad de esas medidas. Sin embargo, como se indicó *supra*, los Estados Unidos se abstuvieron de invocar esas disposiciones; en cambio,

decidieron unilateralmente que las medidas de las CE no estaban de conformidad con las recomendaciones y resoluciones del OSD.

La India rechaza vigorosamente la afirmación de los Estados Unidos de que el ESD autoriza a un Miembro a invocar el artículo 22 sin antes pasar por el procedimiento del párrafo 5 del artículo 21. A juicio de la India, la única interpretación posible de los procedimientos del ESD es que es obligatorio pasar por el procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 antes de recurrir al artículo 22.

El párrafo 6 del artículo 22 del ESD

La última oración del párrafo 6 de artículo 22 dice como sigue: "No se suspenderán concesiones u otras obligaciones durante el curso del arbitraje". A pesar de esta clara disposición, los Estados Unidos decidieron adoptar las llamadas medidas de contingencia el 3 de marzo de 1999, antes de que el árbitro dictara su laudo el 9 de abril de 1999. Ello estuvo en clara violación de lo dispuesto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD.

No estamos de acuerdo con la afirmación de los Estados Unidos de que el ESD guarda silencio en cuanto a la fecha de suspensión de concesiones. Creemos que toda medida de suspensión de las concesiones de un Miembro se puede adoptar únicamente tras la conclusión de los procedimientos de solución de diferencias en el marco del ESD. De lo contrario se menoscabaría el sistema multilateral de solución de diferencias, establecido por el ESD, y se sentaría un mal precedente de vastas consecuencias para todo el sistema de la OMC. Si un Miembro está en libertad de determinar y suspender unilateralmente las concesiones comerciales reconocidas a otro Miembro, nada en el ESD le exige que se atenga a un nivel máximo de suspensión de concesiones. Los Miembros naturalmente tenderían a recurrir a la suspensión en un nivel superior al de su pérdida real. De ello podrían resultar pérdidas enormes para los comerciantes.

En el asunto que se examina, si bien el árbitro había decidido que el nivel de anulación o menoscabo de beneficios para los Estados Unidos a causa del incumplimiento por las CE de las resoluciones del OSD ascendía a 191,4 millones de dólares EE.UU., los Estados Unidos habían por anticipado determinado que ese nivel ascendía a 520 millones de dólares EE.UU. y procedieron a dar efecto a esa decisión mediante la exigencia de que los importadores de productos de las CE depositaran fianzas de mayor valor para cubrir sus obligaciones eventuales de pago de derechos. Esta medida unilateral de los Estados Unidos había causado suficiente perjuicio al imponer una carga financiera adicional a los comerciantes, como lo explicaron las CE en los párrafos 16 d) y 17 de su primera comunicación.

Conclusión

En conclusión, a juicio de la India, los Estados Unidos violaron disposiciones esenciales del ESD como los artículos 3, 21, 22 y 23 porque adoptaron medidas arbitrarias y unilaterales respecto de las importaciones de ciertos productos procedentes de las Comunidades Europeas.

Apéndice 6
Comunicación de Jamaica en calidad de tercero
(8 de diciembre de 1999)

Jamaica ha solicitado su intervención en calidad de tercero en la presente diferencia entre las Comunidades Europeas y los Estados Unidos de América porque estima que la medida adoptada por los Estados Unidos de América el 3 de marzo de 1999, objeto de la presente diferencia, fue contraria a las normas de la OMC y, de no ser declarada ilegal por una resolución del Grupo Especial, tendrá una repercusión fundamental sobre el futuro del mecanismo de solución de diferencias.

El sistema de comercio multilateral definido por los Acuerdos de la OMC crea derechos y obligaciones para todos los países Miembros participantes. El mantenimiento del equilibrio entre esos derechos y obligaciones es un elemento crucial para el éxito del sistema mundial de comercio. El mecanismo de solución de diferencias, junto con sus normas y procedimientos, desempeña una función fundamental en el mantenimiento del equilibrio dentro de la OMC y, por lo tanto, es un "*elemento esencial para aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio*" (párrafo 2 del artículo 3 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD)).

A este respecto, Jamaica, en su calidad de país en desarrollo Miembro de la OMC, siente preocupación respecto de toda amenaza que pueda gravitar sobre el funcionamiento del mecanismos de solución de diferencias y, por lo tanto, ha decidido ejercer su derecho a participar en esta diferencia como medio de preservar la integridad de ese mecanismo.

El ESD dispone que las partes "*traten de reparar el incumplimiento de obligaciones* … [por medio de] *las normas y procedimientos del presente Entendimiento*" (párrafo 1 del artículo 23).

Además, las partes "*no formularán una determinación de que se ha producido una infracción … excepto mediante el recurso a la solución de diferencias de conformidad con las normas y procedimientos del presente Entendimiento*" (párrafo 2 a) del artículo 23).

De acuerdo con la interpretación que Jamaica hace de las normas en el presente asunto, cuando una parte trata de aplicar sanciones como la suspensión de concesiones contra otro Miembro, el párrafo 2 del artículo 21 requiere que primero solicite la autorización del Órgano de Solución de Diferencias (OSD) para suspender concesiones. Además, cuando el nivel de la suspensión se determina mediante arbitraje, el párrafo 6 del artículo 22 dispone que "***[n]o*** *se suspenderán concesiones u otras obligaciones durante el curso del arbitraje*".

Los Estados Unidos de América, al igual que los Estados miembros de las Comunidades Europeas y todo otro Miembro de la OMC, se han obligado a acatar las normas y procedimientos del ESD. Por esa razón, los Estados Unidos, al igual que todo otro Miembro de la OMC, tiene derecho a solicitar la determinación y reparación judiciales de un presunto perjuicio causado por otro Miembro de la OMC. Sin embargo, los Estados Unidos y los demás Miembros de la OMC deben ejercer ese derecho dentro de los limites prescritos del ESD.

El abandono voluntario de las disposiciones del ESD, a favor de una determinación unilateral del perjuicio y la ulterior imposición de medidas correctivas no autorizadas por el OSD, como las instituidas por los Estados Unidos de América, constituye a todas luces una infracción de las normas y procedimientos acordados en el plano multilateral, normas y procedimientos que los Estados Unidos de América mismos coadyuvaron a formular y a adoptar en 1994.

Este incumplimiento por parte de los Estados Unidos de América sienta un precedente peligroso. Si la ilegalidad de esta medida no se determina por conducto de los recursos disponibles en

la OMC, como el proceso de este Grupo Especial, y sirve de precedente ulteriormente para los actos de los demás Miembros de la OMC, bien puede tener como consecuencia el menoscabo del objetivo general de la OMC, esto es un sistema fiable de comercio mundial basado en normas.

Jamaica, por lo tanto, insta al Grupo Especial a que aplique las normas de la OMC y determine que los Estados Unidos de América actuaron en contravención de las obligaciones que habían contraído en el marco del ESD.

Apéndice 7
Intervención oral del Japón en la sesión destinada a terceros
(17 de diciembre de 1999)

Sr. Presidente,

(SUPREMACÍA DE UNA DECISIÓN MULTILATERAL SOBRE UNA DECISIÓN UNILATERAL)

1. En la reunión celebrada por el OSD en abril del corriente año, el Japón, como tercero en el asunto *CE – Bananos*, dio a conocer su opinión sobre la importancia de las determinaciones multilaterales con respecto a las determinaciones unilaterales. Hicimos hincapié en que el mantenimiento de una secuencia entre el párrafo 5 del artículo 21 y los párrafos 6 y 7 del artículo 22 constituye uno de los elementos fundamentales para salvaguardar el carácter multilateral del mecanismo de solución de diferencias y, de modo más general, para salvaguardar la organización de la OMC.

2. Si bien las CE merecen ser reprobadas por no haber aplicado plenamente las resoluciones y recomendaciones del Grupo Especial y del Órgano de Apelación dentro del plazo prudencial, el Japón no puede sino expresar su preocupación ante las medidas adoptadas por los Estados Unidos el 3 de marzo de 1999.

(PÁRRAFO 6 DEL ARTÍCULO 22 DEL ESD)

3. Cualquiera sea el modo en que los Estados Unidos describen la medida que adoptaron el 3 de marzo, se trate de "planes de contingencia" o de la "preservación de su capacidad para suspender concesiones", el hecho es que esta medida "frenó efectivamente el comercio" y, por lo tanto, tuvo un efecto equivalente a la suspensión de concesiones. Esto constituye una violación del párrafo 6 del artículo 22. Por consiguiente, apoyamos plenamente el argumento de las CE que figura en el párrafo 14 de su comunicación.

4. La refutación presentada a este respecto en la comunicación de los Estados Unidos, en el sentido de que la *"suspensión de la liquidación" fue realizada para "preservar la flexibilidad administrativa" y no tiene ningún significado jurídico especial* contradice el principio básico de la legislación de la OMC, esto es, asegurar la previsibilidad y estabilidad del comercio. Por consiguiente, el argumento de los Estados Unidos debe ser rechazado.

(ARTÍCULO 23 Y PÁRRAFO 7 DEL ARTÍCULO 3 DEL ESD)

5. No podemos sino dejar constancia de nuestra grave preocupación ante el argumento de los Estados Unidos de que *puede comenzar a suspender las concesiones en cualquier momento después de la expiración del plazo prudencial, sin tener en cuenta que el OSD haya autorizado o no la suspensión*. Tal argumento es incompatible con los objetivos del artículo 23 y del párrafo 7 del artículo 3 del ESD y carece de fundamento en disposición alguna del ESD.

6. Los Estados Unidos alegan asimismo que *las CE no han demostrado que la medida del 3 de marzo sea incompatible con el artículo 23 del ESD y no han alegado una violación del artículo 3 del ESD*, y que *los Estados Unidos se limitaron a preservar la capacidad de los Estados Unidos de recaudar derechos a partir del 3 de marzo*. Este argumento de los Estados Unidos carece de validez ante las disposiciones específicas del artículo 23. El apartado a) del párrafo 2 del artículo 23 establece claramente que "los Miembros no formularán una determinación de que se ha producido una infracción, se han anulado o menoscabado ventajas". La medida adoptada por los Estados Unidos el 3 de marzo, para "preservar la capacidad de recaudar derechos a partir

del 3 de marzo", contradice directamente la disposición del párrafo 2 del artículo 23 porque la medida estadounidense se basó en realidad en la determinación de que se había producido una infracción.

7. Los Árbitros observaron también en el párrafo 14 del artículo 4 de su Informe que "el OSD tiene, para rechazar nuestra decisión sobre el nivel de suspensión, la misma competencia que para rechazar los informes del grupo especial y del Órgano de Apelación". El texto del apartado c) del párrafo 2 del artículo 23 del ESD es inequívoco en el sentido de que la autorización del OSD constituye un requisito previo para suspender concesiones u otras obligaciones. De este modo, la justificación expuesta por los Estados Unidos en su comunicación respecto de la medida adoptada el 3 de marzo de 1999 es insuficiente para dar cumplimiento a lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 23.

(ARTÍCULOS I, II, XI Y VIII DEL GATT DE 1994)

8. Además de la observación expuesta *supra*, también apoyamos el argumento de las CE en el sentido de que la medida adoptada por los Estados Unidos infringe los artículos I, II, XI y VIII del GATT de 1994, según se establece en la primera comunicación de las CE.

(PÁRRAFO 5 DEL ARTÍCULO 21 DEL ESD)

9. Como las CE demuestran claramente en los párrafos 23, 24 y 27 de su primera comunicación, incumbe a las partes la obligación de recurrir a un grupo especial establecido de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 cuando existe desacuerdo acerca de la compatibilidad con un acuerdo abarcado de las medidas adoptadas para cumplir las recomendaciones y resoluciones. Esta disposición del párrafo 5 del artículo 21 constituye una expresión de la supremacía de las decisiones multilaterales sobre las decisiones unilaterales, y es el principio básico del sistema multilateral de comercio sobre el que se fundó la OMC.

10. Por la presente, solicitamos que el Grupo Especial lleve a cabo su análisis de un modo que preserve este fundamento del sistema multilateral de comercio y declare que la medida de los Estados Unidos ha violado el artículo 3, el párrafo 5 del artículo 21 y los artículos 22 y 23 del ESD, y los artículos I, II, XI y VIII del GATT de 1994.

Gracias.