

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

WT/DS27/RW/ECU
12 de abril de 1999

(99-1443)

Original: inglés

COMUNIDADES EUROPEAS - RÉGIMEN PARA LA IMPORTACIÓN, VENTA Y DISTRIBUCIÓN DE BANANOS

- RECURSO AL PÁRRAFO 5 DEL ARTÍCULO 21 POR EL ECUADOR-

INFORME DEL GRUPO ESPECIAL

El presente 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 el Ecuador" se distribuye a todos los Miembros, de conformidad con lo dispuesto en el Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD). El informe se distribuye como documento no reservado a partir del 12 de abril de 1999 de conformidad con los Procedimientos para la distribución y la supresión del carácter reservado de los documentos de la OMC (WT/L/160/Rev.1). Se recuerda a los Miembros que, de conformidad con el ESD, sólo las partes en la diferencia pueden presentar una apelación en relación con el informe de un grupo especial. Las apelaciones están limitadas a las cuestiones de derecho abordadas en el informe del grupo especial y a las interpretaciones jurídicas que éste haga. No habrá comunicaciones *ex parte* con el grupo especial o el Órgano de Apelación en relación con asuntos sometidos a la consideración del grupo especial o del Órgano de Apelación.

ÍNDICE

Página

I. INTRODUCCIÓN	1
i) <i>Mandato.....</i>	<i>1</i>
ii) <i>Composición del Grupo Especial.....</i>	<i>1</i>
II. ELEMENTOS DE HECHO	2
A. ACCESO CUANTITATIVO AL MERCADO Y ASIGNACIONES POR PAÍSES	2
i) <i>Importaciones tradicionales ACP.....</i>	<i>2</i>
ii) <i>Importaciones de países terceros e importaciones no tradicionales ACP</i>	<i>2</i>
B. TRATO ARANCELARIO.....	3
C. ASPECTOS ADMINISTRATIVOS DEL RÉGIMEN DE IMPORTACIÓN DE BANANOS	4
i) <i>Condiciones que deben reunir los operadores.....</i>	<i>4</i>
ii) <i>Determinación de las cantidades de referencia para los operadores tradicionales y de las asignaciones a los operadores recién llegados.....</i>	<i>5</i>
iii) <i>Procedimiento para el trámite de licencias de importación</i>	<i>6</i>
D. EXENCIÓN RELATIVA AL CONVENIO DE LOMÉ	8
III. CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO.....	9
IV. PRINCIPALES ARGUMENTOS	11
A. GENERALIDADES	11
B. CUESTIONES RELATIVAS AL GATT	11
1. Cuestiones relativas al artículo I.....	12
i) <i>Bananos tradicionales ACP.....</i>	<i>12</i>
ii) <i>Bananos ACP no tradicionales.....</i>	<i>15</i>
2. Cuestiones relativas al artículo XIII	17
C. CUESTIONES RELACIONADAS CON EL AGCS.....	27
i) <i>Aspectos generales.....</i>	<i>27</i>
ii) <i>Clasificación central de productos</i>	<i>30</i>
iii) <i>Cuestiones relacionadas con el "importador real" y la discriminación de facto.....</i>	<i>34</i>
iii) <i>Cuestiones relacionadas con el despacho en aduana.....</i>	<i>36</i>
v) <i>Recién llegados.....</i>	<i>44</i>
vi) <i>Medidas correctivas.....</i>	<i>46</i>
D. CONCLUSIÓN.....	47
V. ARGUMENTOS DE TERCEROS.....	48
A. BRASIL	48
B. CAMERÚN Y CÔTE D'IVOIRE	48
1. Cuestiones relacionadas con el GATT.....	48
i) <i>Bananos tradicionales ACP.....</i>	<i>49</i>
ii) <i>Bananos no tradicionales ACP.....</i>	<i>50</i>

2.	Cuestiones relativas al AGCS	52
C.	LOS ESTADOS DEL CARIBE.....	55
1.	Cuestiones relacionadas con el GATT.....	55
i)	<i>Bananos tradicionales ACP</i>	55
ii)	<i>Bananos no tradicionales ACP</i>	56
iii)	<i>Cuestiones concernientes al artículo XIII</i>	57
2.	Cuestiones relativas al AGCS	59
D.	COLOMBIA.....	64
1.	Cuestiones concernientes al artículo XIII	65
E.	COSTA RICA.....	67
1.	Cuestiones relativas al GATT	69
F.	RESPUESTA DEL ECUADOR A LOS TERCEROS	73
VI.	CONSTATAIONES.....	74
A.	PROCEDIMIENTO DE TRABAJO Y CALENDARIO	74
B.	MANDATO	74
C.	ARTÍCULO XIII DEL GATT DE 1994	77
1.	Las 857.700 toneladas reservadas a las importaciones tradicionales procedentes de Estados ACP	79
a)	La aplicabilidad del artículo XIII.....	79
b)	Las prescripciones del artículo XIII y el contingente arancelario de 857.700 toneladas para las importaciones tradicionales ACP	80
i)	<i>Párrafo 1 del artículo XIII</i>	81
ii)	<i>Párrafo 2 del artículo XIII</i>	82
c)	Las prescripciones del informe del Órgano de Apelación en el asunto <i>Bananos III</i>	82
2.	La cuota del Ecuador en el contingente arancelario NMF	83
a)	Las prescripciones del artículo XIII	83
b)	El período representativo	86
c)	Factores especiales	87
d)	Parte del contingente arancelario por países del Ecuador	88
D.	ARTÍCULO I DEL GATT DE 1994.....	88
1.	La Exención de Lomé.....	88
2.	Los requisitos del Convenio de Lomé.....	89
3.	Preferencias para las importaciones tradicionales ACP	91
a)	El nivel de 857.700 toneladas y los mayores volúmenes de exportación antes de 1991	91
b)	Asignación colectiva a Estados tradicionales ACP	92
4.	Aranceles preferenciales para importaciones de bananos no tradicionales ACP	93

a)	El arancel preferencial de nivel cero para los bananos no tradicionales ACP	94
b)	La preferencia de 200 euros por tonelada para los bananos no tradicionales ACP	95
E.	CUESTIONES RELACIONADAS CON EL AGCS	95
1.	El alcance de los compromisos de la CE en relación con los "servicios comerciales al por mayor" ..	96
2.	Procedimiento para la asignación de licencias	98
a)	Artículos II y XVII del AGCS.....	98
b)	Las constataciones sobre los artículos II y XVII del AGCS en el asunto <i>Bananos III</i>	99
c)	El régimen revisado de licencias de la CE	100
d)	Los requisitos de los artículos XVII y II del AGCS	101
e)	Argumentos de las partes	103
i)	<i>Ecuador</i>	103
ii)	<i>Comunidades Europeas</i>	104
f)	Análisis de la reclamación hecha por el Grupo Especial	105
i)	<i>Argumentos generales de la CE</i>	106
ii)	<i>Asignación de licencias con arreglo al régimen revisado</i>	106
iii)	<i>Estructura del régimen revisado</i>	108
iv)	<i>Evaluación global</i>	110
g)	Asignación de licencias por el sistema de la adición de las cantidades	110
3.	Las normas aplicables a las licencias para los "operadores recién llegados"	113
4.	Observaciones generales	114
F.	SUGERENCIAS SOBRE LA APLICACIÓN	116
G.	RESUMEN	117
H.	OBSERVACIÓN FINAL	118
VII.	CONCLUSIONES	119
ANEXO I		120
ANEXO II		121
ANEXO III		122

I. INTRODUCCIÓN

1.1 El 18 de agosto de 1998, el Ecuador, Guatemala, Honduras, México y los Estados Unidos, actuando conjunta e individualmente, solicitaron consultas (WT/DS27/18) con las Comunidades Europeas en relación con la aplicación de las recomendaciones del Órgano de Solución de Diferencias (OSD) con respecto al asunto del régimen para la importación, venta y distribución de bananos de la CE, establecido en el Reglamento (CEE) 404/93 del Consejo, modificado por el Reglamento (CE) 1637/98 del Consejo. Las consultas se celebraron el 17 de septiembre de 1998. Estas consultas no permitieron encontrar una solución mutuamente satisfactoria del asunto.

1.2 El 13 de noviembre de 1998, el Ecuador solicitó la reactivación de las consultas del 17 de septiembre de 1998 (WT/DS27/30 y Add.1). El 23 de noviembre de 1998, las Comunidades Europeas y el Ecuador celebraron las consultas. Como éstas no permitieron llegar a una solución mutuamente satisfactoria del asunto, el Ecuador solicitó al OSD, el 18 de diciembre de 1998, el restablecimiento del grupo especial inicial de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD para que examinara la aplicación de las recomendaciones del OSD en función de las disposiciones del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) y el Acuerdo sobre Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación (WT/DS27/41).

1.3 El OSD, en la reunión del 12 de enero de 1999, estableció un grupo especial formado por los miembros del grupo especial inicial, de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD. El Brasil, Belice, el Camerún, Colombia, Costa Rica, Côte d'Ivoire, Dominica, Granada, Haití, Jamaica, Mauricio, Nicaragua, la República Dominicana, Santa Lucía y San Vicente y las Granadinas hicieron reserva de sus derechos como terceros a presentar comunicaciones y ser oídos por el Grupo Especial de conformidad con el artículo 10 del ESD.

i) Mandato

1.4 Se estableció que el mandato uniforme del Grupo Especial sería el siguiente:

"Examinar, a la luz de las disposiciones pertinentes de los acuerdos abarcados invocados por el Ecuador en el documento WT/DS27/41, el asunto sometido al OSD por el Ecuador en ese documento y formular conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en dichos acuerdos."

ii) Composición del Grupo Especial

1.5 La composición del Grupo Especial es la siguiente:

Presidente: Sr. Stuart Harbinson

Miembros: Sr. Kym Anderson
Sr. Christian Häberli

1.6 El 6 de abril de 1999 el Grupo Especial presentó su informe a las partes en la diferencia.

II. ELEMENTOS DE HECHO

2.1 La reclamación examinada por el Grupo Especial hace referencia a la aplicación por la CE de las recomendaciones del OSD en el asunto Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos, con respecto a las medidas aplicadas por la CE a la importación de bananos. Las medidas de aplicación en cuestión de la CE se encuentran en los siguientes reglamentos: i) Reglamento (CE) 1637/98 ("Reglamento 1637") por el que se modifica el Reglamento (CEE) 404/93 ("Reglamento 404") por el que se establece la organización común de mercados en el sector del plátano y ii) Reglamento (CE) 2362/98 ("Reglamento 2362"), que establece las normas detalladas de aplicación del Reglamento 404. Los Reglamentos 1637 y 2362 se han aplicado a partir del 1º de enero de 1999.

A. ACCESO CUANTITATIVO AL MERCADO Y ASIGNACIONES POR PAÍSES

2.2 El Reglamento 1637 regula el acceso al mercado de la CE de tres categorías distintas de importaciones de bananos: importaciones tradicionales ACP, importaciones no tradicionales ACP, e importaciones de países terceros (no ACP).

i) *Importaciones tradicionales ACP*

2.3 Las importaciones tradicionales ACP se definen como aquellas importaciones de bananos procedentes de 12 países ACP¹ hasta un límite anual agregado de 857.700 toneladas.² La CE, en el marco de las medidas de aplicación de las recomendaciones del OSD antes mencionadas, ha eliminado las asignaciones que antes se fijaban específicamente para cada uno de los 12 países ACP. En la Lista de la CE no está consolidado el volumen agregado de las importaciones y los reglamentos de la CE no contienen ninguna disposición que establezca un aumento del nivel cuantitativo de las importaciones tradicionales ACP.

ii) *Importaciones de países terceros e importaciones no tradicionales ACP*

2.4 La CE ha consolidado en su Lista el compromiso de un contingente arancelario para la importación de bananos de 2,2 millones de toneladas (peso neto). El Reglamento 1637 establece un contingente arancelario adicional de 353.000 toneladas anuales.³ Esta cantidad adicional no está consolidada en la Lista de la CE (se trata de un contingente arancelario autónomo).

2.5 La suma total del contingente arancelario, 2.553.000 toneladas, ha sido asignada, en los porcentajes que se indican en el cuadro 1, a Colombia, Costa Rica, el Ecuador y Panamá y a otros países incluidos en la categoría "otros". Según el Reglamento 2362, las asignaciones a los distintos países se basan en las importaciones realizadas por la CE durante los años 1994 a 1996.⁴ No hay disposiciones concretas que regulen la reasignación de los porcentajes no utilizados de las asignaciones hechas a los países concretos o a la categoría "otros".⁵ La categoría "otros" del

¹ Belice, Cabo Verde, Camerún, Côte d'Ivoire, Dominica, Granada, Jamaica, Madagascar, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Somalia y Suriname, véase el anexo al Reglamento 1637.

² Anexo I al Reglamento 2362.

³ Artículo 18.2 del Reglamento 1637.

⁴ Párrafo 2) del Reglamento 2362.

⁵ Las disposiciones que permitían la reasignación de los porcentajes no utilizados de las asignaciones a países concretos han sido derogadas, véase el artículo 31 del Reglamento 2362.

contingente arancelario está reservada a las importaciones de bananos de países terceros y bananos no tradicionales ACP.

Cuadro 1 - Asignaciones del contingente arancelario de la CE

País	Porcentaje (%)	Volumen (miles de toneladas)
Colombia	25,61	653,8
Costa Rica	23,03	588,0
Ecuador	26,17	668,1
Panamá	15,76	402,4
Otros	9,43	240,7
Total	100,00	2.553,0

Nota: Los porcentajes han sido calculados por la Secretaría sobre la base del contingente arancelario de 2.553.000 toneladas y de las partes porcentuales indicadas en el Anexo I al Reglamento 2362.

2.6 Las importaciones no tradicionales de países ACP son las que exceden del volumen tradicional de exportación de los países ACP (es decir, las que sobrepasan el límite de 857.700 toneladas) y las procedentes de países ACP que no son abastecedores tradicionales de la CE, como la República Dominicana. Pueden importarse bananos no tradicionales, en régimen de franquicia arancelaria y dentro de la categoría "otros" del contingente arancelario, hasta un límite de 240.748 toneladas (9,43 por ciento de los 2.553.000 toneladas del contingente arancelario). Se han eliminado las asignaciones por países de las importaciones no tradicionales ACP, previstas en el Reglamento 478/95 de la CE como resultado del Acuerdo Marco para el Banano (que sumaban 90.000 toneladas).⁶

B. TRATO ARANCELARIO

2.7 El cuadro 2 muestra los aranceles aplicables en la CE a las importaciones de bananos tradicionales ACP, no tradicionales ACP y procedentes de países terceros. Además, el cuadro 2 resume las modificaciones más importantes que han introducido las Comunidades Europeas en el régimen de importación de bananos, en lo que respecta a aranceles, asignaciones por países y volúmenes, como parte de sus medidas de aplicación de las recomendaciones del OSD.

⁶ Artículo 31 del Reglamento 2362.

Cuadro 2 - Régimen de la CE para las importaciones de plátanos desde el 1° de enero de 1999

Categorías de las importaciones de plátanos	Volumen de acceso	Origen/definición	Aranceles aplicados	Modificaciones del régimen del contingente arancelario de la CE introducidas por los Reglamentos 1637 y 2362
Plátanos tradicionales ACP	857.700 t	Importaciones, sin límites cuantitativos por países, procedentes de 12 países tradicionales ACP*.	En franquicia arancelaria.	eliminación de las asignaciones por países
Plátanos no tradicionales ACP	2.553.000 t	Importaciones de plátanos tradicionales ACP que superan el límite de 857.700 t o toda cantidad suministrada por países ACP que no son abastecedores tradicionales.	En franquicia arancelaria hasta 240.748 t. Las importaciones adicionales están sometidas a los derechos consolidados para las cantidades fuera de contingente (actualmente 737 euros por tonelada, menos 200 euros por tonelada).	eliminación de las asignaciones por países y la asignación a la categoría "otros", que formaban un total de 90.000 t ampliación de las oportunidades de acceso en régimen de franquicia arancelaria, pasando de 90.000 a 240.748 t dentro de la categoría "otros" que forma parte del contingente arancelario total de 2.553.000 t ampliación del margen de preferencia para las importaciones fuera de contingente, que pasa de 100 a 200 euros por tonelada
Plátanos de países terceros		Importaciones de cualquier origen no ACP.	75 euros por tonelada hasta 2.553.000 t. Hay cuatro países con asignaciones específicas más una asignación para la categoría "otros". Las importaciones adicionales están sometidas al arancel consolidado para las cantidades fuera de contingente (actualmente 737 euros por tonelada).	asignaciones modificadas a cuatro países concretos Miembros y a la categoría "otros" suprimida la transmisibilidad de los porcentajes no utilizados de las asignaciones por países ampliación de las oportunidades de acceso en 90.000 t, hasta un total de 2.553.000 t, gracias a la eliminación de asignaciones por países a abastecedores no tradicionales ACP

Nota: *Belice, Cabo Verde, Camerún, Côte d'Ivoire, Dominica, Granada, Jamaica, Madagascar, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Somalia y Suriname.

C. ASPECTOS ADMINISTRATIVOS DEL RÉGIMEN DE IMPORTACIÓN DE BANANOS

i) Condiciones que deben reunir los operadores

2.8 El contingente arancelario de 2.553.000 toneladas y las importaciones tradicionales ACP (857.700 toneladas) se distribuyen entre dos categorías de operadores, los operadores tradicionales y los operadores recién llegados. En el régimen modificado de la CE de importación de bananos se han suprimido las categorías de operadores (A, B y C) y las funciones (importador primario, importador secundario/encargado del despacho de aduana y madurador).

2.9 De acuerdo con el régimen modificado, los operadores tienen acceso a las cantidades antes indicadas en los siguientes porcentaje⁷:

operadores tradicionales	92 por ciento
operadores recién llegados	8 por ciento.

⁷ Artículo 2.1 del Reglamento 2362.

Este reparto entre las dos categorías de operadores puede ser modificado "para conseguir una mejor utilización de los contingentes arancelarios y de los plátanos tradicionales ACP."⁸ La cantidad concedida a una categoría de operadores y que no ha sido utilizada una vez atendidas todas las solicitudes podrá ser asignada a la otra categoría.

2.10 Para que un operador sea considerado tradicional tiene que haber estado establecido en las Comunidades Europeas durante el período que determina su cantidad de referencia (véase más adelante) y tiene que haber importado una cantidad mínima de bananos originarios de terceros países o de países ACP, por cuenta propia, con vistas a su posterior venta en el mercado de las Comunidades Europeas durante el período de referencia.⁹

2.11 Para ser considerados recién llegados, los operadores tienen que estar establecidos en las Comunidades Europeas en el momento de su registro y tienen que haber ejercido una actividad comercial "como importador en el sector de las frutas y hortalizas frescas pertenecientes a los capítulos 7 y 8, así como de los productos del capítulo 9 [café, té, mate y especias] de la nomenclatura arancelaria y estadística y del arancel aduanero común, en caso de que haya realizado también importaciones de los mencionados productos de los capítulos 7 y 8, por cuenta propia y con carácter autónomo, durante uno de los tres años inmediatamente anteriores al año con cargo al que se solicite el registro ...". El valor declarado en aduana por esas importaciones durante ese período de tres años ha de ser igual o superior a 400.000 euros.¹⁰

2.12 A efectos de su registro, los operadores recién llegados han de remitir, entre otras cosas, a las autoridades competentes de uno de los Estados miembros de las Comunidades Europeas pruebas certificadas de haber importado los productos antes mencionados (licencias de importación utilizadas o documentos aduaneros, según proceda) y de haber cumplido el requisito de haber importado los valores mínimos antes indicados.¹¹ Las solicitudes de registro han de presentarse antes del 1º de julio de cada año en uno sólo de los Estados miembros. La prórroga del registro de un operador recién llegado está condicionada a la certificación con pruebas de que se importó efectivamente, por cuenta propia, al menos el 50 por ciento de la cantidad que le hubiera sido asignada.¹²

ii) *Determinación de las cantidades de referencia para los operadores tradicionales y de las asignaciones a los operadores recién llegados*

2.13 Para cada operador tradicional se establecen cupos de importación (es decir, la "cantidad de referencia" anual) en función de las cantidades de bananos "que haya importado efectivamente" durante el período de referencia.¹³ El período de referencia en 1999 está constituido por los

⁸ Artículo 2.2 del Reglamento 2362.

⁹ La cantidad mínima en cuestión se cifra en 100 toneladas durante uno de los años del período de referencia, o 20 toneladas cuando se trata exclusivamente de la importación de plátanos de longitud inferior o igual a 10 cm. Artículo 3 del Reglamento 2362.

¹⁰ Artículo 7 del Reglamento 2362.

¹¹ Artículo 8 del Reglamento 2362.

¹² *Idem.*

¹³ Artículo 4 del Reglamento 2362.

años 1994-1996.¹⁴ Las solicitudes de cantidades de referencia han de ser presentadas, por escrito, en uno de los Estados miembros antes del 1º de julio de cada año.¹⁵ En sus solicitudes, los operadores han de presentar información sobre el volumen total de las importaciones originarias de países a las que es aplicable el contingente y de las importaciones de bananos tradicionales ACP que hayan realizado durante cada uno de los años del período de referencia que corresponda. El volumen de las importaciones ("importación efectiva") se demostrará i) mediante copia de las licencias de importación utilizadas por el titular o, en caso de que haya habido una cesión de la licencia, por el cesionario, y ii) prueba del pago de los derechos de aduana. Los operadores tradicionales que presenten la prueba de haber pagado los derechos de aduana necesarios para el despacho a libre práctica de una cantidad concreta de bananos sin ser el titular o el cesionario de la licencia de importación correspondiente, se considerará autor de la importación efectiva de dicha cantidad, si está efectivamente registrado en un Estado miembro de conformidad con el Reglamento (CEE) 1442/93 o si cumple las condiciones que establece el Reglamento 2362 para el registro como operador tradicional.¹⁶

2.14 No existen cantidades de referencia para los operadores recién llegados. Las solicitudes de una asignación anual no podrán indicar una cantidad superior al 10 por ciento de la cantidad global asignada anualmente a los operadores recién llegados.¹⁷ Los operadores recién llegados pueden adquirir la condición de operador tradicional al cabo de tres años de actividad comercial.¹⁸

iii) *Procedimiento para el trámite de licencias de importación*

2.15 Las importaciones de bananos tradicionales ACP, no tradicionales ACP y de países terceros están condicionadas a la expedición de una licencia (certificado).

2.16 Al efecto de expedir las licencias de importación, la Comisión de las Comunidades Europeas puede fijar una "cantidad indicativa" del contingente arancelario anual correspondiente a los tres primeros trimestres de cada año, respetando los porcentajes señalados en el cuadro 1 *supra*. Puede decidirse que, durante ese período, las solicitudes de licencias no excedan de un determinado porcentaje de la cantidad de referencia fijada para cada operador tradicional o de la cantidad asignada a cada operador recién llegado.¹⁹

2.17 Las solicitudes de licencias de importación han de presentarse en el Estado miembro de las Comunidades Europeas en el que esté registrado el operador. Las licencias de importación se expiden a continuación, por trimestres, siguiendo un procedimiento para el trámite dividido en dos etapas. En la primera etapa, los operadores tienen que detallar, entre otras cosas, las cantidades solicitadas que procederán de los orígenes detallados en el cuadro 1 *supra* o de fuentes tradicionales ACP.²⁰

¹⁴ Si se trata de operadores establecidos en uno de los nuevos Estados miembros (Austria, Finlandia y Suecia) el período de referencia correspondiente es 1994 y los tres primeros trimestres de 1995. Véase el artículo 5.4 del Reglamento 2362.

¹⁵ Artículo 5 del Reglamento 2362.

¹⁶ Artículo 5.3 del Reglamento 2362.

¹⁷ Artículo 9 del Reglamento 2362.

¹⁸ Artículo 10 del Reglamento 2362.

¹⁹ Artículo 14 del Reglamento 2362.

²⁰ Artículo 15 del Reglamento 2362.

2.18 En caso de que, para un trimestre y uno o varios de los orígenes, las cantidades objeto de solicitudes de licencias de importación sobrepasen considerablemente la cantidad indicativa o sobrepasen las cantidades disponibles anualmente se fijará un porcentaje de reducción.²¹ Los coeficientes de reducción aplicados a cada origen, de existir, reducen proporcionalmente las cantidades indicadas en las solicitudes de licencia de los operadores.²²

2.19 Finalizada la primera etapa, la Comisión de la CE publica los orígenes y las cantidades para los que pueden presentarse nuevas solicitudes de licencias de importación. Si se trata de solicitudes de licencia correspondientes a orígenes sometidos a un coeficiente de reducción, los operadores pueden renunciar a su solicitud o presentar nuevas solicitudes de licencia que cubran el porcentaje no utilizado de la solicitud original.²³ Las licencias de importación no se pueden utilizar para importar de orígenes distintos del indicado en ellas.²⁴

2.20 Las cantidades no utilizadas de una licencia de importación se reasignarán a petición propia al mismo operador, sea el titular de la misma o sea su cesionario, con cargo al trimestre siguiente del mismo año de la licencia original. Estas solicitudes no están sometidas al coeficiente de reducción que pueda aplicarse en ese trimestre.²⁵

2.21 Las licencias de importación son transferibles una sola vez:

- a) entre operadores tradicionales;
- b) de un operador tradicional a un operador recién llegado que reúna las condiciones necesarias;
- c) entre operadores recién llegados que reúnan las condiciones necesarias.

2.22 En caso de que se produzca una transferencia de licencia de importación entre operadores tradicionales, las cantidades de referencia del cedente y del cesionario se reducen y aumentan, respectivamente, en consecuencia. A su vez, las cantidades de referencia de los operadores tradicionales se reducen cuando se transfiere una cantidad a un operador recién llegado. Las cantidades transferidas a un recién llegado se tienen en cuenta en caso de que este último solicite la condición de operador tradicional.²⁶ Los operadores recién llegados no están autorizados a transferir licencias de importación a operadores tradicionales.²⁷

²¹ Artículo 17 del Reglamento 2362.

²² Los coeficientes de reducción aplicables en el primer trimestre de 1999, véase el Reglamento (CE) 2806/98 y el Reglamento (CE) 102/1999.

²³ Artículo 18 del Reglamento 2362.

²⁴ Artículo 15.4 del Reglamento 2362.

²⁵ Artículo 20 del Reglamento 2362.

²⁶ Artículo 21.3 del Reglamento 2362.

²⁷ Artículo 21 del Reglamento 2362.

D. EXENCIÓN RELATIVA AL CONVENIO DE LOMÉ

2.23 El Cuarto Convenio de Lomé, firmado el 15 de diciembre de 1989 entre las Comunidades Europeas y 68 países en desarrollo de África, el Caribe y el Pacífico (ACP), contiene un protocolo referente a los bananos, además de disposiciones aplicables a todos los productos en general. Como sus predecesores, el Cuarto Convenio de Lomé fue notificado al GATT y examinado por un grupo de trabajo.

2.24 En diciembre de 1994, las PARTES CONTRATANTES concedieron a las Comunidades Europeas una exención de las obligaciones dimanantes del párrafo 1 del artículo I del GATT de 1947, en favor del Convenio de Lomé.²⁸ El párrafo 1 de la decisión por la que se concede la exención establece lo siguiente:

" ... [se suspenderá hasta el 29 de febrero del año 2000 la aplicación de las disposiciones del párrafo 1 del artículo I del Acuerdo General en la medida necesaria para que las Comunidades Europeas puedan otorgar el trato preferencial para los productos originarios de los Estados ACP conforme a lo exigido en las disposiciones pertinentes del Cuarto Convenio de Lomé, sin que por ello estén obligadas a ampliar ese mismo trato preferencial a productos similares de cualquier otra parte contratante."²⁹

2.25 En octubre de 1996, la exención en favor del Convenio de Lomé se prorrogó hasta el 29 de febrero del año 2000 (de conformidad con el procedimiento mencionado en el párrafo 1 del Entendimiento relativo a las exenciones y el previsto en el artículo IX del Acuerdo sobre la OMC).³⁰

²⁸ Documentos L/7539, de 10 de octubre de 1994, y L/7539/Corr.1, del GATT.

²⁹ Párrafo 1 del documento L/7604, de 19 de diciembre de 1994, del GATT.

³⁰ WT/L/186, de 18 de octubre de 1996.

III. CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO

3.1 Las **Comunidades Europeas** objetaron la posición de los reclamantes iniciales en el sentido de que el párrafo 5 del artículo 21 del ESD no exigía la celebración de consultas, dado que esa disposición se refería expresamente a "los presentes procedimientos de solución de diferencias", es decir, la totalidad del ESD. Las consultas se celebraron en efecto el 17 de septiembre de 1998 con todos los reclamantes iniciales con respecto a las enmiendas al Reglamento 404 tal como figuran en el Reglamento 1637. Además, en una comunicación del 13 de noviembre de 1998³¹, el Ecuador solicitó la "reactivación de las consultas", que se habían iniciado el 17 de septiembre de dicho año. En esta comunicación, el Ecuador se refirió expresamente al Reglamento 2362. Las consultas se celebraron el 23 de noviembre de 1998 en presencia del Ecuador y México, como reclamantes iniciales.

3.2 Las Comunidades Europeas afirmaron que la presunta incompatibilidad con la OMC del régimen revisado de la CE aplicable a la importación del banano planteada durante las consultas se refería exclusivamente a los artículos I y XIII del GATT y a los artículos II y XVII del AGCS. Las Comunidades Europeas opinaron que algunas alegaciones formuladas por el Ecuador en su primera comunicación escrita iban más allá del alcance del procedimiento de este Grupo Especial, que estaba limitado a la solución de una diferencia "[e]n 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" (párrafo 5 del artículo 21 del ESD). Por consiguiente, el asunto comprendido en el mandato de este Grupo Especial estaba limitado a los asuntos en los que el OSD había adoptado sus recomendaciones y resoluciones sobre la base de los informes del Grupo Especial inicial y del Órgano de Apelación.

3.3 Las Comunidades Europeas opinaron que la referencia que hacía el Ecuador al artículo 19 del ESD equivalía a un intento de transformar el procedimiento de este Grupo Especial en una suerte de arbitraje "*ex aequo et bono*" que, en opinión de las Comunidades Europeas, no tenía ningún fundamento jurídico en el párrafo 5 del artículo 21, y que las recomendaciones que se habían sugerido tendrían el efecto de imponer una modificación de las consolidaciones consignadas en las Listas de la CE tal como fueron negociadas en la Ronda Uruguay. Sin embargo, un Grupo Especial establecido al amparo del párrafo 5 del artículo 21 debía aplicar "los presentes procedimientos de solución de diferencias", es decir, el ESD.

3.4 Según las Comunidades Europeas, este Grupo Especial podría, por lo tanto, sólo verificar la compatibilidad de las medidas adoptadas para cumplir las recomendaciones y resoluciones iniciales del OSD "[aclarando] las disposiciones vigentes" y "[preservando] los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de los acuerdos abarcados". De conformidad con el párrafo 1 del artículo 19, los grupos especiales "recomendarán que el Miembro afectado ... ponga [la medida] en conformidad con ese acuerdo". Sin embargo, no están facultados a "recomendar medidas específicas e inmediatas" como había sugerido el Ecuador.³² El párrafo 1 del artículo 19, en su última parte, autoriza a los Grupos Especiales a "sugerir la forma" (es decir, los medios técnicos) en que el Miembro afectado podría aplicar las recomendaciones. Esto debería leerse en su contexto, es decir el párrafo 2 del mismo artículo, que prohíbe expresamente a los grupos especiales "el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados". Las Comunidades Europeas no aceptaban ni permitían que ninguno de sus derechos negociados y obligaciones consolidadas en su Lista fuesen modificados o afectados al margen de una negociación comercial.

³¹ WT/DS27/30, de 16 de noviembre de 1998.

³² Primera comunicación del Ecuador, párrafo 27.

3.5 El **Ecuador** afirmó que los términos del párrafo 5 del artículo 21 no dejaban lugar a dudas de que la cuestión que se planteaba en un grupo especial constituido al amparo de dicho párrafo no era simplemente si las nuevas medidas eran compatibles con las resoluciones y recomendaciones concretas del OSD sino también si las medidas que habían sido adoptadas supuestamente a esos efectos eran compatibles con las normas del Acuerdo sobre la OMC. El texto mismo del párrafo 5 del artículo 21 no suponía ninguna injusticia para el demandado y las alegaciones en contrario que formulara la CE en esta diferencia serían superfluas. Si bien el procedimiento del Grupo Especial era un procedimiento acelerado en virtud del párrafo 5 del artículo 21, el demandado había tenido el beneficio de las resoluciones del Grupo Especial y tal vez del Órgano de Apelación cuando determinó las medidas correctivas durante el período "normal" de 15 meses, con frecuentes reuniones del OSD. Podían evitarse otros asuntos ajenos a la diferencia, dado que estarían en cuestión solamente las medidas adoptadas y no adoptadas para cumplir las resoluciones y recomendaciones, incluso aunque la cuestión fuera la conformidad con un acuerdo abarcado de la OMC. Por último, era necesario sopesar los derechos que pudiesen corresponder al demandado frente a los derechos e intereses del reclamante o reclamantes. Cuando llegara a iniciarse una acción al amparo del párrafo 5 del artículo 21 contra un demandado recalcitrante, las partes reclamantes ya habrían estado sufriendo anulación o menoscabo durante dos años y medio o más sin ninguna compensación.

3.6 En este procedimiento, sostuvo el Ecuador, era evidente que cada reclamación ecuatoriana se refería a una medida de la CE que había sido mantenida en contra de las resoluciones del Grupo Especial o que había sido modificada o ampliada sin conformarse a las normas de la OMC. Si las Comunidades Europeas estaban tratando de invocar una defensa procesal en virtud del párrafo 5 del artículo 21, el Ecuador afirmaba que para cumplir la carga de la prueba correspondiente a esa defensa se necesitaba algo más que una nota de pie de página. En cuanto a la solicitud del Ecuador de recomendaciones y sugerencias concretas en virtud del artículo 19 del ESD, el Ecuador sostuvo que nada en su solicitud era incompatible con el texto del ESD o con los Acuerdos de la OMC. La sugerencia de "formas" de cumplir no estaba, por su enunciación, limitada a los "medios técnicos", como alegaban las Comunidades Europeas. Además, los antecedentes de esta diferencia ofrecían al Grupo Especial amplios fundamentos para hacer uso de las facultades que le otorgaba el ESD. El Ecuador afirmó además que si bien la derogación de las medidas no conformes constituía una parte importante del cumplimiento, no constituía un remedio en la medida en que algunas medidas ilegales no habían sido corregidas plenamente y habían sido sustituidas por otras medidas incompatibles con la OMC.

IV. PRINCIPALES ARGUMENTOS³³

A. GENERALIDADES

4.1 El **Ecuador** impugnó la conformidad del sistema modificado que la CE aplica a la importación, venta y distribución de bananos con

- a) los artículos I y XIII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (GATT de 1994);
- b) los artículos II y XVII del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS); y las resoluciones y recomendaciones del Grupo Especial inicial contenidas en su informe *Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos*³⁴ (denominado en adelante "informe del Grupo Especial"), modificado por el Órgano de Apelación en su informe *Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos*³⁵ (denominado en adelante "informe del Órgano de Apelación").
- c) el Ecuador solicitó al Grupo Especial no solamente que reafirmara sus resoluciones e interpretaciones anteriores, confirmadas y modificadas por el Órgano de Apelación, sino también que diera a las Comunidades Europeas una recomendación y orientación más explícita acerca de la forma de aplicarlas.

4.2 Las **Comunidades Europeas** pidieron que el Grupo Especial rechazara todas las alegaciones hechas por el Ecuador, tanto al amparo del GATT como del AGCS, y que constatará que las Comunidades Europeas habían cumplido las recomendaciones y resoluciones iniciales del OSD, adoptadas el 25 de septiembre de 1997.

B. CUESTIONES RELATIVAS AL GATT

4.3 El **Ecuador** alegó que el sistema de la CE revisado mantenía las tres mismas categorías de importaciones que el sistema precedente y el mismo trato arancelario de esas categorías³⁶, excepto las siguientes:

- a) no había contingentes por países de la cantidad ACP correspondiente a los bananos tradicionales ACP³⁷;

³³ Cuando no se indica otra cosa, las notas de pie de página en esta parte del informe corresponden a las notas de las partes.

³⁴ 22 de mayo de 1997, WT/DS27/R/ECU.

³⁵ 9 de septiembre de 1997, WT/DS27/AB/R.

³⁶ Véase *supra* el cuadro 2 de la sección "Elementos de hecho" (observación de la Secretaría).

³⁷ Los plátanos tradicionales ACP fueron definidos como los plátanos originarios de los siguientes países, con un límite de 857.700 toneladas: Belice, Cabo Verde, Camerún, Côte d'Ivoire, Dominica, Granada, Jamaica, Madagascar, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Somalia y Suriname. Párrafo 1 del artículo 16 del Reglamento (CEE) 404/93 del Consejo, modificado por el artículo 1 del Reglamento (CE) 1637/98 del Consejo.

- b) para los bananos no tradicionales ACP³⁸, ya no existía ningún límite de 90.000 toneladas sobre la cantidad que podía importarse en las Comunidades Europeas exenta de derechos dentro de la categoría "otros" de los contingentes de terceros países. Para las cantidades por encima del contingente de terceros países, la preferencia arancelaria para los bananos no tradicionales ACP se había aumentado de 100 euros por tonelada a 200 euros por tonelada;
- c) no había asignaciones por países para los abastecedores sin un interés sustancial.

1. Cuestiones relativas al artículo I

i) *Bananos tradicionales ACP*

4.4 El **Ecuador** sostuvo que el sistema revisado no cumplía en tres aspectos lo dispuesto en el artículo I del GATT de 1994 ni las resoluciones del Grupo Especial y del Órgano de Apelación en lo que respecta a los bananos tradicionales ACP. En primer lugar, la cuota total de 857.700 toneladas era equivalente a la suma de las anteriores asignaciones individuales para los países tradicionales ACP antes del 1º de enero de 1999, y el Grupo Especial y el Órgano de Apelación ya habían constatado que esas asignaciones excedían lo requerido en la Exención relativa al Convenio de Lomé.³⁹ Las Comunidades Europeas no podían rectificar el problema de las asignaciones individuales excesivas acumulándolas en una cantidad global que superara la exigida para la suma de las partes correspondientes a los países participantes en la cuota global. El Ecuador adujo que el sistema revisado, al asignar una participación acumulativa a todos los abastecedores tradicionales ACP, agravaba la violación del artículo I dado que no había límites individuales, y ello significaba que cada país, en principio, estaba autorizado a superar el mejor nivel que había obtenido antes de 1991 libre de derechos.

4.5 Tampoco podían las Comunidades Europeas eludir esta obligación formulando nuevos pretextos para justificar las mismas cantidades cuya justificación inicial fue rechazada por el Grupo Especial y el Órgano de Apelación⁴⁰, ante los cuales las Comunidades Europeas había indicado que la cifra de 857.700 toneladas incluía los aumentos previstos en las exportaciones de bananos después de 1990. Por consiguiente, estaban fuera del ámbito de la exención relativa al Convenio de Lomé y, en consecuencia, eran incompatibles en cierta medida con las obligaciones de la CE dimanantes del artículo I del GATT de 1994.⁴¹ El efecto discriminatorio de esta violación también se agravaría en la práctica porque el sistema revisado de licencias de importación penalizaba la falta de utilización plena de todas las cantidades incluidas en la licencia, y ello con respecto a todos los países. Junto con la eliminación de los límites por países correspondientes a cada país tradicional ACP, el efecto era alentar la máxima utilización del contingente libre de derechos de 857.700 toneladas, y dentro de ese contingente, alentar un desplazamiento hacia los abastecedores relativamente más eficientes en perjuicio de los menos competitivos entre los países ACP.

³⁸ Los bananos no tradicionales ACP fueron definidos como las cantidades de plátanos exportados por los Estados ACP que sobrepasen las cantidades establecidas *supra*. Párrafo 1 del artículo 15 del Reglamento (CEE) 404/93 del Consejo (en su forma enmendada).

³⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.102; informe del Órgano de Apelación, párrafo 175.

⁴⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 4.131 y siguientes; informe del Órgano de Apelación, párrafo 28.

⁴¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.103; informe del Órgano de Apelación, párrafo 175.

4.6 En segundo lugar, el Ecuador adujo que la supresión en el sistema revisado de los límites máximos por países al acceso libre de derechos exacerbaba el grado en que las preferencias de la CE superaban lo que estaba "exigido" por el Convenio de Lomé y, por consiguiente, aumentaba el grado de no conformidad con el artículo I del GATT de 1994. Como consecuencia de ello, todos los abastecedores tradicionales ACP podían, en principio, expedir 857.700 toneladas libres de derechos, mientras que el Grupo Especial y el Órgano de Apelación habían sostenido que cualquier cantidad que excediera del mayor volumen de las exportaciones antes de 1991 no era "exigida" por el Convenio de Lomé y, en consecuencia, no estaba comprendida en la Exención correspondiente. A juicio del Ecuador, esto era más que una infracción jurídica de carácter técnico, pues tenía como resultado consecuencias comerciales desfavorables. Era más probable que los abastecedores tradicionales ACP expidieran la cantidad total disponible de bananos tradicionales ACP, dado que los más productivos y eficientes entre ellos podrían planificar, competir e invertir en consecuencia.

4.7 La no conformidad con el artículo I no podría, adujo el Ecuador, ser compensada con una disminución de las importaciones procedentes de los abastecedores tradicionales ACP menos eficientes, dado que las constataciones del Grupo Especial y del Órgano de Apelación eran muy claras a ese respecto, es decir, que la Exención de Lomé se aplicaba a cada abastecedor tradicional ACP sólo hasta su año de mayor volumen antes de 1991.⁴² Presumiblemente, algunos o incluso muchos abastecedores tradicionales ACP perderían efectivamente el acceso libre de derechos a las Comunidades Europeas porque los importadores tenderían naturalmente a comprar de las fuentes más eficientes y económicas dentro de un conjunto de países.

4.8 Refiriéndose al párrafo 2 a) ii) del artículo 168 del Convenio de Lomé⁴³, en particular, las **Comunidades Europeas** respondieron que debían cumplir sus obligaciones dimanantes del Convenio. Además, señalaron que el Protocolo 5 del Convenio de Lomé⁴⁴ había sido interpretado en el sentido de que "las disposiciones pertinentes del Convenio de Lomé "exigen" a las Comunidades Europeas lo siguiente: otorgar acceso en régimen de franquicia arancelaria a todos los bananos tradicionales ACP".⁴⁵ Por lo tanto, las Comunidades Europeas estaban aplicando un régimen de franquicia arancelaria a las importaciones de bananos tradicionales procedentes de los países ACP por un volumen máximo de 857.700 toneladas, y ello constituía un "trato preferencial adicional además del exigido por el inciso ii) de la letra a) del apartado 2 del artículo 168 respecto de *todos* los plátanos ACP".⁴⁶ Esto correspondía, por lo tanto, a la limitación del volumen de bananos, es decir, las importaciones tradicionales, que podían beneficiarse de este trato preferencial, tal como estaba previsto en los términos de la Exención de Lomé conforme a la interpretación dada por el Órgano de Apelación.

⁴² Como lo señaló el Órgano de Apelación al interpretar el artículo III, el trato menos favorable para algunos no puede compensarse con el trato más favorable para otros. Véase *Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional*, adoptado el 20 de mayo de 1996 WT/DS2/AB/R y WT/DS2/R.

⁴³ "La Comunidad adoptará las medidas necesarias para garantizarles un trato más favorable que el que se conceda a los terceros países que gocen de la cláusula de nación más favorecida para esos mismos productos."

⁴⁴ "Respecto de sus exportaciones de plátanos a los mercados de la Comunidad, ningún Estado ACP será puesto, en lo que se refiere al acceso a sus mercados tradicionales y a sus ventajas en dichos mercados, en una situación menos favorable que aquella en la que se encontraba anteriormente o en la que se encuentre actualmente."

⁴⁵ Informe del Órgano de Apelación, párrafo 178. Véase también el párrafo 172.

⁴⁶ Informe del Órgano de Apelación, párrafo 170.

4.9 El mantenimiento del máximo de 857.700 toneladas anuales de bananos tradicionales ACP estaba plenamente justificado tras haber aplicado el nuevo criterio interpretativo establecido por el Órgano de Apelación en su informe (párrafos 175 y 178). Los bananos tradicionales ACP no eran importados en el marco de los contingentes arancelarios de terceros países, sino que competían con todos los bananos que podían importarse fuera del contingente arancelario consolidado (y del contingente autónomo) pero con un trato preferencial (libre de derechos) tal como lo exigía el Convenio de Lomé y lo permitía la Exención de Lomé. El margen de preferencia en beneficio de los bananos tradicionales ACP fuera de los contingentes arancelarios (consolidado y autónomo) era actualmente de 737 euros por tonelada.⁴⁷ Las Comunidades Europeas recordaron que el Grupo Especial y el Órgano de Apelación habían considerado que solamente podían servir como justificación para permitir importaciones de bananos tradicionales ACP fuera de los contingentes arancelarios los mayores volúmenes de las importaciones procedentes de los abastecedores de bananos tradicionales ACP antes de 1991. Sobre la base de las cifras históricas que ahora estaban disponibles con respecto a los mayores volúmenes de las importaciones de bananos tradicionales ACP antes de 1991 (es decir 952.933 toneladas), era por consiguiente totalmente legítimo un máximo de 857.700 toneladas, libres de derechos, procedentes de todos los abastecedores de bananos tradicionales ACP.⁴⁸

4.10 Las Comunidades Europeas sostuvieron que el Grupo Especial inicial y el Órgano de Apelación habían acordado que la preferencia de derechos nulos era "exigida" para los bananos tradicionales ACP hasta el nivel, con respecto a cada abastecedor, del mayor volumen de sus exportaciones a las Comunidades Europeas antes de 1991, pero que las asignaciones para cualquier país por encima de ese nivel no estaban comprendidas en la exención y, en consecuencia, eran incompatibles con el artículo I del GATT de 1994. La suma de las asignaciones por países para los bananos tradicionales ACP en el marco del sistema anterior era de 857.700 toneladas, cifra que incluía con respecto a cada país tradicional ACP el mayor volumen de sus exportaciones a las Comunidades Europeas, y para algunos países, una cantidad extra exenta de derechos basada en el aumento previsto de producción como resultado de las inversiones recientes. El sistema revisado de la CE creaba un único contingente libres de derechos de 857.700 toneladas para todos los países tradicionales ACP, sin ningún límite del acceso en régimen de franquicia arancelaria para ningún país ACP dentro de ese contingente global.

4.11 El **Ecuador**, en respuesta, sostuvo que una comparación del anexo 1 de la primera comunicación de la CE con los límites por países del sistema anterior indicaba que la asignación para cada país era la misma o inferior en el anexo 1, salvo para Jamaica y Somalia, de los cuales se decía que los años en que habían registrado el mayor volumen de exportaciones habían sido 1965 y 1966. Dado que las Comunidades Europeas estaban presentando estos datos como una defensa tras muchos años de no haberlos considerado válidos a efectos del Convenio de Lomé, del GATT o de la OMC, era preciso que hicieran mucho más para explicar por qué hoy esos datos debían aceptarse como válidos, como exigidos por el Convenio de Lomé, y dentro del ámbito de la Exención de Lomé. Los años en cuestión eran todos anteriores a los acuerdos de la CE con los países tradicionales de Lomé, o incluso a la adhesión del Reino Unido a las Comunidades Europeas. Además, habiendo constatado estos datos, no hay ninguna explicación de por qué las Comunidades Europeas no consideraron a que se les "exigía" que concedieran las cantidades adicionales a Somalia y Jamaica. El Ecuador consideraba que incluso si el Grupo Especial aceptara como válidos estos datos y, en consecuencia, aumentara la "exigencia" del Convenio de Lomé y ampliara el alcance de la Exención de Lomé, el sistema revisado de la CE seguiría siendo incompatible con el artículo I del GATT de 1994 con

⁴⁷ Estaba previsto que disminuyera a 708 euros a partir del 1º de julio de 1999.

⁴⁸ Las cifras históricas pertinentes que justifican la limitación cuantitativa de la importación de bananos tradicionales ACP de 857.700 toneladas figuran en el anexo 1.

respecto a los bananos tradicionales ACP, dado que admitía el acceso en régimen de franquicia arancelaria de cualquier abastecedor tradicional ACP por encima de su más alto nivel anterior.⁴⁹

4.12 Las **Comunidades Europeas** observaron que el Órgano de Apelación había revocado la constatación del Grupo Especial en la diferencia inicial con respecto al alcance de la exención de Lomé que, a juicio del Órgano de Apelación⁵⁰ no incluía el artículo XIII del GATT. Las Comunidades Europeas, en consecuencia, se consideraban obligadas a abandonar la asignación por países para las importaciones de bananos tradicionales ACP dado que, a pesar de la preferencia, ninguno de los Estados ACP exportadores de bananos era un abastecedor de bananos con un interés sustancial en el mercado de la CE. En esas circunstancias, las Comunidades Europeas no veían en qué forma sería posible asignar cuotas del volumen global a determinados Estados ACP ("específicos") mientras las Comunidades Europeas no distribuyeran sus contingentes arancelarios NMF entre abastecedores que no tuviesen un interés sustancial. A este respecto, las Comunidades Europeas no hacían más que respetar las obligaciones que les correspondían en el marco de la OMC en la forma en que las interpretaban, pero su actitud sería flexible si quedara claro, en términos inequívocos, que tenían a su disposición otras opciones. Además, la incompatibilidad alegada por el Ecuador no se relacionaba con el artículo I del GATT sino, en opinión de las Comunidades Europeas, más bien con una presunta incompatibilidad del régimen de importación de bananos de la CE con las prescripciones del artículo 1 del Protocolo 5 sobre los plátanos debido a la falta de asignaciones por países para el volumen de importaciones preferenciales correspondiente a los bananos tradicionales ACP.

4.13 Con respecto al argumento de la CE expuesto en el párrafo 4.12 *supra*, el **Ecuador** sostuvo que el Órgano de Apelación, al determinar que la Exención de Lomé no se aplicaba a la infracción del artículo XIII por parte de la CE, no consideró que las Comunidades Europeas quedaban de esa forma dispensadas del cumplimiento del artículo I del GATT de 1994, e incluso afirmó expresamente que las cantidades en régimen de franquicia arancelaria que excedieran del mayor nivel alcanzado por un país tradicional ACP antes de 1991 no estaban comprendidas en la Exención de Lomé⁵¹ y, en consecuencia, infringían el artículo I. Esa infracción del artículo I existía independientemente de que el Grupo Especial aceptara el "nuevo" dato antiguo sobre Jamaica y Somalia.

ii) *Bananos ACP no tradicionales*

4.14 El **Ecuador** alegó que, conforme a los términos del Convenio de Lomé, el trato arancelario más favorable en el sistema revisado de los bananos no tradicionales ACP no estaba exigido por la Exención de Lomé, y en consecuencia no estaba comprendido en la misma.⁵² El Ecuador consideraba que no era justificable ampliar, en el sistema enmendado, las preferencias previstas en el antiguo sistema. Ni la constatación limitada respecto al sistema precedente, ni el texto de la Exención de Lomé podían justificar tal aumento. El Grupo Especial y el Órgano de Apelación afirmaron, según el Ecuador, que la Exención de Lomé abarcaba un trato en régimen de franquicia arancelaria para 90.000 toneladas de bananos no tradicionales ACP, y una preferencia de 100 euros por tonelada

⁴⁹ Primera comunicación del Ecuador párrafos 56-63.

⁵⁰ Párrafo 188 del informe del Órgano de Apelación en la diferencia inicial, WT/DS27/AB/R, de 9 de septiembre de 1997.

⁵¹ Informe del Órgano de Apelación, párrafo 174, nota 94.

⁵² La disposición pertinente del Convenio de Lomé a ese respecto era el párrafo 2) a) ii) del artículo 168, que disponía lo siguiente: "la Comunidad adoptará las medidas necesarias para garantizarles un *trato más favorable* que el que se conceda a los terceros países que gocen de la cláusula de nación más favorecida para esos mismos productos" (itálicas añadidas).

con respecto a esos bananos por encima del contingente arancelario global. No obstante, en el marco del sistema de la CE revisado, se había eliminado el máximo de 90.000 toneladas sobre la importación exenta de derechos y se había aumentado la preferencia para las importaciones por encima del contingente a 200 euros por tonelada. El Ecuador adujo que el Grupo Especial debía constatar que la ampliación de la preferencia era más de lo exigido por el Convenio de Lomé y que, en consecuencia, no podía ampararse en la Exención de Lomé, por lo que era incompatible con el artículo I del GATT de 1994.

4.15 Las **Comunidades Europeas** observaron que las importaciones no tradicionales de bananos ACP se beneficiaban actualmente del trato de franquicia arancelaria dentro de los contingentes arancelarios (lo que equivalía, en la práctica, a una preferencia de 75 euros por tonelada) y de una preferencia de 200 euros por tonelada en los derechos aplicados fuera de los contingentes arancelarios. Según las Comunidades Europeas, el hecho de que el Órgano de Apelación hubiera mencionado un volumen de 90.000 toneladas para las importaciones de bananos en régimen de exención de derechos dentro del contingente arancelario (consolidado) y una cifra de 100 euros para cualquier nueva preferencia no era una indicación de un límite superior de la preferencia para los bananos no tradicionales ACP. El Órgano de Apelación se había limitado a examinar "si las medidas concretas elegidas por las Comunidades Europeas para cumplir la obligación establecida [en el apartado 2 a) ii) del artículo 168] de garantizar al banano no tradicional ACP un "trato más favorable" son en realidad medidas "necesarias".⁵³ Según las Comunidades Europeas, el Órgano de Apelación ha declarado muy claramente que el "inciso ii) de la letra a) del apartado 2 del artículo 168 no dice que sólo sea necesario *un tipo de medida*, ni tampoco *cuál* es el tipo de medidas necesarias. Cabe suponer que las Comunidades Europeas podían haber elegido otro tipo de "trato más favorable", que adoptara la forma de una preferencia arancelaria para el banano no tradicional ACP".⁵⁴

4.16 Las Comunidades Europeas señalaron además que las cifras precedentes eran aquéllas en las que se basaba el anterior régimen comunitario de importación de bananos. La Exención de Lomé abarcaba el trato preferencial de los bananos ACP por encima de estas cifras en la medida en que la exención del artículo I estaba subordinada únicamente a la condición de que el trato preferencial debía ser "exigido" por el Convenio de Lomé. El párrafo 2 a) ii) del artículo 168 del Convenio de Lomé exigía el trato preferencial de "*todas las importaciones de plátanos ACP*"⁵⁵, a diferencia de las prescripciones contenidas en el artículo 1 del Protocolo 5, que se limitaban a los abastecedores de bananos tradicionales ACP. En opinión de las Comunidades Europeas, no había fundamento en el apartado 2 a) ii) del artículo 168 del Convenio de Lomé para una limitación del volumen de ese trato preferencial ni para una limitación a 100 euros por tonelada del margen de preferencia de los bananos no tradicionales ACP importados fuera de los contingentes arancelarios.

4.17 El **Ecuador** sostuvo que el sistema comunitario revisado aumentaba las preferencias para los bananos no tradicionales ACP, tanto eliminando el límite máximo de 90.000 toneladas sobre el ingreso libre de derechos como aumentando la preferencia para los bananos que excediesen del contingente a 200 euros por tonelada. Estos aumentos iban más allá de lo que el Grupo Especial había constatado que exigía el Convenio de Lomé y, por lo tanto, no quedaban comprendidos en la Exención de Lomé y eran incompatibles con el artículo I del GATT de 1994. En opinión del Ecuador, la observación del Órgano de Apelación de que se podrían haber elegido *otras* formas de preferencia arancelaria fue utilizada por las Comunidades Europeas como un pretexto para justificar preferencias mayores del mismo tipo. Al otorgar la Exención de Lomé, los Miembros de la OMC no habían dado

⁵³ Párrafo 173 del informe del Órgano de Apelación.

⁵⁴ *Idem*.

⁵⁵ Párrafo 170 del informe del Órgano de Apelación.

carta blanca a las Comunidades Europeas ni a los Estados ACP. Tanto las medidas de la CE como las razones que daba para justificar su aumento sustancial de esas preferencias eran abusivas, e injustificables en términos de la Exención de Lomé o de las resoluciones anteriores.

4.18 Las **Comunidades Europeas** sostuvieron, en contra de las alegaciones del Ecuador en los párrafo 4.14 y 4.17 *supra*, que la eliminación de la cuota del contingente arancelario para los bananos no tradicionales ACP *reducía* el valor de la preferencia otorgada en el marco del régimen de importación del banano que anteriormente aplicaba la CE, dado que estos bananos ahora se importaban en competencia con bananos procedentes de otras fuentes bajo la categoría general "otros" del contingente arancelario, que no se asignaba a los bananos procedentes de un origen determinado. Por lo tanto, las Comunidades Europeas consideraban que la eliminación de la cuota del contingente arancelario asignada a las importaciones de bananos no tradicionales ACP no "extendía" la preferencia a los bananos no tradicionales ACP más allá de lo prescrito en el apartado 2 a) ii) del artículo 168 del Convenio de Lomé. Las Comunidades Europeas señalaron a continuación que, a fin de compensar en parte la pérdida de la asignación de la cuota del contingente arancelario de 90.000 toneladas para los abastecedores no tradicionales ACP, continuaron, habían acordado con esos abastecedores aumentar el margen de preferencia para las importaciones fuera del contingente de 100 euros por tonelada a 200 euros por tonelada. En conclusión, las Comunidades Europeas no veían ningún fundamento válido a la reclamación del Ecuador con respecto al trato preferencial de las importaciones no tradicionales de bananos ACP en el marco del régimen actual.

2. Cuestiones relativas al artículo XIII

4.19 El **Ecuador** sostuvo que las revisiones del sistema de la CE no resultaban suficientes para ajustarse a las obligaciones que impone el artículo XIII y, en determinados aspectos, agravaban las infracciones al artículo XIII existentes en el sistema anterior. En realidad, incluso quedaba sin modificar el tamaño de los respectivos conjuntos de contingentes arancelarios: 857.700 toneladas de acceso en régimen de franquicia arancelaria a los bananos ACP tradicionales, y 2.553.000 toneladas de acceso en régimen arancelario preferencial para otros bananos. El sistema revisado seguía utilizando dos regímenes de contingentes arancelarios, y mantenía el mismo nivel de contingente total para cada grupo que el sistema anterior, lo cual daba lugar a un trato más favorable para los bananos procedentes de los países tradicionales ACP que para los del Ecuador u otros países. El Grupo Especial y el Órgano de Apelación habían sostenido que el hecho de que la CE estableciese dos regímenes de importación de bananos, o emplease diferente terminología, no justificaba una evaluación independiente de esos regímenes en términos del artículo XIII. El Ecuador consideraba que no existía ninguna exención de las obligaciones impuestas por el artículo XIII con respecto a medidas que favoreciesen productos de un grupo de países, cuando resultaba que ese mismo favoritismo no se permitía para un único país, como resultaba evidente, por ejemplo, en la evaluación del AMB que llevaron a cabo el Grupo Especial y el Órgano de Apelación.

4.20 El Ecuador manifestó que las preguntas con respecto a la asignación de los contingentes arancelarios eran: en primer lugar, si las Comunidades Europeas habían cumplido lo dispuesto en el artículo XIII y en las conclusiones y recomendaciones al respecto, al conceder a los países ACP tradicionales, como grupo, una parte del contingente arancelario igual a la suma de las partes de los distintos países para los bananos ACP; y, en segundo lugar, si la asignación atribuida al Ecuador, en relación con la parte asignada a los ACP y al régimen de importación de la CE en general, era conforme a lo dispuesto en el artículo XIII. El Ecuador afirmó que en ambos casos las Comunidades Europeas no se habían ajustado a lo dispuesto en el artículo XIII ni a las correspondientes conclusiones y recomendaciones del Grupo Especial.

4.21 El Ecuador afirmó, además, que el Grupo Especial inicial había concluido que el artículo XIII no autorizaba a las Comunidades Europeas a atribuir cuotas por países a algunos abastecedores sin un

interés sustancial y no a otros.⁵⁶ El Ecuador señaló que las cuotas particulares por países asignadas a cada abastecedor ACP tradicional se basaban en el mayor volumen de las exportaciones de cada país con anterioridad a 1991, con un complemento que iba incluso más allá para algunos de los abastecedores ACP tradicionales. Sin embargo, las importaciones efectivas procedentes de los países tradicionales ACP en conjunto habían sido del orden de 200.000 toneladas menos que las 857.700 toneladas de asignaciones totales. En consonancia con resoluciones anteriores⁵⁷, el Grupo Especial había constatado que la introducción del párrafo 2 del artículo XIII constituía una "norma general" a la cual quedaban subordinadas las disposiciones del párrafo 2 d) de dicho artículo.⁵⁸ El Grupo Especial también había concluido que las Comunidades Europeas podían mantener los contingentes arancelarios para los bananos ACP tradicionales, puesto que consideraba que la exención relativa al Convenio de Lomé se aplicaba tanto a las infracciones del artículo XIII como a las infracciones del artículo I.⁵⁹ El Órgano de Apelación había revocado esta conclusión del Grupo Especial.⁶⁰

4.22 El Ecuador sostuvo que una cuota discriminatoria en favor de un país no se podía subsanar combinando esa cuota con otra cuota excesiva para otro país; de lo contrario, el artículo XIII se vería despojado de significado. En ese caso, los Miembros de la OMC podrían discriminar libremente asignando cuotas por bloques de dos o más países, en lugar de cuotas individuales. Ni las constataciones del Grupo Especial o del Órgano de Apelación, ni el texto literal del artículo XIII daban a entender que tal discriminación por bloques de países resultase admisible. El Ecuador sostuvo que, al eliminar las subasignaciones, era más probable que se cubriese una parte mayor del contingente, dado que abastecedores tradicionales ACP más eficaces encontrarían pocos límites y tendrían un incentivo para invertir. El contingente arancelario para los bananos tradicionales ACP quedaba aislado de la competencia de otras fuentes tales como el Ecuador, tanto en el sistema anterior como en el sistema enmendado, lo cual constituía otra ventaja para los bananos tradicionales ACP que no se concedía a los demás bananos.

4.23 Las **Comunidades Europeas** indicaron que, de conformidad con las constataciones del grupo especial y del Órgano de Apelación respecto a lo dispuesto en el artículo XIII del GATT⁶¹, no se podían atribuir cuotas del contingente arancelario únicamente a algunos abastecedores de un producto sin un interés sustancial. Al examinar el antiguo régimen del banano de las Comunidades Europeas, el Órgano de Apelación había considerado que la asignación (parcial) constituía una ventaja que no se había extendido a todos los abastecedores sin un interés sustancial. El párrafo 2 d) del artículo XIII del GATT de 1994 no autorizaba a las Comunidades Europeas a atribuir una cuota específica del contingente arancelario únicamente a los abastecedores de bananos no tradicionales ACP. Por consiguiente, las Comunidades Europeas tendrían que asignar cuotas del contingente arancelario a todos los abastecedores sin un interés sustancial, lo cual consideraban difícil en la práctica, porque introduciría una rigidez indeseable en la administración de los contingentes arancelarios, dado que algunas cuotas del contingente arancelario para abastecedores sin un interés

⁵⁶ Párrafos 7.90 y 7.118 del informe del Grupo Especial.

⁵⁷ Véase el párrafo 2 del informe del Grupo de Trabajo relativo a las "Restricciones cuantitativas" adoptado los días 2, 4 y 5 de marzo de 1995, IBDD 3S/55, 62, párrafo 24, citado en la nota a pie de página 365 del párrafo 7.68 del informe del Grupo Especial sobre el asunto *Bananos III*.

⁵⁸ Párrafo 7.70 del informe del Grupo Especial.

⁵⁹ Párrafo 110 del informe del Grupo Especial.

⁶⁰ Párrafo 188 del informe del Órgano de Apelación.

⁶¹ Párrafo 7.90 del informe del Grupo Especial y párrafo 161 del informe del Órgano de Apelación.

sustancial resultarían realmente muy pequeñas. Basándose en estas consideraciones, las Comunidades Europeas habían decidido introducir una categoría general (no distribuida) bajo el epígrafe "otros", sin asignar cuotas específicas por países de ese contingente arancelario.

4.24 Con el fin de respetar la decisión del Órgano de Apelación, prosiguieron las Comunidades Europeas, conforme a la cual la exención relativa al Convenio de Lomé no abarcaba los incumplimientos del artículo XIII del GATT, y en particular la conclusión a la que llegó en el párrafo 188, las Comunidades Europeas se habían abstenido de asignar cuotas específicamente a ningún país abastecedor tradicional de banano ACP. Las Comunidades Europeas no comprendían en qué medida el no distribuir la cantidad entre los abastecedores tradicionales ACP podía afectar negativamente los intereses exportadores del Ecuador, dado que, por un lado, las importaciones de bananos tradicionales ACP en cualquier caso no se contabilizaban dentro de los contingentes arancelarios (consolidados y autónomos), mientras que, por otro lado, la Ronda Uruguay ya establecía la plena competencia fuera de los contingentes arancelarios. El único trato diferencial que existía entre los bananos ecuatorianos y los bananos tradicionales ACP era el arancel aplicado (franquicia arancelaria frente a tipo consolidado), pero esto resultaba compatible con la Exención relativa al Convenio de Lomé.

4.25 Las Comunidades Europeas explicaron que a la hora de abordar esta cuestión debían observarse una serie de principios fundamentales de la OMC/GATT. Entre ellos se incluían los siguientes: la exención relativa al Convenio de Lomé era una decisión de las PARTES CONTRATANTES que estaba prevista en el párrafo 3 del artículo IX del Acuerdo de Marrakech, y resultaba obligatoria para todos los Miembros de la OMC. De acuerdo con un principio general de derecho internacional público aplicado en la OMC por el Órgano de Apelación, "[e]l intérprete no tiene libertad para adoptar una lectura que haga inútiles o redundantes cláusulas o párrafos enteros de un tratado".⁶² Por consiguiente, este Grupo Especial no tenía libertad para interpretar el artículo XIII del GATT de manera que hiciera "inútil o redundante" la Exención de Lomé. Para decirlo de otra manera, debe resultar posible aplicar la Exención de Lomé en el contexto de los derechos y obligaciones de la OMC existentes.

4.26 De conformidad con el mismo principio, no se puede hacer una interpretación del artículo XIII del GATT que amplíe su ámbito de aplicación de tal manera que el artículo I del GATT resulte "inútil o redundante" *in casu*. Estas dos disposiciones estaban relacionadas con el principio de la nación más favorecida; sin embargo, cada una tenía un ámbito de aplicación y un propósito independientes, que no podían superponerse o confundirse. En el caso LAN (equipo para redes locales)⁶³ el Órgano de Apelación afirmó que "*la seguridad y la 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*". El informe del Grupo Especial relativo al *Papel prensa*⁶⁴ constituía una aplicación práctica de este importante principio, que en opinión de las Comunidades Europeas resultaba pertinente para resolver el presente caso. Como había señalado el Órgano de Apelación en el caso *Patentes India*: "*Tanto los grupos especiales como el Órgano de Apelación (...) no deben aumentar ni disminuir los derechos y obligaciones*

⁶² Informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional*, adoptado el 20 de mayo de 1996, documento AB-1996-1, página 27.

⁶³ *Comunidades Europeas - Clasificación Aduanera de determinado equipo informático*, documento AB-1998-2, párrafo 82.

⁶⁴ Adoptado el 20 de noviembre de 1984, documento IBDD 31S/128, 147 a 148, en particular los párrafos 50 a 52.

*previstos en el Acuerdo sobre la OMC. Esta conclusión viene dictada por dos disposiciones independientes y muy concretas del ESD. (...) Estas disposiciones son claras. Indudablemente, obligan tanto a los grupos especiales como al Órgano de Apelación".*⁶⁵ Las Comunidades Europeas sostuvieron que el Grupo Especial deberá considerar toda alegación o sugerencia realizada por el reclamante teniendo presente este principio fundamental.

4.27 Las Comunidades Europeas afirmaron que en ningún caso podía resultar beneficioso para los intereses del Ecuador que las importaciones de bananos tradicionales ACP en régimen de franquicia arancelaria se incluyeran entre las importaciones de otras fuentes sujetas a los tipos aplicables a las importaciones comprendidas en el contingente, incluidas las del Ecuador, dado que esto reduciría necesariamente la cuota de los bananos no ACP importados. Las Comunidades Europeas subrayaron que las importaciones de bananos tradicionales ACP no se incluían en ningún contingente arancelario NMF. Se importaban en régimen de franquicia arancelaria *fuera* de los contingentes arancelarios NMF existentes (consolidados y autónomos). Si no llega a ser por las condiciones a las que estaba sujeta la Exención de Lomé, conforme la interpretación del Grupo Especial y el Órgano de Apelación en la diferencia inicial, las Comunidades Europeas no habrían señalado ningún volumen específico para esas importaciones. Por consiguiente, consideraban que el artículo XIII del GATT no resultaba aplicable a las importaciones libres de derechos de bananos tradicionales ACP, los cuales no se imputaban a un contingente, sino que se les aplicaba un límite máximo a la preferencia arancelaria.

4.28 Las Comunidades Europeas consideraban que el párrafo 5 del artículo XIII del GATT de 1994 no resultaría aplicable en ausencia de la interpretación del Órgano de Apelación de que la Exención relativa al Convenio de Lomé limitaba las importaciones en régimen de franquicia arancelaria de bananos tradicionales ACP en las Comunidades Europeas a un volumen de 857.700 toneladas. Por consiguiente, este volumen se basaba exclusivamente en las condiciones fijadas a la Exención de Lomé, y no en las consolidaciones de derechos arancelarios de las Comunidades Europeas, ni en el artículo XIII, cuyo objetivo resultaba, en último término, el de proteger esas consolidaciones. De esta manera, la limitación de volumen con respecto a las importaciones en régimen de franquicia arancelaria de bananos tradicionales ACP resultaba inseparablemente unida a la Exención de Lomé, y esta exención tanto la exigía como la permitía. Con respecto a las obligaciones que le incumbían de conformidad con el artículo I del Protocolo 5, como lo había confirmado el Órgano de Apelación⁶⁶, las Comunidades Europeas señalaron que estaban obligadas a permitir importaciones de bananos tradicionales ACP en las Comunidades Europeas en virtud de un acuerdo de importación que resultaba independiente del acuerdo de importación aplicable a los bananos de otro origen, porque cualquier otra solución afectaría de manera negativa al contingente arancelario consolidado y con ello, reduciría la cuota de las importaciones de bananos no ACP, infringiendo así el principio establecido en el informe del Órgano de Apelación relativo a los equipos para redes locales (LAN).⁶⁷ Si bien era cierto que, con arreglo a las constataciones del Órgano de Apelación en la diferencia anterior, la exención únicamente dispensaba a las Comunidades Europeas de las obligaciones dimanantes del párrafo 1 del artículo I y no de las dimanantes del artículo XIII del GATT de 1994, debía darse a esta exención su pleno alcance y significado (véase el párrafo 4.25 *supra*). Las Comunidades Europeas señalaron que no estarían facultadas para imputar las importaciones preferenciales que no estaban incluidas en una consolidación arancelaria a las importaciones comprendidas en el contingente arancelario consolidado. Esta cuestión fue ampliamente abordada en el Grupo Especial de 1984 relativo al asunto

⁶⁵ Párrafos 46 y 47, (itálicas añadidas).

⁶⁶ Párrafo 178.

⁶⁷ *Comunidades Europeas - Clasificación aduanera de determinado equipo informático*, documento AB-1998-2, párrafo 82.

*Papel prensa*⁶⁸, el cual resultaba aplicable a la alegación presentada por el Ecuador en este caso.⁶⁹ Las Comunidades Europeas citaron lo que dijo el Grupo Especial del *Papel prensa*: "[...] Lo propio de un contingente arancelario exento de derechos es permitir la entrada en un país, en franquicia aduanera, de cantidades determinadas de importaciones que en otro caso estarían sujetas al pago de derechos, cosa que no ocurre con las importaciones procedentes de la AELC, debido a los acuerdos de libre comercio. *Las importaciones que ya están exentas de derechos por efecto de un acuerdo preferencial no pueden, por su misma naturaleza, participar en un contingente exonerado en régimen NMF*" (itálicas añadidas).

4.29 Dado que los contingentes arancelarios NMF para los bananos no estaban exentos de derechos, prosiguieron las Comunidades Europeas, sino que permitían importar a un tipo reducido, resultaba en esa situación tanto más convincente la lógica de las constataciones indicada *supra*. Si las importaciones libres de derechos y preferenciales se imputaran a un contingente arancelario NMF a un tipo reducido, se socavaría completamente el valor del contingente arancelario NMF, y con ello el equilibrio de los derechos y obligaciones negociado en las negociaciones arancelarias entre los Miembros de la OMC. Se pondría seriamente en peligro, como había indicado 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"*.

4.30 Por el contrario, las importaciones en régimen de franquicia arancelaria de bananos *no tradicionales* ACP se imputaban al contingente NMF. Sin embargo, la consolidación arancelaria de las Comunidades Europeas para los bananos se refería expresamente a las importaciones de los bananos no tradicionales ACP, para los cuales se había asignado una cuota del contingente de 90.000 toneladas, de conformidad con la consolidación (véase también el párrafo 4.17 *supra*). Las Comunidades Europeas señalaron que la situación de los bananos no tradicionales ACP *a los que se refería específicamente la consolidación arancelaria de las Comunidades Europeas*, era completamente diferente de la de los bananos tradicionales ACP que nunca fueron objeto de ninguna negociación arancelaria en el marco del GATT o de la OMC. El Órgano de Apelación había reconocido⁷⁰ que las Comunidades Europeas debían, de conformidad con el artículo 1 del Protocolo 5, otorgar a los bananos tradicionales ACP un trato arancelario que resultase preferencial incluso en

⁶⁸ Adoptado el 20 de noviembre de 1984, documento IBDD/31S/128, 147 y 148, en particular en los párrafos 50 a 52.

⁶⁹ En el caso *Papel prensa*, el reclamante (el Canadá) sostenía que el demandado (las Comunidades Europeas) no había respetado su compromiso arancelario con respecto al papel prensa, porque había consolidado un contingente arancelario NMF en régimen de franquicia arancelaria de 1,5 millones de toneladas, pero en 1984 había permitido importar en régimen de franquicia arancelaria en las Comunidades Europeas únicamente un volumen de 500.000 toneladas. La CE replicó que el contingente arancelario NMF se había repartido en el pasado entre el Canadá y algunos países de Europa del Norte (Finlandia, Noruega, Suecia), a los cuales mientras tanto se les había otorgado acceso en régimen de franquicia arancelaria en el marco de los acuerdos de libre comercio entre las Comunidades Europeas y la AELC. Por esta razón, las importaciones procedentes de esos países ya no se incluían en el contingente arancelario NMF. En estas circunstancias, la CE había reducido el acceso en régimen de franquicia arancelaria en el marco del contingente arancelario NMF a 500.000 toneladas, que correspondían a la cuota de las importaciones no procedentes de los países de la AELC en el marco de dicho contingente. En el transcurso del procedimiento del Grupo Especial del *Papel prensa*, la CE sostuvo que si el Grupo Especial declaraba que esta medida era incompatible con las obligaciones que le correspondían en virtud del GATT, la CE no tendría más opción que imputar las importaciones en régimen de franquicia arancelaria procedentes de los países de la AELC a las importaciones en el marco del contingente arancelario NMF.

⁷⁰ Párrafo 173 del informe del Órgano de Apelación en la diferencia original, contenido en el documento WT/DS27/AB/R, de fecha 9 de septiembre de 1997.

comparación con el régimen de importación para los bananos no tradicionales ACP.⁷¹ En este contexto, una "cuota del contingente arancelario" solamente podía significar un volumen definido de importaciones a un nivel arancelario preferencial. El valor de una preferencia arancelaria residía en el margen de preferencia, mucho más que en el volumen. El margen de preferencia para los bananos tradicionales ACP en la actualidad era de 737 euros por tonelada, dado que estos bananos se importaban en régimen de competencia con los bananos importados fuera del contingente, mientras que el margen de preferencia para los bananos no tradicionales ACP era de 200 euros cuando se importaba fuera del contingente y solamente de 75 euros si se importaba en el marco del contingente arancelario NMF. Incluir los bananos tradicionales ACP en el contingente arancelario NMF supondría por tanto (con independencia de la limitación del volumen) reducir el margen de preferencia en 662 euros por tonelada (737 euros - 75 euros = 662 euros).

4.31 Las Comunidades Europeas opinaban que no existía ninguna base en el informe del Grupo Especial inicial ni en el del Órgano de Apelación que justificara tal reducción drástica del margen de preferencia para los bananos tradicionales ACP. La limitación del volumen era por consiguiente un límite máximo para esta preferencia auténticamente sustantiva, y no una ventaja que debiera compartirse con otros abastecedores (NMF) en virtud del artículo XIII del GATT. El artículo XIII constituía una cláusula NMF especial en relación con la distribución de contingentes (arancelarios), y no una disposición que rigiese las limitaciones del volumen impuestas a los abastecedores preferenciales. Lo que constituía la ventaja económica para las importaciones de bananos tradicionales ACP era la preferencia, mientras que la limitación del volumen constituía una *desventaja*. La limitación del volumen estaba así inseparablemente ligada a la preferencia arancelaria, pero no constituía por sí misma la preferencia.

4.32 Si el enfoque del Ecuador fuese correcto, prosiguieron las Comunidades Europeas, éstas tendrían que distribuir en parte las 857.700 toneladas entre abastecedores con un interés sustancial, incluido el Ecuador. Sin embargo, el Ecuador no tendría acceso a los derechos nulos preferenciales. Por consiguiente, dado que este volumen estaba por encima del contingente arancelario consolidado de 2,2 millones de toneladas, el tipo básico actual de 737 euros se aplicaría a todas las cantidades importadas del Ecuador en el marco de tal "contingente arancelario" adicional. De las 857.700 toneladas del denominado "contingente arancelario", el Ecuador recibiría una cuota del 26,17 por ciento (224.460 toneladas). Esto resultaría absurdo, dado que el Ecuador tenía derecho a importar en la CE cantidades *ilimitadas* de bananos a 737 euros por tonelada. Los Estados abastecedores tradicionales ACP tendrían acceso al 9,43 por ciento del mismo volumen, lo cual constituía menos de *una décima parte* del volumen de las importaciones procedentes de los países a los que, en virtud del Convenio de Lomé, las Comunidades Europeas debían permitir el acceso libre de derechos. Las Comunidades Europeas opinaban que resultaba evidente que el Ecuador no tendría ningún interés en importar en el marco de ese "contingente arancelario", puesto que podría importar mucho más fácilmente fuera del contingente al mismo tipo básico, mientras que para importar en el marco de ese "contingente arancelario" se requerirían procedimientos aduaneros adicionales que permitieran imputar las importaciones al contingente.

4.33 El **Ecuador** recordó que el establecimiento de dos regímenes de importación del banano o la utilización de distinta terminología no justificaba una evaluación separada de esos regímenes en términos del artículo XIII. Refiriéndose a la referencia que hizo la CE al asunto del *Papel prensa*, tratando de persuadir al Grupo Especial de que la totalidad del contingente de 857.700 toneladas había de considerarse simplemente como un tope a las preferencias previstas para los abastecedores ACP, el Ecuador sostuvo que el contingente de 857.700 toneladas no constituía simplemente una preferencia arancelaria con un tope pues las Comunidades Europeas habían protegido este contingente tradicional

⁷¹ Párrafo 178 del informe del Órgano de Apelación, contenido en el documento WT/DS27/AB/R, de fecha 9 de septiembre de 1997.

ACP de toda competencia, dado que el arancel aplicable a las cantidades que excedían del contingente era prohibitivo. El Ecuador y otros abastecedores no podían competir por esta asignación. A este respecto, el contingente tradicional ACP era muy distinto de los límites cuantitativos establecidos por "necesidad de mantener la competencia" en el sistema generalizado de preferencias. Aunque esos límites constituían un contingente arancelario, no eran una asignación en el sentido del artículo XIII, porque otros abastecedores podían competir con los beneficiarios, a reserva únicamente de la diferencia en el derecho. Las Comunidades Europeas podían hacer lo mismo en este caso, dado que entonces las Comunidades Europeas sólo estarían otorgando una preferencia arancelaria y no una asignación contraria al artículo XIII.

4.34 El Ecuador estuvo de acuerdo con las Comunidades Europeas en que el "artículo XIII constituye una cláusula NMF especial con respecto a la repartición de contingentes (arancelarios), no una disposición que rija las limitaciones de volumen impuestas a los aranceles preferenciales" (véase *supra*, párrafo 4.31). Los topes impuestos a los volúmenes objeto de aranceles preferenciales eran, en opinión del Ecuador, un asunto relativo al artículo I, abarcado por la Exención de Lomé, en tanto estaban limitados a una preferencia arancelaria. Como lo indicó el Grupo Especial inicial en el párrafo 7.80 de su informe, interpretar las preferencias arancelarias de tal forma que la interpretación del contingente arancelario se convierta en una ventaja adicional era una cuestión que correspondía al ámbito del artículo XIII, y que no estaba abarcada por la Exención de Lomé. En la medida en que las Comunidades Europeas aducían que su "interpretación del contingente arancelario" ACP nada tenía que ver con el artículo XIII, el Ecuador se remitía al nuevo párrafo 9 del artículo 18 del Reglamento 404, que se había incorporado mediante el Reglamento 1637.⁷²

4.35 La respuesta de la CE tampoco era convincente, sostuvo el Ecuador, en relación con la reclamación del Ecuador sobre la persistente infracción de las obligaciones fundamentales de no discriminación que imponía el artículo XIII, es decir, la prohibición que contiene el párrafo 1 contra la restricción de productos procedentes de un Miembro a menos que se imponga una "restricción semejante" a la importación del producto similar originario de otros Miembros, y la norma general del párrafo 2 en el sentido de que el sistema de distribución debe aproximarse lo más posible al que se podría esperar si no existieran tales restricciones. El Ecuador observó que las Comunidades Europeas, Colombia y Costa Rica habían objetado la solicitud del Ecuador de que el Grupo Especial recomendara que las Comunidades Europeas cesaran la utilización de las asignaciones por países, sobre la base de que esta solicitud privaría a las Comunidades Europeas de su "derecho" de repartir un contingente en virtud del apartado d) del párrafo 2 del artículo XIII y privaría a Colombia (y a Costa Rica) de un presunto derecho a un contingente por países negociado en la Ronda Uruguay. El Ecuador subrayó que en esta diferencia no intentaba negar a ningún Miembro de la OMC los derechos que le correspondían en su calidad de tal. Las Comunidades Europeas, en efecto, eran libres de hacer una repartición por países, en tanto se atuvieran a las prescripciones del párrafo 1 del artículo XIII, la introducción del párrafo 2 de dicho artículo, y las disposiciones del apartado d) de dicho párrafo. Sin embargo, como había determinado el Grupo Especial inicial, ni las listas de la Ronda Uruguay ni las disposiciones en materia de repartición del apartado d) del párrafo 2 del artículo XIII autorizaban la violación de las prescripciones del párrafo 1 y del párrafo 2 del artículo XIII.

4.36 Las disposiciones del artículo XIII no *exigían* a las Comunidades Europeas que asignaran contingentes, y el Ecuador estimó que la eliminación de la asignación por países produciría el resultado más equitativo, dada las múltiples restricciones que venían distorsionando el mercado comunitario desde hacía muchos años. Pero si las Comunidades Europeas, en cambio, optaban por repartir, entonces debían utilizar una combinación del período representativo reciente y de factores

⁷² "Las cantidades de plátanos de Estados terceros, de plátanos tradicionales ACP y no tradicionales ACP reexportadas fuera de la Comunidad no se incluirán en los *contingentes arancelarios correspondientes*" (itálicas añadidas).

especiales que dieran lugar a una distribución lo más aproximada posible a la que se podría esperar si no existieran tales restricciones y que entrañaran restricciones similares para los plátanos de todas las procedencias. El Ecuador no creía que esas prescripciones del artículo XIII hubiesen sido respetadas por los dos sistemas elegidos por las Comunidades Europeas y por la utilización del período 1994-1996 sin que se hubiesen introducido ajustes para tener en cuenta los factores especiales.

4.37 Las **Comunidades Europeas** sostuvieron que, de conformidad con los informes del Grupo Especial y del Órgano de Apelación, aplicaban el mismo método de repartición de las licencias de importación para todas las categorías de bananos, independientemente de la fuente de suministro, en la medida en que esas licencias eran necesarias para imputar las importaciones al contingente arancelario o administrar la limitación cuantitativa para los bananos tradicionales ACP. A este respecto, las normas de distribución eran idénticas en todos los casos, dado que solamente se habían atribuido cuotas por países dentro de los contingentes arancelarios NMF a los abastecedores con un interés sustancial. Como ningún país ACP era un abastecedor con un interés sustancial en el mercado de la CE, no se había asignado ninguna cuota por país a ningún país ACP con respecto a la limitación cuantitativa para las importaciones de bananos tradicionales ACP. Las Comunidades Europeas señalaron, en cuanto a las asignaciones AMB, que las partes correspondientes a Nicaragua fueron reasignadas a Colombia en su totalidad en 1995 y en parte en 1996, y la parte correspondiente a Venezuela fue parcialmente transferida a Colombia en 1995. Las Comunidades Europeas confirmaron la declaración de Costa Rica de que no se beneficiaba de ninguna transferencia de cuotas en virtud del AMB.

4.38 El **Ecuador** sostuvo que el sistema enmendado no corregía, e incluso intensificaba, la falta de conformidad con el artículo XIII en el trato preferencial de los países AMB. Las partes de Colombia y Costa Rica habían sido aumentadas permanentemente por la reasignación de la parte no utilizada de las cantidades que se había asignado a esos países de manera incompatible con el artículo XIII en el marco del sistema anterior. El Ecuador opinaba también que el sistema revisado era incompatible con las obligaciones del artículo XIII de asegurar que el sistema de repartición de un contingente arancelario se aproximara lo más posible a la distribución de cuotas que se podría esperar si no existieran restricciones. Además de prever asignaciones por países para los 12 abastecedores ACP de bananos tradicionales ACP dentro del contingente de 857.700 toneladas, el antiguo sistema de la CE concedía asignaciones por países a cuatro países ACP y una categoría "Otros ACP" por un total de 90.000 toneladas de bananos dentro del contingente arancelario. La cuota asignada por las Comunidades Europeas y al Ecuador en el nuevo sistema era inferior a la que requeriría cualquier criterio objetivo, incluida la tendencia de las exportaciones del Ecuador y, en forma más notable aún, la participación mucho mayor del Ecuador en el mercado mundial fuera del mercado de la CE. Los bananos ecuatorianos estaban sujetos a restricciones que no se imponían análogamente a los bananos similares procedentes de otras fuentes, en contra de las prescripciones del párrafo 1 del artículo XIII. Las Comunidades Europeas habían asignado cuotas por países en el marco del AMB a dos abastecedores con un interés sustancial (Colombia y Costa Rica) y a dos abastecedores sin un interés sustancial (Nicaragua y Venezuela), que también habían compartido un sistema de reasignación preferencial de las partes no utilizadas del contingente entre sí. Otros países, como el Ecuador, no tenían una asignación específica por país en el sistema anterior y entraron en la categoría "Otros" del contingente de 2.553.000 toneladas.

4.39 El Ecuador sostuvo que el artículo XIII establecía dos normas generales: el párrafo 1 exigía que las importaciones de un Miembro no fuesen objeto de restricción a menos que se impusiera una "restricción semejante" a la importación de productos similares de otras fuentes.⁷³ Además, el Grupo Especial inicial señaló que, si los Miembros aplicaban contingentes a un producto, debían atenerse a

⁷³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.69; informe del Órgano de Apelación, párrafo 160.

los términos de la primera parte del párrafo 2 del artículo XIII: "Al aplicar restricciones a la importación de un producto cualquiera, los Miembros procurarán hacer una distribución del comercio de dicho producto que se aproxime lo más posible a la que los distintos Miembros podrían esperar si no existieran tales restricciones."⁷⁴ Esta interpretación fue confirmada por el Órgano de Apelación.⁷⁵ Si bien el párrafo 2 d) del artículo XIII permitía la utilización de asignaciones por países, el Grupo Especial observó que la autorización estaba sujeta a la observancia de la norma general que contenía la introducción a dicho párrafo.⁷⁶ Esa constatación fue asimismo confirmada por el Órgano de Apelación.⁷⁷

4.40 Según el Ecuador, el sistema modificado todavía debía ponerse en conformidad con estas prescripciones. Los reglamentos de la CE enumeraban las cuotas del Ecuador y de otros países abastecedores con un interés sustancial como una proporción del contingente arancelario de 2.553.000 toneladas.⁷⁸ Como proporción de todo el contingente de 3,41 millones de toneladas, en cambio, las asignaciones serían diferentes.⁷⁹ El Ecuador alegó que su parte había sido limitada en relación con la de otros países como consecuencia de este sistema, y la comparó con la parte que el Ecuador podría haber esperado obtener si no existía tal restricción. En otras palabras, una asignación por país, o en el caso de los países tradicionales ACP, una asignación en bloque, beneficiaba a los países cuya competitividad estaba disminuyendo con respecto a los demás, al aislar una parte del mercado protegiéndola de la competencia de otros abastecedores. Las asignaciones por países restringían aún más las oportunidades de los abastecedores importantes y eficientes, tales como el Ecuador, para competir, tanto con los productores del mercado restringido como con otros países exportadores que podrían ser menos eficientes.

4.41 El Ecuador afirmó que la no conformidad del sistema modificado con el artículo XIII en lo que respecta al Ecuador podía demostrarse objetivamente en función de la evolución de la cuota correspondiente al Ecuador en el mercado comunitario e, incluso en forma más notable, de la cuota correspondiente al Ecuador en los mercados mundiales (véase el gráfico 1 del anexo II). Según el Ecuador, el gráfico 1 demostraba que la cuota del Ecuador en el mercado de la CE había aumentado y superaba por amplio margen la cuota asignada al Ecuador en el sistema actual. Sin embargo, el objeto del artículo XIII no era congelar las cuotas del pasado, especialmente si los períodos anteriores habían sido distorsionados por restricciones. Los gráficos 2 y 3 del anexo II, sostuvo el Ecuador, eran incluso más instructivos al considerar qué cuota podía esperar el Ecuador si no hubiese restricciones. El gráfico 2 indicaba que el Ecuador tenía una parte sustancialmente más importante en el mercado mundial que en el mercado de la CE. El gráfico 3 mostraba la parte del Ecuador en el mercado mundial fuera del mercado de la CE. En un producto como el banano, el Ecuador estimaba que era más adecuado considerar mercados relativamente sin restricciones de otros lugares del mundo como mucho más indicativos de lo que el Ecuador podía esperar en el mercado de la CE en caso de que se eliminaran las restricciones. El Ecuador concluyó que la cuota que se le había asignado era inferior a

⁷⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.68.

⁷⁵ Informe del Órgano de Apelación, párrafo 161.

⁷⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.70.

⁷⁷ Informe del Órgano de Apelación, párrafo 161.

⁷⁸ Ecuador: 26,17 por ciento; Costa Rica: 25,61 por ciento; Colombia: 23,03 por ciento; Panamá: 15,76 por ciento; Otros: 9,43 por ciento. Reglamento 2362.

⁷⁹ Tradicionales ACP: 25,15 por ciento; Ecuador: 19,59 por ciento; Costa Rica: 19,17 por ciento; Colombia: 17,24 por ciento; Panamá: 11,8 por ciento; Otros: 7,1 por ciento.

aquella que podría esperar si no existieran restricciones, habida cuenta de las disposiciones del párrafo 1 del artículo XIII.

4.42 El Ecuador adujo además que el sistema comunitario revisado infringía no solamente la norma general del párrafo 2 del artículo XIII, sino también disposiciones específicas del párrafo 2 d) de dicho artículo, que exigían que la repartición entre abastecedores con un interés sustancial se basase en los porcentajes suministrados "durante un período representativo anterior, teniendo debidamente en cuenta todos los factores especiales que puedan o hayan podido influir en el comercio de ese producto". En referencia a la alegación de la CE de que las asignaciones efectuadas a los abastecedores (que no fueran los abastecedores tradicionales ACP) en el marco del sistema revisado CE se habían determinado de conformidad con las cuotas medias del mercado de la CE en el período 1994 a 1996⁸⁰, el Ecuador señaló que el Grupo Especial inicial había constatado que este período estaba distorsionado por los aspectos no compatibles del AMB, así como por otras distorsiones relativas al sistema de otorgamiento de licencias de la CE.

4.43 En opinión del Ecuador, no estaba claro que pudiera formularse cualquier sistema de asignación de cuotas por países sobre la base de un período representativo y de factores especiales que reunieran las condiciones prescritas en el párrafo 2 del artículo XIII. El Grupo Especial inicial confirmó lo que habían afirmado grupos especiales anteriores, a saber, que los períodos distorsionados por las restricciones al comercio no podían considerarse representativos.⁸¹ El Ecuador sostuvo que ni en el período dentro del que estuvo vigente el régimen anterior de importación de bananos (1º de julio de 1993 - 31 de diciembre de 1998), ni en el período precedente podían considerarse "representativos" dado que ninguno de esos períodos estaba exento de distorsiones. El Ecuador alegó además que dado que la eficiencia y la capacidad de producción relativas variaban con el tiempo, cuanto más antiguo fuese el período escogido menos probabilidades había de que fuese representativo, teniendo en cuenta que el objeto del artículo XIII -y de la prescripción contenida en la introducción del párrafo 2 de dicho artículo- era lograr una asignación que fuese la más cercana posible a la que prevalecería en ausencia de restricciones. La finalidad del artículo XIII no era, en opinión del Ecuador, crear cupos eternos sobre la base de pautas comerciales anteriores.

4.44 El Ecuador sostuvo que el resultado del sistema comunitario era que a los países ACP, como grupo, se les había asignado un contingente al que tenían un acceso exclusivo. Otros países no habían obtenido una asignación por grupo. La asignación ACP también era muy superior, basándose en una fórmula acumulada del mejor nivel obtenido antes de 1991, que podía justificarse por cualquier fórmula o norma del artículo XIII. Si el período de base 1994-1996 aplicado al Ecuador y a otros terceros países se aplicaba a los abastecedores tradicionales ACP, estos últimos recibirían una cuota mucho más baja, mientras que las cuotas correspondientes al Ecuador y a otros terceros países aumentarían.

4.45 Las **Comunidades Europeas** sostuvieron que el sistema de "resultados históricos" debía basarse en algún período de un pasado reciente. Si bien constituía la opción que menos trastornaba el comercio, cabía admitir que tenía la desventaja de "congelar" hasta cierto punto la situación. Sin embargo, en resumidas cuentas, los Ministros de Agricultura de las Comunidades Europeas decidieron que en esta etapa debía preferirse un mayor grado de certidumbre y previsibilidad para los importadores que el ofrecido por el criterio de atención de las solicitudes según el orden de presentación y, en contra del criterio de "subasta", correspondía dejar la renta contingentaria a los

⁸⁰ Cláusula 2) del preámbulo del Reglamento 2362.

⁸¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.94, nota 365 que cita el informe del Grupo Especial sobre *Comunidades Europeas - Restricciones a la importación de manzanas procedentes de Chile*, adoptado el 10 de noviembre de 1980, IBDD 275/104, 121, párrafo 4.8.

operadores, evitando así una importante repercusión financiera sobre ellos en un momento en que ya se les estaba imponiendo un cambio importante en las normas. La asignación de partes del contingente a los países con un interés sustancial en abastecer el mercado comunitario estaba basada en el período de referencia 1994-96 así como lo estaban las cantidades efectivamente importadas por cada importador, en promedio, durante el período reciente de tres años. Se disponía de datos para 1997 pero éstos eran provisionales en el momento en que se elaboró el Reglamento 2362. Este período era el más favorable para el Ecuador dado que sobre la base de los datos disponibles en el momento, representaba sus mejores años. Las asignaciones se calcularon sobre la base del promedio de los años de importación efectiva y con una distribución proporcional de fuentes no identificadas. En consecuencia, el Ecuador recibió un contingente superior al que hubiese recibido sobre la base de las cifras efectivas de 1994-96 solamente (26,17 por ciento frente al 25,38 por ciento), (véase también el párrafo 4.52). Las Comunidades Europeas consideraban que el sistema "de los resultados históricos" (o tradicionales/recién llegados) sólo podía ser legítimo si estaba concebido teniendo en cuenta las condiciones enumeradas en el párrafo 5 j) del artículo 3 del Acuerdo sobre Licencias⁸², es decir, que debían expedirse licencias a quienes las habían solicitado *en el pasado*, y su distribución debía basarse en la plena *utilización* durante un período representativo reciente.⁸³ En opinión de las Comunidades Europeas, el nuevo sistema de certificados establecido en el Reglamento 2362 estaba en plena conformidad con el párrafo 5 del artículo 3 del Acuerdo sobre Licencias.

C. CUESTIONES RELACIONADAS CON EL AGCS

i) Aspectos generales

4.46 El **Ecuador** alegó que, con el nuevo sistema de licencias, la mayoría de las licencias de importación se distribuían a quienes las habían recibido de conformidad con el régimen anterior, inclusive aquellos que habían obtenido licencias de conformidad con criterios considerados incompatibles con las obligaciones de la CE dimanadas del AGCS. Además, la categoría de recién llegados del régimen modificado se había ampliado y ésta seguía criterios que favorecían a los operadores de la Comunidad Europea en relación con los proveedores de servicios del Ecuador y de otros orígenes distintos de la CE. El Ecuador concluyó que el sistema modificado, al igual que su predecesor, creaba condiciones de competencia que favorecían a los proveedores de servicios de origen comunitario y ACP, en detrimento de los proveedores de servicios del Ecuador y de terceros países, infringiendo así los artículos II y XVII del AGCS.

4.47 Las **Comunidades Europeas** en virtud del artículo 1 del Acuerdo sobre Licencias, se entiende por licencia de importación "... una solicitud u otra documentación (distinta de la necesaria a efectos aduaneros) al órgano administrativo pertinente, como condición previa para efectuar la importación en el territorio aduanero del miembro importador". Por lo tanto, la plena utilización de una licencia debía referirse al momento en que la utilización de la licencia resultaba indispensable, es decir, el despacho de aduana de los bananos. *Antes* de ese momento, *no* había importación de bananos dentro de la Comunidad, sino operaciones de exportación del país de producción. *Después* de ese momento, había comercio dentro de las Comunidades Europeas de bananos ya importados, y ello no podía distinguirse de cualquier otro banano en el mercado comunitario cualquiera fuese su origen. El único objetivo y forma indiscutible de demostrar la importación "efectiva" era el pago de derechos, directamente o a través de un agente de aduana mediante pago de una tasa o sobre una base contractual. Este era el sistema elegido por las Comunidades Europeas en el Reglamento 2362. Dado que las categorías de operadores se habían eliminado, resultaba superfluo que un operador de un

⁸² "... deberá tenerse en cuenta así como durante un período representativo reciente, los solicitantes han utilizado en su integridad las licencias anteriormente obtenidas."

⁸³ Primera comunicación escrita del Ecuador, párrafo 97 y siguientes.

tercer país (y por cierto, cualquier operador en general) comprara licencias "a fin de mantener su cuota de mercado anterior".⁸⁴

4.48 El Ecuador señaló que el artículo XVII del AGCS estipulaba la concesión de trato nacional para los servicios y los proveedores de servicios y que el artículo II del mencionado Acuerdo exigía a los Miembros otorgar a los servicios y a los proveedores de servicios de cualquier otro Miembro trato de nación más favorecida. El Órgano de Apelación confirmó la conclusión original del Grupo Especial de que el término "un trato no menos favorable" contenido en el párrafo 1 del artículo II del AGCS debía interpretarse que entrañaba una discriminación *de facto*, y *de jure*. El Ecuador recordó que de conformidad con el antiguo sistema de importación de bananos de la Comunidad Europea, las licencias de importación concedidas dentro del contingente de bananos de terceros países y de países no tradicionales ACP se asignaban por "categorías de operadores" y "funciones ejercidas". Las categorías de operadores A y B se subdividían en tres tipos de actividades. La realización de una de esas actividades durante un período de referencia de tres años facultaba al operador en cuestión al otorgamiento de una cuota de las licencias de importación futuras que estaban vinculadas a las cantidades importadas (véase el anexo III donde esta cuestión se estudia más detalladamente). Además, el Ecuador señaló, las Comunidades Europeas permitían a operadores que incluían o representaban a productores de las Comunidades Europeas y tradicionales ACP importar bananos de terceros países y bananos no tradicionales ACP a fin de compensarles por los perjuicios experimentados como consecuencia de tormentas tropicales (al amparo de las denominadas licencias huracán).

4.49 El Ecuador recordó que el Grupo Especial inicial hizo diversas constataciones relativas al régimen anterior que, en opinión del Ecuador, constituían el contexto en cuanto a los hechos y jurídico para la evaluación de si el régimen modificado de la CE para la asignación de licencias de importación dentro del contingente respetaba las obligaciones de la CE en la OMC.⁸⁵ Refiriéndose a diversos párrafos contenidos en las constataciones iniciales del Grupo Especial, el Ecuador señaló que⁸⁶ el Grupo Especial inicial había constatado, con respecto a las categorías de operadores, las funciones ejercidas, y las licencias huracán, del régimen anterior, que:

- a) la asignación a operadores de la categoría B de licencias que permiten la importación de bananos de terceros países y bananos no tradicionales ACP a tipos de derechos correspondientes al contingente da lugar a la creación de condiciones menos favorables para los proveedores de servicios similares originarios de países reclamantes y, por lo tanto, está en contradicción con las disposiciones de los artículos XVII y II del AGCS⁸⁷;
- b) la asignación a los maduradores de licencias de las categorías A y B que permiten la importación de bananos de terceros países y de bananos no tradicionales ACP a unos tipos de derechos aplicables a las importaciones comprendidas en el contingente creaba unas condiciones de competir menos favorables que las existentes para los proveedores de servicios originarios de países reclamantes y era, por lo tanto, incompatible con las disposiciones del artículo XVII del AGCS⁸⁸; y que

⁸⁴ Párrafo 7.339 del informe del Grupo Especial.

⁸⁵ Véase, especialmente, el informe del Grupo Especial, párrafos 7.286, 7.293, 7.297, 7.330 y 7.331.

⁸⁶ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.334, 7.335, 7.362, 7.350, 7.363 y 7.392.

⁸⁷ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.314 y 7.353.

⁸⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.368.

- c) la asignación de licencias huracán exclusivamente a operadores que abarcaban o representaban directamente a productores de las Comunidades Europeas o de países ACP creaba unas condiciones de competencia menos favorables para los proveedores de servicios similares originarios de países reclamantes y, por lo tanto, estaba en contradicción con las disposiciones de los artículos XVII y II del AGCS.⁸⁹

El Ecuador señaló que las constataciones anteriores estaban sostenidas por el Órgano de Apelación.⁹⁰

4.50 Las **Comunidades Europeas** sostuvieron que ya durante el período comprendido entre 1994 y 1996, la situación en cuanto a los hechos de las importaciones de bananos en las Comunidades Europeas no avalaba las constataciones de una discriminación *de facto* en la que incurrió el Grupo Especial inicial basándose en datos estadísticos anteriores. Desde luego, ya en ese período los proveedores de servicios comerciales al por mayor de terceros países habían obtenido una cuota importante del comercio que anteriormente estaba en manos principalmente de proveedores de servicios comerciales al por mayor CE/ACP. Ese era el caso, por ejemplo, de los operadores de la categoría B que habían dejado de estar asignados, como el Grupo Especial determinó apoyándose en datos de 1992, casi exclusivamente a las Comunidades Europeas/ACP. Las Comunidades Europeas señalaron que ninguno de los dos operadores de la categoría B mencionados en el informe del Grupo Especial⁹¹ (Compagnie Fruitière y CDB/Durand) pertenecían a la CE y que la empresa Coplaca no figuraba inscrita como operador tras los cambios introducidos en el régimen a fin de basar la asignación de licencias en la prueba de las importaciones. Según las Comunidades Europeas, los operadores de terceros países ya participaban de algún modo en importaciones ACP antes de la introducción del régimen y sus cantidades de referencia se habían más que duplicado entre 1993 y 1996 (pasando de 132.614 toneladas a 274.822 toneladas). Además del incremento registrado en su cuota de licencias a través de la adquisición de antiguos operadores tradicionales EC/ACP o de su asociación con éstos, los operadores de terceros países habían también incrementado sus asignaciones de licencias mediante transferencias de licencias de otras empresas y la adquisición de nuevas licencias. Las Comunidades Europeas estimaron que habría sido prácticamente imposible para un grupo especial que hubiese dispuesto de esas cifras más exactas y recientes llegar a la conclusión del Grupo Especial inicial.⁹² Ello era especialmente cierto en el caso del Noboa Group, de propiedad ecuatoriana, que cada vez tenía mayores oportunidades de acceso al mercado para la importación de bananos de terceros países en las Comunidades Europeas.

4.51 En lo que respecta a las normas relativas a la realización de determinadas funciones, datos más precisos y recientes apuntaban exactamente en la misma dirección de lo que se ha mencionado anteriormente. Según las estadísticas de 1994 a 1996, tres de cada cuatro de los principales maduradores no constituían instalaciones de maduración de propiedad de la CE y esos tres únicamente constituían alrededor del 20 por ciento de la capacidad de maduración de las Comunidades Europeas. Las Comunidades Europeas sostuvieron que si el Grupo Especial inicial hubiese dispuesto de esos datos *no* podía haber llegado a la conclusión de que "... la asignación de esas licencias según las funciones modifica las condiciones de competencia a favor de los proveedores

⁸⁹ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.393 y 7.397.

⁹⁰ Informe del Órgano de Apelación, en sus párrafos 220, 225, 239, 244, 246, 248.

⁹¹ Pie de página 502 (observaciones de la Secretaría).

⁹² Párrafo 7.366 *in fine*.

de servicios de origen comunitario dado que la gran mayoría de maduradores que actualmente suministran, o son capaces de suministrar, servicios al por mayor son de origen comunitario".⁹³

4.52 Las Comunidades Europeas señalaron que, independientemente de la cuota del mercado que los proveedores de servicios comerciales al por mayor de origen en terceros países, comunitario o ACP pudieran haber tenido en el pasado, de conformidad con el nuevo régimen sólo los operadores que hubiesen importado efectivamente bananos durante el período entre 1994 y 1996 podían ser considerados importadores tradicionales. Habían dejado de producirse transferencias de rentas contingentarias entre operadores, a menos que los propios operadores estimasen que, por consideraciones económicas o comerciales, estaba justificada la transferencia de licencias. Tampoco era ya posible alegar la titularidad de una licencia basándose en el nombre de ésta: ahora era necesario mostrar, presentando el justificante de pago del derecho, que el titular de la licencia era también el titular jurídico del contingente de bananos. El momento del despacho en aduana era lo que determinaba si una exportación de bananos constituía una importación. Únicamente las importaciones eran pertinentes para las licencias de importación y se regían por procedimientos de licencias de importación definidos en el Acuerdo sobre Licencias. Por último, en opinión de las Comunidades Europeas, no se podía ya invocar derechos no existentes de exención de anterioridad en el comercio de bananos ACP o de América Latina, puesto que el nuevo régimen de licencias comunitario no distinguía entre el origen de los bananos que los operadores deseaban importar, excepto a efectos de la administración de las cuotas de contingentes arancelarios para determinados países reservadas a los cuatro Miembros de la OMC con un interés manifiesto en el suministro de bananos a las Comunidades Europeas. Según estadísticas más recientes basadas en las solicitudes efectuadas por importadores tradicionales cumplimentadas de acuerdo con el nuevo régimen de licencias comunitario, la distribución de licencias entre proveedores de servicios comerciales al por mayor de terceros países, ACP y CE era ahora la siguiente: el 68 por ciento en el caso de proveedores de servicios al por mayor de terceros países; el 24 por ciento para los proveedores de servicios al por mayor CE/ACP; el 8 por ciento para los recién llegados que podían ser bien proveedores de servicios al por mayor de terceros países o CE/ACP.

ii) *Clasificación central de productos*

4.53 Las **Comunidades Europeas** afirmaron que el OSD había recomendado que acomodasen su régimen del banano a sus obligaciones dimanadas del AGCS en relación con diversos aspectos mencionados en el informe del Grupo Especial inicial⁹⁴ y que el Órgano de Apelación confirmó. Las recomendaciones y resoluciones del OSD en este asunto se limitaron a la compatibilidad con las obligaciones de la CE de conformidad con los compromisos específicos de acceso a los mercados de la CE que figuran bajo la rúbrica "Servicios de distribución, B. Servicios comerciales al por mayor (CPC 622)" de la Lista de compromisos del AGCS EC12. El Grupo Especial inicial había indicado en particular⁹⁵ que el subgrupo 62221 de la CPC sobre "servicios comerciales al por mayor de frutas y verduras" era la partida de la CPC adecuada que describía los servicios de la Lista de las Comunidades Europeas relacionados con el caso objeto de litigio. La Lista EC15 (aun sin consolidar por razones formales) no modificaba la situación en lo que respecta a ese compromiso específico. De conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD y su mandato conexo, este Grupo Especial tenía pues la tarea de verificar el cumplimiento con las recomendaciones y resoluciones anteriormente mencionadas de las medidas adoptadas por las Comunidades Europeas.

⁹³ *Idem.*

⁹⁴ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.293, 7.297, 7.304, 7.306, 7.341, 7.353, 7.368, 7.380, 7.385, 7.393, 7.397.

⁹⁵ Párrafo 7.292.

4.54 Refiriéndose a las constataciones de los informes del Grupo Especial y del Órgano de Apelación concernientes en especial a la CPC, las empresas integradas y la conformidad del régimen anterior de importación de bananos⁹⁶, las Comunidades Europeas afirmaron que tras la adopción por el OSD de las recomendaciones y resoluciones originales, la Clasificación Central Provisional de Productos elaborada por la Oficina de Estadística de las Naciones Unidas había sido sustituida por la Clasificación Central de Productos (CPC) - versión 1.0.⁹⁷ De conformidad con las "Tablas de correspondencia entre la versión 1.0 de la CPC y la CPC provisional"⁹⁸, la subclase 62221 "Servicios comerciales al por mayor de frutas y verduras" era equivalente a la subclase 61121 de la versión 1.0 de la CPC "Servicios comerciales al por mayor, *excepto a comisión o por contrata*, de frutas y verduras" (itálicas añadidas). La nueva nota introductoria de la versión 1.0 de la CPC precisaba que "este grupo comprende - los servicios de mayoristas que compran mercancías generalmente en grandes cantidades y las venden a otras empresas, en ocasiones tras la redistribución de mercancías a granel en pequeñas partidas". La conformidad del nuevo régimen de importación de bananos comunitario con los Acuerdos de la OMC, comprendidas las recomendaciones y resoluciones originales del OSD, alegaron las Comunidades Europeas, debía pues evaluarse sobre la base de esta nueva realidad. Las Comunidades Europeas añadieron sin embargo, que seguían siendo válidos los compromisos que habían contraído en la Ronda Uruguay.

4.55 De conformidad con la primera parte del capítulo II, sección B de la CPC⁹⁹, "la CPC es un sistema de categorías que abarca bienes y servicios y que es a la vez exhaustivo y mutuamente excluyente". Además, "la clasificación de productos que no sean bienes transportables, principalmente servicios, se determinará de conformidad con los términos de las categorías que se describen en las divisiones, grupos, clases o subclases de las secciones 5 a 9 de la CPC".¹⁰⁰ En términos prácticos, prosiguieron las Comunidades Europeas, varias categorías de servicios estaban relacionadas con las actividades referentes a la importación, la venta y la distribución de bananos en la Comunidad (a - h)). No obstante, de la descripción de la CPC y de los informes del Grupo Especial inicial y de los informes del Órgano de Apelación podía deducirse que la cuestión pertinente en este procedimiento de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 hacía referencia únicamente al punto f), es decir, a la subclase 61121, a saber, servicios comerciales al por mayor de frutas y verduras. El Órgano de Apelación dejó claro que la definición de operador expuesta en el Reglamento 404 hacía referencia única y exclusivamente a la prestación de servicios dentro de la categoría "servicios comerciales al por mayor, CPC 622". Refiriéndose a los párrafos 7.294 y 7.296 del informe del Grupo Especial, las Comunidades Europeas alegaron además que el nuevo régimen comunitario aplicable a la importación de bananos no debería examinarse más que con respecto a las obligaciones comunitarias de conformidad con los artículos II y XVII del AGCS concernientes al suministro de servicios con arreglo al modo 3.

⁹⁶ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.292 y 7.293; Órgano de Apelación: párrafos 225-227.

⁹⁷ Documento de las Naciones Unidas, Informes Estadísticos, series M N° 77, versión 1.0, 1998 (véase sitio en la Web de la Organización de las Naciones Unidas www.un.org).

⁹⁸ *Idem*, página 351.

⁹⁹ Párrafo 15, página 7.

¹⁰⁰ Primera parte, capítulo V, sección A, párrafo 56, página 19.

4.56 Haciendo referencia a diversas constataciones del Grupo Especial¹⁰¹ y del Órgano de Apelación que habían estimado diversas medidas comunitarias incompatibles con los artículos II y XVII del AGCS, las Comunidades Europeas afirmaron que a fin de respetar sus obligaciones en la OMC contenidas en sus Listas de compromisos en virtud del AGCS, habían adoptado un régimen completamente nuevo de importación de bananos plasmado en los Reglamentos 1637 y 2362. Con respecto a sus obligaciones en el AGCS, se habían eliminado los artículos 16 a 20 del Título IV del Reglamento 404 y sustituido por el artículo 1 del Reglamento 1637¹⁰². Además, se habían suprimido las licencias huracán y sustituido por un sistema de conformidad con el párrafo 8 del artículo 18 del Reglamento 404 basado explícitamente en el principio de no discriminación "entre los orígenes del suministro".

4.57 Además, explicaron las Comunidades Europeas, el Reglamento 2362 permitía el acceso de los contingentes arancelarios y de las cantidades tradicionales de bananos ACP a dos categorías de operadores, a saber, los importadores tradicionales y los recién llegados y se basaba para la asignación de licencias en las "importaciones reales". (Las definiciones y otros detalles del Reglamento 2362 están expuestas en los "aspectos fácticos" anteriormente mencionados.) Las Comunidades Europeas estimaron que al renunciar al antiguo sistema de importación de bananos e introducir nuevas normas, habían cumplido con todos los siete aspectos considerados incompatibles con el AGCS por el Grupo Especial inicial y el Órgano de Apelación. Las nuevas normas comunitarias expuestas en los Reglamentos 1637 y 2362 proporcionaban oportunidades de acceso a los mercados sin limitaciones para los operadores que participaban en servicios comerciales al por mayor establecidos en las Comunidades Europeas (modo 3) comprendidos en la definición de la versión 1.0 de la CPC dentro de la subclase 61121. Todo proveedor de servicios al por mayor con presencia comercial en las Comunidades Europeas, directamente o a través de su filial u otra forma de presencia comercial, podía ser inscrito como importador tradicional o recién llegado, siempre que se ajustase a las definiciones contenidas en los reglamentos de la CE (artículo 12 del Reglamento 2362). Las Comunidades Europeas explicaron además que, cuando el servicio no sea suministrado por una persona jurídica directamente sino a través de otras formas de presencia comercial ello no implicaba que el beneficio de esas oportunidades de acceso al mercado se haría extensivo a ninguna otra parte del proveedor situada fuera del territorio en el que se suministrase el servicio (pie de página 12 del apartado g) del artículo XXVIII del AGCS).

4.58 En respuesta a los argumentos de la CE concernientes a la CPC anteriormente mencionado, el **Ecuador** afirmó que aun cuando se conviniese que los Miembros que identificaron sus compromisos contraídos en el AGCS mediante referencia a la CPC provisional ahora se definiesen mediante referencia a la versión 1.0 de la CPC, habría que efectuar una identificación de los compromisos contraídos de conformidad con los números de las partidas de la versión 1.0 de la CPC utilizando la concordancia entre la CPC provisional y la revisada¹⁰³ de forma que, si bien los números de las partidas utilizados para definir un compromiso pudieran ser diferentes a los de la CPC provisional, no podría decirse lo mismo del alcance del compromiso. En opinión del Ecuador, el sistema de clasificación "revisado" relativo a los servicios al por mayor objeto de litigio establecía una distinción sin establecer diferencia. No se justificaba en ningún caso la conclusión de las Comunidades Europeas contenida en el párrafo 4.57 *supra* de que "[l]as nuevas normas comunitarias [...] proporcionaban oportunidades de acceso a los mercados sin limitaciones para los operadores que

¹⁰¹ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.134, 7.320, 7.324, 7.326, 7.334-7.337, 7.339, 7.347, 7.349, 7.360-7.362, 7.364-7.367, 7.392 y 7.396. Informe del Órgano de Apelación, párrafos 231 y 234.

¹⁰² En este documento, la referencia a las disposiciones del reglamento 404 sin ninguna otra precisión deberá entenderse que hace referencia al texto modificado por el Reglamento 1637.

¹⁰³ Versión 1.0 de la CPC, páginas 339-608.

participaban en servicios comerciales al por mayor establecidos en las Comunidades Europeas (modo 3) *comprendidos en la definición de la versión 1.0 de la CPC dentro de la subclase 61121*" (itálicas añadidas).

4.59 El Ecuador afirmó que la CPC provisional y la versión 1.0 de la CPC, partidas 62221 y 61121, respectivamente, eran idénticas excepto la frase contenida en la versión 1.0 de la CPC "excepto a comisión o por contrata, de frutas y verduras" que, en opinión del Ecuador, únicamente aclaraba el alcance *existente* de la categoría puesto que las actividades de los comisionistas figuraban en una partida distinta (621) también en la CPC provisional. En ambas clasificaciones, las partidas estaban comprendidas en la sección 6, que comprende los servicios comerciales de distribución, cuya nota introductoria a la sección de la CPC provisional fue citada por el Grupo Especial.¹⁰⁴ Dentro de la sección 6 de la CPC provisional figuraba el grupo 622, "Servicios comerciales al por mayor". La versión 1.0 no tenía nota introductoria a la sección, sino una nota explicativa al grupo 611 citado por las Comunidades Europeas en su comunicación.¹⁰⁵ Si las Comunidades Europeas sugerían que el ámbito del grupo 611 en la versión 1.0 de la CPC era más limitado que el ámbito de la partida 622 de la CPC provisional, el Ecuador afirmó que ello era incorrecto. En la medida en que la nota introductoria de la sección 6 de la CPC no mencionaba ningún aspecto diferente en cuanto a las ventas al por mayor de lo que se decía en la nota explicativa al grupo 611 de la versión 1.0, ello significaba que los vendedores al por mayor podían realizar servicios conexos, subordinados además de su actividad principal de reventa de mercancías. Ello, no obstante, era también cierto de conformidad con la versión 1.0 de la CPC. Como el Órgano de Apelación había observado "[e]s difícil concebir como un vendedor al por mayor podría realizar el 'servicio principal' de la 'reventa' de un producto si no podría también adquirir o, en algunos casos, importar ese producto".¹⁰⁶

4.60 En lo que respecta a la frase de que la CPC es un sistema de categorías "a la vez exhaustivo y mutuamente excluyente" contenida en la versión 1.0 de la CPC, el Ecuador es de la opinión de que las categorías de la CPC provisional son igualmente exhaustivas y mutuamente excluyentes¹⁰⁷, y que los servicios "relativos a la importación, venta y distribución de bananos en la Comunidad" eran virtualmente idénticos a sus argumentos presentados ante el Grupo Especial inicial en el sentido de que los proveedores de servicios de las partes reclamantes participaban en todos los servicios excepto en los abarcados por los compromisos comunitarios contraídos en el marco del AGCS.¹⁰⁸ En su informe, el Grupo Especial inicial estudió exhaustivamente la índole y el ámbito de los compromisos

¹⁰⁴ Párrafo 7.290 del informe del Grupo Especial. "Servicios comerciales de distribución que consisten en la venta de mercancías a vendedores al por menor, consumidores industriales, comerciales, institucionales o profesionales o a otros vendedores al por mayor, o en la actuación como agente o intermediario (servicios de venta al por mayor), o en la venta de mercancías para el consumo personal o doméstico, incluidos los servicios accesorios a la venta de las mercancías (servicios de venta al por menor). Los servicios principales prestados por los vendedores al por mayor y al por menor pueden clasificarse como *la reventa de mercancía*, acompañada de una variedad de servicios relacionados y subordinados, del tipo de: mantenimiento de inventarios de mercancías; montaje (físico); clasificación y agrupación de mercancías en grandes partidas; redistribución de mercancías a granel en pequeñas partidas; servicios de entrega; servicios de refrigeración; servicios de promoción comercial prestados por los vendedores al por mayor [...]" (itálicas añadidas; subrayado del original).

¹⁰⁵ Versión 1.0 de la CPC, la página 187 en inglés.

¹⁰⁶ Informe del Órgano de Apelación, párrafo 226.

¹⁰⁷ Compárese la CPC provisional, en el párrafo 21 de la página 7 con la versión 1.0 de la CPC en la página 7, párrafo 15.

¹⁰⁸ Véase el informe del Grupo Especial, párrafos 4.661, 4.662, 4.663, 7.291; informe del Órgano de Apelación, párrafos 225, 226.

comunitarios en el AGCS y de si los proveedores de servicios ecuatorianos y de terceros países dedicados a la importación y la distribución de bananos en las Comunidades Europeas estaban comprendidos en esos compromisos.¹⁰⁹ En esta actuación, las Comunidades Europeas parecieron alegar que la venta al por mayor se iniciaba tras el despacho en aduana y finalizaba antes de la maduración.¹¹⁰ La opinión del Ecuador es que las Comunidades Europeas estaban tratando de distinguir su sistema de licencias de los servicios abarcados por sus compromisos en el AGCS, a fin de excluir de esos compromisos los servicios de distribución al por mayor proporcionados por vendedores de bananos ecuatorianos y terceros países quienes, merced a su presencia comercial en la Comunidad, importaban bananos y los vendían en el mercado de la CE. El Grupo Especial inicial y el Órgano de Apelación ya habían decidido que las Comunidades Europeas tenían obligaciones dimanadas del AGCS con respecto a esos proveedores de servicios, y que no había nada aparentemente en la versión 1.0 de la CPC que pudiese justificar un resultado diferente.

iii) *Cuestiones relacionadas con el "importador real" y la discriminación de facto*

4.61 El **Ecuador** afirmó que la discriminación *de facto* existente en el sistema anterior de concesión de licencias de las Comunidades Europeas persistía en el nuevo sistema debido a los criterios seguidos por las Comunidades. Al asignar licencias sobre la base del "importador real" las Comunidades Europeas habían asegurado que los proveedores de servicios de origen predominantemente comunitario y ACP a los que se concedían licencias de la categoría B, de maduradores y huracán para la importación de bananos de América Latina con arreglo al antiguo sistema mantendrían los derechos a la mayoría de esas licencias en el nuevo. El Ecuador estimó que la totalidad del análisis comunitario sobre las cuestiones del AGCS estaba centrado no en la determinación de si su sistema modificado era conforme a sus obligaciones dimanadas del AGCS, sino de modificaciones específicas que éste alegaba que respondían a las constataciones del Grupo Especial y del Órgano de Apelación.¹¹¹

4.62 En opinión del Ecuador, la base del argumento de la CE era que, en términos jurídicos -no podía existir una discriminación *de facto* en el sistema modificado puesto que las Comunidades Europeas habían modificado los hechos. La afirmación de que *no existe discriminación de facto* no obedecía a que i) el *Grupo Especial constató que el sistema anterior discriminaba de facto*; y ii) las *Comunidades Europeas habían suprimido aspectos del sistema anterior estimados discriminatorios*. El Ecuador *no* alegó que nada hubiese cambiado en el sistema de concesión de licencias de la CE. No obstante, la cuestión subyacente en esta actuación de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD no era si el sistema anterior había cambiado sino si el sistema que lo había sustituido constituía una discriminación *de jure* o *de facto* frente a los proveedores de servicios ecuatorianos y de terceros países, y era pues incompatible con las obligaciones dimanantes para la CE del AGCS. El Ecuador afirmó que la persistencia en el nuevo sistema de la discriminación existente en el sistema anterior no era una "asunción" del Ecuador, sino que era inherente a la estructura del nuevo sistema, especialmente en lo concerniente a la utilización de la definición de la CE de "importador real" para determinar a quién podían concederse licencias. Es decir, la *lógica* del sistema anterior era que los operadores racionales, por lo general, se habrían asegurado de que sus licencias se utilizaban a su nombre y no eran comercializadas. Al definir el término "importador real" en función de ese

¹⁰⁹ Véase, en términos generales, el informe del Grupo Especial, párrafos 4.651-4.675, 7.287-7.296.

¹¹⁰ Véase la primera comunicación de la Comunidad Europea, párrafo 47 (lista de actividades de servicios).

¹¹¹ Por ejemplo, primera comunicación de las Comunidades Europeas, título anterior al párrafo 55; primera comunicación de las Comunidades Europeas, párrafo 56; primera comunicación de las Comunidades Europeas, párrafo 56 b).

comportamiento, las Comunidades Europeas se habían asegurado de que los operadores pertenecientes a las categorías "suprimidas" mantuviesen asignaciones de licencias en el sistema modificado, pero como "importadores reales".

4.63 El Ecuador alegó además que el sistema modificado fue aún más lejos al desequilibrar este sistema a favor de los proveedores de servicios comunitarios y ACP. Las repercusiones de la utilización del criterio del "importador real" en el nuevo sistema combinadas a un sistema unificado de concesión de licencias se traducían en que aquellos que tradicionalmente habían importado bananos de origen comunitario y ACP tendrían una proporción aún mayor de licencias totales que, como otros importadores, utilizarían para importar bananos de América Latina en primer lugar. El Ecuador afirmó que los importadores anteriores de bananos de origen ACP eran principalmente proveedores de servicios de origen comunitario y ACP. A éstos se les concedieron derechos para la importación de bananos de América Latina a través del sistema de categorías de operadores. Merced al sistema revisado, no sólo "heredaron" licencias procedentes de las categorías de operadores, sino que podían utilizar las licencias que "obtuvieron" libremente como importadores de bananos de origen ACP a fin de tratar en su lugar de importar bananos de América Latina de elevadas rentas contingentarias. Todo ello se hacía en detrimento competitivo de los proveedores de servicios ecuatorianos a quienes las Comunidades Europeas debían un trato conforme al AGCS.

4.64 Las **Comunidades Europeas** afirmaron que la noción de "importadores reales" contenida en la definición de operadores tradicionales (artículo 5 del Reglamento 2362) aseguraba que los importadores auténticos y reales durante el período representativo mantuviesen sus derechos tradicionales sin perder la renta contingentaria conexas. Dado que se habían suprimido las categorías de operadores, ello no afectaba a las condiciones de la competencia contrarias al párrafo 2 del artículo XVII del AGCS del tipo que el Grupo Especial había constatado como una cuestión de hecho¹¹² en el régimen anterior. Las condiciones menos favorables de competencia existentes en la "oportunidad de beneficiarse de rentas contingentarias equivalentes a las que obtiene un titular inicial de licencia, habida cuenta de que los cesionarios de licencia son por lo general operadores de categoría A que en la mayoría de los casos son proveedores de servicios extranjeros y como los que ceden las licencias son por lo general operadores de categoría B que en la mayoría de los casos son proveedores de servicios comunitarios (o ACP)"¹¹³ habían desaparecido. En particular, ya no era posible afirmar que el nuevo régimen "tiene por finalidad otorgar 'intersubvenciones' a la última categoría de operadores con rentas contingentarias para compensar los costos más elevados de producción, reforzar su posición competitiva y alentarlos a que sigan comercializando plátano comunitario y ACP tradicional".¹¹⁴ La supresión de las categorías de operadores acomodó pues el nuevo régimen comunitario a las disposiciones del artículo XVII del AGCS. En sus constataciones originales contenidas en el párrafo 244, basadas en un análisis de una discriminación *de facto*¹¹⁵, el Órgano de Apelación dictaminó que "la asignación a los operadores de la categoría B del 30 por ciento de los certificados que permiten la importación de plátanos de terceros países y no tradicionales ACP a los tipos de derechos de aduana aplicables a las importaciones comprendidas en el contingente es incompatible con las prescripciones del artículo II del AGCS". Así pues, la supresión de las categorías de operadores acomodó además el nuevo régimen comunitario a las disposiciones del artículo II del AGCS.

¹¹² Véanse las constataciones en el párrafo 239 del informe del Órgano de Apelación.

¹¹³ Observación de la Secretaría: párrafo 7.336.

¹¹⁴ Observación de la Secretaría: párrafo 7.339.

¹¹⁵ Que, una vez más, estaba sujeta a las constataciones contenidas en el párrafo 239. Véase también el pie de página 153 del mismo informe del Órgano de Apelación.

4.65 Como se ha indicado anteriormente, al suprimirse las normas según las funciones ejercidas, cesaban los efectos en las condiciones de competencia contrarios al párrafo 2 del artículo XVII del AGCS del tipo que el Grupo Especial inicial había constatado como una cuestión de hecho¹¹⁶ en el régimen anterior. Ya no existían las condiciones de competencia menos favorables constatadas en el hecho de que "[...] los proveedores de servicios de la CE así como los originarios de terceros países tienen unas oportunidades comparables de presentar reclamaciones acerca de actividades de importación primaria y secundaria realizadas con las autoridades de la CE, mientras que los proveedores de servicios originarios de países reclamantes no disfrutaban de iguales oportunidades competitivas de hacer reclamaciones acerca de la realización de actividades de maduración que los proveedores de servicios originarios de la CE".¹¹⁷ Además, ya no podía afirmarse que permitir "la realización de importaciones de terceros países ni de países no tradicionales ACP a unos tipos de derechos contingentarios a los maduradores con independencia de que hayan importado bananos con anterioridad, tiene por finalidad reforzar su posición negociadora en la cadena de suministro frente a los importadores primarios".¹¹⁸ La supresión de las normas según las funciones permitió pues acomodar el nuevo régimen comunitario a las disposiciones del artículo XVII del AGCS.

4.66 Un nuevo conjunto de normas, prosiguieron las Comunidades Europeas, estaba ahora en vigor con respecto a las "circunstancias excepcionales que atañan a las condiciones de producción o importación" que, a su vez, "afecten al abastecimiento del mercado comunitario" (párrafo 8 del artículo 18 del Reglamento 1637). El Grupo Especial inicial había señalado que "[...] nuestras constataciones se limitan a la situación actual presente en que las licencias huracán se expiden a operadores que abarcan o representan exclusivamente a productores de la CE (o de países ACP)". En opinión de las Comunidades Europeas, éste había dejado de ser el caso de conformidad con las nuevas normas, dada la supresión de las categorías de operadores. Además, la segunda frase del párrafo 8 del artículo 18 del Reglamento 1637 indicaba explícitamente que las medidas específicas adoptadas para hacer frente a las circunstancias excepcionales establecidas en el párrafo 8 del artículo 18 "deberán evitar cualquier discriminación entre los distintos orígenes de abastecimiento". Esta nueva disposición acomoda por consiguiente las actividades de las Comunidades Europeas a las disposiciones del artículo XVII del AGCS. Por las mismas razones, se ajusta también a lo previsto en el artículo II del AGCS.

iii) Cuestiones relacionadas con el despacho en aduana

4.67 El **Ecuador** señaló que en el régimen modificado comunitario ya no existían categorías de operadores y funciones ejercidas, pero opinaba que su efecto en la distribución de licencias estaba aún presente en el nuevo régimen. De conformidad con el Reglamento 2362, las licencias se asignaban únicamente a dos categorías de operadores, a saber, los "operadores tradicionales", quienes obtenían normalmente el 92 por ciento de las licencias de importaciones sometidas a contingentes y los "recién llegados" quienes obtendrían el 8 por ciento. No obstante, el nuevo Reglamento adoptó un criterio para la concesión de licencias a los operadores tradicionales que, en opinión del Ecuador, reproducía en gran medida el efecto de las anteriores categorías de operadores y funciones ejercidas, lo que daba lugar a que se les asignasen a los proveedores de servicios de origen comunitario y ACP casi el mismo volumen de licencias de conformidad con el nuevo régimen que con arreglo al anterior.

4.68 En referencia al artículo 4 del Reglamento 2362, el Ecuador señaló que las licencias de importación se asignaban a cada "operador tradicional" basándose en su "cantidad de referencia",

¹¹⁶ Véase el párrafo 239 del informe del Órgano de Apelación.

¹¹⁷ Observación de la Secretaría: párrafo 7.362.

¹¹⁸ Observación de la Secretaría: párrafo 7.367.

determinada "en función de las cantidades de plátanos que haya importado efectivamente durante el período de referencia".¹¹⁹ En 1999, el período de referencia fue 1994-1996, es decir, el mismo que en 1998.¹²⁰ De conformidad con el artículo 5, el "importador real" era el operador a cuyo nombre se pagaban los derechos de aduana.¹²¹ En otras palabras, un operador considerado en virtud del régimen modificado como el "importador real" se había, o bien hecho él mismo cargo del despacho en aduana (y, por consiguiente, había pagado los derechos de aduana debidos), o figuraba en la documentación de aduanas como el propietario a cuyo nombre otro había satisfecho los derechos de aduana y, como resultado, se le asignarían licencias de importación. El Ecuador estimaba que la codificación de un régimen de tratamiento desarrollado basándose en criterios discriminatorios era en sí mismo discriminatorio. Las Comunidades Europeas habían logrado pues el mismo resultado al apoyarse en los detalles técnicos de quién pagaba los derechos de aduana.

4.69 El Ecuador alegó que, debido a la propia índole de las asignaciones de licencias del sistema anterior, una proporción importante de las importaciones de bananos no tradicionales ACP y de terceros países dentro de contingentes se importaba físicamente por proveedores de servicios ecuatorianos y de terceros países pero su despacho en aduana se efectuaba en las Comunidades Europeas por el titular o en su nombre de una licencia de la categoría B, de una licencia de maduración o una licencia huracán. En virtud del régimen modificado, esos anteriores titulares de licencias de la categoría B, licencias de maduración y licencias huracán estaban por consiguiente en posición de probar el pago de derechos en concepto de esas importaciones y ser considerados como los "importadores reales" con derecho a licencias de importación aun cuando no fuesen, en opinión del Ecuador, los auténticos importadores en un sentido comercial o no lo hubiesen sido debido a las distorsiones artificiales creadas por el sistema anterior.

4.70 Así pues, alegó el Ecuador, para importar sus bananos en las Comunidades Europeas, los importadores ecuatorianos estaban obligados a establecer acuerdos contractuales desfavorables con los titulares de licencias de la categoría B, licencias de maduración o licencias huracán. En la práctica, se utilizaban cuatro tipos diferentes de arreglos:

- a) *Transferencias de licencias*, en las que el proveedor de servicios que adquiría la licencia se convertía en el cesionario oficialmente reconocido de conformidad con el artículo 9 del Reglamento de la Comisión (CEE) N° 3719/88. En raras ocasiones había transferencias de licencias.
- b) *"Arrendamientos" de licencias*, en cuya virtud el proveedor ecuatoriano de servicios importaba bananos y cumplía las formalidades de aduanas, pero utilizaba la licencia a nombre del titular original de ésta. Esos arreglos también eran relativamente poco comunes.

¹¹⁹ Reglamento 2362, párrafo 1 del artículo 4.

¹²⁰ *Idem*, párrafo 2 del artículo 4.

¹²¹ Véanse los elementos de hecho, anteriormente mencionados, donde figuran más detalles (observación de la Secretaría).

- c) *Acuerdos de recompra.* Eran transacciones sobre el papel en las que un proveedor de servicios ecuatoriano importaba bananos de terceros países pero se consideraba que otro proveedor de servicios había efectuado la importación de las mercancías.¹²²
- d) *Ventas T1,* es decir, ventas efectuadas en las Comunidades Europeas antes del despacho de aduana.¹²³

4.71 El Ecuador alegó que el proveedor de servicios ecuatoriano era el importador real en sentido comercial en los cuatro casos, pero sólo en los dos primeros casos los reglamentos comunitarios otorgaban al proveedor de servicios ecuatoriano reconocimiento como "importador real" y era únicamente en esos dos casos en que el importador auténtico podía justificar el pago de derechos de aduana. En los dos otros casos, el titular de la licencia de la categoría B, de la licencia de madurador o de la licencia huracán (según el sistema anterior) se consideraba como el "importador real" con arreglo al nuevo sistema.

4.72 Las ventas con pacto de recompra y especialmente las ventas T1 abarcaban un volumen muy elevado de bananos importados en las Comunidades Europeas por proveedores ecuatorianos. Los acuerdos de recompra, alegó el Ecuador, tenían por finalidad mantener las cantidades de referencia y los derechos a licencias en manos de los maduradores y de otros beneficiarios del sistema anterior de asignación. Las ventas T1 eran por definición lo que un importador primario tenía intención de realizar de conformidad con el régimen anterior, pero reflejaban también las condiciones desfavorables de competencia para los proveedores de servicios ecuatorianos de conformidad con las normas anteriores de asignación de licencias.

4.73 Refiriéndose a las disposiciones contractuales en los puntos a) y b) del párrafo 4.70 *supra* (transferencia de licencias y arrendamiento de licencias), que incluía el pago de derechos por el cesionario de la licencia o el arrendatario de las licencias, las **Comunidades Europeas** dijeron que en el marco del nuevo régimen comunitario el cesionario o el arrendatario de la licencia estaba comprendido en la definición de importador tradicional que figuraba en el Reglamento 2362, y también era el titular jurídico de los bananos. En la disposición contractual descrita bajo el punto c), en el párrafo 4.70 (recompra), había dos operaciones distintas de venta y de compra de bananos. La primera tenía lugar antes del despacho de aduanas (una actividad de exportación), la segunda después de dicho despacho, una actividad de comercio al por mayor, desvinculada de cualquier actividad de importación, que podía incluir a los bananos de cualquier origen ya en libre circulación dentro de las Comunidades Europeas y que por lo tanto resultaba imposible distinguir de otros.

¹²² El proveedor de servicios ecuatoriano compraba o producía bananos en el Ecuador, los enviaba a la CE, y descargaba las mercancías en un puerto comunitario. Posteriormente el importador ecuatoriano "vendía" los bananos a un titular de una licencia de la categoría B, de una licencia de maduración o de una licencia huracán que presentaba la licencia y satisfacía los derechos de aduana e inmediatamente "vendía" los bananos de nuevo al proveedor de servicios ecuatoriano. El precio de la segunda "venta" era el precio de la primera "venta" más el importe de los derechos de aduana y el pago (la renta contingentaria) por la utilización de la licencia de importación. El proveedor de servicios ecuatoriano mantenía la custodia de las mercancías todo el tiempo y las revendía o distribuía en la CE.

¹²³ En esas transacciones, un proveedor de servicios ecuatoriano compraba o producía bananos en el Ecuador, los enviaba a la CE, y descargaba las mercancías en un puerto comunitario. Para efectuar la importación de los bananos, el proveedor de servicios ecuatoriano las vendía a otro operador que era el titular de una licencia de la categoría B, licencia de maduración o licencia huracán. El titular de la licencia cumplía las formalidades de aduanas y revendía o distribuía los bananos en la CE. Como en los acuerdos de recompra, el importador pagaba de hecho los derechos puesto que el precio de venta para el proveedor del servicio concurrente era descontado tanto en la cuantía del derecho como en la renta contingentaria.

4.74 Las Comunidades Europeas sostuvieron que no había ninguna prueba de que: i) estos contratos existiesen; ii) que existiesen en número tal como para que pudiesen revestir alguna importancia en estas actuaciones; iii) que se hubiese establecido un vínculo jurídicamente pertinente entre dos contratos distintos de venta y de compra. La simple afirmación *ex post* de una de las partes en ese sentido no podía considerarse una fuente fidedigna de prueba en estos asuntos y, por cierto, no cumplía la norma mínima de la prueba en virtud del principio sobre la carga de la prueba elaborado por el Órgano de Apelación en el asunto "Camisas y blusas".¹²⁴ En referencia al punto d) del párrafo 4.70 *supra*, las Comunidades Europeas sostuvieron que el arreglo contractual que se describe allí (T1 - ventas) encaja perfectamente en la definición de exportador. El propio Ecuador admitió que no había ninguna actividad de importación involucrada. Considerar que la existencia de la denominada venta T1 podía servir para calificar a un exportador como "importador tradicional" en el sentido del Reglamento 2362, era equivalente a eliminar la definición en su totalidad. Dado que el acceso al mercado de servicios comerciales al por mayor de las Comunidades Europeas no estaba limitado, sino que el nivel actual de los aranceles representaba un límite implícito al número de bananos que podían ser importados en las Comunidades Europeas, el número posible de bananos que podían exportarse (y de operadores dispuestos a exportarlos) siempre sobrepasaría al número de bananos que eran realmente importados (y al de los operadores establecidos en las Comunidades Europeas). La actividad de exportación de bananos, en opinión de las Comunidades Europeas, no tenía ninguna importancia para determinar los derechos "tradicionales" a importar en virtud del Reglamento 2362. Por lo tanto, no podía mantenerse ninguna alegación de violación del AGCS contra el nuevo sistema de licencias de la CE.

4.75 El **Ecuador** alegó que puesto que los proveedores de servicios ecuatorianos no obtuvieron un número suficiente de licencias, se vieron efectivamente forzados a establecer acuerdos contractuales con titulares de licencias a fin de continuar desarrollando la actividad. Únicamente la Comisión Europea, que gestionaba el sistema de concesión de licencias, tenía acceso a la documentación en la que figuraba el volumen de bananos que durante un determinado año se importaba físicamente en las Comunidades Europeas por un proveedor de servicios ecuatoriano pero el despacho en aduana era efectuado por otro proveedor de servicios titular de una licencia de la categoría B, una licencia de maduración o una licencia huracán. Sin embargo, en opinión del Ecuador, de la índole del sistema se desprendía que los titulares de licencias de la categoría B, de licencias de maduración o de licencias huracán eran los posibles participantes en los acuerdos con importadores de terceros países, por dos razones.

4.76 En primer lugar, esos titulares tenían la posibilidad de acceder al mayor volumen de licencias.¹²⁵ En segundo lugar, el Ecuador alegó que la mayoría de los proveedores de servicios,

¹²⁴ WT/DS33/AB/R, página 16.

¹²⁵ a) Las licencias de la categoría A "importador primario" representaban el 37,905 por ciento (el 57 por ciento del 66,5 por ciento) de las licencias totales de importación de bananos no tradicionales ACP y de terceros países comprendidos en el contingente; b) las licencias de la categoría C o de recién llegados representaban únicamente el 3,5 por ciento del volumen total de licencias de importaciones no tradicionales ACP y de terceros países comprendidos en el contingente. Las licencias de recién llegados se concedían normalmente para volúmenes pequeños; c) las licencias de la categoría A "importadores secundarios o empresas que se encargaban de la tramitación aduanera a particulares" se "trasladaban" gradualmente a los titulares de otros tipos de licencias de la categoría A. Es decir, que el sistema anterior alentaba a los titulares de licencias de la categoría A "importador primario" o "madurador" a asegurarse de que los bananos importados en virtud de esas licencias se despachaban en aduana a su propio nombre, ambos para su registro como el usuario oficial de la licencia a fin de asegurarse contra la pérdida de las cantidades de referencia y de obtener acceso a las cantidades de referencia de licencias futuras de "importador secundario"; d) las licencias de la categoría B y las licencias de maduración representaban el 48,62 por ciento (el 30 por ciento y el 28 por ciento del 66,5 por ciento, o el 18,62 por ciento) de las licencias disponibles para importaciones no tradicionales ACP y de terceros países comprendidas en el contingente. Las licencias huracán y las licencias de importador secundario obtenidas por los maduradores incrementaron este volumen.

comunitarias o ACP, con licencias de la categoría B, licencias de maduradores o licencias huracán no estaban preparados para importar bananos de América Latina y, por lo tanto, utilizaban sus licencias para sus propias importaciones. La importación de bananos en las Comunidades Europeas de América Latina exigía una organización muy compleja tanto en los países productores como en las Comunidades Europeas y una cadena integrada de transporte mediante buques de carga especializados refrigerados. La mayoría de los titulares de las licencias de la categoría C, licencias de maduradores y licencias huracán optaron por una forma más fácil de rentabilizar las licencias de importación de bananos de América Latina: a cambio de pagos importantes, utilizaban las licencias en acuerdos de recompra o T1 con los auténticos importadores, es decir, los proveedores de servicios ecuatorianos o de terceros países. Como resultado de la forma en que el sistema anterior funcionaba, el Ecuador dijo, la elección por la CE del despacho en aduana como la base para la asignación de licencias de conformidad con el sistema modificado tenía como efecto que se asignaban licencias a quienes las tenían de conformidad con un sistema que se había constatado que era incompatible con el AGCS.

4.77 El Ecuador expuso, a título de ejemplo, la experiencia de asignación de licencias de 1998 y 1999 de la compañía con base en Antwerp NV Firma Léon Van Parys (LVP) propiedad de Noboa, y por consiguiente, a efectos del AGCS se había constatado que era un proveedor de servicios ecuatoriano.¹²⁶ El cuadro que figura a continuación muestra, para el período 1994-1996, las importaciones de LVP de bananos en las Comunidades Europeas, y las licencias de importación que se asignaron a LVP¹²⁷:

Año	Importaciones LVP (toneladas) ¹²⁸	Licencias asignadas (toneladas)
1994	97.620	32.631
1995	95.512	33.045
1996	90.403	36.285

El alegato del Ecuador es que durante esos años se obligó a LVP a buscar acceso, para la mayoría de sus importaciones, a licencias de importación que habían sido asignadas a otros operadores. Ésta lo hizo a través de los diversos tipos de acuerdos contractuales discutidos anteriormente.

4.78 Los años comprendidos entre 1994-1996 fueron el período de referencia tanto para 1998, de conformidad con el sistema anterior, como para 1999 de conformidad con el sistema modificado. Por consiguiente, el cambio de asignación de licencias de LVP de 1998 a 1999 demostraba el grado en el que el sistema modificado se apartaba del sistema anterior o simplemente lo perpetuaba. Durante esos años, se asignaron licencias de importación LVP en las cantidades siguientes:

1998: 39.828 toneladas
1999: 41.055 toneladas

¹²⁶ Véase el informe del Grupo Especial, párrafos 7.330-7.331 y el informe del Órgano de Apelación, en sus párrafos 225 y 239.

¹²⁷ Por razones de confidencialidad se han modificado las cifras pero manteniéndose la proporción. La Comisión Europea tuvo acceso a los datos reales. Si bien podrían existir pequeñas diferencias entre esas cifras y los datos en poder de la Comisión, esas pequeñas diferencias no afectarían a la validez del ejemplo.

¹²⁸ Las cifras utilizadas se basaban en los volúmenes de bananos importados físicamente por LVP y despachados en aduana en las Comunidades Europeas por LVP u otra empresa. Las cifras excluían las importaciones reexportadas a países no pertenecientes a la CE. A fines de claridad, también se excluyeron los volúmenes objeto de litigio entre LVP y la Comisión Europea sobre si su despacho en aduana se efectuaba en las Comunidades Europeas o eran reexportados; su exclusión aquí se hacía sin perjuicio de la posición de LVP en la diferencia.

Así pues, el nuevo régimen de licencias había mejorado la asignación de licencias de LVP sólo en un 3 por ciento, mientras que las licencias que LVP pagaba en concepto de la mayoría de sus importaciones realizadas en 1998 permanecía asignado a los titulares, originales de licencias de la categoría B, licencias de maduradores y licencias huracán, puesto que éstos podían probar el pago de derechos. Puesto que su volumen de importaciones físicas a las Comunidades Europeas no había descendido, LVP estaría obligada a continuar tratando de obtener acceso a otras licencias de operadores en relación con la mayoría de sus importaciones en 1999. Desde luego, en 1999 LVP estaba efectuando los mismos arreglos contractuales con los mismos titulares de licencias como hizo de conformidad con el sistema anterior.

4.79 El Ecuador recordó que el Grupo Especial inicial constató que los proveedores de servicios procedentes de las partes reclamantes "posiblemente" podrían alegar cantidades de referencia para el despacho en aduana, y que no se le había facilitado información suficiente para determinar si las empresas que realizaron actividades de despacho en aduana eran predominantemente propiedad comunitaria o de terceros países o estaban bajo su control.¹²⁹ El Grupo Especial había concluido pues que "los proveedores de servicios de la CE así como los originarios de terceros países tienen unas oportunidades comparables de presentar reclamaciones acerca de actividades de importación primaria y secundaria realizadas con las autoridades de la CE. [...]"¹³⁰ En opinión del Ecuador, esas constataciones no debían satisfacer a las Comunidades Europeas puesto que el Grupo Especial había estado tratando el despacho en aduana como un aspecto relativamente secundario de la comercialización de bananos, no como prácticamente la base completa de futuras asignaciones de licencias. Del mismo modo, las propias Comunidades Europeas habían reconocido que la utilización de las formalidades aduaneras como el criterio para la asignación de licencias de importación congelaría las asignaciones de licencias.¹³¹ Las Comunidades Europeas habían hecho en su sistema modificado precisamente lo que la Comisión había advertido que ocurriría: al basar las asignaciones de licencias en la utilización de las licencias (es decir, el despacho en aduana) en el período de referencia de 1994-1996, habían "fossilizado" las asignaciones de licencias, lo que era discriminatorio para los proveedores de servicios ecuatorianos y de terceros países.

4.80 Las **Comunidades Europeas** opinaban que las nuevas medidas comunitarias no podían compararse con el régimen anterior. En consecuencia, cualquier alegación del Ecuador en el sentido de que en el nuevo régimen persistían las incompatibilidades del anterior con respecto al AGCS debía ser rechazada por el Grupo Especial. La hipótesis del Ecuador era errónea de derecho y de hecho. Como cuestión de derecho, las Comunidades Europeas alegaron que era difícil comprender en qué forma los efectos de una discriminación *de facto*, que el Grupo Especial había constatado con respecto a determinados aspectos del régimen de licencias que aplicaba anteriormente la CE podían continuar en el presente cuando estos aspectos habían sido eliminados totalmente. Las incompatibilidades con el AGCS constatadas por el Grupo Especial inicial estaban causadas por las transferencias de renta contingentaria de determinados proveedores del comercio de servicios al por mayor, principalmente países terceros, a determinados proveedores del comercio de servicios al por mayor CE/ACP, como una *consecuencia de facto* del régimen anterior de licencias de la CE. El Grupo Especial había considerado que esas transferencias eran discriminatorias en virtud del artículo XVII del AGCS (y en determinadas circunstancias más limitadas, en virtud del artículo II del AGCS).

¹²⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.362.

¹³⁰ *Idem*.

¹³¹ Comisión Europea, "Documento de trabajo sobre la determinación de las cantidades de referencia desde 1995", 6 de octubre de 1993, párrafo 5, adjunto como prueba documental 15 a la primera comunicación del Ecuador al Grupo Especial, el 9 de julio de 1996.

4.81 En opinión de la CE, su sistema de licencias con sus nuevas modalidades aseguraba plena neutralidad con respecto a los proveedores de servicios al por mayor en el comercio de banano. En consecuencia, cualquier transacción de licencias entre operadores ahora obedecía solamente a consideraciones relativas al comercio o de orden económico, sobre las que las Comunidades Europeas no tenían ningún control. Según el Grupo Especial inicial, el anterior régimen de las Comunidades Europeas fue considerado discriminatorio sobre la base del párrafo 2 del artículo XVII del AGCS, no porque el sistema en sí creara modificaciones de las condiciones de competencia, sino porque obligaba a la transferencia de la renta contingentaria de, principalmente, operadores de la Categoría A de países terceros a, principalmente, operadores de la Categoría B de la CE/ACP. Este último aspecto impedía que la modificación de las condiciones de competencia fuese "subsana" por la transferibilidad de las licencias. Sin embargo, no había ninguna comparación entre el nuevo sistema y el anterior. Ahora no podía alegarse una transferencia forzosa de la renta contingentaria, como se había alegado en el procedimiento del Grupo Especial anterior sobre la base de las cifras de 1992 presentadas por los reclamantes iniciales.

4.82 Además, los datos que figuraban en la comunicación de réplica de la CE demostraban que los elementos de hecho de que disponía el Grupo Especial inicial cuando adoptó sus decisiones no reflejaban en forma adecuada la realidad tal como evolucionaba ya bajo el régimen anterior, en el período 1994 a 1996. Estas cifras indicaban, sin dejar lugar a dudas, que la hipótesis misma de discriminación *de facto* en favor de la CE o de los proveedores de servicios al por mayor ACP en detrimento de los proveedores de servicios al por mayor de terceros países ya no se justificaba. Afirmar que la discriminación "perdura" en el nuevo régimen de la CE era contrario a los hechos, tal como lo había demostrado las Comunidades Europeas.

4.83 Las Comunidades Europeas recordaron la afirmación del Grupo Especial inicial: "Por lo tanto, los proveedores de servicios de la CE así como los originarios de terceros países tienen unas oportunidades comparables de presentar reclamaciones acerca de actividades de importación primaria y secundaria realizadas con las autoridades de la CE."¹³² Las Comunidades Europeas consideraron, por lo tanto, que la realización de actividades de importación primarias y secundarias no era discriminatoria en el marco del régimen anterior, y no infringía los artículos XVII o II del AGCS. *A fortiori*, el nuevo régimen comunitario, que había eliminado toda distinción entre funciones debía estar en consonancia con las obligaciones que correspondían a este respecto a la CE en virtud del AGCS. Las Comunidades Europeas observaron que el hecho de que los maduradores estuviesen facultados para importar bananos no era en sí mismo contrario a ninguna disposición de ningún Acuerdo abarcado, incluso el AGCS. El Grupo Especial inicial no constató ninguna discriminación formal ni *de facto* en el acceso a la actividad de madurador en las Comunidades Europeas. Cualquier operador, cualquiera fuese su origen, estaba facultado a actuar como madurador siempre que reuniese las condiciones previstas en el antiguo Reglamento 1442 de la CE. Lo que se consideraba contrario al AGCS era la discriminación *de facto* que el Grupo Especial inicial constató, basado principalmente en los datos de 1992 que le habían presentado los reclamantes.¹³³

4.84 Por lo tanto, la discriminación se debía al hecho de que, continuaron las Comunidades Europeas, los maduradores vendían las licencias y por lo tanto obtenían la renta contingentaria de los principales importadores primarios. Según los datos que tenía en ese momento a su disposición el Grupo Especial, la "vasta mayoría" de maduradores pertenecían a la CE y la mayoría de los importadores primarios correspondían a países terceros. Los maduradores que habían vendido licencias en el marco del régimen anterior de la CE ya no podían importar en el marco del nuevo régimen comunitario, dado que no habían pagado los derechos en el momento del despacho de

¹³² Párrafo 7.362 del informe del Grupo Especial.

¹³³ Párrafo 7.363 del informe del Grupo Especial.

aduanas de los bananos. Los maduradores que no habían vendido licencias en virtud del régimen anterior pero que habían actuado como importadores, no obtenían la renta contingentaria de los importadores primarios. Por lo tanto, cualquier importador tradicional, incluido un madurador, si cumplía las condiciones previstas en el nuevo régimen de licencias de la CE, estaba facultado a importar dentro de los nuevos límites estrictos (no discriminatorios) establecidos en el Reglamento 2362. Las Comunidades Europeas recordaron, que en el momento en que entró en vigor el nuevo sistema de licencias, la mayoría de los maduradores eran originarios de terceros países y no originarios de la CE ni de países ACP.

4.85 Las Comunidades Europeas sostuvieron además que el Ecuador confundía las actividades de exportación y de importación. Era erróneo sugerir que los volúmenes de exportaciones de los bananos ecuatorianos debían compararse con los volúmenes que los proveedores de servicios al por mayor ecuatorianos, con una presencia comercial en las Comunidades Europeas, importaban en las Comunidades. Tradicionalmente, el Ecuador era tanto un país productor como un país exportador. Los proveedores de servicios al por mayor de origen ecuatoriano aparecieron en el mercado de importaciones de las Comunidades Europeas bastante tarde, coincidiendo con la entrada en vigor del régimen comunitario anterior. La actividad de las compañías ecuatorianas que se ocupaban de la importación de bananos en las Comunidades Europeas había aumentado constante y sustancialmente durante todos los años de aplicación del régimen anterior. Incluso había aumentado aún más desde la entrada en vigor del nuevo régimen.

4.86 El régimen de licencias de importación de la CE se refería a la importación de bananos y no a la actividad relacionada con la exportación de bananos desde los lugares de producción. Bajo las condiciones estipuladas en el Reglamento 2362, a fin de ser importador era necesario estar registrado en uno de los Estados miembros de la CE. El Ecuador gozaba de una situación muy favorable entre los países productores, dado que era el único país productor que contaba con un grupo importante establecido en las Comunidades Europeas (el grupo Noboa), que realizaba actividades de importación. Por contraste y en comparación, Costa Rica, Colombia y Panamá no tenían una presencia significativa en el suministro de servicios relacionados con la importación de bananos en las Comunidades Europeas (aparte de una compañía muy pequeña de Costa Rica, Banatico, y de una compañía de tamaño medio de Colombia, Banana Marketing). Además, otra compañía del Ecuador, UBESA, comercializaba normalmente bananos para el grupo Dole (actuando así exclusivamente como exportador) y Chiquita también exportaba del Ecuador (e importaba en las Comunidades Europeas). Al mismo tiempo un productor muy limitado, que no era exportador, como los Estados Unidos, tenía compañías que habían desarrollado una importante actividad exportadora desde los países productores de América Latina y una importante actividad de importación en las Comunidades Europeas.

4.87 El **Ecuador** sostuvo que las Comunidades Europeas debían modificar su sistema de licencias de importación para asignar licencias a los verdaderos importadores, que eran los proveedores de servicios primarios y que asumían la mayor parte del riesgo comercial de la comercialización de bananos en las Comunidades Europeas. Esto podía hacerse basando las cantidades de referencia en las pruebas presentadas por los importadores de sus actividades, en forma de i) facturas de compra de bananos en un país de origen; ii) documentos de expedición (conocimientos de embarque); y iii) facturas comerciales que probaran una primera venta en el territorio de la CE. En el pasado, las Comunidades Europeas exigieron una documentación similar para demostrar cantidades de referencia.¹³⁴ El Ecuador adujo que tal sistema de licencias no daría una ventaja a los proveedores de origen no comunitario, sino que crearía, tanto para los proveedores de servicios comunitarios como no comunitarios, las oportunidades equitativas exigidas en los artículos II y XVII del AGCS. El Ecuador pidió que el Grupo Especial acompañara sus constataciones con estas recomendaciones concretas para

¹³⁴ Véase el artículo 7 del Reglamento 1442; informe del Grupo Especial, párrafo 7.192.

asegurar que las Comunidades Europeas adoptarían en un futuro inmediato las medidas necesarias para poner su sistema de licencias de importación en conformidad con el AGCS.

4.88 Las Comunidades Europeas sostuvieron que no podía derivarse ningún derecho de la OMC de conceptos vagos tales como "verdadero importador en el sentido comercial", o "registros que documentan el volumen de bananos que, en determinado año, habían sido importados materialmente en las Comunidades Europeas", "verdadero importador, es decir, proveedor de servicios que, de hecho, estaba en condiciones de adoptar, y que en efecto había adoptado las medidas decisivas para trasladar los bananos de los lugares originarios de producción al mercado de la CE", etc. Como el Órgano de Apelación había indicado en su informe inicial¹³⁵, era la definición que podía encontrarse en los reglamentos pertinentes de la CE la que determinaba el ámbito del análisis para determinar si las Comunidades Europeas habían cumplido sus compromisos y obligaciones dimanantes del AGCS. No había ninguna definición de operador en el AGCS ni en las Listas de compromisos de la CE; existía un compromiso de la CE con respecto a los servicios comerciales al por mayor que también era aplicable dado que incluía actividades comprendidas en la definición de operador que figuraba en los reglamentos pertinentes de la CE.

4.89 En opinión del **Ecuador**, las Comunidades Europeas no habían demostrado por qué, a fines de 1998, no optaron por el período más reciente 1995-1997 como período de referencia para 1999 dado que, en principio, cualquier sistema de licencias basado en las corrientes comerciales tradicionales debía reflejar las corrientes comerciales más recientes. El Ecuador subrayó, no obstante, que en su opinión, el período de referencia en sí mismo no era la fuente de la incompatibilidad del nuevo sistema. Ésta era, más bien, la decisión de la CE de utilizar el tecnicismo del pago de derechos de aduana para determinar cuál era el "importador efectivo", en lugar de utilizar pruebas comerciales para identificar al importador *verdadero*, es decir, el proveedor de servicios que estaba en condiciones de adoptar, y en efecto había adoptado, las medidas decisivas para trasladar los bananos de los países productores al mercado comunitario.

4.90 La realidad del comercio demostraba, respondieron las Comunidades Europeas, que no había ninguna conexión fáctica ni lógica, y mucho menos jurídica, entre ser productor y exportador de bananos, por una parte, e importador de las Comunidades Europeas, por otra.

4.91 Las **Comunidades Europeas** respondieron que el pago de derechos de aduana era el único criterio objetivo que permitía a las Comunidades Europeas verificar qué operador estaba facultado para ser considerado importador tradicional, dado que se refería al momento decisivo para la importación, es decir, el despacho de aduanas. La sugerencia que el Ecuador había formulado en el párrafo 4.87 *supra* (que los documentos internos de compañías privadas sirvieran de prueba para adquirir el carácter de operador tradicional) era la mejor fórmula para sumir a las Comunidades Europeas y los operadores en un litigio sin fin frente a jurisdicciones de todo el mundo. En opinión de las Comunidades Europeas, ningún poder administrativo, incluso las oficinas internas de la CE, podían decidir sobre la validez de estos documentos sin despertar inmediatamente una preocupación por los demás operadores que disponían de distintos documentos coincidentes.

v) *Recién llegados*

4.92 El **Ecuador** observó que las Comunidades Europeas habían otorgado en su sistema enmendado el 8 por ciento de todas las licencias de importación de bananos a "recién llegados"¹³⁶ y

¹³⁵ Párrafo 225.

¹³⁶ Artículo 21 del Reglamento 2362.

habían establecido criterios que las compañías debían cumplir para calificarse como tales.¹³⁷ El Ecuador sostuvo que determinados criterios aplicables a los recién llegados constituían una discriminación tanto *de jure* como *de facto* contra los proveedores de servicios ecuatorianos y de otros terceros países en general, y contra los proveedores de servicios extranjeros que se dedicaban a la importación y venta al por mayor de bananos en particular. Los criterios aplicables a los recién llegados exigían a un posible recién llegado que hubiese importado en la CE frutas y hortalizas frescas (o una combinación de productos frescos y de café y té), por un valor declarado de 400.000 euros, en uno de los tres años precedentes al registro. Esto suponía que para reunir las condiciones necesarias para ser considerado recién llegado, el operador debía haberse establecido en la Comunidad, haber sido capaz de crear la infraestructura física y comercial necesaria y de obtener licencias para determinados productos con respecto a los cuales se exigían licencias de importación. Estas prescripciones favorecían a los proveedores de servicios de la CE, adujo el Ecuador, dado que medían la actividad comercial solamente con respecto al mercado de la CE. El Ecuador no veía con claridad por qué un proveedor de servicios de origen no comunitario, con una presencia comercial recientemente establecida en la Comunidad no debía considerarse como "recién llegado" si podía comprobar mediante documentos que había realizado importaciones de productos frescos en el Ecuador, o en uno o varios otros países no comunitarios por un valor equivalente. El Ecuador sostuvo que el Reglamento 2362 al no permitir a un proveedor de servicios de origen extranjero, establecido en las Comunidades Europeas, que demostrara una experiencia de importación equivalente en otra parte del mundo incurría en una discriminación *de jure*, en contra de lo dispuesto en el artículo XVII del AGCS.

4.93 La discriminación surgía debido a la interacción de los criterios aplicables al recién llegado con la discriminación que, por otra parte, la CE hacía en la repartición de licencias de importación de bananos, tanto en el marco del sistema anterior como del sistema de licencias enmendado, en favor de los proveedores de servicios de origen comunitario. Los posibles recién llegados originarios del Ecuador o de otro tercer país se enfrentaban a obstáculos sumamente elevados para ingresar en el mercado europeo al por mayor de banano. Esos posibles recién llegados solamente podían obtener el acceso comprando, como mínimo durante un año, la utilización de licencias de importación asignadas a titulares de licencias de la Categoría B, maduradores, y de licencias Huracán del sistema anterior. Además, el Ecuador alegó que en 1999 no se podía obtener el derecho a la condición futura de recién llegado a menos que se comprara la utilización de un acceso mediante licencia, en el marco del sistema de licencias modificado, a los mismos titulares anteriores de licencias de la Categoría B, maduradores, o de licencias Huracán. El costo de tener que comprar el acceso a las licencias de importación de banano oponía un grave obstáculo *de facto* al ingreso al mercado comunitario de banano, y ello exacerbaba la discriminación *de jure*.

4.94 Las **Comunidades Europeas** respondieron que, en su opinión, la condición de recién llegado no era discriminatoria *de jure*, dado que el Reglamento 2362 no hacía ninguna distinción entre proveedores de servicios comunitarios y no comunitarios, por un lado, y entre proveedores de servicios no comunitarios, por el otro. Sin embargo, esa condición era una condición no discriminatoria *de facto*, dado que la hipótesis básica formulada por el Ecuador a ese efecto era errónea. Un importador de frutas y hortalizas establecido en las Comunidades Europeas no era necesariamente un operador comunitario (proveedor de servicios), conforme a la definición del artículo XXVIII del AGCS. Tampoco cabía simplemente suponer que había un desequilibrio entre operadores de origen europeo en los sectores de frutas y hortalizas y operadores no comunitarios en detrimento de estos últimos. Las Comunidades Europeas recordaron que el comerciante mayorista más importante del mundo de frutas y hortalizas era Dole, un proveedor de servicios no comunitario.

¹³⁷ *Idem*, artículo 7 (observación de la Secretaría, para más detalles véase la sección "Elementos de hecho").

Las Comunidades Europeas también recordaron las normas sobre la carga de la prueba formuladas por el Órgano de Apelación en el informe "Camisas y blusas".

vi) *Medidas correctivas*

4.95 El **Ecuador** adujo que un sistema que estuviese en conformidad con las obligaciones dimanantes de los artículos I y XIII incluiría lo siguiente:

- a) un contingente de tipos arancelarios unificados de 3,41 millones de toneladas dentro del cual todos los países competirían con sujeción a distintos aranceles pero sin asignaciones por países;
- b) cada país tradicional ACP tendría derecho a un régimen de franquicia arancelaria hasta una cantidad de bananos equivalente a la cantidad máxima que hubiese alcanzado con anterioridad a 1991;
- c) los proveedores no tradicionales ACP recibirían un trato de franquicia arancelaria hasta las primeras 90.000 toneladas que exportaran colectivamente a las Comunidades Europeas;
- d) otros exportadores pagarían un tipo de derecho de 75 euros por tonelada, tipo que se aplicaría también a las importaciones procedentes de países ACP por encima de sus niveles exentos de derechos;
- e) para las importaciones que excedieran del contingente (es decir, por encima de los 3,41 millones de toneladas), los bananos ACP tendrían una preferencia arancelaria de 100 euros por tonelada frente a los otros bananos;
- f) los niveles libres de derechos no representarían cupos, dado que los bananos no ACP podrían competir por la totalidad de las 3,41 millones de toneladas, pero no obtendrían los beneficios de exención arancelaria que se otorgaban a determinados niveles de importaciones ACP;
- g) en cuanto a la distribución de licencias, deberían modificarse los criterios aplicables al recién llegado, que favorecerían a los proveedores de servicios de la CE, a fin de eliminar ese sesgo. Para otras licencias, debía modificarse la definición de "importador efectivo" a fin de eliminar el prejuicio a favor de los proveedores de servicios ACP y de las Comunidades Europeas, asegurando que aquellos que asumían el verdadero riesgo comercial obtuvieran iguales derechos a las licencias importación.

4.96 El Ecuador pidió además que el Grupo Especial recomendara que el sistema indicado *supra* se pusiera en aplicación inmediatamente. Todos los elementos de este sistema que serían incompatibles con la OMC si no fuera por la Exención de Lomé (por ejemplo, las preferencias arancelarias) debían quedar sin efecto para el 29 de febrero del 2000, salvo que se prorrogara la exención, y durante la duración de esa prórroga.

4.97 Con referencia a las sugerencias del Ecuador relativas a determinadas medidas correctivas que debían ser adoptadas por las Comunidades Europeas en virtud del párrafo 1 del artículo 19 (última frase) del ESD, las **Comunidades Europeas** observaron que había habido contactos continuos entre los reclamantes iniciales y las Comunidades a fin de solucionar las divergencias con respecto a la forma en que podía resolverse esta diferencia. Las sugerencias de medidas correctivas que el Ecuador exponía al Grupo Especial ya habían sido examinadas durante estos contactos y habían sido descartadas por las Comunidades Europeas porque no les permitían mantener un margen suficiente de

preferencia para las importaciones tradicionales y no tradicionales de bananos procedentes de los países ACP. El Grupo Especial, como el Órgano de Apelación en el asunto "India - Patentes", recordó que no era un órgano de negociación y no podía pronunciarse sobre la compatibilidad o no del actual régimen de importación de bananos de la CE con las obligaciones que le correspondían a la CE en el marco de la OMC (*de lege lata*). El Grupo Especial no estaba facultado a concebir, en lugar de las Comunidades Europeas, el régimen de las Comunidades Europeas para la importación de banano (*de lege ferenda*), y tampoco podía evaluar las obligaciones jurídicas y políticas que las Comunidades Europeas asumían frente a los Estados ACP exportadores de banano.

4.98 Las Comunidades Europeas sostuvieron que los grupos especiales y el Órgano de Apelación no estaban bien preparados para determinar las medidas legislativas que habían de adoptar los Miembros de la OMC individualmente. Las Comunidades Europeas estimaron que habían cumplido sus obligaciones dimanantes de la OMC. En el caso improbable de que el Grupo Especial estuviese en desacuerdo con esta posición, podría resultar útil que se les diera alguna indicación sobre las medidas que podían considerarse una corrección apropiada de cualquier incompatibilidad que hubiese persistido. Y ello a condición de que esa indicación no fuese más que una aclaración de las obligaciones existentes en el marco de la OMC y no una sustitución de futuras negociaciones arancelarias. Las Comunidades Europeas consideraron que las sugerencias hechas por el Ecuador quedaban totalmente fuera del alcance de la presente diferencia, en particular cuando el Ecuador solicitaba a las Comunidades Europeas que establecieran un contingente arancelario único de 3,41 millones de toneladas, mientras que la actual consolidación arancelaria de la CE para el banano no superaba un contingente de 2,2 millones de toneladas. Cualquier tonelada extra por encima de este contingente consolidado solamente podía ser acordada como resultado de futuras negociaciones arancelarias y no establecida por un grupo especial como consecuencia de un procedimiento de solución de diferencias. Las recomendaciones y resoluciones del OSD no podían añadir ni disminuir los derechos y obligaciones previstos en los acuerdos abarcados.

D. CONCLUSIÓN

4.99 Por los motivos expuestos *supra*, el **Ecuador** consideró que las Comunidades Europeas no habían puesto sus medidas en conformidad con las resoluciones del Grupo Especial inicial y las obligaciones dimanantes del GATT de 1994 y del AGCS. El incumplimiento por parte de las Comunidades Europeas de adoptar medidas apropiadas y expeditas para cumplir sus obligaciones significaba que el Ecuador, un país en desarrollo, seguía estando privado de oportunidades de competencia a las que tenía derecho en cuanto a Miembro de la OMC. Por último, el Ecuador instó al Grupo Especial a que fuera lo más específico posible en su recomendación de medidas correctivas, a fin de que esta diferencia pudiera finalmente resolverse.

4.100 Las **Comunidades Europeas** pidieron que el Grupo Especial rechazara todas las alegaciones formuladas por el Ecuador tanto al amparo del GATT como del AGCS y constatará que las Comunidades Europeas habían cumplido las recomendaciones y resoluciones iniciales del OSD adoptadas el 25 de septiembre de 1997.

V. ARGUMENTOS DE TERCEROS

A. BRASIL

5.1 El **Brasil** señaló que, como segundo productor mundial de bananos, tenía interés en empezar a exportar la variedad "cavendish" a las Comunidades Europeas y habían señalado a la atención del Gobierno la necesidad de que el nuevo régimen del banano de la CE incluyera disposiciones que permitieran el acceso de nuevos participantes.

5.2 El Brasil alegó, con respecto a la creación de la categoría "otros" dentro del contingente arancelario de la CE, que ya no existía el tope de 90.000 toneladas para las importaciones en régimen de franquicia arancelaria de bananos no tradicionales ACP. Esto suponía, en contradicción con el párrafo 255 g) del Informe del Órgano de Apelación, que podían importarse en régimen de franquicia arancelaria hasta 241.000 toneladas de bananos no tradicionales ACP. No había ninguna garantía de que las importaciones incluidas en la categoría "otros" procedieran de orígenes beneficiarios del trato de franquicia arancelaria. En cambio, la aplicación de un diferencial arancelario negativo al volumen total del contingente a que tenían acceso los nuevos participantes, limitados a la categoría "otros" en un mercado dominado por los proveedores tradicionales, constituía un obstáculo muy grave a la participación en este mercado. En la práctica, transformaba la categoría "otros" en un mercado reservado para los bananos no tradicionales ACP.

5.3 El Brasil no discutió la creación de la categoría "otros" ni quería poner en duda el cálculo hecho por la CE del volumen del contingente asignado a esta categoría. El Brasil discutía la forma en que operaría de hecho esa categoría a causa del acceso ilimitado en régimen de franquicia arancelaria que se reconocía a los bananos no tradicionales ACP. Si se mantenía el régimen actual de la CE de asignación del contingente arancelario en lo que respecta a la categoría "otros", a lo que había que añadir el acceso ilimitado en régimen de franquicia arancelaria reconocido a los bananos no tradicionales ACP, un Miembro como el Brasil, que tenía la posibilidad incuestionable de desarrollar su potencial exportador, quedaría excluido del mercado de la CE de forma permanente. El Brasil alegaba que, mientras que los proveedores con un interés sustancial estaban protegidos por sus participaciones concretas en el contingente y mientras que los bananos tradicionales ACP se podían exportar en régimen de franquicia arancelaria y dentro de un contingente diferente, los proveedores que no tenían un interés sustancial eran los únicos exportadores que tenían que competir en condiciones de igualdad sin tener ninguna garantía de acceso al mercado comunitario del banano.

5.4 En vista de la lectura hecha por el Órgano de Apelación del término "exigidas", y en referencia a las constataciones y recomendaciones del Órgano de Apelación sobre el asunto, el Brasil señaló que las Comunidades Europeas no debieron haber ofrecido a los bananos no tradicionales ACP acceso en régimen de franquicia arancelaria al volumen total del contingente arancelario reservado a la categoría "otros". Este trato preferencial sobrepasaba los límites de las medidas que el Órgano de Apelación había considerado "exigidas" así como los límites de una interpretación estricta de la exención en favor del Convenio de Lomé. Contradecía una de las funciones principales de la categoría "otros", según los términos del párrafo 7.76 del informe del Grupo Especial, que consistía en evitar la continuación de una distorsión inherente al funcionamiento de los contingentes arancelarios.

B. CAMERÚN Y CÔTE D'IVOIRE

1. Cuestiones relacionadas con el GATT

5.5 El **Camerún** y **Côte d'Ivoire** señalaron que todas las nuevas disposiciones de la CE que concedían un trato preferencial a los Estados ACP estaban en conformidad con el artículo I del GATT y eran compatibles con las recomendaciones del Grupo Especial y el Órgano de Apelación.

i) *Bananos tradicionales ACP*

5.6 Refiriéndose a la reclamación del Acuerdo de que las Comunidades Europeas no habían respetado los límites de las medidas exigidas por el Convenio de Lomé al fijar el volumen total de las importaciones de bananos tradicionales ACP que podían realizarse en régimen de franquicia arancelaria en función del volumen alcanzado por las importaciones en los mejores años anteriores a 1991, el Camerún y Côte d'Ivoire alegaban que esto carecía de trascendencia por varios motivos:

- a) la preferencia arancelaria establecida por el Convenio de Lomé en favor de todos los bananos ACP no tenía ningún límite cuantitativo;
- b) el único límite cuantitativo era el que se aplicaba a los bananos tradicionales ACP, ya que disfrutaban de un acceso garantizado ("trato más favorable"¹³⁸); y
- c) el acceso garantizado en régimen de franquicia arancelaria para los bananos tradicionales ACP no era superior al nivel mayor de acceso logrado antes de 1991.

5.7 El Camerún y Côte d'Ivoire se refirieron a la afirmación del Órgano de Apelación según la cual "... el inciso ii) de la letra a) del apartado 2 del artículo 168 ... es aplicable a todos los bananos ACP", fueran éstos tradicionales o no tradicionales.¹³⁹ Además, el inciso ii) de la letra a) del apartado 2 del artículo 168 obligaba a la CE a adoptar "las medidas necesarias" para garantizar a todos los bananos ACP "un trato más favorable que el que se conceda a los terceros países que gocen de la cláusula de nación más favorecida para esos mismos productos". En opinión del Camerún y Côte d'Ivoire, en virtud de la exención del Convenio de Lomé, las Comunidades Europeas no estaban obligadas a aplicar las disposiciones del artículo I del GATT a las medidas arancelarias adoptadas de conformidad con el inciso ii) de la letra a) del apartado 2 del artículo 168. Según dicho inciso, por consiguiente, las Comunidades Europeas podía conceder legítimamente acceso a su mercado, en régimen de franquicia arancelaria, a las importaciones de bananos ACP. Por tanto, no se podía discutir la conformidad con el artículo I del GATT de la preferencia arancelaria en favor de los bananos tradicionales ACP.

5.8 El Camerún y Côte d'Ivoire alegaron que el Órgano de Apelación había señalado que el Protocolo 5 del Convenio de Lomé permitía que se otorgara un "trato preferencial adicional" además del "trato más favorable" exigido por el inciso ii) de la letra a) del apartado 2 del artículo 168. En opinión del Camerún y Côte d'Ivoire, el "trato preferencial adicional" incluía el reconocimiento de un acceso garantizado a los países ACP. Según el Protocolo 5, este acceso garantizado tenía su límite en la situación que prevalecía anteriormente en sus mercados tradicionales. En el marco de la anterior reglamentación comunitaria de los bananos, las Comunidades Europeas habían decidido, para asegurar un acceso garantizado dentro de este límite cuantitativo, asignar porcentajes entre los países ACP en función del mayor volumen de sus exportaciones antes de 1991. El método, en principio, no fue discutido por el Órgano de Apelación¹⁴⁰, aunque fue criticado a causa de que este método de asignación no fijaba porcentajes concretos para países terceros.¹⁴¹ Por tanto, las Comunidades Europeas se vieron obligadas a encontrar otra fórmula para garantizar a los Estados ACP el acceso a su mercado. El nuevo método adoptado consistió en fijar un volumen total agregado de las

¹³⁸ Párrafo 170 del informe del Órgano de Apelación.

¹³⁹ Párrafos 172 y 173 del informe del Órgano de Apelación.

¹⁴⁰ Párrafo 174 del informe del Órgano de Apelación.

¹⁴¹ Párrafo 162 del informe del Órgano de Apelación.

importaciones reservadas a países tradicionales ACP en función de las mismas cantidades de referencia, que no habían sido discutidas.

5.9 El Camerún y Côte d'Ivoire señalaron además que ninguna disposición de la OMC obligaba a asignar a los proveedores volúmenes de importación. El propio Órgano de Apelación había descrito la distribución de asignaciones entre los países ACP sencillamente como una opción, entre otras, que podía elegir las Comunidades Europeas.¹⁴² Además, las disposiciones del Convenio de Lomé permitían a las Comunidades Europeas esa elección. El inciso ii) de la letra a) del párrafo 2) del artículo 168 establecía un trato más favorable para los productos procedentes de los Estados ACP. Por consiguiente, el trato más favorable no tenía un carácter individual. Lo mismo cabía decir del Protocolo 5, que establecía que "ningún Estado ACP" será puesto en una situación menos favorable, lo que se aplicaba a cada uno de los Estados ACP o a todos ellos al mismo tiempo. En ausencia de obligaciones en el marco del GATT y en vista de la libertad de elección que atribuía a las Comunidades Europeas el Convenio de Lomé, libertad reafirmada por el Órgano de Apelación, éstas podían legítimamente decidir establecer un volumen global para las importaciones de bananos tradicionales ACP.

5.10 El Camerún y Côte d'Ivoire alegaron que la suma de las mejores exportaciones de los 12 países ACP antes de 1991 daba un resultado superior a 900.000 toneladas y que ya se había señalado este hecho al Grupo Especial y al Órgano de Apelación en el curso de sus anteriores actuaciones. Las estadísticas oficiales pertinentes compiladas por las Comunidades Europeas arrojaban una cifra de 952.939 toneladas. Al fijar un nivel de 857.700 toneladas, las Comunidades Europeas no habían sobrepasado los límites de las obligaciones dimanantes del Protocolo 5 del Convenio de Lomé y, por consiguiente, los bananos tradicionales ACP no disfrutaban de ninguna ventaja que no debieran recibir.

5.11 El Camerún y Côte d'Ivoire pretendían que la argumentación del Ecuador en el sentido de que establecer una cifra global facilitaba la utilización plena del volumen autorizado de importaciones de bananos tradicionales ACP carecía de trascendencia ya que la plena utilización de los contingentes de importación, si éstos eran conformes a las normas de la OMC, era una prescripción general de las normas de la OMC que podía encontrarse, por ejemplo, en el párrafo 2 d) del artículo XIII del GATT y en el párrafo 5 h) del artículo 3 del Acuerdo sobre Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación ("Acuerdo sobre Licencias").

ii) *Bananos no tradicionales ACP*

5.12 Con respecto a las medidas que podían adoptar las Comunidades Europeas para aplicar el inciso ii) de la letra a) del párrafo 2) del artículo 168 del Convenio de Lomé, el Camerún y Côte d'Ivoire señalaron que el Órgano de Apelación había señalado, como principio, que esta disposición del Convenio de Lomé establecía la obligación de garantizar un "trato más favorable" a todos los bananos ACP y, por consiguiente, a todos los bananos no tradicionales ACP.¹⁴³ Esta disposición no indicaba qué tipo de medidas eran necesarias. Por consiguiente, las Comunidades Europeas eran libres de elegir qué medidas necesarias se debían establecer para otorgar un "trato más favorable".

5.13 El Camerún y Côte d'Ivoire alegaron que, en el marco del anterior régimen comunitario del banano, los bananos no tradicionales ACP tenían garantizado primero, un acceso, dentro del contingente arancelario de 2,2 millones de toneladas, hasta un límite de 90.000 toneladas, con una preferencia arancelaria de 75 ecus/tonelada, y segundo, una preferencia arancelaria de 100 ecus/tonelada en favor de las importaciones fuera de contingente. La primera medida fue

¹⁴² Párrafo 174 del informe del Órgano de Apelación.

¹⁴³ Párrafo 173 del informe del Órgano de Apelación.

considerada necesaria y exigida por el Convenio de Lomé y, por consiguiente, no podía ser denunciada por incompatibilidad con el artículo I del GATT. Los cambios introducidos en la nueva reglamentación de la CE, es decir, la eliminación de las 90.000 toneladas de acceso reservado a los bananos no tradicionales ACP perjudicaba a los países ACP. Por consiguiente, sólo cabía constatar que la nueva medida adoptada por las Comunidades Europeas era legítima puesto que era menos favorable que la anterior.

5.14 En opinión del Camerún y Côte d'Ivoire, la medida de la CE consistente en aumentar la preferencia arancelaria en favor de las importaciones fuera de contingente a 200 euros por tonelada debía ser aceptada porque tanto el Grupo Especial como el Órgano de Apelación habían constatado que las Comunidades Europeas eran libres de fijar el tipo y el nivel de la preferencia que debía concederse. Esta medida era "exigida" y "necesaria" hoy más que nunca. En primer lugar, los países ACP habían perdido el acceso garantizado de 90.000 toneladas de bananos no tradicionales y habían perdido la garantía de comercialización que suponía el anterior sistema de licencias. En segundo lugar, los países terceros habían recibido un contingente arancelario diferenciado de 353.000 toneladas. Y en tercer lugar, de conformidad con el artículo 168 del Convenio de Lomé, era necesario garantizar unas condiciones satisfactorias de competencia para los bananos no tradicionales ACP.

a) Cuestiones concernientes al artículo XIII

5.15 El Camerún y Côte d'Ivoire señalaron que no debía considerarse que el volumen de importaciones de bananos tradicionales ACP que se había fijado representaba en sí mismo una restricción cuantitativa ya que su objetivo era ante todo administrar la preferencia arancelaria concedida a los bananos tradicionales ACP. Al tratarse más bien de una medida arancelaria, no debía ser considerada desde el punto de vista del artículo XIII, porque este artículo sólo hacía referencia a la aplicación de restricciones cuantitativas. En caso de que el Grupo Especial considerara que la medida en cuestión debía ser examinada desde el punto de vista del artículo XIII del GATT, el Camerún y Côte d'Ivoire pretendían que las Comunidades Europeas habían respetado las disposiciones de este artículo así como las conclusiones y recomendaciones del Órgano de Apelación al respecto.

5.16 El Camerún y Côte d'Ivoire alegaban que el único reproche formulado por el Órgano de Apelación con respecto al artículo XIII era que "la atribución, por acuerdo o asignación, de cuotas del contingente arancelario a algunos Miembros que no tenían un interés sustancial ... y no a otros Miembros es incompatible [con el artículo XIII] ...".¹⁴⁴ En opinión del Camerún y Côte d'Ivoire, el nuevo régimen de la CE cumplía estos requisitos ya que no asignaba cuotas individuales a cada uno de los 12 Estados ACP que eran exportadores tradicionales.

5.17 Refiriéndose a la afirmación del Órgano de Apelación de que "... las disposiciones que prohíben la discriminación son aplicables a todas las importaciones de banano, con independencia de que un Miembro haya clasificado o subdividido esas importaciones por razones administrativas o de otro tipo ...".¹⁴⁵ El Camerún y Côte d'Ivoire señalaron que esta conclusión demostraba que la CE era libre de fijar una restricción cuantitativa en favor de unos volúmenes determinados de importaciones (los contingentes arancelarios para bananos de países terceros) y otra en favor de unos volúmenes de importaciones diferentes (el volumen reservado a los bananos tradicionales ACP). En opinión del Camerún y Côte d'Ivoire, la única condición impuesta por el artículo XIII a la aplicación de restricciones cuantitativas diferentes a productos similares en función de su origen era que las restricciones fueran similares.

¹⁴⁴ Párrafo 162 del informe del Órgano de Apelación.

¹⁴⁵ Párrafo 190 del informe del Órgano de Apelación.

5.18 El Camerún y Côte d'Ivoire señalaron que el volumen fijado para los bananos tradicionales ACP, 857.700 toneladas, se correspondía con la participación en el comercio internacional que estos países podían esperar con arreglo a las prescripciones del preámbulo del párrafo 2 del artículo XIII. Esto sólo se podía definir en función del trato favorable que recibían en virtud del Convenio de Lomé. En el caso de los bananos tradicionales ACP, el Protocolo 5 del Convenio de Lomé obligaba a las Comunidades Europeas a concederles un "trato preferencial adicional" (según los términos utilizados por el Órgano de Apelación), que consistía en un acceso garantizado. Este acceso había sido definido en función de las mejores exportaciones realizadas antes de 1991. Por consiguiente, la participación en el comercio internacional que los Estados ACP podían esperar se correspondía con este acceso garantizado. Además, la participación en el comercio internacional atribuida por las Comunidades Europeas a las exportaciones tradicionales de Estados ACP no superaba, de ningún modo, el volumen que tenían derecho a esperar, dado que la suma de las mejores cifras de importación antes de 1991 ascendía a 952.939 toneladas. Por consiguiente, la cifra global de 857.700 toneladas, calculada como volumen tradicional ACP, era compatible con las prescripciones del párrafo 2 del artículo XIII del GATT.

5.19 El Camerún y Côte d'Ivoire alegaron además que, como las Comunidades Europeas tenía la posibilidad de fijar globalmente el volumen de las importaciones de proveedores tradicionales ACP y como los volúmenes de las exportaciones tradicionales ACP se correspondían con el nivel de la participación en el comercio internacional que estos países tenían derecho a esperar y como las Comunidades Europeas podía definir este volumen con independencia de los contingentes arancelarios para cumplir los compromisos que dimanaban del Convenio de Lomé, la suma de estas circunstancias hacía que ninguna disposición del GATT pudiera prohibir que los países ACP utilizaran en su totalidad el volumen que se les había asignado.

5.20 Refiriéndose a la reclamación de Ecuador de que su cuota concreta era inferior a la que podía esperar teniendo en cuenta su participación en el mercado mundial, el Camerún y Côte d'Ivoire afirmaron que esas cifras no eran pertinentes para determinar el porcentaje del comercio con las Comunidades Europeas que el Ecuador podía esperar ya que el artículo XIII limitaba los elementos que debían tenerse en cuenta al volumen de las importaciones realizadas por los países que aplicasen restricciones cuantitativas. La cuota del contingente arancelario asignada al Ecuador era la establecida por el reglamento 2362. Para reajustar esa cuota, el Ecuador hubiera tenido que seguir el procedimiento normal previsto en el párrafo 4 del artículo XIII, es decir que hubiera tenido que solicitar consultas con las Comunidades Europeas o entablar consultas con los Miembros antes de poder iniciarse el reajuste.

5.21 Con respecto al período representativo que habían elegido las Comunidades Europeas era el más adecuado, teniendo en cuenta las normas del GATT y los intereses del Ecuador. En opinión del Camerún y Côte d'Ivoire, el contingente arancelario consolidado por la CE de 2,2 millones de toneladas para países terceros tenía que ser computado cuando se aplicaba la norma del período representativo anterior porque representaba un "factor especial" según los términos del párrafo 2 d) del artículo XIII. Ni el Grupo Especial ni el Órgano de Apelación habían puesto en cuestión el contingente de 2,2 millones de toneladas. Teniendo en cuenta que existían restricciones a la importación de bananos en la CE desde hacía mucho tiempo, no era irrazonable que la CE concluyera que el período de base más adecuado para asignar cuotas a los países que tenían un interés sustancial era el período más reciente.

2. Cuestiones relativas al AGCS

5.22 El Camerún y Côte d'Ivoire señalaron que los nuevos reglamentos de la CE estaban en conformidad con las conclusiones y recomendaciones del Grupo Especial y del Órgano de Apelación con respecto a los artículos II y XVII del AGCS.

5.23 El Camerún y Côte d'Ivoire consideraban que la incompatibilidad del antiguo sistema de asignación de licencias de importación estribaba en el hecho de que el 30 por ciento de las licencias de importación, dentro del contingente arancelario de 2,2 millones de toneladas, estaba reservado a operadores que comercializaran bananos de la CE y bananos tradicionales ACP, operadores que en su mayoría eran de origen comunitario. Los nuevos reglamentos no contenían ya ninguna referencia a categorías de operadores ni establecían ninguna relación entre el comercio de bananos de la CE y tradicionales y el acceso a licencias de importación dentro del contingente arancelario. Los nuevos reglamentos iban más allá incluso de las constataciones del Órgano de Apelación ya que preveían un solo sistema de licencias para los contingentes arancelarios y para las cantidades reservadas a los bananos tradicionales ACP.

5.24 El Camerún y Côte d'Ivoire señalaron que la definición de "importador tradicional" adoptada por las Comunidades Europeas era compatible con las normas del GATT referentes a los procedimientos para el trámite de licencias. La aceptación de las solicitudes de licencias de importación en función de los resultados de importación de un operador durante un período reciente era plenamente compatible con el párrafo 5 j) del artículo 3 del Acuerdo sobre Licencias. La reclamación del Ecuador de que las Comunidades Europeas debieron haber limitado la definición de "importador tradicional" para tener sólo en cuenta las expediciones de bananos era incompatible con las disposiciones antes mencionadas. En efecto, la declaración del Ecuador en el sentido de que "las Comunidades Europeas deben modificar su sistema de licencias de importación para asignar licencias a los auténticos importadores que (...) son los proveedores primarios de servicios y asumen la parte más importante del riesgo comercial que representa la comercialización de bananos hacia las Comunidades Europeas"¹⁴⁶ hacía referencia a operadores cuya función tenía que ver más con la exportación que con la importación.

5.25 El Camerún y Côte d'Ivoire señalaban que las nuevas normas de asignación de las licencias de importación eran compatibles con el principio de no discriminación. El sistema era el mismo con independencia del origen de los bananos y, por consiguiente, era idéntico para todos los operadores, fueran éstos de la CE o de países terceros. Además, las nuevas normas de asignación de licencias incluían disposiciones sobre el período de referencia, el establecimiento en las Comunidades Europeas, el período de validez, la transferibilidad de las licencias, las garantías, etc., que no dependían del origen de los operadores.

5.26 En opinión del Camerún y Côte d'Ivoire, la reclamación del Ecuador giraba en torno a la selección del período de referencia, 1994-1996, que en opinión del Ecuador permitía que todos los operadores que fueran titulares de licencias de importación de acuerdo con el sistema antiguo (categorías A, B y C) y que efectivamente hubieran utilizado esas licencias para realizar importaciones pudieran presentar cantidades de referencia para la obtención de nuevas licencias. El Camerún y Côte d'Ivoire alegaban que el método elegido por la CE estaba en conformidad con las normas que establecía el párrafo 5 j) del artículo 3 del Acuerdo sobre Licencias. Teniendo en cuenta la aprobación de 353.000 toneladas adicionales de importación, la adhesión de Austria, Suecia y Finlandia a la CE y la no disponibilidad de datos oficiales sobre el año 1997 en el momento en que se aprobaron los nuevos reglamentos, cualquier otro período de referencia que no fuera el período 1994-1996 no hubiera sido suficientemente representativo de las condiciones recientes del comercio de bananos en las Comunidades Europeas. Que este período permitiera que ciertos operadores de la CE o ACP que habían sido titulares de licencias B participaran en la asignación de nuevos títulos no daba origen a una situación de discriminación. Por el contrario, lo que sí hubiera sido una discriminación inaceptable hubiera sido que se prohibiera a esos operadores participar en el nuevo sistema de asignación de licencias.

¹⁴⁶ Párrafo 141 de la primera comunicación del Ecuador.

5.27 En opinión del Camerún y Côte d'Ivoire también era incorrecto pretender que el nuevo sistema de asignación de licencias de importación "perpetuaba" la situación criticada por el Grupo Especial y el Órgano de Apelación ya que, de conformidad con el artículo 4.2 del Reglamento 2362, el período de referencia 1994-1996 sólo se utilizaría para la concesión de licencias de importación correspondientes al año 1999.

5.28 El Camerún y Côte d'Ivoire alegaban además que no era correcto pretender que todos los titulares de licencias B pudieran presentar cantidades de referencia correspondientes al período 1994-1996, de conformidad con el criterio de "importador tradicional", y recuperar todos los derechos de importación reconocidos en el pasado en detrimento de los operadores de países terceros, como el Ecuador. Según la información de que disponían el Camerún y Côte d'Ivoire, los operadores titulares de antiguas licencias B en el sistema anterior habían perdido en medida muy importante sus cantidades de referencia en favor de operadores que importaban bananos de América Latina. Las estadísticas oficiales sobre la evolución de las cantidades de referencia entre 1998 y 1999, después de la introducción del nuevo régimen, mostraban que los operadores españoles y franceses, que constituían la mayoría de los titulares de licencias B gracias a sus relaciones con la producción de las Comunidades Europeas y de países ACP, habían perdido respectivamente el 41,21 y el 20,17 por ciento de dichas cantidades de referencia.¹⁴⁷ Los operadores establecidos en los países del norte de la CE, que eran importadores tradicionales de bananos de América Latina, habían aumentado sustancialmente sus cantidades de referencia: Suecia (+114,26 por ciento), Finlandia (+85,14 por ciento), Austria (+118,82 por ciento) y el Benelux (+374,90 por ciento).

5.29 Con respecto a los procedimientos para la asignación de licencias de importación a los "recién llegados", el Camerún y Côte d'Ivoire señalaron que las Comunidades Europeas había adoptado una definición amplia de los términos "operadores recién llegados" para abarcar a todos los operadores que hubieran participado en el comercio de cualquier tipo de frutas y hortalizas y de productos como el café o las especias. Esta definición posibilitaba una ampliación considerable de la categoría de operadores recién llegados, que en ese momento sumaban más de 1.000. La reclamación del Ecuador en el sentido de que se debía incluir a los operadores en esta categoría en función de sus cantidades de referencia en el comercio mundial, en el exterior de las Comunidades Europeas, no sólo era incompatible con todas las normas del GATT sino que impediría la aplicación correcta del párrafo 5 j) del artículo 3 del Acuerdo sobre Licencias. Hubiera dado lugar a una proliferación de nuevos operadores e imposibilitado que se concediera a éstos licencias para importar cantidades económicas del producto.

5.30 El Camerún y Côte d'Ivoire concluían que debían rechazarse las reclamaciones del Ecuador ya que las Comunidades Europeas había respetado las conclusiones y recomendaciones del Grupo Especial y del Órgano de Apelación, así como las normas del GATT. Además, desde un punto de vista arancelario, las preferencias concedidas por la CE a los Estados ACP a través de los nuevos reglamentos estaban en conformidad con las prescripciones del inciso ii) de la letra a) del párrafo 2) del artículo 168 del Convenio de Lomé, tanto en el caso de los bananos tradicionales como en el caso de los bananos no tradicionales. Desde el punto de vista del acceso garantizado, la preferencia concedida por la CE a los Estados ACP en la importación de bananos tradicionales era compatible con las prescripciones del Convenio de Lomé (Protocolo 5). Por consiguiente, teniendo en cuenta la exención del Convenio de Lomé, el Ecuador no tenía motivos para denunciar una infracción del artículo I del GATT.

¹⁴⁷ Anexo 2 de las comunicaciones del Camerún y Côte d'Ivoire.

C. LOS ESTADOS DEL CARIBE

5.31 Los Gobiernos de Belice, Dominica, Granada, Jamaica, la República Dominicana, Santa Lucía y San Vicente y las Granadinas ("Estados del Caribe") señalaron que apoyaban los argumentos expuestos por las Comunidades Europeas en su solicitud de que el Grupo Especial afirmara la conformidad de su nuevo régimen con los acuerdos abarcados y constatará que tenía que considerarse que Guatemala, Honduras, México y los Estados Unidos habían aceptado esa conformidad.

5.32 **Los Estados del Caribe** indicaron que eran muy dependientes de la producción de bananos y confiaban en la disponibilidad de sus mercados tradicionales en las Comunidades Europeas, cuya protección había sido garantizada por varios Convenios de Lomé, el más reciente de los cuales era el Cuarto Convenio de Lomé ("el Convenio de Lomé") modificado. Cada uno de los Estados tenía un interés considerable en el resultado de estas actuaciones. Su bienestar económico, su cohesión social y su estabilidad política dependían de que se diera cumplimiento adecuado a las disposiciones pertinentes del Convenio de Lomé.

5.33 La industria del banano en los Estados del Caribe generaba un gran porcentaje del producto interior bruto y de los ingresos en divisas. En las Islas de Barlovento, un 34 por ciento de la población activa trabajaba en esta industria y los bananos representaban una fuente continua de ingresos para los cultivadores. Los Estados del Caribe situados en las Islas de Barlovento reconocían y aceptaban que era necesario diversificar sus economías, pero al mismo tiempo consideraban que una reducción significativa de sus ventas tradicionales en el mercado europeo del banano sería perjudicial para los esfuerzos destinados a promover el desarrollo nacional y el crecimiento económico, y reducir así la pobreza e integrar estas economías en el mercado mundial. Si se socavara el nuevo régimen comunitario del banano y, en particular, el acceso garantizado y las ventajas otorgadas a los bananos de los Estados del Caribe en las Comunidades Europeas, se destruirían sus industrias del banano. Esto provocaría graves problemas económicos y sociales. La incertidumbre que generaba este mismo procedimiento era, en sí misma, muy desestabilizadora. No era posible invertir en la industria y desarrollarla si se tenía que hacer frente a constantes ataques al régimen de la CE de importación de bananos, ataques que eran escasamente conciliables con la exención concedida en 1994 en favor del Convenio de Lomé, que había apoyado el propio Ecuador cuando fue prorrogada en 1996.

5.34 Los Estados del Caribe encontraban difícil conciliar la interpretación hecha por el Ecuador de la exención del Convenio de Lomé con los amplios compromisos sociales que reflejaba el Preámbulo del Acuerdo sobre la OMC. El texto del Preámbulo, que era vinculante, subrayaba que el sistema de la OMC no pretendía la aplicación mecánica de las normas, de forma que se diera una precedencia absoluta a la eficiencia del mercado. Las disposiciones jurídicas que este Grupo Especial debía interpretar y aplicar tenían que ser cumplidas de forma compatible con las "necesidades e intereses" de todos los Miembros de la OMC, teniendo en cuenta sus circunstancias económicas y sociales, las condiciones geográficas en que se encontraban y su compromiso con un desarrollo sostenible.

5.35 Los Estados del Caribe sostenían que el nuevo sistema de aranceles y contingentes de la CE en el sector del banano no infringía el GATT y que el nuevo sistema de licencias de importación no infringía el AGCS.

1. Cuestiones relacionadas con el GATT

i) Bananos tradicionales ACP

5.36 Los Estados del Caribe señalaron que las preferencias arancelarias en favor de los países ACP eran exigidas por el Convenio de Lomé.

5.37 Los Estados del Caribe alegaban que el Ecuador se equivocaba al reclamar que el límite de 857.700 toneladas fijado para las importaciones de bananos tradicionales ACP en régimen de franquicia arancelaria era una cantidad "superior a la justificada por las prescripciones del Convenio de Lomé". El Tribunal Europeo de Justicia, en el caso *Alemania v. Consejo*¹⁴⁸ había hecho referencia a las prescripciones del Convenio de Lomé (Protocolo 5) señalando que fijaban un nivel igual al de las "mejores exportaciones antes de 1991". Esta interpretación de las prescripciones del Convenio de Lomé había sido confirmada y aplicada por el Grupo Especial y el Órgano de Apelación en sus decisiones sobre el Protocolo 5 de dicho Convenio. Por consiguiente, la única cuestión que debía resolver este Grupo Especial era si la cifra de 857.700 toneladas era superior a las "mejores exportaciones antes de 1991". Las cantidades "mejores" exportadas por los exportadores tradicionales ACP a Europa en los años anteriores a 1991 sumaban aproximadamente 940.000 toneladas.

5.38 Los Estados del Caribe señalaban además que la eliminación, en el régimen revisado, de los topes al acceso individual de cada país en régimen de franquicia arancelaria no daba lugar a unas preferencias comunitarias superiores a lo exigido. La suma de las cantidades procedentes de fuentes tradicionales ACP que tenían derecho a una protección especial de conformidad con el Protocolo 5 del Convenio de Lomé ascendía a 940.000 toneladas. El hecho de que la CE hubiera asignado en el marco del régimen anterior 857.700 toneladas no disminuía el derecho a una cantidad mayor que el Protocolo 5 del Convenio de Lomé atribuía a los Estados ACP ni la obligación de la CE de proteger unas cantidades mayores.¹⁴⁹

5.39 Los Estados del Caribe sostenían que se había constatado que los contingentes individuales infringían el artículo XIII, infracción que el Órgano de Apelación había constatado a su vez que no estaba excusada por la exención del Convenio de Lomé. Ése era el motivo de que la CE hubiera suprimido las asignaciones específicas a los países ACP en el contingente arancelario. El Grupo Especial y el Órgano de Apelación habían considerado que su función no era prescribir las medidas concretas que debían adoptar las Comunidades Europeas para cumplir las obligaciones que le imponía el Convenio de Lomé. Su función era, en cambio, determinar si la metodología elegida por las Comunidades Europeas para determinar las asignaciones del contingente arancelario podía considerarse que era razonablemente "exigida" para cumplir las obligaciones dimanantes del Convenio de Lomé. El Órgano de Apelación había reconocido que también podían ser "exigidos" por el Convenio de Lomé otros métodos. El hecho de que el Grupo Especial y el Órgano de Apelación hubieran aceptado que la asignación a países concretos ACP de contingentes arancelarios era "exigida" por el Convenio de Lomé no impedía que se estableciera una asignación arancelaria global para los países ACP. Los Estados del Caribe sostenían que la asignación general de 857.700 toneladas podía considerarse igualmente exigida por el Convenio de Lomé. En cualquier caso, no representaba una infracción del artículo XIII ya que el trato preferencial establecido por el Convenio de Lomé no era un contingente.

ii) *Bananos no tradicionales ACP*

5.40 Los Estados del Caribe sostenían que la ampliación del acceso en régimen de franquicia arancelaria para incluir los bananos "no tradicionales" ACP (acceso limitado anteriormente a 90.000 toneladas) era "exigida" por el Convenio de Lomé. En opinión de los Estados del Caribe, el Órgano de Apelación había querido subrayar que "todos los bananos no tradicionales ACP" podían acogerse al beneficio del régimen de franquicia arancelaria reconocido a los bananos no tradicionales

¹⁴⁸ Caso C - 280 192, ECR 1994, pI-4973, sentencia de 5 de octubre de 1994.

¹⁴⁹ Párrafo 7.101 del informe del Grupo Especial y párrafos 174 y 177 del informe del Órgano de Apelación.

y no había sugerido que la entrada en régimen de franquicia arancelaria de bananos no tradicionales debiera limitarse a 90.000 toneladas. La referencia a 90.000 toneladas se debía simplemente a motivos de identificación, con el fin de aclarar las cantidades a que estaba haciendo referencia. La exención del Convenio de Lomé establecía claramente que la ampliación del acceso para los bananos no tradicionales estaba "exigida" por el Convenio de Lomé. La disposición pertinente era el inciso ii) de la letra a) del párrafo 2) del artículo 168, que establecía la entrada en régimen de franquicia arancelaria de todos los bananos ACP. Con respecto al argumento de que el Tribunal Europeo de Justicia había decidido que el Protocolo 5 del Convenio de Lomé derogaba el inciso antes indicado, de lo que resultaba que las Comunidades Europeas no estaban obligadas ("exigidas") a otorgar a los bananos no tradicionales ACP un trato más favorable de conformidad con la disposición citada, los Estados del Caribe se remitían al párrafo 7.135 del informe del Grupo Especial y al párrafo 173 del informe del Órgano de Apelación. Al suprimir las 90.000 toneladas de límite al acceso en régimen de franquicia arancelaria, las Comunidades Europeas habían elegido otra forma de "trato más favorable" consistente en suprimir el tope al acceso en régimen de franquicia arancelaria que, como había reconocido el Órgano de Apelación, no estaba obligada a imponer.

5.41 Los Estados del Caribe concluían que la asignación de 857.700 toneladas para bananos tradicionales, el trato de franquicia arancelaria dentro del contingente arancelario y la preferencia arancelaria de 200 euros por tonelada para las cantidades fuera de contingente de bananos no tradicionales eran, en primer lugar, "exigidas" por el Convenio de Lomé, en segundo lugar, estaban protegidas por la exención del Convenio de Lomé y en tercer lugar, no eran incompatibles con el GATT.

iii) Cuestiones concernientes al artículo XIII

5.42 Los Estados del Caribe pretendían que las preferencias arancelarias en favor de los bananos ACP no constituían un contingente en el sentido del artículo XIII del GATT y que, en caso contrario, el nuevo régimen había sido diseñado de forma compatible con el artículo XIII del GATT.

5.43 Los Estados del Caribe alegaron que en ningún momento, desde que se había aprobado el Reglamento 404, las Comunidades Europeas habían incluido las preferencias concedidas a los países tradicionales ACP en el contingente arancelario, consolidado de conformidad con las obligaciones impuestas a la CE por el párrafo 1) del artículo 168 del Convenio de Lomé, que establecía que "los productos originarios de los Estados ACP serán admitidos a su importación en la Comunidad con exención de derechos de aduana y de exacciones de efecto equivalente". Según el artículo 169 del Convenio de Lomé, las Comunidades Europeas estaban obligadas a no aplicar "a la importación de los productos originarios de los Estados ACP restricciones cuantitativas ni medidas de efecto equivalente". Si el Grupo Especial determinaba que las preferencias en favor de los bananos ACP debían formar parte del contingente arancelario consolidado y si las Comunidades Europeas cumplían la obligación que le imponía el Convenio de Lomé de garantizar el acceso al mercado y ciertas ventajas a la cantidad adecuada de bananos tradicionales ACP, el acceso a las Comunidades Europeas para países terceros se reduciría de 2.553.000 a 1.700.000 toneladas.

5.44 Los Estados del Caribe alegaban además que, aunque la imposición de un arancel representaba una restricción a las importaciones, no entraba en el ámbito de los artículos XI y XIII del GATT.¹⁵⁰ La opinión alternativa hubiera dado lugar a que el párrafo 1 del artículo XIII fuera aplicable a todas las preferencias arancelarias, con lo que cualquier discriminación a los efectos del artículo I sería necesariamente también una infracción del artículo XIII. Quizá no fuera ésta la intención de los redactores del GATT. O si lo fue, había que encontrar un encaje en el ámbito del artículo XIII a las exenciones del artículo I. Por tanto, el Grupo Especial debía distinguir entre aquellas situaciones que el artículo XIII intentaba abordar y aquellas que era más adecuado someter

¹⁵⁰ Párrafo 7.154 del informe del Grupo Especial.

exclusivamente a las disposiciones del artículo I. Los Estados del Caribe señalaban que las medidas preferenciales que establecía el Convenio de Lomé se gobernaban por el artículo I y no por el artículo XIII. Además, los antecedentes de acuerdos especiales de comercio entre los países de Lomé y las Comunidades Europeas mostraban que los beneficios y ventajas a los que tenían derecho los proveedores tradicionales ACP no representaban un contingente en el sentido del artículo XIII. El Convenio de Lomé, incluido su Protocolo 5, no hacía ninguna referencia a la atribución de un contingente a los proveedores ACP.

5.45 Los Estados del Caribe alegaron que las anteriores afirmaciones eran confirmadas, entre otras cosas, por la exención del Convenio de Lomé, incluido el contexto en que se adoptó. Tras haberse constatado que el Convenio de Lomé no estaba protegido por la exención en favor de las zonas de libre comercio del artículo XXIV del GATT, las Comunidades Europeas se habían visto obligadas a obtener una exención al amparo del artículo XXV. La exención se aprobó expresamente para permitir que se diera cumplimiento a las prescripciones del Convenio de Lomé. Sin ninguna ambigüedad, la intención de las PARTES CONTRATANTES era que las Comunidades Europeas pudieran seguir cumpliendo las obligaciones tradicionales que le imponía el Convenio de Lomé, que establecía un trato preferencial que autorizaba a los Estados ACP a vender bananos (hasta un límite) en régimen de franquicia arancelaria. Resultaba poco creíble que las PARTES CONTRATANTES tuvieran la intención de aprobar una exención de las disposiciones del artículo I que, no obstante, sometiera a los bananos ACP a las restricciones impuestas a los contingentes por el artículo XIII. Si el Grupo Especial constataba que el nuevo régimen representaba una infracción del artículo XIII, se ignoraría la clara intención de la exención y de quienes la habían concedido.

5.46 Los Estados del Caribe apoyaban su alegación de que el derecho de los Estados ACP a un acceso en régimen de franquicia arancelaria no constituía un contingente, en la cita de la constatación del Grupo Especial "Papel prensa" según la cual "las importaciones que ya están exentas de derechos por efecto de un acuerdo preferencial no pueden, por su misma naturaleza, participar en un contingente exonerado en régimen n.m.f.". ¹⁵¹ En términos de su finalidad y objetivos, el Convenio de Lomé era un acuerdo preferencial y la exención confirmaba que las importaciones de bananos ACP estaban exentas de derechos. En términos del Grupo Especial "Papel prensa", estarían "exentas de derechos" antes de ser sometidas a los rigores del artículo XIII. Por consiguiente, no podían formar parte de un contingente de franquicia arancelaria ni constituir por sí mismas un contingente.

5.47 En opinión de los Estados del Caribe, la imposición de un límite cuantitativo a la preferencia arancelaria especial en favor de los bananos tradicionales ACP no tenía por efecto transformar el arancel especial correspondiente y las demás medidas preferenciales en un "contingente". Los Estados ACP habían alegado, cuando se adoptó el Reglamento 404, que no debía imponerse ningún límite cuantitativo a las ventajas concedidas a los proveedores tradicionales ACP. Las ventajas que habían obtenido en el marco de los regímenes nacionales individuales no estaban sometidas a ningún límite cuantitativo y, habían alegado los Estados ACP, no debía existir ningún tope que limitara la capacidad de desarrollo de las industrias ACP del banano. Además, uno de los objetivos manifiestos del Convenio de Lomé era aumentar la producción y promover el desarrollo de las industrias y de las exportaciones de los países ACP a las Comunidades Europeas. No obstante, a pesar de que así fuera como entendían los Estados del Caribe el sentido y los efectos más amplios del Convenio de Lomé, reconocían que, a los efectos de la OMC, el Órgano de Apelación había establecido que los bananos procedentes de Estados tradicionales ACP no se podían beneficiar sin límites del Protocolo 5. A ese fin, se había aceptado que el límite de 857.700 toneladas era necesario para dar contenido práctico a la conclusión del Órgano de Apelación sobre los mejores años de exportación antes de 1991.

¹⁵¹ Grupo Especial "Papel prensa", L/5680, IBDD 31S/128; adoptado en noviembre de 1984.

5.48 Los Estados del Caribe sostenían que, aunque el Grupo Especial constatará que las preferencias reconocidas a los proveedores tradicionales ACP representaban un contingente arancelario en el sentido del párrafo 5 del artículo XIII del GATT, en cualquier caso el nuevo régimen de la CE había sido diseñado de forma compatible con el artículo XIII, en concreto con el párrafo 2 d) de dicho artículo. Este hecho quedaba especialmente claro si se situaba el artículo XIII en el contexto de los objetivos y de las obligaciones específicas del Convenio de Lomé, incorporados en el sistema de la OMC a través de la exención del Convenio de Lomé.

5.49 Los Estados del Caribe alegaron que el párrafo 1 del artículo XIII establecía como obligación general que las restricciones que se aplicaran a un Miembro tenían que ser "semejantes" a las que se aplicaran a los demás Miembros. Los términos en que estaba redactado preveían claramente que pudiera haber diferencias en la forma en que se aplicaran las restricciones a los distintos Miembros. Las restricciones tenían que ser "semejantes"¹⁵² pero no necesitaban ser idénticas. El preámbulo del párrafo 2 del artículo XIII pretendía ilustrar qué prohibiciones podían considerarse "semejantes". Las "expectativas" de los Estados ACP eran que el nuevo régimen de la CE para el banano permitiera a la CE cumplir las obligaciones dimanantes del Convenio de Lomé y su Protocolo relativo a los plátanos. Así pues, previendo la importación en régimen de franquicia arancelaria de 857.700 toneladas de bananos procedentes de países tradicionales ACP y un margen de preferencia arancelaria para todas las importaciones de bananos no tradicionales ACP fuera de contingente, las Comunidades Europeas no hacían más que procurar "hacer una distribución del comercio de dicho producto que se aproxime lo más posible a la que las distintas partes contratantes podrían esperar si no existieran tales restricciones", teniendo en cuenta las obligaciones dimanantes del Convenio de Lomé.

5.50 En opinión de los Estados del Caribe, los apartados del párrafo 2 del artículo XIII establecían los principios que debían aplicarse cuando un Miembro pretendía cumplir la obligación de aplicar restricciones "semejantes". No obstante, el párrafo 2 d) del artículo XIII no era aplicable a los bananos tradicionales ACP ya que la cantidad asignada a los Estados ACP no había sido asignada a cada uno de estos Estados individualmente.

5.51 Los Estados del Caribe alegaron que las Comunidades Europeas, al excluir los bananos tradicionales ACP del cálculo de las asignaciones a los proveedores con un interés sustancial, había actuado de conformidad con las disposiciones pertinentes del párrafo 2 d) del artículo XIII, que establecía que se tuvieran debidamente en cuenta todos los factores especiales. En opinión de los Estados del Caribe, los términos "todos los factores especiales" no remitían a los Estados que tenían un "interés sustancial" (en otras palabras, los "factores especiales" podían plantearse fuera del ámbito de los intereses de dichos Estados). Los términos "factores especiales" tampoco remitían a la determinación del "período representativo anterior". Los "factores especiales" que habían determinado tanto la decisión de las Comunidades Europeas como las expectativas sobre el mercado europeo se cifraban en las disposiciones del Convenio de Lomé, incluidos sus principios generales, es decir, la importancia de un mercado europeo del banano seguro y estable para el tejido socioeconómico y el desarrollo sostenible de estos países.

2. Cuestiones relativas al AGCS

5.52 Los Estados del Caribe sostuvieron que el proceso de reestructuración provocado por la adopción del Reglamento 404 se había traducido en una transferencia masiva de licencias, de empresas con origen en la CE a empresas de capital extranjero. La simple alegación de que el nuevo régimen de licencias de la CE era discriminatorio e infringía los artículos II y XVII del AGCS no liberaba al Ecuador de su obligación fundamental de demostrar sus afirmaciones. Las alegaciones no se apoyaban en ninguna prueba y debían ser rechazadas por el Grupo Especial.

¹⁵² Los Estados del Caribe señalaron que el término francés ("semblable") tenía un contenido todavía más amplio.

5.53 Los Estados del Caribe señalaron que el Ecuador se equivocaba con respecto a los fundamentos en que se basaba el nuevo régimen de la CE para atribuir licencias a los operadores.¹⁵³ El último párrafo del artículo 5.3 del Reglamento 2362 dejaba claro que si se planteaba una contradicción entre los documentos aportados, las licencias se concederían al operador que hubiera pagado realmente los derechos de aduana, bien directamente o bien por intermedio de un agente o representante de aduanas, con independencia de que dicho operador fuera el titular o fuera el cesionario de la licencia de importación. Las Comunidades Europeas habían adoptado medidas concretas para suprimir el beneficio que representaba haber sido ya titular de una licencia de importación. Esta desviación del sistema que administrativamente sería más sencillo tenía por fin beneficiar expresamente a las empresas de capital extranjero que pudieran sentirse perjudicadas por el anterior sistema, que las consideraba operadores de la categoría B.

5.54 Los Estados del Caribe señalaron que el Ecuador sólo había aludido a la situación de hecho de una empresa -Leon van Parys (LVP)-, que era un operador relativamente pequeño, registrado en Bélgica y de capital ecuatoriano. No había presentado ninguna información sobre las otras empresas, numerosas, asociadas con el Ecuador o incluso propiedad de nacionales del Ecuador, por ejemplo, Pacific Fruit Europe NV, Bana Trading GmbH, Noboa Inc.

5.55 Los Estados del Caribe señalaron que el Ecuador había indicado que las importaciones realizadas por LVP en 1994-1996 "han sido importadas físicamente por LVP y el despacho de aduanas en las Comunidades Europeas lo hizo LVP u otra empresa".¹⁵⁴ Había que preguntarse si las importaciones cuyo despacho de aduana había sido realizado por otra empresa que no actuaba como agente de LVP eran importaciones realizadas por LVP. El Ecuador no había ofrecido ninguna explicación acerca de la identidad de esa "otra empresa". En la medida en que LVP no había pagado los derechos de aduana y aparentemente no era el propietario de los bananos cuando fueron "importados realmente", había que suponer que LVP se había limitado a transportar la mercancía por barco. La conclusión lógica tenía que ser que LVP no era propietario de la mercancía ni responsable de ésta en el momento del despacho a libre práctica en las Comunidades Europeas. Si LVP hubiera "importado realmente" esos bananos, el volumen de sus licencias hubiera sido sustancialmente mayor.

5.56 Los Estados del Caribe alegaron que el Ecuador no había presentado ninguna prueba en apoyo de la supuesta distorsión en favor de las empresas originarias de la CE y de países ACP. Los operadores clasificados anteriormente dentro de la categoría B habían transferido o vendido a otros operadores, principalmente de origen no comunitario, licencias correspondientes, por lo menos, a 350.000 toneladas. Se disponía de abundantes pruebas de que la mayoría, sino la totalidad, de las filiales extranjeras de los proveedores mayoristas de bananos, gracias al nuevo régimen, habían ampliado sustancialmente el porcentaje que les correspondía en las licencias totales. Dole y Chiquita habían recibido licencias para importar 100.000 toneladas adicionales. Por otra parte, se estaba produciendo una reducción sustancial de las licencias concedidas a las empresas que habían dispuesto de ellas con el antiguo régimen. El volumen de las importaciones a que siguieran teniendo derecho dependía únicamente de que hubieran hecho las importaciones durante el período "pertinente". No se había aclarado, con pruebas, si las licencias concedidas a estas empresas originarias de la CE y de países ACP dependían directamente de que éstas hubieran obtenido originalmente licencias B, o si las licencias B se habían vendido y las licencias posteriores que habían recibido derivaban de la creación de empresas mixtas con importadores latinoamericanos de bananos, con independencia de que tuvieran o no licencias de categoría B.

¹⁵³ Párrafos 119 y 120 de la primera comunicación del Ecuador.

¹⁵⁴ Nota a pie de página 84 de la primera comunicación del Ecuador.

5.57 Los Estados del Caribe señalaron que estadísticas recientes sobre las cantidades de referencia en 1998 y 1999 mostraban que se había producido una transferencia significativa de cantidades de referencia de operadores que anteriormente habían sido titulares de licencias de categoría B a operadores que importaban bananos de países terceros. Las cifras compiladas por Odeadom demostraban que los operadores de España y Francia, que con el régimen anterior eran titulares de la mayoría de las licencias de categoría B, habían perdido, respectivamente, el 41 y el 20 por ciento de sus cantidades de referencia, más o menos. Los operadores de países del norte de Europa, que importaban casi exclusivamente bananos de la zona del dólar, habían registrado ganancias importantes: Suecia había ganado aproximadamente un 114 por ciento, Finlandia un 85 por ciento, Austria un 118 por ciento y Alemania un 12 por ciento.

5.58 Los Estados del Caribe alegaron que la reclamación del Ecuador en el sentido de que sus empresas no habían sido apenas capaces de comprar licencias parecía incompatible con otra declaración en el sentido de que "las empresas ecuatorianas habían tenido que invertir unos 40 millones de dólares anuales -un total de unos 200 millones de dólares- simplemente en comprar acceso para sus importaciones con acuerdo de reventa".¹⁵⁵ Suponiendo un costo estimado de 5 dólares EE.UU. por caja, esa cifra equivalía a decir que empresas ecuatorianas habían "comprado con acuerdo de reventa" licencias para importar 200.000 toneladas aproximadamente. Teniendo en cuenta que el Ecuador era el origen del 20 por ciento aproximadamente de las importaciones comunitarias, por regla de tres, cada año las empresas de capital extranjero "compraban con acuerdo de reventa" licencias para importar casi 1 millón de toneladas. Por tanto, según el Ecuador, todas las licencias de categoría B y de madurador habrían sido ya compradas por empresas de capital extranjero. Sólo los operadores franceses y españoles de categoría B habían vendido o transferido anualmente licencias para importar de 300.000 a 350.000 toneladas.

5.59 Los Estados del Caribe señalaron que el Ecuador pretendía de hecho que las licencias de importación no se atribuyeran a los importadores, sino a los exportadores. El Ecuador había manifestado el deseo de que las licencias de importación no dependieran del "importador real" sino de la presentación por los importadores de pruebas de sus actividades, por ejemplo, facturas de la compra de bananos en el país de origen, documentos de expedición (conocimientos de embarque)¹⁵⁶ y facturas comerciales que sirvieran de prueba de la primera venta en territorio comunitario.¹⁵⁶ El Grupo Especial no tenía autoridad para aceptar esta sugerencia, que había de ser rechazada. Se oponía a la práctica normal en todo el mundo, que consistía en atribuir las licencias de importación al "importador real". La persona que soportaba el riesgo mayor era normalmente el "importador real", que era quien aceptaba distribuir el fruto en el mercado europeo y que en muchos casos habrá tenido que firmar contratos comerciales a largo plazo con el "expedidor", quien habrá comprado los bananos a productores de América Latina. El importador habrá invertido en redes de distribución, centros de maduración y programas de comercialización, todo lo cual era fundamental para el negocio de la importación. Las condiciones propuestas por el Ecuador, a saber, compra de bananos en el país de origen, expedición y factura, podían ser cumplidas por operadores que no eran más que exportadores puros y mediadores en las expediciones, que no tendrían más que una tenue relación con el país del que procederían las eventuales importaciones.

5.60 Los Estados del Caribe alegaban además que la asignación de licencias sobre la base de unas comunicaciones que frecuentemente serían contradictorias o incompletas representaría una carga innecesaria para los importadores y eliminaría la transparencia. Un sistema semejante violaría y socavaría principios fundamentales del Acuerdo sobre Licencias, en concreto los párrafos 2 y 3 del artículo 3 del mismo, así como el párrafo 3 a) del artículo X del GATT.

¹⁵⁵ Párrafo 19 de la primera comunicación del Ecuador.

¹⁵⁶ Párrafo 141 de la primera comunicación del Ecuador.

5.61 En opinión de los Estados del Caribe, no había pruebas de que la propuesta del Ecuador, basada en la presentación de facturas y documentos de expedición, "curaría" el supuesto mal. El Ecuador no había presentado ninguna prueba que demostrara que, dada la situación de hecho que se había establecido entre 1993 y 1999, la asignación de licencias en función de esas "comunicaciones" sería diferente de la que resultaría del procedimiento denunciado. La única prueba que había presentado el Ecuador se refería a una empresa, LVP. El Ecuador ni siquiera había intentado demostrar que LVP se hubiera beneficiado de una mayor asignación de licencias si se hubiera adoptado el sistema propuesto por el Ecuador. Dado que LVP era miembro del grupo Noboa de empresas, era probable que ni ella ni su empresa matriz hubieran cumplido los requisitos de "importador primario". Históricamente, Noboa no se calificó, bajo el antiguo régimen, como "importador primario" en varios de sus grandes contratos ya que se consideró que no asumía ningún riesgo comercial cuando existía un contrato de compra de bananos a precio fijo con un importador basado en Europa y si el contrato con Noboa no era más que un contrato c.i.f. En esas condiciones, el importador basado en Europa se calificaba como "importador primario" y además como "importador secundario".

5.62 Refiriéndose a la afirmación del Ecuador de que: "Como ... la división de funciones b) -según el sistema anterior- era en sí misma una fuente de derechos a futuras licencias, los titulares de licencias estaban muy interesados en asegurarse de su registro como usuarios oficiales de las mismas. Por eso, ellos mismos o sus representantes hacían el despacho de aduana. Por ejemplo, un madurador con licencia que fuera racional insistiría en comprar a un importador primario los bananos antes del despacho de aduana, porque así podría pretender una cantidad de referencia futura no sólo como madurador sino también como "importador secundario".¹⁵⁷, los Estados del Caribe señalaron que esta afirmación no era cierta. La cuantía de las licencias de importación en manos de maduradores y/o importadores secundarios era mínima en comparación con la cuantía de las licencias en manos de importadores primarios. En Europa sólo había 4 ó 5 importadores primarios importantes y las licencias de importador secundario y madurador se repartían entre un cierto número de pequeños operadores diferentes. Los que todavía no habían sido adquiridos por un importador primario o no habían establecido vínculos con uno de ellos tenían pocas posibilidades de controlar el acceso que se reservaba a las importaciones de países terceros. Si no respondían a las demandas de los poderosos importadores primarios, los únicos bananos que entrarían en sus instalaciones de maduración o podrían negociar como importadores secundarios serían los que pudieran obtener en función de sus licencias. La suma de todos los importadores secundarios de categoría A hubiera recibido licencias equivalentes al 15 por ciento (normas referentes a las funciones) del 65,5 por ciento (normas referentes a las categorías de operadores) del total, es decir, el 9,7 por ciento (con un coeficiente de reducción). Por tanto, de acuerdo con el régimen anterior del banano, ningún importador secundario recibía licencia para más del 10 por ciento de las importaciones que necesitaba normalmente realizar. Esta cantidad era insuficiente si se tenía en cuenta que estaba obligado a canalizar sus demandas del producto hacia importadores primarios.

5.63 Los Estados del Caribe alegaron que la reclamación del Ecuador parecía basarse en el convencimiento de que las empresas que habían recibido con el antiguo régimen licencias de madurador habrían podido utilizarlas realmente para importar bananos y beneficiarse del nuevo régimen. Sin embargo, no se había presentado ninguna prueba que demostrara en qué medida los maduradores tuvieron éxito al convertirse posteriormente en "importadores". Los Estados del Caribe señalaron que los maduradores, que disponían de una cantidad mínima de licencias de importación, estaban en una situación extremadamente débil frente al poder de empresas multinacionales como Chiquita, Dole, Del Monte y Noboa, que controlaban grandes cantidades de licencias y que, en la práctica, desde el primer momento se negaron a facilitar bananos a los maduradores que no les transfirieran sus licencias. Los maduradores dependían totalmente de estas grandes empresas porque,

¹⁵⁷ Párrafo 124 de la primera comunicación del Ecuador.

aunque pudieran utilizar sus propias licencias, los volúmenes que les correspondían por esa vía eran insignificantes en comparación con los volúmenes que necesitaban para mantener un giro suficientemente alto de bananos en sus centros de maduración para pagar los costos fijos. Así pues, incluso las cantidades que correspondían a los maduradores migraban hacia las manos de las grandes empresas extranjeras. Los grandes importadores primarios estaban capacitados para encargarse ellos mismos de la importación secundaria y utilizar sus propios centros de maduración. Inmediatamente después de la entrada en vigor del Reglamento 404 empezaron a hacerlo.

5.64 Los Estados del Caribe recordaron los cuatro métodos de llegar a acuerdos de importación de conformidad con el Reglamento 404 que había descrito el Ecuador en el párrafo 4.70 *supra*. Los Estados del Caribe señalaron que era incorrecto y no se fundaba en ninguna prueba pretender que las transferencias de licencias "eran raras". De hecho, las transferencias de licencias eran un hecho muy frecuente. La propia declaración del Ecuador con respecto a la "compra con acuerdo de reventa" de 40 millones de dólares EE.UU. anuales de licencias era una prueba de este hecho. Los arrendamientos de licencias, en los que éstas seguían estando a nombre del titular original de la licencia, eran raros. Los acuerdos de recompra fueron extremadamente raros en 1994-1996. Aunque fuera correcto que la persona que pagaba los derechos en caso de ventas T1 no fuera la persona que compraba los bananos en el país de origen, se trataba de una transacción normal del tipo c.i.f. El riesgo era soportado en su totalidad por el importador y no había motivo alguno por el que el expedidor o la persona que compraba al productor debiera ser reconocida como la persona adecuada para ser titular de las futuras licencias. Esta práctica no sería la normal en ningún país con un comercio sustancial, ni si se trataba de otras importaciones europeas. En opinión de los Estados del Caribe, era incorrecto pretender que "en los cuatro casos, el proveedor ecuatoriano de servicios era el auténtico importador en un sentido comercial".¹⁵⁸ En particular, y con respecto a las ventas T1, el Ecuador no había presentado ninguna prueba de que la empresa extranjera que realizaba la venta sobre una base c.i.f. estuviera presente en las Comunidades Europeas. Los Estados del Caribe señalaron que no había pruebas de ese tipo.

5.65 Los Estados del Caribe señalaron que el Ecuador había querido ignorar la constatación del Grupo Especial con respecto a los importadores secundarios, alegando para ello que se trataba de una cuestión que se planteaba en un caso en que intervenían otras muchas cuestiones.¹⁵⁹ El Ecuador pretendía ahora que "éste es el único fundamento de las futuras asignaciones de licencias". Los Estados del Caribe no creían que el Grupo Especial pudiera ignorar las reclamaciones de ciertas partes a causa únicamente de que la cuestión planteada tuviera una importancia relativamente menor que otras cuestiones. El Ecuador, tras haber señalado que el Grupo Especial había desestimado el caso por falta de pruebas, no había ofrecido ninguna prueba en apoyo de su afirmación de que la mayoría de los importadores secundarios eran de origen comunitario.

5.66 Los Estados del Caribe señalaron que el eje de las reclamaciones del Ecuador era que el Grupo Especial debía cerrar los ojos a la existencia de casi seis años de antecedentes comerciales y considerar la situación como si se tratara de una competencia entre proveedores mayoristas de servicios relacionados con los bananos antes del Reglamento 404. Lo que el Ecuador pretendía era convertir el sistema de la OMC en un sistema jurídico que concediera indemnizaciones por daños o enmendara los males que pudieran haberse producido como resultado de la aplicación anterior de un régimen ilegal. El propósito del sistema de la OMC no era éste. El párrafo 1 del artículo I del AGCS establecía que éste "se aplica a las medidas adoptadas por los Miembros que afecten al comercio de servicios". Las medidas que ya no estaban en vigor no eran "medidas" y no podían ser objeto de un procedimiento de solución de diferencias en el marco de la OMC. Si el Grupo Especial intentaba

¹⁵⁸ Párrafo 127 de la primera comunicación del Ecuador.

¹⁵⁹ Párrafo 136 de la primera comunicación del Ecuador.

corregir las consecuencias de un régimen declarado anteriormente ilegal, el sistema de solución de diferencias de la OMC tendría que prepararse a recibir una avalancha de diferencias relacionadas con los regímenes que se habían declarado ilegales desde que había iniciado sus actividades el GATT y que, antes de ser derogados, habían producido consecuencias que se habían mantenido de hecho a consecuencia de las ventajas otorgadas antes incorrectamente a otros Miembros o empresas de esos Miembros.

5.67 Los Estados del Caribe pidieron que el Grupo Especial aplicara el "principio de eficacia" señalado por el Órgano de Apelación. Tenía que dar contenido y efecto práctico a la exención del Convenio de Lomé. Esto significaba que los bananos ACP tenían derecho a "acceso a" y "ventajas en" el mercado comunitario "por una cuantía equivalente al mayor volumen de sus exportaciones a la CE antes de 1991". Sólo así se promovería el desarrollo económico y social de los Estados del Caribe, de conformidad con los objetivos del Acuerdo sobre la OMC y el Convenio de Lomé. Los Estados del Caribe alegaban que el nuevo régimen comunitario de importación de bananos lograba estos objetivos de forma compatible con el GATT y el AGCS. La preferencia arancelaria estaba exigida por la exención del Convenio de Lomé y era compatible con los artículos I y XIII del GATT. Las nuevas prescripciones del régimen de licencias eran compatibles con el AGCS. El Ecuador no había presentado las pruebas necesarias para que se desplazara la carga de la prueba. El Grupo Especial debía rechazar en su totalidad la solicitud del Ecuador.

D. COLOMBIA

5.68 En opinión de Colombia, el párrafo 5 del artículo 21 del ESD establecía el procedimiento aplicable en aquellas situaciones en las que hubiera 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. El mandato del Grupo Especial se limitaba al examen de la compatibilidad de los Reglamentos 1637 y 2362 con los acuerdos abarcados pertinentes. Colombia señalaba que el reclamante no podía incluir en esta etapa del procedimiento nuevas reclamaciones y que tampoco podía el Grupo Especial examinar cuestiones que el reclamante no había planteado.

5.69 Las preocupaciones de **Colombia** se centraban en la posibilidad de que todas las importaciones (NMF, tradicionales ACP y no tradicionales ACP) se contabilizaran dentro del contingente arancelario en vigor, lo que se traduciría en una reducción del 23 por ciento del acceso actual al mercado de la CE. Colombia estaba también preocupada por la posibilidad de que todas las importaciones se contabilizaran dentro del contingente arancelario en vigor, con la adopción de un contingente arancelario adicional para todos los proveedores de un volumen equivalente al reservado a las importaciones ACP y con un arancel superior a 75 euros por tonelada e inferior al arancel consolidado. Esta situación daría también lugar a una reducción de las actuales oportunidades de acceso al mercado.

5.70 Colombia alegó que las modalidades de las negociaciones de la Ronda Uruguay sobre la agricultura indicaban que "como parte del proceso de arancelización, se mantendrán las oportunidades de acceso actual".¹⁶⁰ No definían cuáles eran las "oportunidades de acceso actual", términos que podían referirse a las importaciones totales, las importaciones NMF o las importaciones procedentes de Partes Contratantes del GATT. En el caso de las Comunidades Europeas, los criterios elegidos para establecer cuáles eran las "oportunidades de acceso actual" para los bananos eran muy importantes ya que las importaciones con acceso preferencial representaban más del 20 por ciento de las importaciones totales y las importaciones NMF procedentes de países que no eran Partes

¹⁶⁰ Modalidades para el establecimiento de compromisos vinculantes específicos en el marco del programa de reforma, MTN.GNG/MA/W/24, de 20 de diciembre de 1993. Estas modalidades se utilizaron como directrices no vinculantes.

Contratantes del GATT representaban casi el 40 por ciento de las importaciones totales. El volumen de referencia de las "oportunidades de acceso actual" se basaba en el promedio del comercio NMF en 1989-1991, es decir, 1,9 millones de toneladas, mientras que las importaciones totales medias ascendían a 2,5 millones de toneladas. Como resultado del Acuerdo Marco para el Banano (AMB), el volumen del contingente arancelario se había fijado en 2,1 millones de toneladas para 1994 y 2,2 millones de toneladas para 1995, 90.000 de las cuales estaban reservadas a importaciones procedentes de proveedores no tradicionales ACP. La negociación del contingente arancelario también supuso el compromiso de aumentar el volumen acordado originalmente para tener en cuenta la ampliación de la CE.

5.71 Colombia señalaba que, en su opinión, el compromiso de acceso al mercado de la CE-15 era un contingente arancelario de 2.553.000 toneladas, gravado con 75 euros/tonelada si se trataba de proveedores NMF, y 90.000 toneladas en régimen de franquicia arancelaria para proveedores no tradicionales ACP.

1. Cuestiones concernientes al artículo XIII

5.72 Colombia señaló que la administración de un contingente arancelario mediante asignaciones por países concretos era un derecho y una obligación de las Comunidades Europeas y que el Ecuador no tenía ningún derecho a solicitar la eliminación de las asignaciones a los países que eran proveedores con un interés sustancial. Colombia alegó que el derecho de las Comunidades Europeas a administrar su contingente arancelario mediante la asignación de cupos por países había sido reconocido implícitamente por el Grupo Especial en el párrafo 7.85 de su informe, en el que se afirmaba que en el momento en que se negoció el AMB, Colombia y Costa Rica eran las únicas Partes Contratantes que tenían un interés sustancial. Este derecho era distinto del cupo realmente asignado a cada país que, de conformidad con el párrafo 4 del artículo XIII del GATT, podía ser revisado. El derecho atribuido a los Miembros importadores por el artículo XIII era una obligación para las Comunidades Europeas en virtud de los compromisos asumidos en su Lista. Una de las condiciones incluidas en el compromiso de acceso al mercado de bananos era una asignación específica en favor de Colombia, revisada en conformidad con el párrafo 4 del artículo XIII.

5.73 Colombia señaló que, de conformidad con el artículo XIII del GATT, un Miembro importador podía establecer legítimamente asignaciones en favor de países que fueran proveedores con un interés sustancial, dejando abierta al mismo tiempo la posibilidad de que los demás Miembros compitieran por la parte restante del contingente. Además, en el presente caso, la CE se había obligado a obrar así en virtud de las condiciones establecidas en su Lista. El Ecuador no tenía título para solicitar la denegación de este derecho.

5.74 Colombia señaló además que, si las asignaciones específicas por países se adaptaban a las disposiciones del párrafo 2 d) del artículo XIII del GATT, había que suponer que cumplían también la obligación de que se procediera a una asignación con el fin de lograr una distribución que se asemejara a los cupos que las partes obtendrían si no hubiera una restricción. El preámbulo del párrafo 2 del artículo XIII reflejaba que existía una obligación con respecto a los medios, no a los resultados. La obligación de lograr un resultado sería de imposible cumplimiento ya que se referiría a una situación futura (la distribución que existiría en el mercado si no existiera la restricción). De ahí que la obligación dimanante del párrafo 2 del artículo XIII fuera asignar contingentes por países de acuerdo con criterios que fueran objetivos, razonables y no discriminatorios y no la obligación de asignar contingentes de forma que resultara la misma distribución que existiría si no hubiera una restricción. Dado que un acontecimiento futuro no se podía prever, el párrafo 4 del artículo XIII permitía que los proveedores con un interés sustancial pidieran un reajuste del porcentaje establecido o un reajuste del período representativo para asegurar una distribución dinámica de las asignaciones del mercado de importación.

5.75 En opinión de Colombia, uno de los criterios que permitiría una distribución que se aproximara a la que las partes podrían esperar si no existiera la restricción era el que resultaba de la segunda oración del párrafo 2 d) del artículo XIII, que establecía que cuando no pudiera llegarse razonablemente a un acuerdo, el Miembro importador asignaría cupos en función de los porcentajes correspondientes a los proveedores durante un período representativo anterior. Según la práctica del GATT, "un período representativo anterior" era un período reciente que abarcara tres años de actividades comerciales. Por consiguiente, si el Miembro importador hacía una distribución basándose en un período representativo reciente cumplía el requisito de procurar aproximarse a la distribución que las partes obtendrían si no existiera la restricción.

5.76 Colombia señaló que en el presente caso las Comunidades Europeas habían mantenido consultas con los cuatro proveedores con un interés sustancial, para intentar que el reparto fuera por acuerdo. Cuando quedó claro que no era posible, se eligió el período 1994 a 1996 como período representativo reciente sobre el que sí se disponía de datos definitivos y se procedió a realizar las asignaciones correspondientes. Las asignaciones se correspondían con la distribución del comercio NMF durante el período representativo elegido.

5.77 Colombia señaló que la reclamación del Ecuador en el sentido de que el período 1994-1996 no era representativo debido a la infracción del artículo XIII que había constatado el Grupo Especial contradecía el principio de que las partes en un tratado están obligadas a aplicarlo de buena fe. Cuando se negoció el AMB ningún precedente indicaba que no estuviera en conformidad con el artículo XIII. Al contrario, se respetaron todos los principios del mismo y la práctica anterior. El Ecuador nunca había hecho uso del derecho que le atribuía el párrafo 4 del artículo XIII a solicitar una revisión del período de referencia, las asignaciones a los países o las normas de reasignación antes de plantear una acción en el marco del artículo XIII. Además, la sugerencia del Ecuador suponía que se aplicara con efectos retroactivos las recomendaciones del Grupo Especial y que, como se había constatado que las normas de reasignación eran incompatibles con el artículo XIII, se restaran del cupo asignado a Colombia las importaciones realizadas de acuerdo con esa asignación. La reclamación del Ecuador carecía de fundamento jurídico dentro del mecanismo de solución de diferencias, que operaba de forma que se garantizara que las medidas reparadoras estuvieran proyectadas hacia el futuro. Colombia alegaba que Costa Rica y Colombia no debían ser penalizadas por normas convenidas y aplicadas de buena fe.

5.78 Con respecto al argumento del Ecuador de que debía asignársele un contingente en función de su participación en el comercio mundial, Colombia indicó que este criterio no tenía ninguna trascendencia en el marco del artículo XIII del GATT. La segunda oración del párrafo 2 d) del artículo XIII se refería a "partes proporcionales a la contribución aportadas por ellas [las partes contratantes que tengan un interés sustancial] al volumen o valor total de las importaciones del producto indicado durante un período representativo anterior". Se hacía referencia así a las exportaciones al mercado del Miembro importador que aplicaba la restricción. Dos ejemplos demostraban que el criterio propuesto por el Ecuador era inaplicable: en 1994-1996, Filipinas, proveedor marginal en las Comunidades Europeas, tenía una participación superior al 9 por ciento en las exportaciones mundiales, mientras que Panamá, proveedor con un interés sustancial en las Comunidades Europeas, sólo tenía el 5 por ciento de las exportaciones totales mundiales. Colombia sostuvo que los cupos previstos en el Reglamento 2362 eran compatibles con el artículo XIII del GATT ya que se basaban en la proporción de las importaciones correspondientes a cada proveedor en el período 1994-1996, que era un período representativo reciente.

5.79 Colombia sostuvo que el mandato del Grupo Especial estaba definido con exactitud en el párrafo 5 del artículo 21 del ESD. Por consiguiente, el examen no podía incluir en su ámbito nuevas reclamaciones y debía limitarse al análisis de los Reglamentos 1637 y 2362 adoptados por las Comunidades Europeas de conformidad con los informes del Grupo Especial y del Órgano de

Apelación. Las propuestas de acciones reparatoras presentadas por el Ecuador excedían del alcance del examen.

5.80 Colombia había demostrado que las asignaciones específicas por países hechas por las Comunidades Europeas respetaban las obligaciones asumidas por ésta en el marco del GATT. En primer lugar, porque la obligación de la CE era realizar una distribución que se aproximara a la distribución que se produciría si no existiera la restricción, y no una distribución que lo lograra. En segundo lugar, porque la distribución respondía a los porcentajes de las exportaciones de cada proveedor durante un período representativo anterior. Por consiguiente, Colombia pedía que el Grupo Especial constatará que las asignaciones por países en favor de los proveedores con un interés sustancial eran conformes con el artículo XIII del GATT.

E. COSTA RICA

5.81 Costa Rica sostuvo que la reclamación del Ecuador hacía referencia a cuestiones que interesaban directamente a Costa Rica. El Ecuador discutía la obligación de las Comunidades Europeas de atribuir una asignación específica de cupos del contingente arancelario a Costa Rica y a los demás Miembros que tenían un interés sustancial en el suministro de bananos a las Comunidades Europeas. También discutía los métodos utilizados por las Comunidades Europeas para determinar los cupos y, por consiguiente, el tamaño relativo de los cupos asignados a Costa Rica y el Ecuador. Las normas vigentes del ESD permitían sólo al Ecuador defender sus intereses como parte, mientras que Costa Rica sólo podía participar en las actuaciones como tercero.

5.82 Costa Rica alegaba que el Grupo Especial tenía que hacer algo más que reconocer a Costa Rica y a los demás terceros la condición "mejorada" de tercero. La misión del Grupo Especial era interpretar los acuerdos multilaterales en lo que atañía a las medidas que afectaban a los Miembros que no eran partes en la diferencia. En opinión de Costa Rica, el Grupo Especial debía tener en cuenta por consiguiente, como confirmaba el párrafo 1 del artículo 10 del ESD, los intereses de los terceros en el curso del procedimiento, con inclusión de la elaboración de las constataciones. No bastaba que se permitiera a los terceros que estuvieran presentes y pudieran manifestar sus opiniones en la parte descriptiva del informe. En las constataciones del Grupo Especial tenían también que abordarse expresamente sus argumentos en la medida en que difirieran de los de las partes.

5.83 Costa Rica señaló que el Ecuador, en su primera comunicación, no distinguía claramente entre las pretensiones referentes a las medidas de aplicación de las resoluciones del Grupo Especial y el Órgano de Apelación por las Comunidades Europeas y las pretensiones referentes a los asuntos que no habían abordado ni el Grupo Especial ni el Órgano de Apelación. El Ecuador no tenía en cuenta en sus argumentos que el párrafo 5 del artículo 21 del ESD limitaba los procedimientos a las "medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones" del OSD. Por el contrario, en lo que respecta a la distribución del contingente entre los países proveedores, el Ecuador llegaba a pedir al Grupo Especial que "no sólo reafirme sus anteriores resoluciones e interpretaciones, respaldadas y modificadas por el Órgano de Apelación, sino que ofrezca también a las Comunidades Europeas recomendaciones y orientaciones más explícitas sobre la forma de cumplir ...".¹⁶¹

5.84 Por estos motivos, Costa Rica no tenía claro qué constataciones esperaba el Ecuador que el Grupo Especial formulara con respecto a la creación y distribución por la CE de contingentes específicos por países en favor de los Miembros con un interés de proveedor sustancial y qué resoluciones o recomendaciones del OSD incumplían estas medidas. Costa Rica suponía que el Ecuador reclamaba que la asignación de contingentes específicos por países a los cuatro Miembros

¹⁶¹ Párrafo 98 de la primera comunicación del Ecuador.

con un interés sustancial en el suministro de bananas y la distribución de cupos del contingente entre los Miembros en función de su participación en el mercado de la CE en el período 1994-1996 eran medidas "destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones [del OSD]", en el sentido del párrafo 5 del artículo 21 del ESD, y que ambas medidas eran incompatibles con el artículo XIII del GATT. Costa Rica afirmaba que, si las reclamaciones del Ecuador eran éstas, tenían que ser rechazadas.

5.85 Costa Rica señaló que la asignación de contingentes específicos por países y la distribución de cupos del contingente entre los Miembros que tenían un interés sustancial en el suministro de bananos eran asuntos sobre los que ni el Grupo Especial original ni el Órgano de Apelación habían formulado ninguna resolución o recomendación y que, por consiguiente, no podían plantearse como cuestiones relacionadas con el cumplimiento de resoluciones o recomendaciones en un procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD. En el procedimiento ordinario de los grupos especiales, las reclamaciones podían hacer referencia a cualquier medida.¹⁶² En cambio, los procedimientos entablados de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 estaban limitados a las diferencias sobre medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD, es decir, debían limitarse exclusivamente a asuntos en los que un grupo especial o el Órgano de Apelación hubiera formulado ya resoluciones y las correspondientes recomendaciones. Tal cosa se deducía de los términos del párrafo 5 del artículo 21, que atribuía a los Miembros el derecho de recurrir a estos procedimientos únicamente "en caso de desacuerdo en cuanto a la existencia de medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones [del OSD] o a la compatibilidad de dichas medidas con un acuerdo abarcado". Si pudiera someterse a un grupo especial un nuevo asunto en un procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21, la parte demandada resultaría privada de muchos de los derechos de procedimiento de que hubiera disfrutado si el asunto hubiera sido sometido a un procedimiento ordinario, incluido el derecho a un período de 15 meses para la aplicación de las resoluciones y recomendaciones. Además, el examen de cuestiones totalmente nuevas dentro del estrecho plazo fijado por el párrafo 5 del artículo 21 para estos procedimientos equivalía a una denegación de las debidas garantías procesales.

5.86 Costa Rica sostuvo además que el Ecuador consideraba que las Comunidades Europeas debían abandonar totalmente los contingentes específicos por países. El Ecuador, aunque concedía que los contingentes específicos por países estaban permitidos por el artículo XIII, alegaba esencialmente que sería más eficiente un solo contingente global. Por consiguiente, el Ecuador no distinguía entre lo que consideraba deseable como *de lege ferenda* y las recomendaciones que el Grupo Especial estaba autorizado a formular *de lege lata*. Por añadidura, ni el Grupo Especial ni el Órgano de Apelación habían formulado ninguna resolución o recomendación que pusiera en cuestión el derecho de las Comunidades Europeas de asignar contingentes específicos por países. Por el contrario, sus resoluciones y recomendaciones sobre la forma en que tenían que ser administrados los contingentes específicos por países implicaba que las Comunidades Europeas tenían derecho a realizar esas asignaciones específicas por países.

5.87 Según Costa Rica, el Ecuador opinaba también que la asignación de cupos entre los Miembros con un interés sustancial en el suministro de bananos era incompatible con la segunda oración del párrafo 2 d) del artículo XIII del GATT porque las Comunidades Europeas habían elegido los años 1994 a 1996 como período representativo anterior, período que no podía considerarse representativo según los términos de esa disposición, y porque las Comunidades Europeas debieron haber tenido en cuenta los factores especiales que justificaban la asignación de un cupo mayor al Ecuador. No obstante, ni el Grupo Especial ni el Órgano de Apelación habían abordado la cuestión de la forma en que hubieran tenido que asignarse cupos del contingente entre los Miembros con un interés sustancial en el suministro de bananos una vez que se hubieran refundido en un solo régimen, a los efectos del artículo XIII, los dos regímenes diferentes que aplicaba la CE a los bananos ACP y a

¹⁶² Artículo 7 del ESD.

los demás bananos. En opinión de Costa Rica, el Grupo Especial había manifestado expresamente que consideraba este asunto una cuestión subsidiaria sobre la que no tenía que pronunciarse.¹⁶³

5.88 En opinión de Costa Rica estaba, por consiguiente, claro que el Ecuador pedía que el Grupo Especial abordara aspectos del régimen de importación de bananos que todavía no habían sido examinados con el fin de desarrollar una interpretación totalmente nueva de los conceptos de "período representativo" y "factores especiales" y aplicar esta interpretación a una situación fáctica extremadamente compleja que no había sido objeto de ninguna constatación del Grupo Especial en sus actuaciones originales. Por consiguiente, las peticiones del Ecuador quedaban claramente fuera del marco del párrafo 5 del artículo 21 del ESD y en consecuencia tenían que ser rechazadas por el Grupo Especial.

1. Cuestiones relativas al GATT

5.89 Costa Rica señaló que las Comunidades Europeas no sólo estaban autorizadas a asignar contingentes específicos a Costa Rica y a los demás Miembros con un interés sustancial en el abastecimiento de bananos según los términos del artículo XIII del GATT sino que estaban obligadas a hacerlo en virtud del artículo II del GATT. Las Comunidades Europeas estaban autorizadas a asignar cupos del contingente en función de un período representativo anterior con independencia de las dificultades que pudieran plantearse al determinar qué período era representativo.¹⁶⁴

5.90 Costa Rica alegó que la asignación de contingentes específicos por países era un derecho que correspondía a las Comunidades Europeas en virtud del párrafo 2 del artículo XIII del GATT. Dicho párrafo no establecía que sólo pudiera ejercerse el derecho cuando no se plantearan dificultades para establecer qué período era representativo. El supuesto en que se basaba esta disposición era que un Miembro, al elegir un período de base y valorar los factores especiales que podían haber influido o podían influir en el comercio del producto, podía llegar a una distribución de cupos que respetara el principio de no discriminación. Los redactores del artículo XIII habían tenido en cuenta el hecho de que ningún método de asignación garantizaba una distribución del comercio idéntica a la que se hubiera producido si no hubiera existido la restricción. Por consiguiente, habían declarado que el requisito de no discriminación se cumplía cuando las medidas adoptadas procuraban una distribución del comercio "que se aproxime lo más posible" a la que "podrían esperar" [las distintas partes contratantes] si no existiera el contingente. En opinión de Costa Rica, por consiguiente, era incorrecto que el Ecuador afirmara que "se permiten las asignaciones por países al menos en algunas circunstancias"¹⁶⁵, dando a suponer que había circunstancias en las que una asignación específica a un país estaba excluida *a priori*.

5.91 Costa Rica alegó además que las Comunidades Europeas estaban obligadas a asignar contingentes específicos a Costa Rica y los demás Miembros con un interés sustancial de abastecedor, de conformidad con la concesión de un contingente arancelario para la importación de bananos incorporada en su Lista. Por consiguiente, este acuerdo formaba parte de las obligaciones de la CE en virtud del artículo II del GATT. Para examinar las cuestiones planteadas por el Ecuador podían diferenciarse dos series de obligaciones que imponía a las Comunidades Europeas el AMB:

- a) asignar cupos del contingente arancelario establecido por las Comunidades Europeas a países con un interés sustancial de abastecedor, como Costa Rica; y

¹⁶³ Párrafos 7.94 y 7.88 del informe del Grupo Especial.

¹⁶⁴ Párrafo 95 de la primera comunicación del Ecuador.

¹⁶⁵ Párrafo 105 de la comunicación del Ecuador.

- b) asignar cupos de este contingente a países que no tenían un interés sustancial de abastecedor y distribuir, y en determinadas circunstancias redistribuir, los cupos en determinadas proporciones.

5.92 Costa Rica alegó que no se había constatado que la primera serie de obligaciones dimanantes del AMB antes enumerada fuera incompatible con las obligaciones de las Comunidades Europeas en el marco del GATT. El Grupo Especial había constatado que "no era irrazonable la conclusión de la CE de que en el momento en que se negoció el AMB, Colombia y Costa Rica eran las únicas partes contratantes que tenían un interés sustancial en el abastecimiento del mercado comunitario del banano en el sentido del párrafo 2 d) del artículo XIII".¹⁶⁶ Por consiguiente, las Comunidades Europeas seguiría respetando las cláusulas del AMB que eran compatibles con el GATT si asignaba un cupo de su contingente arancelario a todos los Miembros que tenían un interés sustancial de abastecedor. El Grupo Especial sólo había constatado que la segunda serie de obligaciones dimanantes del AMB antes enumerada era incompatible con el artículo XIII, lo que había ofrecido a las Comunidades Europeas un motivo válido para suspender la aplicación de esas disposiciones.¹⁶⁷ Sin embargo, las Comunidades Europeas tenían la obligación jurídica de seguir respetando las cláusulas del AMB que el Grupo Especial no había considerado inválidas. Esta afirmación era confirmada por el artículo 44 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, titulado "Divisibilidad de las disposiciones de un tratado", que codificaba las normas del derecho internacional consuetudinario que regulaban la invalidez parcial de un tratado. El párrafo 3 de dicho artículo establecía lo siguiente:

"Si la causa [para suspender la aplicación del tratado] se refiere sólo a determinadas cláusulas, no podrá alegarse sino con respecto a esas cláusulas cuando:

- a) dichas cláusulas sean separables del resto del tratado en lo que respecta a su aplicación;
- b) se desprende del tratado o consta de otro modo que la aceptación de esas cláusulas no ha constituido para la otra parte o las otras partes en el tratado una base esencial de su consentimiento en obligarse por el tratado en su conjunto; y
- c) la continuación del cumplimiento del resto del tratado no sea injusta."

5.93 Costa Rica sostenía que en el presente caso se cumplían todas las condiciones antes indicadas para la divisibilidad de las disposiciones de un tratado. Las cláusulas del AMB que preveían la asignación de cupos a los países que tenían un interés sustancial podían ser aplicadas con independencia de las cláusulas que establecían una administración discriminatoria de los contingentes. Además, la discriminación de dos países no firmantes del AMB que eran proveedores con un interés sustancial (el Ecuador y Panamá) no era una base esencial de la aceptación por los países firmantes del AMB y la CE de la asignación de contingentes a los dos países firmantes del AMB que tenían un interés sustancial de proveedores (Costa Rica y Colombia). No había surgido ninguna circunstancia que hiciera injusto el mantenimiento de la vigencia de las disposiciones compatibles con el GATT. Por el contrario, la concesión de las Comunidades Europeas que incorporaba el AMB era "pagada" por los países firmantes del AMB mediante contraconcesiones. Por tanto, era correcto que las Comunidades Europeas siguieran cumpliendo las obligaciones dimanantes del AMB que podían respetar de forma compatible con el GATT, incluida la obligación de establecer un contingente específico en favor de los países firmantes del AMB que tenían un interés sustancial de proveedor.

¹⁶⁶ Párrafo 7.85 del informe del Grupo Especial.

¹⁶⁷ Párrafo 7.90 del informe del Grupo Especial.

5.94 Costa Rica señaló que los principios del derecho internacional que regulaban la divisibilidad de las disposiciones de un tratado tenían especial trascendencia en el caso de las disposiciones incluidas en las Listas de concesiones del GATT. Las concesiones incorporadas en las Listas generalmente eran el resultado de un proceso de ofertas y demandas en negociaciones comerciales multilaterales. Por consiguiente, las oportunidades comerciales que un Miembro tenía que ofrecer de conformidad con su Lista normalmente se "pagaban" con contraconcesiones de otros Miembros. Si posteriormente se declaraba que una concesión era incompatible en parte con el GATT, los beneficiarios de la misma perdían ventajas sin poder retirar las contraconcesiones que habían hecho para obtenerla, y consiguientemente se alteraba el equilibrio de concesiones negociado. Para minimizar esos desequilibrios, debía suponerse que la parte de las concesiones que podía respetarse de forma compatible con los acuerdos de la OMC era divisible de la parte que se había constatado que era incompatible con esos acuerdos.

5.95 En opinión de Costa Rica, las Comunidades Europeas tenían por consiguiente la obligación, de conformidad con el artículo II del GATT, de establecer un contingente específico para Colombia y Costa Rica y, de conformidad con el artículo XIII del GATT, la obligación de ampliar ese beneficio al Ecuador y Panamá. Por tanto, las Comunidades Europeas no podían abandonar su sistema de contingentes específicos por países en favor de los Miembros que tenían un interés sustancial de proveedor sin violar las obligaciones dimanantes del GATT. Por consiguiente, Costa Rica señalaba que la solicitud del Ecuador de que el Grupo Especial pida a las Comunidades Europeas que elimine los contingentes específicos por países tenía que ser rechazada.

5.96 Costa Rica sostuvo que la asignación de cupos del contingente entre los Miembros que tenían un interés sustancial en el abastecimiento de bananos en función del período 1994-1996 cumplía los requisitos del artículo XIII del GATT y que correspondía al Ecuador la carga de la prueba de que la elección por la CE de un período de base y su valoración de los factores especiales eran incompatibles con el artículo XIII.

5.97 De conformidad con las normas generalmente aceptadas sobre la distribución de la carga de la prueba, Costa Rica alegaba que el Ecuador, como parte que reclamaba que el régimen de las Comunidades Europeas seguía siendo incompatible con el artículo XIII, tenía que presentar pruebas en apoyo de la anterior pretensión.¹⁶⁸ Si quedara alguna duda después de la evaluación de las pruebas presentadas al Grupo Especial, las Comunidades Europeas tendrían que recibir el beneficio de la duda. Esto derivaba del hecho de que el párrafo 4 del artículo XIII especificaba que "la elección, para todo producto, de un período representativo y la apreciación de los factores especiales que influyan en el comercio de ese producto serán hechas inicialmente por la parte contratante que aplique dichas restricciones" y, a continuación, los Miembros que consideren que hay "necesidad de revisar el porcentaje establecido o el período de referencia, [o] apreciar de nuevo los factores especiales implicados" podrán solicitar consultas al Miembro que aplique las restricciones. Costa Rica señalaba que el Ecuador no había asumido la carga de la prueba.

5.98 Costa Rica alegó además que el Ecuador se oponía a la selección del período 1994-1996 porque el comercio internacional estaba distorsionado por medidas que el Grupo Especial había considerado incompatibles. No obstante, el informe del Grupo Especial no sugería en ningún momento que las Comunidades Europeas hubieran debido elegir un período de base más reciente. De conformidad con el régimen del banano examinado originalmente por el Grupo Especial, las Comunidades Europeas habían basado la distribución de los cupos correspondientes a 1995 en las cuotas de mercado durante el período 1989-1991. El Grupo Especial había llegado a la conclusión de

¹⁶⁸ Véase el informe del Órgano de Apelación *Estados Unidos - Medidas que afectan a las importaciones de camisas y blusas de tejidos de lana procedentes de la India* (WT/DS33/AB/R), sección II. A.1.

que era razonable que las Comunidades Europeas basaran su determinación de que Colombia y Costa Rica eran proveedores con un interés sustancial en 1995 en sus cuotas de mercado durante el período de tres años que había finalizado cuatro años antes de 1995. La CE basaba actualmente la distribución de las cuotas de mercado en 1999 en las cuotas de mercado durante el período que había finalizado tres años antes de 1999. Por tanto, con el nuevo régimen de importación de bananos, el período de base seleccionado era más reciente que el período considerado correcto por el Grupo Especial para determinar la condición de proveedor con un interés sustancial. A la vista de estos antecedentes, era difícil comprender sobre qué base se podía concluir que la elección del período de base era incompatible con las recomendaciones y resoluciones formuladas por el OSD sobre la base del informe original del Grupo Especial.

5.99 Costa Rica recordó que la cuota del Ecuador en el mercado mundial durante el período de base pertinente no justificaba que tuvieran que apreciarse de nuevo los factores especiales que influían en el comercio de bananos ya que, según los datos facilitados por el Ecuador, la cuota media del Ecuador en el mercado mundial durante el período 1994-1996 había sido del 26,36 por ciento, casi idéntica al cupo del 26,17 por ciento asignado por las Comunidades Europeas. En cualquier caso, las estadísticas comerciales, en cuanto tales, no eran un factor especial en el sentido del párrafo 2 del artículo XIII. Las estadísticas servían para establecer las cuotas de mercado durante un período representativo anterior; y se podían utilizar otros factores distintos de las estadísticas comerciales para determinar si los cupos debían diferir de las cuotas de mercado durante ese período.

5.100 Además, Costa Rica sostuvo que el Ecuador pretendía que la ampliación del contingente específico de Costa Rica que establecía el anexo I del Reglamento 2362 era atribuible a la reasignación de licencias no utilizadas en cumplimiento del AMB.¹⁶⁹ El Ecuador pretendía también que la ampliación del contingente de Costa Rica como resultado de los cambios introducidos recientemente en las asignaciones de los contingentes específicos por países en función del período 1994-1996 "coincidía exactamente con los porcentajes restados a Venezuela y Nicaragua".¹⁷⁰ Costa Rica sostuvo que durante los años 1994, 1995 y 1996 no se había beneficiado en ningún momento de la reasignación de cupos asignados originalmente a otros países firmantes del AMB. El porcentaje asignado a Costa Rica reflejaba fielmente su cuota en el mercado de la CE durante el período representativo.

5.101 Costa Rica sostuvo que la asignación de contingentes específicos a Costa Rica y a los demás Miembros con un interés sustancial en el abastecimiento de bananos y la distribución de cupos entre esos Miembros en función de su cuota de mercado en la CE durante 1994-1996 eran medidas sobre las que ni el Grupo Especial ni el Órgano de Apelación habían formulado recomendaciones o resoluciones para su adopción por el OSD. Por consiguiente, Costa Rica consideraba que estas medidas no eran "medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones" del OSD y que las medidas no podían ser examinadas en el marco de un procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD.

5.102 Costa Rica señaló además que, si el Grupo Especial examinaba las medidas, tenía que constatar que:

- a) las Comunidades Europeas no sólo tenían derecho a asignar contingentes específicos a Costa Rica y los demás Miembros con un interés sustancial en el abastecimiento de bananos según los términos del artículo XIII del GATT, sino que estaban obligadas a hacerlo en virtud del artículo II del GATT; y que

¹⁶⁹ Párrafo 15 de la primera comunicación del Ecuador.

¹⁷⁰ Apartado 4 del párrafo 80 y párrafo 94 de la primera comunicación del Ecuador.

- b) el Ecuador no había demostrado que la distribución de los cupos del contingente en función de la participación en las importaciones durante el período 1994-1996 no cumplía los requisitos del artículo XIII.

5.103 En ambos casos, por consiguiente, tenía que rechazarse la solicitud del Ecuador de que el Grupo Especial recomendara la eliminación de los contingentes específicos por países o la redistribución de los cupos.

F. RESPUESTA DEL ECUADOR A LOS TERCEROS

5.104 En respuesta a los argumentos de los Estados del Caribe sobre la empresa León Van Parys (LVP) (véase el párrafo 5.54 *supra*), el **Ecuador** señaló que LVP y las licencias obtenidas, pero había mantenido la confidencialidad de las cifras absolutas. LVP era un importador y mayorista sustancial de bananos ecuatorianos en el mercado de la CE y era la mayor empresa comunitaria del Grupo Noboa.

5.105 El Ecuador señaló además que los Estados del Caribe habían malinterpretado la declaración del Ecuador de que sus proveedores de servicios habían invertido unos 200 millones de dólares EE.UU., estando vigente el régimen anterior, para establecer acuerdos de recompra de posibilidades de acceso al mercado¹⁷¹ (véase el párrafo 5.58 *supra*). Como se explicaba en la comunicación del Ecuador, las posibilidades de comprar una licencia eran escasas. La inversión representaba el precio de la compra de la posibilidad de importar bananas a las Comunidades Europeas (de hecho, la renta contingentaria que el sistema anterior aseguraba a los proveedores de servicios de la CE y de países ACP) sin obtener realmente las licencias.

5.106 El Ecuador señaló que los datos de Odeadom citados por los Estados del Caribe sólo mostraban los cambios en las asignaciones de licencias por Estados miembros y no mostraban los cambios en las asignaciones de licencias por proveedores de servicios. Aunque fuera posible que algunos antiguos titulares de licencias de la categoría B (en Francia y España, o en cualquier otra parte) no se hubieran asegurado siempre de que el despacho de aduanas se hacía a su nombre, de forma que otros operadores podían ahora atribuirse esas cantidades de referencia, no se podían utilizar como prueba los datos sobre la modificación de las asignaciones de licencias por Estados miembros. En efecto, el traspaso de un Estado miembro a otro podía también deberse a movimientos internos en las operaciones de un grupo de operadores o a transferencias de licencias de un antiguo titular de la categoría B a otro proveedor de servicios de la CE o de un país ACP en otro Estado miembro, o a un traspaso a mayoristas de bananos de países terceros.

5.107 En respuesta a las alegaciones de que las pruebas presentadas por el Ecuador no bastaban para fundamentar que se mantenía la discriminación contra los proveedores de servicios ecuatorianos, el Ecuador señaló que las asignaciones de licencias al Grupo Noboa cubrían menos de la mitad del volumen de bananos que había importado físicamente en las Comunidades Europeas (es decir, las importaciones que habían sido despachadas en aduana por una empresa del Grupo Noboa o por una empresa no vinculada).

¹⁷¹ Párrafos 81, 82 y 96 de la comunicación de los Estados del Caribe.

VI. CONSTATAACIONES

6.1 El presente asunto tiene su origen en la impugnación por el Ecuador de la compatibilidad con la OMC de las medidas adoptadas por las Comunidades Europeas para aplicar las recomendaciones y resoluciones del Órgano de Solución de Diferencias ("OSD") en el asunto *Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos* (DS/27/R/ECU y DS/27/AB/R). En particular, el Ecuador sostiene que los Reglamentos 1637/98 y 2362/98 son incompatibles con las obligaciones que corresponden a la CE en virtud de los artículos I y XIII del GATT de 1994 y los artículos II y XVII del AGCS. El Ecuador invoca además el artículo 19 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias ("ESD") y solicita que el Grupo Especial indique la forma en que las Comunidades Europeas podrían aplicar las recomendaciones que el Grupo Especial pueda formular. Tras examinar en primer lugar ciertas cuestiones de procedimiento y nuestro mandato, examinamos a continuación las alegaciones del Ecuador.

A. PROCEDIMIENTO DE TRABAJO Y CALENDARIO

6.2 El 15 de enero de 1999 nos reunimos con las partes para establecer nuestro procedimiento de trabajo y un calendario de las actuaciones del Grupo Especial. Dado el breve plazo de que disponíamos para completar el procedimiento previsto en el párrafo 5 del artículo 21 del ESD, no incluimos en el calendario un período para el reexamen intermedio. Ambas partes solicitaron que reconsideráramos la posibilidad de que hubiera un informe provisional. Finalmente, llegamos a la conclusión de que el tiempo necesario para redactar ese informe no nos permitiría dar traslado a las partes de un informe provisional sin dejar de cumplir el plazo de 90 días establecido en el párrafo 5 del artículo 21, por lo que confirmamos nuestra decisión inicial de no facilitar un informe provisional.

B. MANDATO

6.3 Las Comunidades Europeas aducen que, en virtud de lo dispuesto en el párrafo 5 del artículo 21 del ESD, el mandato del Grupo Especial se limita a las "cuestiones" respecto de las cuales el OSD adoptó sus recomendaciones o resoluciones sobre la base de los informes del Grupo Especial inicial y del Órgano de Apelación en el presente asunto.¹⁷² En opinión de las Comunidades Europeas, este Grupo Especial debía limitarse a verificar la compatibilidad de las medidas adoptadas para aplicar esas recomendaciones sin entrar en el examen de otras alegaciones formuladas por el Ecuador.¹⁷³ En particular, las Comunidades Europeas señalan que quedarían en situación de desventaja si se permitiera la formulación de nuevas alegaciones, debido a que la mayor brevedad del plazo establecido para el procedimiento de un grupo especial de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 (90 días, frente al calendario normal de los grupos especiales, que abarca un período de seis meses por lo menos) afectaría negativamente a su posibilidad de defender sus medidas, y a que no tendría derecho a un nuevo plazo prudencial para aplicar cualquier nueva recomendación o resolución del Grupo Especial. Las Comunidades Europeas aducen también que no sería procedente que el Grupo Especial formulara recomendaciones relativas a la aplicación del tipo de las solicitadas por el Ecuador.

¹⁷² Colombia y Costa Rica, en su calidad de terceros, expusieron un argumento similar.

¹⁷³ Según las Comunidades Europeas, esas alegaciones incluyen los argumentos del Ecuador acerca de su cupo del contingente arancelario (es decir, los argumentos relativos al "período representativo", los "factores especiales" y el efecto de la denominada reasignación de conformidad con el AMB), su solicitud de que el Grupo Especial sugiera que las Comunidades Europeas apliquen un contingente arancelario global para los bananos, y sus argumentos en conexión con el AGCS respecto de los importadores "efectivos" y los importadores recién llegados.

6.4 En opinión del Ecuador, la limitación propugnada por las Comunidades Europeas no se recoge en el texto del párrafo 5 del artículo 21 que se refiere al desacuerdo en cuanto a la compatibilidad con los acuerdos abarcados de las medidas adoptadas para cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD. En lo que respecta a la mayor brevedad del plazo, el Ecuador señala que las Comunidades Europeas han tardado 15 meses en estudiar la aplicación de las recomendaciones y resoluciones iniciales, por lo que precisan menos tiempo del que sería necesario si se tratara de la primera impugnación de un régimen de importación. También señala que ha esperado mucho tiempo que la CE cumpliera sus obligaciones dimanantes del Acuerdo sobre la OMC. En cuanto a su solicitud de que el Grupo Especial formule recomendaciones y sugerencias concretas, el Ecuador alega que tiene derecho a formular esa solicitud en virtud del artículo 19 del ESD.

6.5 Al considerar el alcance de nuestro mandato, recordamos que cuando este asunto fue sometido por el OSD al Grupo Especial, se dispuso que el Grupo Especial tendría el mandato uniforme. Tal mandato, según la definición del párrafo 1 del artículo 7 del ESD y, adaptado al presente caso, es el siguiente:

"Examinar, a la luz de las disposiciones pertinentes de los acuerdos abarcados invocados por el Ecuador en el documento WT/DS27/41, el asunto sometido al OSD por el Ecuador en ese documento y formular conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en dichos acuerdos."¹⁷⁴

6.6 Como explicó recientemente el Órgano de Apelación:

"[L]a cuestión sometida al OSD a los efectos del artículo 7 del ESD ... debe ser la identificada en la solicitud de establecimiento de un grupo especial de conformidad con el párrafo 2 del artículo 6 del ESD. Según esa disposición, en las peticiones de establecimiento de grupos especiales presentadas por un Miembro 'se identificarán *las medidas concretas en litigio* y se hará una breve exposición de *los fundamentos de derecho de la reclamación*, que sea suficiente para presentar el problema con claridad'. Por consiguiente la *cuestión* sometida al OSD consta de dos elementos: las *medidas concretas en litigio* y *los fundamentos de derecho de la reclamación* (o *alegaciones*)."¹⁷⁵

6.7 Por lo tanto, con arreglo a nuestro mandato, debemos considerar el asunto sometido al OSD por el Ecuador y ese asunto consiste en medidas y alegaciones especificadas por el Ecuador en el documento WT/DS27/41. La limitación sugerida por las Comunidades Europeas no puede considerarse incluida en nuestro mandato.

6.8 Esa limitación no puede encontrarse en el sentido ordinario de los términos del párrafo 5 del artículo 21 del ESD. Dicho párrafo dice lo siguiente (itálicas añadidas):

"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."

¹⁷⁴ WT/DS27/44.

¹⁷⁵ Informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Guatemala - Investigación antidumping sobre el cemento Portland procedente de México*, adoptado el 25 de noviembre de 1998, WT/DS60/AB/R, párrafo 72.

El párrafo 5 del artículo 21 hace referencia a la "compatibilidad [de medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones] con un acuerdo abarcado". Es evidente, según estos términos, que las dos medidas especificadas por el Ecuador (Reglamentos 1637/98 y 2362/98) estaban "destinadas [por las Comunidades Europeas] a cumplir" las recomendaciones del OSD, dado que modifican aspectos del régimen de importación del banano aplicado por la CE que han sido constatados por el Grupo Especial inicial y el Órgano de Apelación incompatibles con las obligaciones que corresponden a la CE en el marco de la OMC. Nada sugiere en el texto del párrafo 5 del artículo 21 que solamente puedan considerarse determinadas cuestiones de compatibilidad de las medidas. Tampoco se sugiere que la expresión "medidas" tenga un significado especial en el párrafo 5 del artículo 21 que implique que solamente puedan considerarse determinados aspectos de una medida.

6.9 Esta interpretación del párrafo 5 del artículo 21 del ESD está apoyada por su contexto y por el objeto y fin del ESD. Por ejemplo, el párrafo 9 del artículo 21 del ESD dispone que "[p]ara asegurar la eficaz solución de las diferencias en beneficio de todos los Miembros, es esencial el pronto cumplimiento de las recomendaciones o resoluciones del OSD". El artículo 3, que establece las disposiciones generales del ESD, dispone, en su párrafo 3, lo siguiente:

"Es esencial para el funcionamiento eficaz de la OMC y para el mantenimiento de un equilibrio adecuado entre los derechos y obligaciones de los Miembros la pronta solución de las situaciones en las cuales un Miembro considere que cualesquiera ventajas resultantes para él directa o indirectamente de los acuerdos abarcados se hallan menoscabadas por medidas adoptadas por otro Miembro."

La aceptación del argumento de la CE significaría en muchos casos que serían necesarios dos procedimientos. Un procedimiento de grupo especial acelerado para determinar si las medidas infractoras han sido eliminadas, y otro procedimiento normal para considerar la compatibilidad general con las obligaciones en el marco de la OMC de la nueva medida. Tal proceso no promovería la pronta solución de las diferencias ni sería compatible con esa finalidad.¹⁷⁶

6.10 En cuanto al argumento de la CE de que no es justo que se espere que se defienda ella misma con respecto a las nuevas cuestiones en un procedimiento acelerado, observamos que las cuestiones planteadas por el Ecuador en estas actuaciones son bastante similares a las planteadas en el asunto *Bananos III*. En cuanto al argumento de la CE de que se verá privada de un plazo prudencial para aplicar cualquier nueva recomendación y resolución del OSD, ello no justificaría una limitación del alcance del procedimiento previsto en el párrafo 5 del artículo 21. De cualquier modo, en nuestra opinión, estos argumentos encaminados a restringir el alcance de dicho párrafo alegando una presunta injusticia no se basan en el texto del párrafo 5 del artículo 21 y no refutan los argumentos expuestos *supra* con respecto a la necesidad de resolver prontamente las cuestiones relativas a la aplicación en el procedimiento de un grupo especial.

6.11 En cuanto a si estamos facultados para formular sugerencias con respecto a la aplicación, es evidente del texto del párrafo 1 del artículo 19 del ESD que los grupos especiales tienen esa facultad. No hay nada en el texto de dicho párrafo que sugiera que esa disposición no se aplica a los grupos especiales establecidos con arreglo al párrafo 5 del artículo 21. En efecto, la necesidad de la pronta solución de las diferencias apoyaría el ejercicio más frecuente de esa facultad en los casos previstos

¹⁷⁶ Puede encontrarse más apoyo para nuestra interpretación del párrafo 5 del artículo 21 en el artículo 9 del ESD, cuyo párrafo 3 dispone: "Si se establece más de un grupo especial para examinar las reclamaciones relativas a un mismo asunto, en la medida en que sea posible actuarán las mismas personas como integrantes de cada uno de los grupos especiales, y se armonizará el calendario de los trabajos de los grupos especiales que se ocupen de esas diferencias". Esa armonización resultaría imposible si se debiera aceptar la limitación del alcance del párrafo 5 del artículo 21 que proponen las Comunidades Europeas.

en el párrafo 5 del artículo 21 que en otros. Sin embargo, el hecho de que debamos o no hacer sugerencias en este asunto concreto es una cuestión que examinaremos más adelante.

6.12 Por lo tanto, constatamos que nuestro mandato abarca todas las alegaciones formuladas por el Ecuador en estas actuaciones y que estamos autorizados en virtud del párrafo 1 del artículo 19 del ESD a hacer sugerencias sobre la aplicación en caso de que lo consideremos procedente.

C. ARTÍCULO XIII DEL GATT DE 1994

6.13 En primer lugar nos ocuparemos de las alegaciones del Ecuador formuladas al amparo del artículo XIII del GATT de 1994, dado que ese artículo regula los contingentes arancelarios, y el funcionamiento de los mismos es el tema central de este asunto. El Ecuador alega que los Reglamentos 1637/98 y 2362/98, en la forma en que i) establecen un contingente arancelario que prevé el trato en franquicia arancelaria para 857.700 toneladas de importaciones de bananos tradicionales procedentes de los 12 Estados ACP y ii) asignan al Ecuador una cuota por país del contingente arancelario NMF que aplica la CE al banano, son incompatibles con las obligaciones que corresponden a la CE en virtud del artículo XIII del GATT de 1994.

6.14 A este respecto, observamos que el Reglamento 1637/98 confirma el contingente arancelario de 2.200.000 toneladas consolidado en la Lista de la CE y un contingente arancelario autónomo adicional de 353.000 toneladas.¹⁷⁷ Éstos se encuentran en los mismos niveles que en el régimen anterior. Dado que no pudo llegarse a un acuerdo con los abastecedores con un interés sustancial con respecto a la repartición de asignaciones por países, en el Reglamento 2362/98 las Comunidades Europeas asignaron, con arreglo al apartado d) del párrafo 2 del artículo XIII, las siguientes cuotas por países a cada uno de los abastecedores con un interés sustancial (es decir, a Colombia, Costa Rica, el Ecuador y Panamá):

Cuadro 1 – Asignaciones del contingente arancelario de la CE para países terceros y proveedores de bananos no tradicionales ACP

País	Cuota (%) ¹⁷⁸	Volumen (miles de toneladas) ¹⁷⁹
Costa Rica	25,61	653,8
Colombia	23,03	588,0
Ecuador	26,17	668,1
Panamá	15,76	402,4
Otros	9,43	240,7
Total	100,00	2.553,0

6.15 El Anexo al Reglamento 1637/98 prevé una cantidad global de 857.700 toneladas para las importaciones tradicionales procedentes de los Estados ACP. En el marco del régimen revisado de la

¹⁷⁷ Artículo 18, párrafos 1 y 2 del Reglamento 1637/98.

¹⁷⁸ Anexo I al Reglamento 2362/98.

¹⁷⁹ Cálculo de cuotas absolutas basadas en el contingente arancelario de 2.553.000 toneladas y las cuotas de los proveedores con un interés sustancial según el Anexo I al Reglamento 2362/98.

CE, ya no hay asignaciones por países para los 12 Estados tradicionales ACP (es decir, Belice, el Camerún, Cabo Verde, Côte d'Ivoire, Dominica, Granada, Jamaica, Madagascar, Somalia, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas y Suriname).¹⁸⁰

6.16 Las disposiciones pertinentes del artículo XIII son las siguientes:

"Aplicación no discriminatoria de las restricciones cuantitativas"

1. Ninguna parte contratante impondrá prohibición ni restricción alguna a la importación de un producto originario del territorio de otra parte contratante o a la exportación de un producto destinado al territorio de otra parte contratante, a menos que se imponga una prohibición o restricción semejante a la importación del producto similar originario de cualquier tercer país o a la exportación del producto similar destinado a cualquier tercer país.

2. Al aplicar restricciones a la importación de un producto cualquiera, las partes contratantes procurarán hacer una distribución del comercio de dicho producto que se aproxime lo más posible a la que las distintas partes contratantes podrían esperar si no existieran tales restricciones, y, con este fin, observarán las disposiciones siguientes:

...

d) Cuando se reparta un contingente entre los países abastecedores, la parte contratante que aplique las restricciones podrá ponerse de acuerdo sobre la repartición del contingente con todas las demás partes contratantes que tengan un interés substancial en el abastecimiento del producto de que se trate. En los casos en que no pueda razonablemente aplicarse este método, la parte contratante interesada asignará, a las partes contratantes que tengan un interés substancial en el abastecimiento de este producto, partes proporcionales a la contribución aportada por ellas al volumen o valor total de las importaciones del producto indicado durante un período representativo anterior, teniendo debidamente en cuenta todos los factores especiales que puedan o hayan podido influir en el comercio de ese producto. No se impondrán condiciones ni formalidades que impidan a cualquier parte contratante utilizar íntegramente la parte del volumen o del valor total que le haya sido asignada, a reserva de que la importación se efectúe en el plazo prescrito para la utilización del contingente.

4. En lo que concierne a las restricciones aplicadas de conformidad con el apartado d) del párrafo 2 de este artículo o del apartado c) del párrafo 2 del artículo XI, la elección, para todo producto, de un período representativo y la apreciación de los factores especiales* que influyan en el comercio de ese producto serán hechas inicialmente por la parte contratante que aplique dichas restricciones. No obstante, dicha parte contratante, a petición de cualquier otra parte contratante que tenga un interés substancial en el abastecimiento del producto, o a petición de las PARTES CONTRATANTES, entablará consultas lo más pronto posible con la otra parte contratante o con las PARTES CONTRATANTES acerca de la necesidad de revisar el porcentaje establecido o el período de referencia, apreciar de nuevo los factores especiales implicados o suprimir las condiciones, formalidades u otras disposiciones prescritas unilateralmente sobre la asignación de un contingente apropiado o su utilización sin restricciones.

¹⁸⁰ Anexo al Reglamento 1637/98 y Anexo I del Reglamento 2362/98.

5. Las disposiciones de este artículo se aplicarán a todo contingente arancelario instituido o mantenido por una parte contratante; además, en la medida de lo posible, los principios de este artículo serán aplicables también a las restricciones a la exportación."

6.17 Al examinar el régimen revisado del banano que aplica la CE y su compatibilidad con el artículo XIII, recordamos que en el asunto *Bananos III* el Órgano de Apelación revocó la interpretación del Grupo Especial con respecto al alcance de la Exención de Lomé y sostuvo que la Exención de Lomé no abarca las incompatibilidades con el artículo XIII. En consecuencia, al considerar las cuestiones relativas al artículo XIII, no consideramos lo que está exigido o no por el Convenio de Lomé. Examinamos esa cuestión en relación con las alegaciones formuladas por el Ecuador al amparo del artículo I del GATT.

1. Las 857.700 toneladas reservadas a las importaciones tradicionales procedentes de Estados ACP

6.18 El Ecuador alega que la división del régimen revisado de la CE de importación del banano en i) un contingente arancelario NMF de 2.553.000 toneladas, combinado con ii) una cantidad de 857.700 toneladas reservadas para las importaciones tradicionales procedentes de los Estados ACP a un nivel de derechos nulos no está en conformidad con las prescripciones de no discriminación del artículo XIII y equivale a continuar la aplicación de "régímenes distintos" del tipo constatado incompatible con el artículo XIII por el Grupo Especial inicial y el Órgano de Apelación en el asunto *Bananos III*.

6.19 Las Comunidades Europeas responden que en virtud de los Reglamentos 1637/98 y 2362/98 existe un único régimen de importación. La posición de la CE es que a efectos del artículo XIII, la cantidad de 857.700 toneladas para las importaciones tradicionales ACP está fuera de los contingentes arancelarios NMF de 2.553.000 toneladas y, por consiguiente, el Ecuador no debería tener ningún interés en ello. En opinión de la CE, la cantidad de 857.700 toneladas constituye un límite máximo para la preferencia arancelaria de derechos nulos para las importaciones tradicionales ACP. Señala que el Convenio de Lomé exige esa preferencia arancelaria y que la misma está comprendida en la Exención de Lomé por lo que respecta a cualquier incompatibilidad con el párrafo 1 del artículo I del GATT. Además, las Comunidades Europeas se basan en el informe del Grupo Especial sobre el asunto *CEE - Importaciones de papel prensa*¹⁸¹ al alegar que las importaciones en el marco de acuerdos preferenciales no deben incluirse en el contingente arancelario NMF. Las Comunidades Europeas también alegan que el informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Bananos III* requiere efectivamente la asignación colectiva que han previsto de una cantidad de 857.700 toneladas para las importaciones tradicionales procedentes de los Estados ACP

a) La aplicabilidad del artículo XIII

6.20 De conformidad con el párrafo 5 del artículo XIII las disposiciones de ese artículo se aplican a los "contingentes arancelarios". Las Comunidades Europeas alegan fundamentalmente que la cantidad de 857.700 toneladas para las importaciones tradicionales procedentes de los Estados ACP constituyen un límite máximo a una preferencia arancelaria y no un contingente arancelario sujeto al artículo XIII. No obstante, por definición, un contingente arancelario es un límite cuantitativo a la disponibilidad de un tipo arancelario específico. Por lo tanto, el artículo XIII se aplica al límite de 857.700 toneladas.

¹⁸¹ Informe del Grupo Especial sobre *CEE - Importaciones de papel prensa*, adoptado el 20 de noviembre de 1984, IBDD 31S/128, 146 a 150.

6.21 En nuestra opinión, el caso del *Papel prensa* no afecta a la aplicabilidad del artículo XIII al contingente arancelario para las importaciones tradicionales procedentes de los Estados ACP. En ese caso, las Comunidades Europeas habían reducido unilateralmente el contingente arancelario para el papel prensa de 1,5 millones de toneladas a 500.000 toneladas, alegando que algunos países que eran abastecedores en el marco del contingente arancelario habían concertado acuerdos de libre comercio con las Comunidades Europeas y que el contingente arancelario debía reducirse para reflejar ese hecho. El Grupo Especial sostuvo que las Comunidades Europeas no podían unilateralmente introducir tal cambio. Al resolver el caso, el Grupo Especial declaró lo siguiente: "Las importaciones que ya están exentas de derechos por efecto de un acuerdo preferencial no pueden, por su misma naturaleza, participar en un contingente exonerado en régimen n.m.f.". ¹⁸² El Grupo Especial del *Papel prensa* no se ocupó de la aplicabilidad del artículo XIII a un caso tal como el presente. Además, nuestras conclusiones no implican que las Comunidades Europeas deban incluir las importaciones procedentes de los Estados ACP en su contingente arancelario NMF.

6.22 En cuanto a la sugerencia de la CE de que el Ecuador no tiene interés en una asignación colectiva a los proveedores tradicionales ACP, observamos que el precio e incluso el volumen de las exportaciones del Ecuador podrían resultar afectados por el precio y el volumen de las exportaciones tradicionales ACP. De cualquier modo, en el asunto *Bananos III*, es evidente que el Ecuador puede formular esta alegación. ¹⁸³

6.23 Por lo tanto, constatamos que el límite de 857.700 toneladas a las importaciones tradicionales ACP constituye un contingente arancelario y, en consecuencia, se le aplica el artículo XIII.

b) Las prescripciones del artículo XIII y el contingente arancelario de 857.700 toneladas para las importaciones tradicionales ACP

6.24 El Ecuador impugna el contingente arancelario de 857.700 toneladas al amparo de los párrafos 1 y 2 del artículo XIII. Nos ocuparemos de sus argumentos en ese orden. Al evaluar el contingente arancelario de 857.700 toneladas para las exportaciones tradicionales ACP a la luz de las prescripciones del artículo XIII, recordamos las constataciones del Órgano de Apelación en el asunto *Bananos III* con respecto a los "régimenes distintos":

"La cuestión que se plantea no es si las Comunidades Europeas están en lo cierto al afirmar que hay dos regímenes distintos de importación para el banano, sino si la existencia de dos o mas regímenes distintos de importación de las CE es en alguna medida pertinente a la aplicación de las disposiciones sobre no discriminación del GATT de 1994 y de los demás Acuerdos del Anexo 1A. La esencia de la obligación de no discriminación estriba esencialmente en el otorgamiento de un trato igual a productos similares, independientemente de su origen. Dado que ningún participante pone en duda que todos los bananos son productos similares, las disposiciones que prohíben la discriminación son aplicables a *todas* las importaciones de banano, con independencia de que un Miembro haya clasificado o subdividido esas importaciones por razones administrativas o de otro tipo y de la forma en que haya realizado tal clasificación o subdivisión. Si los Miembros pudieran, mediante la elección de un fundamento jurídico distinto para establecer restricciones a la importación, o la

¹⁸² *Ibid.*, párrafo 55.

¹⁸³ Informes de los grupos especiales sobre el asunto *Bananos III*, párrafos 7.47 a 7.52; informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Bananos III*, párrafos 132 a 138.

aplicación de distintos tipos arancelarios, eludir la aplicación de las disposiciones de no discriminación a las importaciones de productos similares originarios de distintos Miembros, se frustraría el objeto y fin de las disposiciones en cuestión. Resultaría muy fácil a un Miembro eludir las disposiciones de no discriminación del GATT de 1994 y de los demás Acuerdos del Anexo 1A, si tales disposiciones se aplicaran únicamente *dentro* de los sistemas reglamentarios establecidos por el Miembro en cuestión."¹⁸⁴

6.25 También recordamos la constatación del Órgano de Apelación en el sentido de que la Exención de Lomé no justifica las incompatibilidades con el artículo XIII. Como indicó el Órgano de Apelación:

"Dado el carácter realmente excepcional de las exenciones de las obligaciones de no discriminación derivadas del artículo XIII, resulta sumamente difícil aceptar la tesis de que una exención que no hace referencia expresa al artículo XIII pueda, no obstante, dispensar del cumplimiento de las obligaciones dimanantes de ese artículo. Si las PARTES CONTRATANTES del GATT hubieran tenido intención de dispensar a las Comunidades Europeas de las obligaciones dimanantes del artículo XIII en la exención relativa al Convenio de Lomé, lo habrían manifestado así expresamente."¹⁸⁵

Por lo tanto, en nuestro examen de la compatibilidad del régimen revisado de la CE con la OMC, hemos de aplicar plenamente las prescripciones de no discriminación y otras prescripciones del artículo XIII a todos los bananos importados "similares" independientemente de su origen, es decir, sin tener en cuenta si las importaciones tienen lugar dentro del contingente arancelario NMF de 2.553.000 toneladas o del contingente arancelario de 857.700 toneladas, reservado a las importaciones tradicionales ACP.

i) *Párrafo 1 del artículo XIII*

6.26 A este respecto, observamos que en el régimen revisado, por una parte, pueden importarse bananos dentro del contingente arancelario NMF sobre la base de los resultados comerciales obtenidos por los países exportadores durante un período representativo anterior (es decir, el período de tres años de 1994 a 1996). Por otra parte, pueden importarse bananos de países proveedores tradicionales ACP hasta una cantidad colectiva de 857.700 toneladas, que inicialmente se estableció para reflejar la cantidad global del mayor volumen de las exportaciones realizadas antes de 1991 por los proveedores tradicionales ACP considerados individualmente, previendo un margen para determinadas inversiones.¹⁸⁶ Observamos además que las exportaciones en el marco del contingente arancelario realizadas por algunos abastecedores sin un interés sustancial (es decir, terceros países y proveedores ACP no tradicionales) se limitan, en conjunto, a 240.748 toneladas (es decir, la categoría "Otros" del contingente arancelario NMF), mientras que las exportaciones procedentes de otras fuentes de abastecimiento no sustanciales (es decir, proveedores tradicionales ACP) se limitan, en conjunto, a 857.700 toneladas. Además, algunos abastecedores sin un interés sustancial, a saber, los proveedores ACP, se podrían beneficiar del acceso a la categoría "Otros" del contingente arancelario NMF una vez agotado el contingente de 857.700 toneladas. Por otra parte, los abastecedores sin un interés sustancial de terceros países no tienen acceso al contingente arancelario de 857.700 toneladas, una vez agotada la categoría "Otros" del contingente arancelario NMF. Los Miembros individuales

¹⁸⁴ Informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Bananos III*, párrafo 190.

¹⁸⁵ Informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Bananos III*, párrafo 187.

¹⁸⁶ Las asignaciones por países para, por ejemplo, Belice, el Camerún, Côte d'Ivoire y Jamaica parecen incluir márgenes para las inversiones realizadas.

de estos dos grupos -proveedores tradicionales ACP y otros proveedores sin un interés sustancial- no son objeto de una limitación similar. Este tratamiento diferente es incompatible con las disposiciones del párrafo 1 del artículo XIII, que exige que "[no se imponga] prohibición ni restricción alguna a la importación de un producto originario del territorio de otro Miembro ... a menos que se imponga una prohibición o restricción semejante a la importación del producto similar originario de cualquier tercer país ...".

ii) *Párrafo 2 del artículo XIII*

6.27 La norma general establecida en el párrafo 2 del artículo XIII del GATT exige a los Miembros que procuren "hacer una distribución del comercio ... que se aproxime lo más posible a la que los distintos Miembros podrían esperar si no existieran tales restricciones". A este fin, cuando se presenta la opción de repartir contingentes arancelarios entre países abastecedores, el párrafo 2 d) del artículo XIII dispone que las asignaciones de partes (es decir, asignaciones por países para los abastecedores que tengan un interés *sustancial*; y una asignación global en una categoría "Otros" para los abastecedores que *no tengan un interés sustancial*, a menos que se distribuyan asignaciones por países a cada uno de los abastecedores sin un interés sustancial), debe basarse en los porcentajes suministrados durante un período representativo anterior. Las Comunidades Europeas explican que optaron por el período de tres años de 1994 a 1996 como el período trienal más reciente con respecto al que se disponía de datos fiables sobre las importaciones.

6.28 Según la información de que disponemos, el promedio de exportaciones durante el período trienal de 1994 a 1996, correspondiente a los países proveedores tradicionales ACP alcanzó en conjunto un nivel de 685.000 toneladas, aproximadamente, que representa sólo un 80 por ciento de las 857.700 toneladas reservadas a las importaciones tradicionales ACP, tanto en el marco del régimen anterior como en el del régimen revisado. En contraste, el contingente arancelario NMF de 2,2 millones de toneladas (ampliación autónoma de 353.000 toneladas) ha sido prácticamente utilizado desde su creación (más del 95 por ciento). Por lo tanto, la asignación del contingente de 857.700 toneladas para las importaciones de bananos tradicionales procedentes de los Estados ACP es incompatible con las prescripciones del párrafo 2 d) del artículo XIII porque el régimen de la CE evidentemente no procura una distribución del comercio que se aproxime lo más posible a las cuotas que los distintos Miembros podrían esperar si no existieran tales restricciones.

6.29 **A la luz de lo precedente, y teniendo en cuenta las constataciones del Órgano de Apelación de que la Exención de Lomé no comprende las incompatibilidades con el artículo XIII, consideramos que las importaciones procedentes de distintos países que son abastecedores sin un interés sustancial no son objeto de una restricción semejante, en el sentido del párrafo 1 del artículo XIII del GATT. Consideramos además que la asignación de un contingente arancelario colectivo a los Estados ACP tradicionales no se aproxima lo más posible a las cuotas que estos países podrían esperar si no existieran tales restricciones, de conformidad con lo dispuesto en la parte introductoria del párrafo 2 del artículo XIII del GATT. En consecuencia, constatamos que la reserva de la cantidad de 857.700 toneladas para las importaciones tradicionales ACP en el marco del régimen revisado es incompatible con los párrafos 1 y 2 del artículo XIII del GATT.**

c) Las prescripciones del informe del Órgano de Apelación en el asunto *Bananos III*

6.30 Las Comunidades Europeas recuerdan que el Grupo Especial y el Órgano de Apelación sostuvieron en el asunto *Bananos III* que el Convenio de Lomé requiere que proporcionen acceso en régimen de franquicia arancelaria a las exportaciones tradicionales procedentes de proveedores ACP en una cantidad equivalente al mayor volumen de sus exportaciones antes de 1991 (es decir, 857.700 toneladas), y que el Órgano de Apelación sostuvo que no podían atribuir asignaciones por países a aquellos abastecedores de manera incompatible con el artículo XIII. Las Comunidades

aducen que, en consecuencia, el informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Bananos III* requiere que atribuyan una asignación colectiva de 857.700 toneladas a esos abastecedores.

6.31 Observamos, sin embargo, que los informes del Grupo Especial y del Órgano de Apelación dejan claro que aquello que exige el Convenio de Lomé no está necesariamente incluido en la Exención de Lomé. Y, como el Órgano de Apelación constató en el asunto *Bananos III*, las Comunidades Europeas no están autorizadas en virtud de la Exención de Lomé a proceder de manera incompatible con las obligaciones que les corresponden de conformidad con el artículo XIII. El Órgano de Apelación también confirmó la constatación del Grupo Especial de que las Comunidades Europeas no podían asignar cuotas por países a algunos abastecedores que no tenían un interés sustancial (por ejemplo, países tradicionales y países no tradicionales ACP y signatarios del AMB) a menos que se atribuyeran también asignaciones por países a todos los abastecedores sin un interés sustancial.

6.32 Subrayamos que el análisis precedente no despoja de significado a la Exención de Lomé (véanse las secciones D.4 y F, *infra*). Hemos tomado debidamente en cuenta la admonición de la CE de que no deberíamos interpretar el artículo XIII de modo de reducir la Exención de Lomé o el artículo I a la inutilidad. Tampoco hemos aumentado ni reducido los derechos u obligaciones de los Miembros en contra de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 3 del ESD.

2. La cuota del Ecuador en el contingente arancelario NMF

6.33 El párrafo 2 d) del artículo XIII dispone que si un Miembro decide repartir un contingente arancelario podrá ponerse de acuerdo sobre la repartición del contingente con los Miembros que tengan un interés sustancial en el abastecimiento del producto de que se trate. A falta de tal acuerdo, el Miembro:

"asignará a los Miembros que tengan un interés sustancial en el abastecimiento de este producto, partes proporcionales a la contribución aportada por ellas al volumen o valor total de las importaciones del producto indicado durante un *período representativo anterior*, teniendo debidamente en cuenta todos los *factores especiales* que puedan o hayan podido influir en el comercio de ese producto" (itálicas añadidas).

6.34 El Ecuador impugna la asignación que le ha atribuido la CE del contingente arancelario NMF alegando que su parte no se aproxima a la parte que podría haber esperado obtener si no existieran restricciones. También alega que dada la historia de medidas distorsionantes del comercio aplicadas por la CE al babano, no está para nada claro que sería posible concebir un sistema de asignación de cuotas por países basado en la idea de un período representativo y de factores especiales que se ajustara a las prescripciones del párrafo 2 del artículo XIII (véanse los párrafos 6.47 y 6.48).

6.35 Las Comunidades Europeas observan que basaron sus cálculos de las asignaciones por países en el marco del contingente arancelario NMF del régimen revisado en el período trienal de 1994 a 1996. En opinión de la CE, éste fue el período trienal más reciente para el cual en ese momento había datos fiables.

a) Las prescripciones del artículo XIII

6.36 Al considerar las alegaciones del Ecuador al amparo del artículo XIII con respecto a su cuota del contingente arancelario, recordamos nuestras constataciones en el asunto *Bananos III*:

"El texto del artículo XIII es claro. En caso de aplicarse restricciones cuantitativas (como excepción a la prohibición general de la utilización de esas restricciones

establecida en el artículo XI), han de aplicarse de la forma que menos distorsione el comercio. Con arreglo a la norma general de la introducción al párrafo 2 del artículo XIII:

'Al aplicar restricciones a la importación de un producto cualquiera, los Miembros procurarán hacer una distribución del comercio de dicho producto que se aproxime lo más posible a la que los distintos Miembros podrían esperar si no existieran tales restricciones ...'

En el caso que examinamos no se trata de restricciones cuantitativas *per se*, sino de contingentes arancelarios, autorizados por las normas del GATT. No obstante, según se desprende claramente del párrafo 5 del artículo XIII, y las partes reconocen, el artículo XIII es aplicable a la administración de los contingentes arancelarios. A la luz del texto del artículo XIII, cabe decir que el objetivo y finalidad del párrafo 2 del artículo XIII es reducir al mínimo la incidencia de un régimen de contingentes o de contingentes arancelarios en las corrientes comerciales, tratando de que la distribución del comercio en el marco de esas medidas se aproxime a la que se habría producido en ausencia de ese régimen."¹⁸⁷

6.37 También tomamos nota de lo siguiente:

"[P]ara poner en conformidad sus reglamentaciones sobre la importación de banano con el artículo XIII, la CE habría de tener en cuenta los párrafos 1 y 2 d) del artículo XIII. Para asignar cuotas específicas por países del contingente arancelario de forma compatible con las prescripciones del artículo XIII, la CE tendría que basar esas cuotas en un período representativo anterior adecuado³⁷⁵ y aplicar de forma no discriminatoria los factores especiales que se tuvieran en cuenta."

³⁷⁵ "A este respecto, hacemos nuestra la declaración del Grupo Especial de 1980 sobre las *Manzanas chilenas*:

'En armonía con la práctica normal del GATT, el Grupo Especial consideró apropiado utilizar como 'período de referencia' un período de tres años anterior a 1979, año en que las medidas de la CEE estuvieron en vigor. A causa de la existencia de restricciones en 1976, el Grupo Especial consideró que dicho año no se podía considerar como período de referencia y que debía utilizarse en cambio el año inmediatamente anterior a 1976. El Grupo Especial escogió así los años 1975, 1977 y 1978 como 'período de referencia'.'

[Se omite la cita.] En el informe del Grupo Especial sobre la 'carne de aves de corral', publicado el 21 de noviembre de 1963 (documento L/2088 del GATT), párrafo 10, el Grupo Especial declaraba: 'Las participaciones en el período de referencia de los diversos países exportadores en el mercado suizo, que era un mercado libre y competitivo, brindaban una clara orientación en cuanto a la proporción del aumento del consumo alemán de carne de aves de corral que habría sido probablemente absorbido por las exportaciones de los Estados Unidos'. Véase también el informe del Grupo Especial sobre 'Japón - Restricciones aplicadas a la importación de ciertos productos agropecuarios, párrafo 5.1.3.7 [se omite la cita]'."

¹⁸⁷ Informe del Grupo Especial sobre *CE - Bananos III*, párrafo 7.68.

6.38 Con el fin de cumplir la prescripción de la parte introductoria de que "[los Miembros] procurarán hacer una distribución del comercio ... que se aproxime lo más posible a la que los distintos Miembros podrían esperar si no existieran tales restricciones", el párrafo 2 d) del artículo XIII exige, como una alternativa, que la repartición de las partes se realice sobre la base de un período representativo anterior (con un ajuste por factores especiales, si y en la medida en que proceda).

6.39 Cuando los datos de un período están desactualizados o las importaciones distorsionadas porque el mercado pertinente es objeto de restricciones, si se utiliza ese período como período representativo no se podrá cumplir el objetivo de la parte introductoria. Por lo tanto, conforme a la práctica del GATT, es necesario que el "período representativo anterior" a efectos del párrafo 2 d) del artículo XIII sea el período más reciente no distorsionado por restricciones. Como se señala *supra*, el Grupo Especial que se ocupó del asunto *CEE - Restricciones a la importación de manzanas procedentes de Chile*¹⁸⁸, examinó si las restricciones a las importaciones reflejaban la proporción de importaciones en las Comunidades Europeas "existentes durante un período representativo anterior" en el contexto del párrafo 2 c) del artículo XI. Ese Grupo Especial excluyó el año 1976 del período trienal más reciente anterior a 1979, año en que la restricción de la CE en litigio estuvo en vigor, y optó en cambio por los años 1978, 1977 y 1975. Sostuvo que el año 1976 no podía considerarse representativo porque durante el mismo habían existido restricciones.

6.40 El Grupo Especial que se ocupó del asunto *Japón - Restricciones aplicadas a la importación de ciertos productos agropecuarios*¹⁸⁹ examinó la cuestión de la falta de un "período representativo anterior" en el contexto del párrafo 2 c) del artículo XI. Tomó nota de que:

"... en el caso que tenía ante sí, las restricciones a la importación mantenidas por el Japón existían desde hacía decenios y de que, por lo tanto, no había un período anterior sin restricciones en el que pudiera razonablemente suponerse que las partes correspondientes a las importaciones y a la oferta interna fueran semejantes a las que existirían actualmente. [...] El Grupo Especial comprendía que si se aplicaban estrictamente las reglas sobre la carga de la prueba, la consecuencia sería que el párrafo 2 c) i) del artículo XI no podría invocarse en la práctica en los casos en que las restricciones se hubieran mantenido durante tanto tiempo que fuera ya imposible determinar, por comparación con un período de referencia anterior, la relación entre las importaciones y la oferta interna que existiría sin las restricciones. [...] Por esas razones, el Grupo Especial consideró que la parte contratante que invocara la disposición debía seguir asumiendo plenamente la carga de suministrar las pruebas de que se cumplían todos los requisitos del párrafo 2 c) i) del artículo XI, incluido el requisito del carácter proporcional."

6.41 Observamos que el párrafo 2 c) del artículo XI, que estipula que los contingentes deben ser tales que no deberán tener como consecuencia la reducción de la relación entre el total de las importaciones y el de la producción nacional, en comparación con la que cabría razonablemente esperar que existiera sin tales restricciones, constituye una excepción de la prohibición de restricciones cuantitativas del párrafo 1 del artículo XI. El artículo XIII regula la administración no discriminatoria de las restricciones cuantitativas, incluidas, cuando proceda, la repartición de partes entre Miembros. La determinación de un período representativo anterior en el marco del artículo XIII plantea problemas similares a los que se presentan con respecto al párrafo 2 del artículo XI. Por lo

¹⁸⁸ Informe del Grupo Especial sobre *CEE - Restricciones a la importación de manzanas procedentes de Chile*, adoptado el 10 de noviembre de 1980, IBDD 27S/104, párrafo 4.8.

¹⁸⁹ Informe del Grupo Especial sobre el asunto *Japón - Restricciones aplicadas a la importación de ciertos productos agropecuarios*, adoptado el 22 de marzo de 1988, IBDD 35S/185, párrafo 5.1.3.7.

tanto, estimamos que las consideraciones citadas de los Grupos Especiales anteriores son pertinentes al caso que nos ocupa. La falta de un período representativo anterior con arreglo al artículo XIII tiene consecuencias de mucho menos alcance que la falta de tal período con arreglo al párrafo 2 c) del artículo XI. En el asunto *Japón - Restricciones*, la falta de un período representativo anterior idóneo excluyó la posibilidad de aplicar la excepción del párrafo 2 del artículo XI. En el marco del artículo XIII, la falta de un período representativo anterior idóneo impediría únicamente la asignación de un contingente arancelario en forma unilateral. Pero no impediría la utilización de un contingente arancelario global ni de asignaciones por países mediante acuerdo.

b) El período representativo

6.42 Con respecto a la selección de un "período representativo anterior" para aplicar el régimen de contingentes arancelarios a las importaciones de bananos dirigidas a las Comunidades Europeas, recordamos que con anterioridad a 1993, los Estados miembros de la CE aplicaban distintos regímenes nacionales de importación. Algunos Estados miembros aplicaban restricciones o prohibiciones de las importaciones, mientras que las importaciones dirigidas a otros Estados miembros estaban sujetas a un régimen solamente arancelario, o bien podían entrar libres de derechos.¹⁹⁰ Por lo tanto, ese período no podía servir como período representativo anterior (véase el párrafo 6.37).

6.43 Con la introducción de la organización de un mercado común para el banano a mediados de 1993, observamos que se garantizaron a los países proveedores tradicionales ACP asignaciones por países a los mayores niveles de sus importaciones antes de 1991, que superaban con mucho los resultados comerciales efectivos que habían logrado en el pasado reciente. En 1995, el Acuerdo Marco para el Banano (AMB) asignó cuotas del contingente de 2.200.000 toneladas, establecido en el Reglamento 404/93, a Colombia y Costa Rica, proveedores con un interés sustancial. Dadas las distorsiones del mercado comunitario con anterioridad al AMB, las cuotas asignadas a Colombia y Costa Rica no podían haber estado basadas en un período representativo anterior. Además, el AMB contenía normas incompatibles con la OMC en lo que respecta a las prescripciones de certificados de exportación y la reasignación de las partes no utilizadas de las asignaciones por países exclusivamente entre los signatarios del AMB, lo que agravaba aún más esas distorsiones. Las partes de los países proveedores no tradicionales ACP también estaban distorsionadas debido a las asignaciones por países dentro de la cantidad de 90.000 toneladas, que estaban reservadas a los proveedores no tradicionales ACP.

6.44 Podría alegarse que dentro de la categoría "Otros" del contingente arancelario de 2.200.000 toneladas (ampliación autónoma de 353.000 toneladas en 1995 para la CE-15), el Ecuador y Panamá y los terceros países abastecedores sin un interés sustancial a los que no se les habían asignado cuotas estaban compitiendo sobre una base relativamente no distorsionada durante el período en que estuvo en vigor el régimen anterior (aunque no tanto después de que entró en vigor el AMB). Sin embargo, a efectos de la aplicación de las prescripciones del artículo XIII, no importa si las importaciones procedentes de algunos países abastecedores estuvieron relativamente menos distorsionadas que otras dado que las distorsiones con respecto a un (grupo de) países abastecedores tendrán repercusiones en los resultados de importación de otros países abastecedores con o sin un interés sustancial en el mercado de un determinado producto.

6.45 En consecuencia, a nuestro juicio, el período 1994-1996 no podía servir como un período representativo anterior debido a la presencia en el mercado de las distorsiones indicadas.

¹⁹⁰ Para una descripción de ese mercado, véase el informe del Grupo Especial que se ocupó del asunto *CEE - Regímenes de importación del banano de algunos Estados miembros de la CEE*, 3 de junio de 1993 (no adoptado), Doc. GATT DS32/R, páginas 6 a 11.

6.46 También observamos, a este respecto, que el mercado mundial, excluyendo a las Comunidades Europeas, tiene un valor limitado a efectos de calcular las partes por países sobre la base de un período representativo anterior porque los distintos países exportadores de banano tienen cuotas de mercado bastante diferentes en las distintas regiones del mundo. Por ejemplo, la cuota del mercado mundial que corresponde al Ecuador ha aumentado del 26 al 36 por ciento durante el último decenio y, por consiguiente, es considerablemente más alta que su asignación por país en el régimen revisado de la CE.¹⁹¹ Panamá tenía una participación en el mercado mundial de aproximadamente 2-3 por ciento del mercado fuera de las Comunidades Europeas durante el pasado decenio, mucho más baja que su asignación por país en el régimen revisado. Filipinas tenía una parte de aproximadamente 13-14 por ciento de ese mercado fuera de las Comunidades Europeas durante el pasado decenio, pero no exporta cantidades significativas a Europa. Por lo tanto, los datos sobre las cuotas de los mercados mundiales de los distintos países abastecedores durante cualquier período anterior (independientemente de que esos datos incluyan o excluyan las exportaciones hacia las Comunidades Europeas) apenas podrían tener importancia a efectos de calcular cuotas por países basadas en las importaciones a las Comunidades Europeas que reflejen un período representativo anterior. Debido a que los distintos países exportadores de banano tienen cuotas de mercado bastante diferentes según las regiones del mundo, resultaría también difícil, si no imposible, utilizar un mercado regional o un mercado de determinado país como base para la asignación o repartición de las cuotas del contingente arancelario.

c) Factores especiales

6.47 El Ecuador sugiere que las Comunidades Europeas podrían cumplir lo dispuesto en el artículo XIII basando su sistema en el período 1995-1997, con ajustes tanto por la necesidad de subsanar las restricciones que existían en el mercado de la CE como por las modificaciones en la eficiencia y la competitividad económicas relativas.

6.48 Sin embargo, las Comunidades Europeas no utilizaron factores especiales para ajustar las partes del contingente arancelario por países asignadas a proveedores con un interés sustancial en el marco de su nuevo régimen del banano. Si bien, en teoría, podrían utilizarse los factores especiales para ajustar las cuotas sobre la base de un período anterior *no* representativo a fin de cumplir las prescripciones de la parte introductoria del párrafo 2 del artículo XIII, por lo menos en el presente caso sería difícil hacerlo en la práctica. Recordamos que, según las notas al párrafo 4 del artículo XIII y al párrafo 2 del artículo XI del GATT, "[la] expresión 'factores especiales' comprende las variaciones de la productividad relativa entre los productores nacionales y extranjeros, o entre los distintos productores extranjeros, pero no las variaciones provocadas artificialmente por medios que el Acuerdo no autoriza". Observamos que en el pasado los grupos especiales de solución de diferencias del GATT han evaluado la consideración de factores especiales, tales como "la tendencia general al aumento de la eficiencia relativa de la producción y de la capacidad de exportación de Chile [así como] la reducción temporal de la capacidad de exportación de ese país debida a [un] terremoto".¹⁹² En nuestra opinión, sin embargo, sería incompatible con los párrafos 2 d) y 4 del artículo XIII tener en cuenta factores especiales con respecto a un solo Miembro (véase el párrafo 6.37).

¹⁹¹ La cuota del Ecuador en el mercado mundial, excluidas las Comunidades Europeas, en diferentes períodos trienales fue aproximadamente la siguiente: 1988-1990: 25 por ciento; 1990-1992: 28 por ciento; 1993-1995: 30 por ciento; 1994-1996: 32 por ciento; 1995-1997: 36 por ciento.

¹⁹² Informe del Grupo Especial sobre el asunto *CEE - Restricciones a la importación de manzanas procedentes de Chile*, adoptado el 10 de noviembre de 1980, IBDD 27S/104, párrafo 4.17; informe del Grupo Especial sobre el asunto *Estados Unidos - Importaciones de azúcar procedentes de Nicaragua*, adoptado el 13 de marzo de 1984, IBDD 31S/74, párrafo 4.3; informe del Grupo Especial *CEE - Restricciones a la importación de manzanas procedentes de Chile*, adoptado el 22 de junio de 1989, IBDD 36S/104, párrafo 12.24.

d) Parte del contingente arancelario por países del Ecuador

6.49 El hecho de que las Comunidades Europeas se basen en un período representativo anterior, y sin introducir ajustes por factores especiales, hace pensar que la parte de contingente arancelario por países que corresponde al Ecuador no se aproxima a la parte que ese país podría esperar obtener si no existieran restricciones, como lo requiere la parte introductoria del párrafo 2 del artículo XIII. Esto se ve confirmado por el considerable crecimiento durante el decenio anterior de la participación del Ecuador en el mercado de la CE¹⁹³ y en los mercados mundiales.¹⁹⁴ Este crecimiento indica que la parte del contingente arancelario por países del Ecuador es inferior a la que debería ser en virtud de las disposiciones del párrafo 2 del artículo XIII.

6.50 Si bien los Miembros gozan de cierto grado de discrecionalidad para elegir un período representativo anterior, en este caso es evidente que el período 1994-1996 no es un "período representativo". En consecuencia, constatamos que las asignaciones por países atribuidas por las Comunidades Europeas al Ecuador así como a otros abastecedores con un interés sustancial no son compatibles con las prescripciones del párrafo 2 del artículo XIII.

D. ARTÍCULO I DEL GATT DE 1994

6.51 El Ecuador plantea varias alegaciones relacionadas con el artículo I. Con respecto al arancel preferencial de nivel cero para las importaciones tradicionales procedentes de los Estados ACP, el Ecuador sostiene que el volumen de 857.700 toneladas excede del exigido por el Convenio de Lomé, y que por lo tanto, la cantidad excedente no queda abarcada por la Exención de Lomé. De modo análogo, el Ecuador alega que la asignación colectiva de 857.700 toneladas para los 12 países tradicionales ACP (a diferencia de las asignaciones para países individuales) no es una exigencia del Convenio de Lomé y, por consiguiente, no queda comprendida en la Exención de Lomé. El Ecuador también impugna i) el acceso ilimitado a la categoría "otros" del contingente arancelario NMF a nivel cero, de las importaciones no tradicionales ACP, y ii) la preferencia arancelaria de 200 euros por tonelada para las importaciones de origen ACP no incluidas en el contingente. De conformidad con el régimen anterior de la CE, existía un límite de 90.000 toneladas para las importaciones exentas de derechos de bananos no tradicionales ACP, y la preferencia arancelaria para las importaciones de origen ACP no incluidas en el contingente era de 100 euros por tonelada.

6.52 Las Comunidades Europeas alegan que esas diversas disposiciones aplicadas a los bananos ACP son exigidas por el Convenio de Lomé y, por tanto, están amparadas por la Exención de Lomé. Alegan, en particular, que era necesario modificar la forma de su trato preferencial para las importaciones ACP a fin de compensar las limitaciones impuestas a ese trato por los informes del Grupo Especial y del Órgano de Apelación en el asunto *Bananos III*.

1. La Exención de Lomé

6.53 Al abordar las alegaciones formuladas por el Ecuador en relación con el párrafo 1 del artículo I, es necesario examinar el alcance de la Exención de Lomé. Recordamos a este respecto que el párrafo dispositivo de dicha exención establece lo siguiente:

"En los términos y condiciones que seguidamente se establecen, se suspenderá hasta el 29 de febrero del año 2000 la aplicación de las disposiciones del párrafo 1 del artículo I del Acuerdo General, en la

¹⁹³ Anexo II.

¹⁹⁴ Anexo II.

medida *necesaria* para que las Comunidades Europeas puedan otorgar *trato preferencial* para los productos originarios de los Estados ACP *conforme a lo exigido en las disposiciones pertinentes* del Cuarto Convenio de Lomé, [...]"¹⁹⁵

6.54 Al examinar el alcance de la Exención de Lomé en el asunto *Bananos III*, tanto el Grupo Especial como el Órgano de Apelación aplicaron un análisis en dos etapas: en primer lugar, se examinaron los requisitos del Convenio de Lomé, ya que la exención sólo ampara el trato preferencial exigido por el Convenio de Lomé; en segundo lugar, se examinó el alcance de la Exención de Lomé. Esta segunda cuestión reviste una importancia limitada en el caso presente porque el Órgano de Apelación dejó en claro en el caso anterior que la Exención de Lomé sólo ampara las incompatibilidades con el párrafo 1 del artículo I.

2. Los requisitos del Convenio de Lomé

6.55 Al examinar los requisitos del Convenio de Lomé, las disposiciones pertinentes de dicho Convenio son el artículo 183 y el Protocolo N° 5 del mismo, por una parte, y por la otra el artículo 168.

6.56 El artículo 183 del Convenio de Lomé se refiere específicamente a los plátanos y establece lo siguiente:

"Para permitir la mejora de las condiciones de producción y comercialización de los plátanos originarios de los Estados ACP, las Partes contratantes convienen en los objetivos que figuran en el Protocolo N° 5."

El Protocolo N° 5, por su parte, establece lo siguiente:

"Respecto de sus exportaciones de plátanos a los mercados de la Comunidad, *ningún Estado ACP* será puesto, en lo que se refiere al *acceso a sus mercados tradicionales y a sus ventajas en dichos mercados*, en una situación *menos favorable* que aquella en la que se encontraba *anteriormente* o en la que se encuentre *actualmente*."

El artículo 183 y el Protocolo N° 5 fueron interpretados por el Grupo Especial y el Órgano de Apelación en la diferencia original, en el sentido de que se aplican sólo a las importaciones de plátanos *tradicionales* ACP.

6.57 El artículo 168 del Convenio de Lomé se refiere más generalmente a las preferencias para los Estados ACP. Establece lo siguiente:

"1) Los productos originarios de los Estados ACP serán admitidos a su importación a la Comunidad con exención de derechos de aduana y de exacciones de efecto equivalente.

2) a) Los productos originarios de los Estados ACP:

¹⁹⁵ WT/L/186.

- enumerados en la lista del Anexo II del Tratado cuando sean objeto de una organización común de mercados con arreglo al artículo 40 del Tratado, o
- sometidos, a su importación en la Comunidad, a una regulación específica establecida como consecuencia de la aplicación de la política agraria común.

Serán importados en la Comunidad, no obstante lo dispuesto en el régimen general vigente respecto de terceros países, de acuerdo con las siguientes disposiciones:

- i) Los productos respecto de los cuales las disposiciones comunitarias vigentes en el momento de la importación no dispongan, aparte los derechos de aduana, la aplicación de ninguna otra medida relativa a su importación, serán admitidos con exención de derechos de aduana;
- ii) para los productos distintos de los contemplados en el inciso i), la Comunidad adoptará las medidas necesarias para garantizarles un *trato más favorable* que el que se conceda a los terceros países que gocen de la cláusula de nación más favorecida para esos mismos productos.

Observamos que el trato preferencial previsto en el inciso ii) de la letra a) del apartado 2) del artículo 168 no se limita a las exportaciones tradicionales ACP destinadas a las Comunidades Europeas, sino que abarca toda importación de productos originarios de países ACP que están sometidos a una organización de mercado común en las Comunidades Europeas, es decir, también las exportaciones ACP *no tradicionales* a las Comunidades Europeas.

6.58 Dadas las circunstancias fácticas del régimen anterior, el Órgano de Apelación resumió el trato preferencial exigido por las disposiciones pertinentes del Convenio de Lomé -dentro de los límites de su mandato en la diferencia original- del modo siguiente:

"Así pues, en relación con las disposiciones pertinentes de la medida que se examina en la presente apelación, concluimos que las disposiciones pertinentes del Convenio de Lomé *"exigen"* a las Comunidades Europeas lo siguiente: otorgar acceso en régimen de franquicia arancelaria a 90.000 toneladas de banano no tradicional ACP; conceder un margen de preferencia arancelaria de 100 ecus por tonelada a todos los demás bananos no tradicionales ACP; asignar cuotas del contingente arancelario a los Estados tradicionales ACP que exportaban banano a las Comunidades Europeas antes de 1991, por una cuantía equivalente al mayor volumen de sus exportaciones antes de ese año. Concluimos también que las disposiciones pertinentes del Convenio de Lomé *no "exigen"* a las Comunidades Europeas: asignar a algunos Estados tradicionales ACP cuotas del contingente arancelario que exceden del mayor volumen de sus exportaciones antes de 1991; asignar cuotas del contingente arancelario a Estados ACP que exportan banano no tradicional; ni mantener los procedimientos para el trámite de licencias de importación aplicados al banano de terceros países y al banano no tradicional ACP. En consecuencia, confirmamos las

constataciones que hace el Grupo Especial en los párrafos 7.103, 7.204 y 7.136 de sus informes.¹⁹⁶

6.59 Teniendo en cuenta estas constataciones del Órgano de Apelación en la diferencia original, examinaremos qué elementos del régimen revisado de la CE son "exigidos" por el Convenio de Lomé con respecto a: i) las importaciones tradicionales ACP, y ii) las importaciones no tradicionales ACP.

3. Preferencias para las importaciones tradicionales ACP

6.60 El Ecuador alega que: i) el arancel preferencia de nivel cero para 857.700 toneladas de importaciones tradicionales ACP excede del volumen respecto del cual dicha preferencia es exigida por el Convenio de Lomé, y ii) la asignación colectiva de ese volumen a 12 Estados ACP no es exigida por el Convenio de Lomé.

a) El nivel de 857.700 toneladas y los mayores volúmenes de exportación antes de 1991

6.61 Al examinar la impugnación que hace el Ecuador con respecto al nivel de 857.700 toneladas, recordamos la declaración formulada por el Órgano de Apelación, antes citada, en el sentido de que el Convenio de Lomé exige a las Comunidades Europeas "asignar cuotas del contingente arancelario a los Estados tradicionales ACP que exportaban banano a las Comunidades Europeas antes de 1991, por una cuantía equivalente al mayor volumen de sus exportaciones antes de ese año". Para llegar a esta conclusión, el Órgano de Apelación hizo referencia al requisito contenido en el Protocolo N° 5, en el sentido de que "ningún Estado ACP será puesto, en lo que se refiere al acceso a sus mercados tradicionales y a sus ventajas en dichos mercados, en una situación menos favorable que aquella en la que se encontraba anteriormente o en la que se encuentre actualmente". De este modo, se plantea la cuestión de dilucidar cuáles son las cantidades que reflejan las mayores exportaciones antes de 1991 de los proveedores ACP tradicionales, individual y colectivamente.

6.62 Según lo alegado por las Comunidades Europeas ante el Grupo Especial original y el Órgano de Apelación, el nivel de 857.700 toneladas incluía asignaciones otorgadas a Belice, el Camerún, Côte d'Ivoire y Jamaica que excedían de sus mayores volúmenes de exportación antes de 1991 a las Comunidades Europeas. Las Comunidades Europeas defendieron estas asignaciones basándose en que ellas tenían en cuenta las inversiones realizadas en dichos países, que posteriormente ampliarían su capacidad de exportación. Recordamos que el Órgano de Apelación concluyó que, entre otras cosas, las disposiciones pertinentes del Convenio de Lomé *no* "exigían" a las Comunidades Europeas que asignaran cuotas del contingente arancelario a los Estados tradicionales ACP por una cuantía superior a sus mayores volúmenes de exportación antes de 1991, para reflejar esas inversiones.¹⁹⁷

6.63 En sus comunicaciones a este Grupo Especial, las Comunidades Europeas alegan que el total del mayor volumen de exportaciones ACP a las Comunidades Europeas antes de 1991 ascendió de hecho a 952.939 toneladas. Las Comunidades Europeas sostienen que la conclusión contenida en los informes del Grupo Especial y del Órgano de Apelación, en el sentido de que el Convenio de Lomé exige a las Comunidades Europeas que concedan trato de franquicia arancelaria al mayor volumen de exportaciones ACP antes de 1991 hizo que las Comunidades Europeas reexaminaran su cálculo de los datos de exportación de bananos ACP antes de 1991. Al parecer, el aumento del total del mayor volumen de exportaciones antes de 1991 se debe principalmente a la adición de una cantidad de aproximadamente 100.000 toneladas a los totales de Jamaica y Somalia, basada en las exportaciones de 1965. Observamos que al menos algunos de los datos en los que las Comunidades Europeas basan

¹⁹⁶ Informe del Órgano de Apelación en el asunto *Bananos III*, párrafo 178.

¹⁹⁷ Informe del Órgano de Apelación en el asunto *Bananos III*, párrafo 175.

ahora sus cálculos de los mayores volúmenes de exportaciones antes de 1991 fueron expuestos por algunos Estados ACP en la diferencia *Bananos III*, pero a la sazón no fueron respaldados por las Comunidades Europeas. Aunque las Comunidades Europeas se han abstenido de aumentar la cantidad de 857.700 toneladas reservada para las importaciones ACP tradicionales, alegan que este volumen se puede ahora justificar sin hacer referencia a ninguna cantidad para tener en cuenta las inversiones.

6.64 En el informe del Grupo Especial original, preferimos no establecer una fecha de partida para el examen de los mayores volúmenes de exportación antes de 1991 por parte de los Estados ACP. Mantenemos esa posición. A nuestro juicio, no existe ninguna base textual en el Convenio de Lomé para sostener que sólo se deben tener en cuenta para ese cálculo los mayores volúmenes de exportación antes de 1991, a partir de una fecha límite concreta. Si bien es cierto que el primer Convenio de Lomé entró en vigor en 1975, el Protocolo N° 5 no establece ningún límite en su referencia "al pasado".

6.65 En consecuencia, constatamos que, sobre la base de los datos facilitados ahora por las Comunidades Europeas, no es irrazonable que las Comunidades Europeas concluyan que el nivel de 857.700 toneladas para las exportaciones tradicionales ACP exentas de derechos pueda considerarse exigido por el Convenio de Lomé porque parece basarse en los mayores volúmenes de exportación antes de 1991 y no en cálculos realizados para tener en cuenta las inversiones.

b) Asignación colectiva a Estados tradicionales ACP

6.66 El Ecuador alega que la asignación hecha por las Comunidades Europeas de una cuota colectiva de 857.700 toneladas, accesible a todos, a 12 Estados ACP tradicionales no es exigida por el Convenio de Lomé y, por lo tanto, no está amparada por la Exención de Lomé. En consecuencia, el Ecuador sostiene que el arancel preferencial de nivel cero asignado a ese volumen de importaciones es incompatible con el párrafo 1 del artículo I. Las Comunidades Europeas defienden esta asignación colectiva haciendo referencia a la decisión del Órgano de Apelación, basada en el Protocolo N° 5 del Convenio de Lomé, en el sentido de que las Comunidades Europeas tienen la obligación de conceder un trato de derechos nulos a los mayores volúmenes de exportaciones ACP antes de 1991, y no pueden asignar cuotas por países.

6.67 Al examinar esta alegación, observamos que el Órgano de Apelación concluyó expresamente que el Convenio de Lomé exige a las Comunidades Europeas "*asignar* cuotas del contingente arancelario a los *Estados* tradicionales ACP que exportaban banano a las Comunidades Europeas antes de 1991, por una cuantía equivalente al mayor *volumen* de sus exportaciones antes de ese año"¹⁹⁸ (itálicas añadidas). A nuestro juicio, el hecho de que el Órgano de Apelación haya escogido el plural ["volumes" en inglés] indica que las exigencias del Convenio de Lomé hacen referencia a los mayores volúmenes, antes de 1991, de cada país. Dicho de otro modo, el Protocolo N° 5 del Convenio de Lomé *no* "exige" a las Comunidades Europeas que permitan que determinados proveedores tradicionales ACP excedan sus mayores cantidades de importaciones individuales antes de 1991, contenidas en la asignación "colectiva" de 857.700 toneladas reservadas para todos los proveedores tradicionales ACP con arreglo al régimen revisado.

6.68 En nuestra opinión, resulta evidente que la existencia de una reserva "colectiva" de 857.700 toneladas supone la posibilidad de que determinados proveedores tradicionales ACP -más competitivos- superen sus mayores volúmenes individuales de importaciones anteriores a 1991 a expensas de otros proveedores tradicionales ACP menos competitivos. Esta reasignación *de facto* en beneficio de proveedores tradicionales ACP más competitivos en el marco de la asignación colectiva

¹⁹⁸ Informe del Órgano de Apelación en el asunto *Bananos III*, párrafo 178.

para proveedores tradicionales ACP significaría que esos proveedores obtendrían un arancel preferencial de nivel cero para volúmenes que excederían los exigidos por el Protocolo N° 5 del Convenio de Lomé. Al no existir otro requisito aplicable del Convenio de Lomé, estos volúmenes excedentes no estarían comprendidos en la Exención de Lomé y, por consiguiente, el arancel preferencial correspondiente es incompatible con el párrafo 1 del artículo I. Observamos a este respecto la similitud existente entre esta conclusión y la conclusión del Órgano de Apelación, en el sentido de que las Comunidades Europeas no estaban obligadas a asignar cuotas por países con respecto a los bananos no tradicionales ACP.

6.69 En consecuencia, constatamos que no es razonable que las Comunidades Europeas concluyan que el Protocolo N° 5 del Convenio de Lomé exige una asignación colectiva para los proveedores tradicionales ACP. Por lo tanto, el trato de exención de derechos para las importaciones que excedan de los mayores volúmenes de exportación antes de 1991 para un Estado ACP considerado individualmente no es exigido por el Protocolo N° 5 del Convenio de Lomé. Al no existir otra exigencia aplicable del Convenio de Lomé, esos volúmenes excedentes no están amparados por la Exención de Lomé y, por lo tanto, el arancel preferencial correspondiente es incompatible con el párrafo 1 del artículo I.

4. Aranceles preferenciales para importaciones de bananos no tradicionales ACP

6.70 El Ecuador alega que el arancel preferencial de nivel cero ilimitado para las importaciones de bananos no tradicionales ACP dentro de la categoría "otros" del contingente arancelario consolidado NMF, y la preferencia arancelaria de 200 euros por tonelada para todas las demás importaciones de bananos ACP no son una exigencia del inciso ii) de la letra a) del apartado 2) del artículo 168 del Convenio de Lomé y, por tanto, se trata de aranceles preferenciales incompatibles con el párrafo 1 del artículo I del GATT, no amparados por la Exención de Lomé.

6.71 Recordamos a este respecto las constataciones del Órgano de Apelación en el asunto *Bananos III*:

"[E]s aplicable la obligación impuesta a las Comunidades Europeas por el inciso ii) de la letra a) del apartado 2 del artículo 168 de 'adoptar las medidas necesarias para garantizar' a *todos* los bananos ACP 'un trato más favorable que el que se conceda a los terceros países que gocen de la cláusula de nación más favorecida para esos mismos productos'. [...] Tanto el acceso en régimen de franquicia arancelaria otorgado a las 90.000 toneladas de banano no tradicional ACP, importadas dentro del contingente, como el margen de preferencia arancelaria de 100 ecus por tonelada concedido a todos los demás bananos no tradicionales ACP por las Comunidades Europeas constituyen evidentemente 'un trato más favorable' que el concedido por las Comunidades Europeas al banano procedente de los terceros países que gozan de la cláusula de nación más favorecida. En consecuencia, lo que queda por dilucidar en relación con el inciso ii) de la letra a) del apartado 2) del artículo 168 es si las medidas concretas elegidas por las Comunidades Europeas para cumplir la obligación establecida en dicho precepto de garantizar al banano no tradicional ACP un 'trato más favorable' son en realidad medidas 'necesarias', como se especifica en dicho inciso. A nuestro parecer, lo son. El inciso ii) de la letra a) del apartado 2 del artículo 168 no dice que sólo sea necesario *un* tipo de medidas, ni tampoco *cuál* es el tipo de medidas necesarias. Cabe suponer que las Comunidades Europeas podían haber elegido otro tipo de 'trato más

favorable', que adoptara la forma de una preferencia arancelaria para el banano no tradicional ACP. Pero, a nuestro juicio, en el contexto general de la transición de diversos mercados nacionales a un único mercado comunitario del banano, cabe considerar que la medida concreta que han adoptado las Comunidades a este respecto es 'necesaria' [...]."¹⁹⁹

a) El arancel preferencial de nivel cero para los bananos no tradicionales ACP

6.72 Recordamos que, con arreglo al régimen anterior, el arancel preferencial de nivel cero para los bananos no tradicionales ACP estaba limitado a 90.000 toneladas de importaciones no tradicionales ACP, con asignaciones específicas para Belice, el Camerún, Côte d'Ivoire y la República Dominicana. Observamos que, en virtud del régimen revisado, la limitación de 90.000 toneladas fue derogada, en función de la constatación del Órgano de Apelación, en el sentido de que el Convenio de Lomé no exige a las Comunidades Europeas que asignen cuotas del contingente arancelario a Estados ACP que exportan bananos no tradicionales ACP.

6.73 Las Comunidades Europeas (y los Estados ACP) sostienen que la supresión de las asignaciones de 90.000 toneladas globales eliminan la protección de que gozaban los bananos no tradicionales ACP con respecto a la competencia de terceros países, por ejemplo, los bananos latinoamericanos. En ese sentido, el arancel preferencial cero *per se* es insuficiente para evitar que las importaciones no tradicionales ACP sean desplazadas del mercado comunitario por las importaciones procedentes de América Latina.

6.74 El Ecuador alega que la supresión de la limitación de 90.000 toneladas permite que las importaciones no tradicionales ACP compitan con las importaciones procedentes de América Latina sobre la base de un arancel preferencial cero, dentro de toda la categoría de "otros" de 240.748 toneladas del contingente arancelario NMF. En este sentido, el arancel preferencial de nivel cero para los bananos no tradicionales ACP se ha ampliado potencialmente hasta 240.748 toneladas.

6.75 Recordamos que la obligación contenida en el artículo 168 del Convenio de Lomé, de asegurar la exención de derechos de aduana o al menos un trato más favorable que el trato de la nación más favorecida para los productos de origen ACP es teóricamente ilimitada. Como expresó el Órgano de Apelación, "el inciso ii) de la letra a) del apartado 2) del artículo 168 no dice que sólo sea 'necesario' un tipo de medidas, ni tampoco *cuál* es el tipo de medidas 'necesarias'. Cabe suponer que las Comunidades Europeas podían haber elegido otro tipo de "trato más favorable", que adoptara la forma de una preferencia arancelaria para el banano no tradicional ACP."²⁰⁰

6.76 Además, dadas las condiciones de competencia entre los bananos ACP y los bananos de terceros países en el mercado mundial, consideramos que las asignaciones a países individuales en el total de 90.000 toneladas para las importaciones no tradicionales ACP exentas de los aranceles aplicados al contingente constituían en términos generales una ventaja, es decir una protección ante la competencia de terceros países, y no una limitación a las exportaciones a las Comunidades Europeas que de otro modo podrían haber aumentado.

6.77 Aunque la referencia hecha por el Órgano de Apelación a la posibilidad de que las Comunidades Europeas hubiesen elegido "otro tipo" de preferencia no supone necesariamente que las Comunidades Europeas tienen libertad para ampliar en cualquier momento de manera considerable el

¹⁹⁹ Informe del Órgano de Apelación en el asunto *Bananos III*, párrafo 173.

²⁰⁰ Informe del Órgano de Apelación en el asunto *Bananos III*, párrafo 173.

alcance de las preferencias ACP comprendidas en la Exención de Lomé, la afirmación del Órgano de Apelación nos sugiere que las Comunidades Europeas tienen cierta discrecionalidad en cuanto al tipo de preferencia que conceden a los Estados ACP a fin de compensar la eliminación de una preferencia que no pueden otorgar en el marco de las normas de la OMC.

6.78 Teniendo en cuenta estas consideraciones, constatamos que no es irrazonable que las Comunidades Europeas concluyan que las importaciones no tradicionales ACP con arancel cero, dentro de la categoría "otros" del contingente arancelario NMF, son exigidas por el artículo 168 del Convenio de Lomé. Por consiguiente, concluimos que la violación del párrafo 1 del artículo I, según lo alegado por el Ecuador, está amparada por la Exención de Lomé.

b) La preferencia de 200 euros por tonelada para los bananos no tradicionales ACP

6.79 Examinaremos a continuación la cuestión de si el aumento de la preferencia arancelaria para todas las demás importaciones no tradicionales ACP, de 100 a 200 euros por tonelada, es exigido por el Convenio de Lomé. También en este caso recordaremos que el alcance de las obligaciones previstas en el artículo 168, de conceder la exención de derechos de aduana o un trato más favorable a los Estados ACP no se limita a las preferencias de que gozaban en el pasado, antes de un límite temporal determinado. Consideramos también que el aumento del arancel preferencial para las importaciones no comprendidas en el contingente, con arreglo al régimen revisado, podría constituir otro tipo de "trato más favorable" consistente en un arancel preferencial para los bananos no tradicionales ACP, que el Órgano de Apelación podía haber concebido en la diferencia original, y que las Comunidades Europeas podían haber elegido conceder a los proveedores no tradicionales ACP con miras a compensar los efectos de la supresión de la asignación, para esos proveedores no tradicionales ACP, de 90.000 toneladas en el marco del contingente arancelario NMF.

6.80 Por consiguiente, constatamos que no es irrazonable que las Comunidades Europeas concluyan que la inclusión de la preferencia arancelaria de 200 euros por tonelada para las importaciones no comprendidas en el contingente, de bananos no tradicionales ACP, quedara incluida en el ámbito de lo que las Comunidades Europeas deben conceder a los suministros no tradicionales ACP en virtud del Convenio de Lomé. Por consiguiente, concluimos que la violación del párrafo 1 del artículo I, según lo alegado por el Ecuador, está amparada por la Exención de Lomé.

E. CUESTIONES RELACIONADAS CON EL AGCS

6.81 El Ecuador alega que los Reglamentos 1637/98 y 2362/98 son incompatibles con las obligaciones dimanantes para la CE de los artículos II y XVII del AGCS. Concretamente, el Ecuador alega que i) los criterios para ser considerado "operador tradicional" sobre la base del pago de derechos de aduana, ii) la elección del período comprendido entre 1994 y 1996 para el cálculo de las cantidades de referencia para la asignación de licencias, y iii) el denominado sistema de "adición de las cantidades" para la expedición de licencias con arreglo al procedimiento de asignación de licencias revisado perpetúan las violaciones de los artículos II y XVII del AGCS (es decir, las cláusulas del AGCS sobre la nación más favorecida y el trato nacional), constatadas por el Grupo Especial inicial y el Órgano de Apelación en el asunto *Bananos III*. Además, el Ecuador alega que i) la ampliación de la proporción de licencias reservadas a los "recién llegados" al 8 por ciento, y ii) los criterios para adquirir la condición de "recién llegado" en el procedimiento para la asignación de licencias revisado infringen el artículo XVII del AGCS.

1. El alcance de los compromisos de la CE en relación con los "servicios comerciales al por mayor"

6.82 Las Comunidades Europeas plantean una cuestión preliminar respecto de las alegaciones del Ecuador en relación con el AGCS. Sostienen que la revisión del sistema de la Clasificación Central de Productos de las Naciones Unidas afecta a la interpretación del alcance de los compromisos de acceso a los mercados y trato nacional respecto de los "servicios comerciales al por mayor" que las Comunidades Europeas han consolidado en su Lista anexa al AGCS.

6.83 Las Comunidades Europeas sostienen que la CPC provisional ha sido sustituida entre tanto por la Clasificación Central de Productos (CPC) -versión 1.0 ("CPC revisada"), y que la CPC revisada tiene por objeto establecer un sistema de categorías de servicios exhaustivas y que se excluyen recíprocamente. Por consiguiente, a juicio de la CE, cualquier servicio relacionado con las transacciones comerciales al por mayor, que esté comprendido al mismo tiempo en otra categoría de la CPC, debería evaluarse sobre la base de esta nueva realidad, es decir, que no se debería considerar que está abarcado por los compromisos contraídos por la CE con respecto a los "servicios comerciales al por mayor".²⁰¹ La CE añade que los compromisos específicos consolidados en su Lista anexa al AGCS siguen siendo válidos.

6.84 El Ecuador sostiene que el alcance de los compromisos específicos de la CE en el marco del AGCS, que fueron consolidados en la Lista de la CE anexa al AGCS, no pueden verse afectados por la modificación posterior de la Clasificación Central de Productos por las Naciones Unidas. En consecuencia, la CPC provisional sigue siendo la clasificación pertinente a efectos de la interpretación del alcance de los compromisos de la CE con respecto a los "servicios comerciales al por mayor".

6.85 Hacemos notar que los compromisos específicos consolidados por las Comunidades Europeas en su Lista anexa al AGCS con respecto a los sectores²⁰² o subsectores de servicios en litigio en la diferencia inicial estaban clasificados por categorías conforme a la Lista de Clasificación Sectorial de los Servicios, que se remite a la CPC provisional, que es más detallada.

6.86 También recordamos que en *Bananos III*, no hubo acuerdo entre las partes acerca de si el mandato del Grupo Especial se contraía al subsector de los "servicios comerciales al por mayor", o abarcaba el sector, más amplio, de los "servicios comerciales de distribución" descritos en una nota explicativa de la sección 6 de la CPC provisional. Las constataciones del Grupo Especial y del Órgano de Apelación en *Bananos III* se limitaban al suministro de servicios en el subsector de los "servicios comerciales al por mayor". La definición pertinente de la CPC provisional de "servicios comerciales al por mayor" es la siguiente:

"Servicios especializados de venta al por mayor de frutas y verduras frescas, secas, congeladas o envasadas (bienes clasificados en CPC 012, 013, 213, 215)."

²⁰¹ Las Comunidades Europeas hacen notar que, según las "Tablas de correspondencia entre la versión 1.0 de la CPC y la CPC provisional", la subclase 62221 "Servicios comerciales al por mayor de frutas y verduras" corresponde en la versión 1.0 de la CPC a la subclase 61121 "Servicios comerciales al por mayor, excepto a comisión o por contrata, de frutas y verduras".

²⁰² Artículo XXVIII e) del AGCS: "'sector' de un servicio significa:

- i) con referencia a un compromiso específico, uno o varios subsectores de ese servicio, o la totalidad de ellos, según se especifique en la Lista de un Miembro,
- ii) en otro caso, la totalidad de ese sector de servicios, incluidos todos sus subsectores;"

Por su parte, la descripción de "servicios comerciales de distribución" es la siguiente:

"Servicios comerciales de distribución que consisten en la venta de mercancías a vendedores al por menor, consumidores industriales, comerciales, institucionales o profesionales o a otros vendedores al por mayor, o en la actuación como agente o intermediario (servicios de venta al por mayor), o en la venta de mercancías para el consumo personal o doméstico, incluidos los servicios accesorios a la venta de las mercancías (servicios de venta al por menor). Los servicios principales prestados por los vendedores al por mayor y al por menor pueden clasificarse como la reventa de mercancía, acompañada de una variedad de servicios relacionados y subordinados, del tipo de: mantenimiento de inventarios de mercancías; montaje (físico), clasificación y agrupación de mercancías en grandes partidas; redistribución de mercancías a granel en pequeñas partidas; servicios de entrega; servicios de refrigeración; servicios de promoción comercial prestados por los vendedores al por mayor ..."

6.87 Recordamos que, en lo que respecta tanto a los servicios comerciales al por mayor como a los servicios comerciales de distribución, las Comunidades Europeas han consolidado compromisos específicos en relación con la liberalización del acceso a los mercados y el trato nacional, sin condiciones o limitaciones específicas, y sin consignar ninguna exención al trato NMF. El Grupo Especial inicial limitó sus constataciones al subsector, menos amplio, de los "servicios comerciales al por mayor".

6.88 No estamos demasiado seguros de cómo la nueva clasificación por categorías de los sectores de servicios conforme a la CPC revisada debería afectar, a juicio de la CE, a la clasificación de los sectores de servicios que las Comunidades Europeas tomaron como base para consolidar sus compromisos específicos en relación con el acceso a los mercados y el trato nacional en su Lista anexa al AGCS. Por consiguiente, no estamos seguros de cómo puede afectar el principio de clasificación excluyente de los sectores de servicios al alcance de los compromisos de la CE relativos a los "servicios comerciales al por mayor" en lo que respecta a las transacciones de servicios que no estén comprendidas en ninguna otra categoría de la CPC revisada. En todo caso, no entendemos cómo la revisión de la CPC podría modificar retroactivamente los compromisos específicos consignados y consolidados en la Lista de la CE anexa al AGCS sobre la base de la CPC provisional. En efecto, en la audiencia, la CE dijo que tal modificación de los compromisos específicos de la CE consolidados en su Lista anexa al AGCS sólo podría llevarse a cabo de conformidad con las prescripciones del artículo XXI del AGCS relativo a la "Modificación de las Listas".

6.89 En nuestra opinión, lo importante a los efectos de la interpretación del alcance de los compromisos de la CE relativos a los "servicios comerciales al por mayor" es que, según las descripciones de la CPC provisional citadas anteriormente, los servicios *principales* prestados por los *vendedores al por mayor* consisten en la reventa de mercancía, acompañada de una variedad de servicios relacionados y *subordinados*, del tipo de: mantenimiento de inventarios de mercancías; montaje (físico), clasificación y agrupación de mercancías en grandes partidas; redistribución de mercancías a granel en pequeñas partidas; servicios de entrega; servicios de refrigeración; y servicios de promoción comercial.

6.90 **A la luz de estas consideraciones, constatamos que es ésta la gama de "servicios comerciales al por mayor" principales y subordinados respecto de los cuales las Comunidades Europeas se han comprometido a conceder un trato no menos favorable, en el sentido de los artículos II y XVII del AGCS, a los servicios y los proveedores de servicios de otros Miembros.**

2. Procedimiento para la asignación de licencias

6.91 El Ecuador alega que el régimen revisado de asignación de licencias de la CE es incompatible con los artículos II y XVII del AGCS porque perpetúa o retoma los elementos discriminatorios del sistema de licencias anterior, en el sentido de que las licencias se asignan a quienes utilizaron licencias para importar bananos y pagaron los correspondientes derechos de aduana durante el período 1994-1996. Además, el Ecuador sostiene que las nuevas normas de asignación de licencias, denominadas de "adición de las cantidades", en virtud de las cuales, entre otras cosas, los antiguos importadores de bananos ACP pueden solicitar licencias de importación para importar bananos ecuatorianos y bananos de otros países no ACP sobre la base de las cantidades de referencia derivadas de sus importaciones de bananos ACP, incrementa los elementos discriminatorios del régimen anterior.²⁰³

6.92 La CE sostiene que ha suprimido el sistema anterior de concesión de licencias, con inclusión de las categorías de operadores, el criterio de la realización de determinadas funciones, los certificados de exportación y las licencias huracán. El nuevo criterio para la asignación de licencias a los "operadores tradicionales", es decir, la prueba del pago de derechos de aduana, elimina todo "efecto de arrastre" del sistema anterior al sistema revisado de asignación de licencias, y asegura que los importadores "verdaderos y reales" del pasado obtengan derechos de licencia en el futuro.

a) Artículos II y XVII del AGCS

6.93 Antes de abordar las alegaciones del Ecuador, recordamos las disposiciones pertinentes del AGCS. La cláusula de la nación más favorecida del AGCS es el párrafo 1 del artículo II, que prevé lo siguiente:

"Con respecto a toda medida abarcada por el presente Acuerdo, cada Miembro otorgará inmediata e incondicionalmente a los servicios y a los proveedores de servicios de cualquier otro Miembro un trato no menos favorable que el que conceda a los servicios similares y a los proveedores de servicios similares de cualquier otro país."²⁰⁴

La cláusula de trato nacional del AGCS, que es el artículo XVII, prevé lo siguiente:

"1. En los sectores inscritos en su Lista y con las condiciones y salvedades que en ella puedan consignarse, cada Miembro otorgará a los servicios y a los proveedores de servicios de cualquier otro Miembro, con respecto a todas las medidas que afecten al suministro de servicios, *un trato no menos favorable* que el que dispense a sus propios servicios similares o proveedores de servicios similares.

2. Todo Miembro podrá cumplir lo prescrito en el párrafo 1 otorgando a los servicios y proveedores de servicios de los demás Miembros *un trato formalmente idéntico o formalmente diferente* al que dispense a sus propios servicios similares y proveedores de servicios similares.

²⁰³ El Ecuador hace referencia a este respecto a la reserva del 30 por ciento de las licencias para las importaciones comprendidas en el contingente de bananos de terceros países y bananos no tradicionales ACP, para los operadores de la categoría B; a la reserva del 28 por ciento de dichas licencias de importación para los maduradores, en virtud de las normas relativas al criterio de la realización de determinadas funciones; y a la asignación de licencias huracán exclusivamente a determinados operadores de la categoría B.

²⁰⁴ Hacemos notar que las exenciones al trato NMF previstas en el párrafo 2 del artículo II del AGCS y en el Anexo sobre Exenciones al Artículo II no eran pertinentes a la diferencia inicial.

3. Se considerará que un trato formalmente idéntico o formalmente diferente es menos favorable si *modifica las condiciones de competencia* en favor de los servicios o proveedores de servicios del Miembro en comparación con los servicios similares o los proveedores de servicios similares de otro Miembro" (itálicas añadidas; se ha omitido la nota de pie de página).

6.94 Las resoluciones sobre las reclamaciones relativas a las cláusulas de trato nacional y trato NMF suponen por lo general un examen en dos etapas. A los fines del artículo XVII, es necesario examinar: i) si los servicios o los proveedores de servicios nacionales y extranjeros en cuestión son "similares" y ii) si los servicios o los proveedores de servicios originarios de la parte reclamante son tratados de modo menos favorable que los de origen nacional. A los fines del artículo II, es necesario examinar: i) si los servicios o los proveedores de servicios originarios de diferentes países extranjeros son "similares" y ii) si los servicios o los proveedores de servicios originarios de la parte reclamante están sometidos a un trato menos favorable que los originarios de otros Miembros.

6.95 En este contexto, recordamos que algunas cuestiones, como el origen de los servicios y los proveedores de servicios y la "similitud" de los servicios o los proveedores de servicios originarios de la parte reclamante y los originarios de la CE o de otro país tercero, según sea el caso, fueron resueltas en el asunto inicial y no tienen que ser abordadas por este Grupo Especial, convocado nuevamente. Observamos también que el Grupo Especial y el Órgano de Apelación -si bien con fundamentos jurídicos diferentes- constataron que la obligación de trato nacional y la obligación de trato NMF dimanantes del AGCS prohíben la discriminación *de jure* y *de facto*. Por consiguiente, a los fines de resolver sobre las reclamaciones que se nos han sometido, no necesitamos examinar si el concepto de discriminación *de facto* en el artículo II es similar o más estrecho que el concepto de discriminación *de facto* en el artículo XVII, y en particular en los párrafos 2 y 3 de ese artículo. Sólo necesitamos recordar que el Grupo Especial inicial, y también el Órgano de Apelación, constataron que el artículo II del AGCS también abarca la discriminación *de facto*: "[...] Por estos motivos, llegamos a la conclusión de que la expresión "trato no menos favorable" del párrafo 1 del artículo II del AGCS debe interpretarse de modo que incluya tanto la discriminación *de facto* como la discriminación *de jure* [...]"²⁰⁵ Por lo tanto, consideramos conveniente examinar conjuntamente la cuestión de si el procedimiento revisado de asignación de licencias concede o no un trato menos favorable en el sentido de los artículos II y XVII del AGCS a los servicios o los proveedores de servicios del Ecuador.

b) Las constataciones sobre los artículos II y XVII del AGCS en el asunto *Bananos III*

6.96 Recordamos nuestras constataciones con respecto a aspectos particulares del procedimiento de asignación de licencias que se aplicaban con arreglo al régimen anterior a las importaciones de terceros países y las importaciones no tradicionales ACP comprendidas en el contingente arancelario, en la medida en que son pertinentes a las reclamaciones sometidas a este Grupo Especial, es decir:

que la asignación a los operadores de la categoría B del 30 por ciento de los certificados que permiten la importación de plátanos de terceros países y no tradicionales ACP a los tipos de los derechos de aduana aplicables a las importaciones comprendidas en el contingente genera condiciones de competencia menos favorables para los proveedores de servicios similares originarios de los

²⁰⁵ Informe del Órgano de Apelación en *Bananos III*, párrafo 234.

reclamantes y es, por consiguiente, incompatible con las prescripciones de los artículos II y XVII del AGCS.²⁰⁶

que la asignación a los maduradores de un 28 por ciento de las licencias de las categorías A y B que permiten la importación de bananos de terceros países y de bananos no tradicionales ACP a unos tipos de derechos contingentarios crea unas condiciones de competir menos favorables que las existentes para los proveedores de servicios originarios de países reclamantes y, por lo tanto, es incompatible con las disposiciones del artículo XVII del AGCS.²⁰⁷

que la asignación de licencias huracán exclusivamente a operadores que abarcan o representan directamente a productores de la CE (o de países ACP) crea unas condiciones de competencia menos favorables para los proveedores de servicios similares originarios de países reclamantes y, por lo tanto, está en contradicción con las disposiciones del artículo XVII (o del artículo II) del AGCS.²⁰⁸

Estas constataciones fueron confirmadas por el Órgano de Apelación.

c) El régimen revisado de licencias de la CE

6.97 En virtud del régimen revisado de licencias de la CE, las licencias se asignan a los importadores sobre la base de sus cantidades de referencia. Estas cantidades de referencia se atribuyen a los "operadores tradicionales" (que se definen *infra*) en la medida en que puedan demostrar que importaron efectivamente bananos en el período 1994-1996. Más particularmente, el artículo 3 del Reglamento 2362/98 establece:

"[S]e entenderá por '*operador tradicional*' el agente económico establecido en la Comunidad durante el período que determina su cantidad de referencia [...] [que] [...] haya importado efectivamente durante un determinado período de referencia una cantidad mínima de plátanos originarios de terceros países o de países ACP con vistas a su posterior venta en el mercado comunitario. La cantidad mínima [...] será de 100 toneladas durante uno de los años del período de referencia [...] [o] [...] 20 toneladas cuando se trate exclusivamente de la importación de plátanos de longitud inferior o igual a 10 cm."

6.98 El artículo 5 del Reglamento 2362/98 establece lo siguiente:

"3. La importación efectiva se demostrará:

a) mediante la presentación de una *copia de los certificados de importación utilizados por el titular del certificado* o por el *cesionario*, en caso de que haya habido una cesión [...] para el despacho a libre práctica de las cantidades indicadas, debidamente imputadas por las autoridades competentes; y

b) mediante la presentación de la *prueba del pago de los derechos de aduana* aplicables el día del cumplimiento de los trámites aduaneros de importación, pago

²⁰⁶ Informes del Grupo Especial en *Bananos III*, párrafos 7.341 y 7.353.

²⁰⁷ Informes del Grupo Especial en *Bananos III*, párrafo 7.368.

²⁰⁸ Informes del Grupo Especial en *Bananos III*, párrafo 7.393 (y párrafo 7.397).

que se efectuará bien *directamente* a las autoridades competentes, bien por intermedio de un *agente o representante de aduanas*.

El operador que presente la *prueba de haber pagado los derechos de aduana* aplicables en el momento del despacho a libre práctica de una cantidad concreta de *plátanos*, bien directamente a las autoridades competentes, bien por mediación de un agente o representante de aduanas, *sin ser el titular o el cesionario del certificado de importación correspondiente [...] se considerará autor de la importación efectiva de dicha cantidad, si ha sido registrado en un Estado miembro en aplicación del Reglamento (CEE) N° 1442/93 o si cumple las condiciones previstas por el presente Reglamento para el registro como operador tradicional*. Los agentes o representantes de aduanas no podrán invocar la aplicación del presente párrafo" (itálicas añadidas).

6.99 El artículo 31 del Reglamento 2362/98 deroga los Reglamentos 1442/93 y 478/95, que constituían la base del régimen de licencias anterior. Observamos, no obstante, que de conformidad con el párrafo 3) del artículo 5 del Reglamento 2362/98, los operadores registrados con arreglo al Reglamento 1442/93 pueden adquirir la condición de "operadores tradicionales" de conformidad con el procedimiento revisado para la concesión de licencias.

d) Los requisitos de los artículos XVII y II del AGCS

6.100 Al analizar el régimen de licencias revisado de la CE en el contexto del artículo XVII del AGCS, recordamos que en nuestra decisión en el asunto *Bananos III* señalamos que:

"Para determinar la existencia de una infracción de la obligación de trato nacional que prescribe el artículo XVII, es necesario demostrar tres puntos: i) que la CE ha asumido un compromiso en un sector y un modo de suministro pertinentes; ii) que la CE ha adoptado o aplicado una medida que afecta al suministro de servicios en ese sector y/o modo de suministro; y iii) que la medida otorga a los proveedores de servicios de cualquier otro Miembro un trato menos favorable que el que dispensa a los proveedores de servicios similares de la propia CE."²⁰⁹

En cuanto a los dos primeros puntos, constatamos que quedaron demostrados en el asunto *Bananos III* y que no se plantean aquí.

6.101 Con respecto al tercer punto, hemos señalado que había cuatro cuestiones preliminares que debían abordarse. Esas cuestiones eran: "i) la definición de la presencia comercial y de los proveedores de servicios; ii) si los operadores en el sentido de los reglamentos de la CE sobre el banano son proveedores de servicios de conformidad con el AGCS; iii) la definición de servicios en el ámbito de los compromisos de la CE; y iv) en qué medida los servicios y proveedores de servicios de origen diferente son similares".²¹⁰ Estas cuestiones no se plantean en este asunto, salvo la cuestión iii), que hemos estudiado más arriba.

6.102 Para analizar el régimen de licencias revisado de la CE desde el punto de vista del artículo II del AGCS, recordamos también nuestra decisión en el asunto *Bananos III*, en la que declaramos lo siguiente:

²⁰⁹ Informe del Grupo Especial sobre el asunto *Bananos III*, párrafo 7.314.

²¹⁰ Informe del Grupo Especial sobre el asunto *Bananos III*, párrafo 7.317.

"Al basar la reclamación en el artículo II, constatamos que debe demostrarse la existencia de dos elementos con el fin de establecer la violación de la cláusula NMF del AGCS: i) que la CE ha tomado o aplicado una medida comprendida en el AGCS; ii) que esa medida de la CE concede a los servicios o a los proveedores de servicios originarios de los países reclamantes un trato menos favorable que el que otorga a servicios o proveedores de servicios similares de cualquier otro país."²¹¹

6.103 En cuanto al primer elemento, ya hemos determinado en la diferencia inicial que los procedimientos de la CE para la concesión de licencias de importación de bananos son medidas que afectan al comercio de servicios.²¹² Recordamos también nuestro análisis de la inexistencia de exenciones NMF en la lista de la CE de exenciones al artículo II que serían de importancia para los efectos de las reclamaciones que se nos han sometido.²¹³

6.104 Ahora debemos determinar, en lo que respecta al artículo XVII, si, al aplicar su régimen de licencias revisado, la CE concede un trato menos favorable a los servicios y proveedores de servicios ecuatorianos que el que concede a sus propios servicios y proveedores de servicios similares. En lo que respecta al artículo II, debemos determinar también si, en virtud del régimen revisado, se concede un trato menos favorable a los servicios y proveedores de servicios ecuatorianos que a los servicios y proveedores de servicios de otros Miembros. Recordamos en este contexto la consideración que hemos expresado anteriormente (véase el párrafo 6.95) en el sentido de que estimamos apropiado examinar conjuntamente si el régimen revisado de la CE concede un trato menos favorable, tanto en el sentido del artículo II como en el del artículo XVII, a los servicios o proveedores de servicios ecuatorianos. La cuestión decisiva respecto de estas alegaciones contra el procedimiento revisado de licencias de la CE es si la asignación de licencias basada en el criterio del "*pago efectivo*" de los derechos aduaneros por parte de los "*operadores tradicionales*" en el régimen revisado es una prolongación de la asignación de licencias basada en los aspectos del sistema de concesión de licencias anterior que se consideró incompatible con el AGCS en el asunto *Bananos III*.

6.105 Al plantear el examen de esta cuestión, no queremos decir que la CE tiene la obligación de remediar las discriminaciones del pasado. El párrafo 7 del artículo 3 del ESD establece 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". Este principio exige el cumplimiento *ex tunc* a partir del vencimiento del plazo razonable de cumplimiento de las recomendaciones y resoluciones adoptadas por el OSD. Si resolviéramos que la asignación de licencias a los proveedores de servicios originarios de terceros países se debían "corregir" para los años 1994 a 1996, crearíamos un efecto retroactivo de medidas correctivas *ex tunc*. Sin embargo, en nuestra opinión, lo que se exige a la CE es que ponga fin a las pautas discriminatorias en la asignación de licencias con efecto *prospectivo* a partir del comienzo del año 1999.

6.106 Al comienzo de nuestro análisis, observamos que el Ecuador no alega que el nuevo régimen de la CE sea discriminatorio *de jure*. La cuestión, como ocurrió en el asunto *Bananos III*, es si es discriminatorio *de facto* de manera incompatible con los artículos XVII y II del AGCS. Recordamos a este respecto que, de conformidad con el párrafo 2 del artículo XVII, todo Miembro podrá otorgar a los servicios y a los proveedores de servicios extranjeros un trato no menos favorable, otorgando un trato formalmente idéntico o formalmente diferente al que dispense a sus propios proveedores de servicios similares. Además, de conformidad con el párrafo 3 del artículo XVII, se considerará que

²¹¹ Informe del Grupo Especial sobre el asunto *Bananos III*, párrafo 7.344.

²¹² Informe del Grupo Especial sobre el asunto *Bananos III*, párrafos 7.277 y siguientes.

²¹³ Informe del Grupo Especial sobre el asunto *Bananos III*, párrafo 7.298.

un trato formalmente idéntico es menos favorable si modifica desfavorablemente las condiciones de competencia de los servicios o los proveedores de servicios de otros Miembros. Recordamos también las constataciones del Grupo Especial y del Órgano de Apelación en la diferencia original, en el sentido de que la cláusula NMF del AGCS incluye la prohibición de la discriminación *de jure* y también de la discriminación *de facto*.

e) Argumentos de las partes

i) *Ecuador*

6.107 El Ecuador argumenta que la discriminación de hecho existente en el anterior régimen de licencias de la CE subsiste a causa de los criterios elegidos por la CE para asignar las licencias. Al basar la asignación de las licencias en el criterio del "importador efectivo", la CE hace que los proveedores de servicios predominantemente CE/ACP a los que se expedían licencias de la categoría B, licencias de madurador y licencias huracán en el régimen anterior conserven el derecho a la mayoría de esas licencias en el nuevo régimen. El Ecuador argumenta que con el nuevo régimen cabe suponer, en general, que los operadores que no sean CE/ACP recibirán solamente el 44,6 por ciento de las licencias que deberían recibir.²¹⁴

6.108 El Ecuador presenta unas estadísticas sobre las exportaciones y las asignaciones de licencias a las diferentes empresas con arreglo al régimen anterior y al régimen revisado. En esencia, esas estadísticas muestran que Noboa, el principal proveedor de servicios ecuatoriano, puede reivindicar unas cantidades de referencia para la asignación de licencias en 1999 de aproximadamente sólo la mitad de las exportaciones que ha realizado efectivamente a la CE con anterioridad.

6.109 La posición del Ecuador es que esas estadísticas demuestran que sus proveedores de servicios al por mayor se enfrentan a unas condiciones de competencia menos favorables que los proveedores CE/ACP, porque no pueden obtener licencias para importar sus bananos en condiciones tan favorables como los proveedores CE/ACP que con el régimen revisado continúan beneficiándose del mantenimiento de las consecuencias de los criterios incompatibles con el AGCS que se aplicaban con el régimen anterior para la asignación de licencias. En particular, tomamos nota a este respecto de la opinión del Ecuador de que es de suponer que ocurra así porque los proveedores de servicios ecuatorianos se vieron forzados a concertar disposiciones contractuales desfavorables con los titulares iniciales de licencias con arreglo al régimen anterior. Conforme a muchas de esas disposiciones contractuales, según el Ecuador, los titulares originales de licencias, efectuasen o no materialmente la importación, pueden demostrar que pagaron los derechos de aduana, lo que los convierte en "importadores efectivos" para los efectos de la asignación de licencias con el régimen revisado. Tales disposiciones contractuales continúan con el régimen revisado. En consecuencia, el Ecuador alega que sus proveedores de servicios al por mayor están sometidos a un trato menos favorable que los proveedores de tales servicios de origen CE/ACP.

²¹⁴ Al hacer estimaciones para los proveedores de servicios de países terceros en su totalidad, el Ecuador afirma que, con el régimen anterior, los importadores primarios de la categoría A obtenían el 37,905 por ciento de las cantidades de referencia del anterior régimen (es decir, el 57 por ciento del 66,5 por ciento). Con respecto a los responsables del despacho de aduana, el Ecuador supone que dos tercios de ellos eran originarios de países terceros no ACP, mientras que un tercio era originario de países CE/ACP. Por consiguiente, el 6,65 por ciento de las cantidades de referencia para el despacho de aduana (es decir, el 10 por ciento del 66,5 por ciento) se destinaban a operadores de países terceros. Esto hace que, en conjunto, los derechos a licencia sean del 44,6 por ciento de las cantidades físicamente importadas en el caso de los operadores de países terceros no ACP con arreglo al anterior régimen.

ii) Comunidades Europeas

6.110 La CE alega inicialmente que los hechos en los que basó sus conclusiones el Grupo Especial original habían cambiado tanto en 1994-1996 que dicho Grupo Especial no habría formulado las mismas constataciones si hubiera tenido a su disposición los hechos de 1994-1996.

6.111 Con respecto a los principales operadores de terceros países (por ejemplo, Chiquita, Dole, Del Monte y Noboa), la CE sostiene que las asignaciones de licencias para la importación de bananos de terceros países y bananos no tradicionales ACP a esos operadores aumentaron un 35 por ciento entre 1994, con arreglo al régimen anterior, y 1999, con arreglo al régimen revisado.²¹⁵ Según la CE, esto se debió a dos razones: las inversiones y las transferencias de licencias.

6.112 En primer lugar, se registraron inversiones de operadores de terceros países en operadores CE/ACP. La CE menciona inversiones en Compagnie Fruitière y CDB/Durand por parte de Dole y Chiquita, respectivamente, y concluyen que las cantidades de referencia basadas en operaciones CE/ACP correspondientes a los principales operadores de terceros países se duplicaron entre 1993 y 1996.²¹⁶ La CE señala asimismo que el Grupo Especial original constató que no había una discriminación *de jure* basada en el origen del operador, con respecto al acceso a la actividad de maduración, que daría derecho a los operadores a obtener licencias y, por tanto, a obtener rentas contingentarias con arreglo al régimen anterior. No obstante, el Grupo Especial original había constatado que había *de facto* condiciones de competencia menos favorables para los proveedores de servicios al por mayor de terceros países porque en la CE la propiedad o el control de las empresas maduradoras eran predominantemente comunitarios²¹⁷ y, por tanto, las asignaciones de licencias y las rentas contingentarias beneficiaban en gran medida a los proveedores de servicios comunitarios. Ante este Grupo Especial, la CE hace hincapié en que, según las estadísticas de 1994 a 1996, tres de los cuatro principales maduradores no son actualmente de propiedad comunitaria, y ellos representan aproximadamente el 20 por ciento del total de la capacidad de maduración de la CE.

6.113 La segunda razón por la cual las asignaciones de licencias a operadores de terceros países han aumentado es que se han producido transferencias de licencias en condiciones que hacen posible que esos operadores invoquen cantidades de referencia con arreglo al régimen revisado. En opinión de la CE, esto podría explicar por qué se ha producido una disminución del número de operadores que reciben licencias. Según la CE, con arreglo al régimen anterior se habían registrado 1.568 operadores de las categorías A y B, mientras que con arreglo al régimen revisado el número de operadores tradicionales se ha reducido a 629. A juicio de la CE, esto demuestra que los operadores principalmente comunitarios que habían recibido licencias en el pasado sin haber realizado efectivamente importaciones habían quedado *ipso facto* excluidos de la asignación de licencias por la introducción del régimen revisado, es decir, principalmente maduradores y organizaciones de productores de la CE.

²¹⁵ La CE alega asimismo que las asignaciones de licencias a esos principales operadores de terceros países fueron las siguientes: 1994: 598.857 toneladas; 1995: 651.266 toneladas; 1996: 726.782 toneladas; modificaciones: 1994-1995: 8,8 por ciento; 1995-1996: 11,6 por ciento; 1994-1996: 21,4 por ciento.

²¹⁶ Cifras de la CE: 1989: 21.305 (cantidades de referencia en toneladas); 1990: 30.514; 1991: 45.532; 1992: 72.592; 1993: 132.614; 1994: 267.511; 1995: 276.804; 1996: 272.822.

²¹⁷ En la diferencia original, el Grupo Especial llegó a esta conclusión sobre la base de que el promedio del volumen estimado de maduración realizado por empresas maduradoras comunitarias era, según los reclamantes, del 83,7 por ciento del volumen total de maduración en la CE. La CE afirmó que entre el 20 y el 26 por ciento de la capacidad de maduración en la CE era de propiedad extranjera, es decir, principalmente Chiquita, Dole y Del Monte. Informes del Grupo Especial en el asunto *Bananos III*, nota de pie de página 514.

6.114 En respuesta al argumento del Ecuador en el sentido de que con el nuevo régimen continúan los efectos de la asignación de licencias del antiguo régimen, dado que los operadores que no son de la CE obtienen solamente el 44,6 por ciento de las licencias que deberían obtener, la CE argumenta que la cifra "básica" correcta es del 50,35 por ciento si se introducen ciertos ajustes.²¹⁸ Posteriormente, la CE aumenta la cifra básica en un 35 por ciento (véase el párrafo 6.111) y llega a la conclusión de que los operadores no comunitarios obtienen actualmente alrededor del 68 por ciento de las asignaciones de licencias. Como el 8 por ciento de las asignaciones se destina a recién llegados, sólo el 24 por ciento corresponde a proveedores de servicios CE/ACP. La CE sugiere que las licencias se han asignado legítimamente a proveedores de servicios CE/ACP con arreglo al régimen revisado porque esos operadores importaron efectivamente bananos latinoamericanos.

6.115 La CE formula también otros tres argumentos de carácter general. En primer lugar, insiste en que el AGCS no garantiza determinadas cuotas de mercado a lo largo del tiempo, es decir, que no existen disposiciones sobre derechos de anterioridad. En segundo lugar, la CE alega que tiene derecho a elegir las "importaciones efectivas" como base para la asignación de licencias. En particular, la CE menciona el párrafo 5 j) del artículo 3 del Acuerdo sobre Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación²¹⁹, con arreglo al cual se debe tener en cuenta la "utilización íntegra de las licencias" como criterio para las asignaciones futuras. En opinión de la CE, el único modo objetivo y no cuestionable de demostrar la importación "efectiva" es el pago de los derechos, sea directamente o por intermedio de un agente de aduanas, mediante el pago de honorarios o en virtud de un contrato, es decir, el sistema aplicado en el Reglamento 2362/98. Tercero, la CE argumenta que el hecho de que Noboa exporte a la CE más de lo que importa a la CE significa que es primordialmente exportador y no importador y que las dos actividades comerciales son diferentes.

f) Análisis de la reclamación hecha por el Grupo Especial

6.116 Para analizar si el nuevo régimen de la CE es de hecho discriminatorio, consideraremos primero los tres argumentos generales de la CE expuestos en el párrafo anterior y después evaluaremos las pruebas presentadas por las partes sobre las asignaciones efectivas de licencias y consideraremos su importancia para los efectos de las alegaciones del Ecuador. Luego estudiaremos la estructura del régimen y la medida en que éste se basa en el régimen anterior o en que está

²¹⁸ La CE acepta las cifras del Ecuador relativas a la importación primaria y al despacho de aduana, pero calcula de nuevo las cifras dadas por el Ecuador sobre la distribución de las cantidades de referencia para actividades de maduración como sigue. Para desglosar las actividades de maduración según que su origen sea de países terceros o CE/ACP, se subdividieron las actividades de maduración de los operadores de las categorías A y B utilizando una proporción del 78,5 por ciento para los operadores CE/ACP y del 21,5 por ciento para los operadores de países terceros no ACP. El resultado correspondiente a los operadores de la categoría A es el 4 por ciento para los operadores de países terceros y el 14,6 por ciento para los operadores CE/ACP dentro del 18,6 por ciento que representa la asignación de licencias para actividades de maduración de la categoría A (es decir, el 28 por ciento del 66,5 por ciento). En cuanto a los operadores de la categoría B, el resultado es el 1,8 por ciento para los operadores de países terceros y el 6,6 por ciento para los operadores CE/ACP dentro del 8,4 por ciento que representa la asignación de licencias para actividades de maduración de la categoría B (es decir, el 28 por ciento del 30 por ciento). En consecuencia, al calcular la parte total de las cantidades de referencia correspondiente a los mayoristas de países terceros no ACP, la CE añade el 4 por ciento y el 1,8 por ciento para las actividades de maduración efectuadas por operadores de las categorías A y B originarios de países terceros no ACP a las estimaciones hechas por el Ecuador del 37,9 por ciento y del 6,65 por ciento, de forma que la estimación global de la parte de los derechos a licencia correspondiente a los operadores de países terceros no ACP aumenta de la estimación hecha por el Ecuador del 44,6 por ciento a la estimación hecha por la CE del 50,35 por ciento.

²¹⁹ El párrafo 5 j) del artículo 3 del Acuerdo sobre Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación dispone que: "[...] deberá tenerse en cuenta si, durante un período representativo reciente, los solicitantes han utilizado en su integridad las licencias anteriormente obtenidas."

relacionado con el régimen anterior, que en el asunto *Bananos III* se constató que es incompatible con los artículos XVII y II.

i) *Argumentos generales de la CE*

6.117 En cuanto al argumento de la CE de que en el AGCS no hay derechos basados en la anterioridad y de que no hay garantías de cuotas de mercado, estamos de acuerdo en ello, pero eso no descarta la posibilidad de que se constate que las condiciones de competencia son de hecho menos favorables y se mantienen infringiendo las normas del AGCS.

6.118 En cuanto al derecho, reivindicado por la CE, a utilizar las "importaciones efectivas" como base para la asignación de las licencias, estamos también de acuerdo en que la CE puede basarse en la práctica anterior para asignar las licencias. Sin embargo, observamos que la disposición del Acuerdo sobre Licencias de Importación en el sentido de que "deberá tenerse en cuenta" si se han utilizado en su integridad las licencias no descarta la posibilidad de que la elección de la forma de hacerlo pueda verse limitada cuando se ha constatado con anterioridad que había una discriminación de hecho y cuando el basarse en la utilización de las licencias puede hacer que se prolonguen los resultados de una infracción de las normas del AGCS. El hecho de que las licencias se puedan asignar en función de los resultados obtenidos anteriormente, método que es una opción y que no está impuesto por el Acuerdo sobre Licencias de Importación, no justificaría tal infracción. En otras palabras, el hecho de que los Miembros tengan normalmente libertad para asignar las licencias basándose en la utilización de éstas hecha anteriormente no significa que tengan libertad para hacerlo prescindiendo de las obligaciones que les impone el AGCS. Además, señalamos que la prueba de que se han pagado los derechos de aduana, directamente o por conducto de un representante o de un agente de aduanas, no demuestra necesariamente que la licencia haya sido utilizada por un operador determinado.

6.119 En cuanto al argumento de la CE en el sentido de que Noboa es principalmente exportador y no importador, observamos que Noboa es un proveedor de servicios ecuatoriano comercialmente presente en la CE que presta servicios al por mayor con respecto a los bananos. En consecuencia, a los efectos de este asunto es indiferente que Noboa sea primordialmente exportador o importador. A nuestro juicio, lo que importa, a los efectos de los artículos XVII y II, es si Noboa se ha visto negativamente afectado en las condiciones en que compite como proveedor de servicios al por mayor en el régimen revisado por el hecho de que las licencias de importación se asignen basándose en el período de referencia 1994-1996, en el que se aplicaban unos criterios de asignación incompatibles con el AGCS.

ii) *Asignación de licencias con arreglo al régimen revisado*

6.120 Al examinar las pruebas presentadas sobre la asignación de licencias con el régimen revisado, observamos que nuestras constataciones iniciales se basaban en los hechos que se conocían en aquel momento. En nuestras constataciones preveíamos explícitamente que uno de los efectos del régimen anterior sería alentar a los proveedores de servicios no pertenecientes a países de la CE ni a países ACP a invertir en la producción y comercialización de bananos CE/ACP y a adquirir licencias de proveedores de servicios CE/ACP. Aunque se preveían estos efectos, nuestras constataciones se basaban en el hecho de que el anterior régimen de la CE modificaba las condiciones de la competencia infringiendo el artículo XVII y el artículo II.²²⁰

6.121 En cuanto a Noboa, observamos que las partes están generalmente de acuerdo en lo que se refiere a las pruebas concernientes al nivel de las exportaciones de Noboa y de las asignaciones de

²²⁰ Informe del Grupo Especial sobre el asunto *Bananos III*, párrafos 7.341, 7.353, 7.368, 7.393 y 7.397.

licencias a Noboa. La CE impugna el argumento del Ecuador de que sus proveedores de servicios tuvieron que concertar disposiciones contractuales desfavorables. Señala que un ejemplo de tal contrato citado por el Ecuador era una propuesta de contrato, pero no un contrato efectivo. Ahora bien, en general no nos convence este argumento de la CE, ya que existen pruebas de tales disposiciones contractuales, aunque no esté claro hasta qué punto se utilizan. Los datos sobre la asignación de licencias para 1999 apoyan la afirmación del Ecuador de que en general Noboa no obtuvo licencias de importación de manera tal que pudiera reivindicar unas cantidades de referencia con arreglo al régimen revisado para sus intereses de exportación.

6.122 En lo que concierne a las pruebas presentadas por la CE sobre el aumento de las licencias asignadas a proveedores no comunitarios como resultado de sus inversiones en operadores ACP, observamos que hay pruebas de terceras partes que plantean algunas cuestiones sobre si al menos una de tales inversiones era suficiente para hacer que esas empresas no estuvieran controladas por la CE para los efectos del AGCS.²²¹ Según el Camerún y Côte d'Ivoire, el 60 por ciento de la Compagnie Fruitière, que es el principal exportador en cada uno de esos países, continúa estando bajo el control de una familia francesa. A este respecto recordamos que, según el apartado n) del artículo XXVIII del AGCS, un proveedor de servicios que sea persona jurídica es originario de un Miembro de la OMC si más del 50 por ciento de su capital social es propiedad de personas naturales o jurídicas de ese Miembro o si está controlado por esas personas en el sentido de que éstas tienen la facultad de designar a la mayoría de sus directores. Además, con respecto a las inversiones en maduradores y en transferencias de licencias, observamos que las pruebas presentadas por la CE no eran completas, lo que significa que no estamos en condiciones de determinar hasta qué punto esos factores han hecho que las asignaciones de licencias cambien en comparación con el régimen anterior.

6.123 En cuanto al argumento de la CE de que con el régimen anterior había registrados 1.568 operadores de las categorías A y B pero que con el régimen revisado hay solamente 629 operadores tradicionales, observamos que la CE no incluyó información sobre la propiedad o el control de esos operadores tradicionales que subsisten. Por consiguiente, no estamos en condiciones de determinar si la disminución del número de operadores registrados tuvo repercusiones sobre las condiciones de competencia de los proveedores de servicios de países terceros no ACP.

6.124 Sin embargo, incluso si el alcance exacto no está claro, para nosotros es evidente que han aumentado las asignaciones de licencias a operadores no pertenecientes a la CE o a países ACP. De hecho, tal aumento estaría en consonancia con las consideraciones que hicimos en la diferencia inicial en el sentido de que el aumento de las licencias asignadas a proveedores de países terceros no ACP durante el período en que estuvo en vigor el régimen anterior podría ser resultado de las subvenciones cruzadas que indujeron a tales proveedores de servicios que anteriormente operaban en el segmento del mercado correspondiente a los países terceros no ACP a entrar en el segmento del mercado correspondiente a la CE y a los países ACP o a dedicarse a actividades de maduración y de despacho de aduana a fin de poder obtener licencias en el futuro.

6.125 En nuestra opinión, para los efectos de este asunto no es particularmente importante determinar exactamente hasta qué punto las licencias asignadas a Noboa o a proveedores de servicios al por mayor de otros países terceros aumentaron con el sistema revisado en comparación con el bajo

²²¹ Según el apartado n) del artículo XXVIII del AGCS, una persona jurídica:

- i) es "propiedad" de personas de un Miembro si estas personas tienen la plena propiedad de más de 50 por ciento de su capital social;
- ii) está "bajo el control" de personas de un Miembro si éstas tienen la facultad de designar a la mayoría de sus directores o de dirigir legalmente de otro modo sus operaciones.

nivel que tenían en el régimen anterior. El aumento indica solamente que el efecto de prolongación que tiene el régimen revisado es inferior al 100 por ciento. Las pruebas presentadas por el Ecuador muestran que Noboa, al tratar de prestar servicios comerciales al por mayor en la CE con respecto a parte de sus actividades ha de comprar o arrendar licencias a quienes tienen acceso a ellas pero no desean distribuir bananos en la CE con arreglo al régimen revisado o ha de concertar otras disposiciones contractuales con esas empresas. Dada la estructura del régimen anterior, esos titulares de licencias formarían parte del grupo de proveedores de servicios en favor de los cuales el anterior régimen de la CE alteró las condiciones de la competencia. Así pues, los proveedores de servicios de Noboa y de otros países terceros están en una situación de desventaja competitiva en la que no se encuentran igualmente los proveedores de servicios de los países de la CE o de los países ACP. Aunque no podemos determinar exactamente el alcance de esa prolongación de las consecuencias, parece que no es insignificante, particularmente en lo que se refiere a Noboa. Por consiguiente, un aumento, incluso si está dentro del orden de magnitud de las estimaciones de la CE, no puede considerarse como prueba de que las condiciones de competencia de los proveedores de países terceros no ACP no son menos favorables que las condiciones de los proveedores CE/ACP con arreglo al régimen revisado.

6.126 En consecuencia, llegamos a la conclusión de que los operadores de los países de la CE o de los países ACP que continúan obteniendo licencias con el régimen revisado siguen teniendo una posición competitivamente ventajosa en comparación con los operadores de países no pertenecientes a la CE, y de que esa ventaja se debe al mantenimiento de los efectos de los aspectos del régimen anterior que eran incompatibles con el AGCS. Tales operadores CE/ACP, incluso si comercian efectivamente en bananos latinoamericanos y no se limitan a vender o arrendar sus licencias, pueden competir en condiciones más favorables en el mercado para la distribución de bananos que sus competidores no pertenecientes a países de la CE porque las asignaciones de licencias se basan en el anterior régimen discriminatorio. De esta forma, el régimen revisado prolonga la discriminación de hecho del régimen anterior.

iii) *Estructura del régimen revisado*

6.127 También examinamos la estructura del régimen revisado porque el Órgano de Apelación ha señalado anteriormente, en el asunto *Japón - Bebidas alcohólicas*²²², que la "aplicación con fines de protección [de una medida] puede, la mayoría de las veces, discernirse a partir del diseño, la arquitectura y la estructura reveladora de la medida". Aunque el asunto *Japón - Bebidas alcohólicas* se refería a reclamaciones formuladas en el marco del GATT, creemos que ese enfoque puede también servir de orientación para analizar si existe una discriminación de hecho en el marco del AGCS.

6.128 Al examinar la estructura del Reglamento 2362/98, partimos de la proposición de que, si la CE se hubiera limitado en su nuevo régimen de concesión de licencias a disponer que las licencias se expedirán a las empresas a las que se habían expedido en el período 1994-1996, cuando estaban en vigor los aspectos del anterior procedimiento de asignación de licencias que en la diferencia inicial examinada por el Grupo Especial y por el Órgano de Apelación se constató que eran incompatibles con las normas de la OMC, habríamos constatado que tal régimen revisado no eliminaba las incompatibilidades con el AGCS existentes en el antiguo régimen, aunque se aplicasen normas técnicamente diferentes para la asignación de las licencias. En efecto, continuarían existiendo las condiciones de competencia menos favorables de los proveedores de servicios ecuatorianos (o de otros países). Ahora bien, el régimen revisado no se basa en la expedición de licencias entre 1994 y 1996, sino en la utilización de las licencias y en el pago de derechos de aduana durante ese período.

²²² Informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adoptado el 1º de noviembre de 1996, página 34.

Según el artículo 4 del Reglamento 2362/98, las cantidades de referencia para 1999 correspondientes a los "operadores tradicionales" en el régimen revisado se calculan basándose en la cantidad media de bananos efectivamente importados durante el período 1994-1996.

6.129 La elección de los años 1994 a 1996 como período de referencia se explica en el tercer párrafo del preámbulo del Reglamento 2362/98 como sigue:

"Considerando [...] que, para la aplicación del nuevo régimen en 1999, resulta apropiado, a la vista de los *conocimientos disponibles sobre la realidad de las importaciones realizadas*, determinar los derechos de los operadores tradicionales en función de las importaciones efectivas que hayan realizado durante el trienio 1994-1996 [...]" (se han añadido las *itálicas*).

En este contexto, observamos también que en el documento de trabajo de la Comisión "*Determination of Reference Quantities from 1995 Onwards*"²²³ se reconoce que si las licencias se asignasen basándose en el "método de la utilización de las licencias" se mantendría "la misma estructura de asignación de licencias entre los diferentes tipos de operadores que se observa en la actualidad" y se fosilizaría la asignación de licencias en su forma actual. "Los comerciantes no podrían obtener un mayor contingente ampliando su negocio; la única forma de hacerlo sería comprar licencias a otro operador o absorber otra empresa."²²⁴

6.130 Reconocemos, no obstante, que no hay un efecto de prolongación de las consecuencias cuando los proveedores de servicios ecuatorianos concertaron disposiciones contractuales con los titulares iniciales de licencias en condiciones en que pudieron presentar pruebas del pago efectivo de los derechos de aduana y de la utilización de las licencias. En cambio, cuando las disposiciones contractuales concertadas entre los titulares iniciales de licencias y los proveedores de servicios ecuatorianos (por ejemplo, disposiciones de recompra de licencias o de puesta en común de licencias), no les permiten demostrar el pago efectivo de los derechos de aduana ni la utilización de las licencias durante el período de referencia 1994-1996, esos proveedores de servicios no pueden reivindicar unas cantidades de referencia como "operadores tradicionales" para la asignación de licencias a partir de 1999.

6.131 En ese último caso, el régimen revisado de concesión de licencias facilita la continuación de las modalidades anteriores de asignación de licencias basadas en elementos incompatibles con las normas de la OMC. En particular, por ejemplo cuando los anteriores operadores de la categoría B y/o los maduradores pueden demostrar que utilizaron las licencias y que pagaron los derechos de aduana correspondientes a las importaciones efectuadas con tales licencias durante el período 1994-1996, esos operadores pueden reivindicar cantidades de referencia para 1999 con arreglo al régimen revisado, independientemente de que hicieran efectivamente las importaciones.

6.132 En conclusión, como resultado de nuestro examen de la estructura del régimen revisado, observamos que las asignaciones de licencias con arreglo al régimen revisado se basan en la

²²³ Prueba documental 15 presentada por el Ecuador en su primera comunicación al Grupo Especial en la diferencia original de 9 de julio de 1996, a la que se hizo referencia de nuevo en la primera comunicación presentada por el Ecuador al Grupo Especial reconvocado de 2 de febrero de 1999.

²²⁴ Documento de trabajo de la Comisión "*Determination of Reference Quantities from 1995 Onwards*", de 6 de octubre de 1993. En el documento se señala asimismo que "Evidentemente, el método de la utilización de las licencias sólo puede emplearse para los años en que funcionaba la organización del mercado común. Así pues, si se decide adoptar este método, habría tres años (1995 a 1997) en los que habría que aplicar ambos métodos [es decir, el método de la utilización de las licencias y el método de las categorías de operadores/funciones] [...]" (se han añadido las *itálicas*).

utilización de las licencias (y en el pago de los derechos de aduana), lo que, según el mencionado documento de la Comisión, es probable que haga que las anteriores asignaciones de licencias se fosilicen o mantengan las mismas modalidades. Observamos también que el período tomado como base (1994-1996) es un período en el que, según se constató en el asunto *Bananos III*, las normas relativas a la asignación de las licencias eran en ciertos aspectos incompatibles con las normas de la OMC. A primera vista, la elección del período de referencia 1994-1996, unida a los criterios de la utilización de las licencias y del pago efectivo de los aranceles, parece que es probable que continúen, al menos en parte, las condiciones de competencia menos favorables en que se constató que operaban los proveedores extranjeros de servicios con arreglo al anterior régimen de licencias. Por consiguiente, en nuestra opinión, el sistema revisado de asignación de licencias de la CE, que refleja la utilización de las licencias en el período 1994-1996, presenta una estructura que es de hecho discriminatoria. Esto, aunque en sí mismo no es suficiente para constatar que el nuevo régimen es incompatible con los artículos XVII y II, informa útilmente nuestro análisis.

iv) *Evaluación global*

6.133 A la vista de todas estas consideraciones, llegamos a la conclusión de que el Ecuador ha establecido una presunción²²⁵ en el sentido de que el sistema revisado de asignación de licencias hace que se prolongue, al menos en parte, el trato menos favorable, en el sentido de los artículos II y XVII, dispensado a los proveedores de servicios al por mayor de origen ecuatoriano. El Ecuador ha demostrado también que sus proveedores de servicios no tienen oportunidades de obtener licencias de importación en condiciones iguales a aquellas de que disfrutaban los proveedores de servicios de origen CE/ACP con arreglo al régimen revisado, que se han mantenido del régimen anterior. Por consiguiente, incumbía a la CE presentar pruebas suficientes para refutar esa presunción. A la vista de nuestra evaluación de los argumentos fácticos y jurídicos aducidos, llegamos a la conclusión de que la CE no ha conseguido presentar tales pruebas. Este resultado es coherente con nuestra conclusión de que el sistema revisado de asignación de licencias que refleja la utilización de las licencias y el pago de derechos de aduana durante el período 1994-1996 presenta una estructura que es de hecho discriminatoria.

6.134 En consecuencia, constatamos que, con arreglo al régimen revisado, los proveedores ecuatorianos de servicios al por mayor reciben un trato que de hecho es menos favorable que el que reciben los proveedores CE/ACP de esos servicios, con infracción de los artículos II y XVII del AGCS.

g) *Asignación de licencias por el sistema de la adición de las cantidades*

6.135 En el Reglamento 1637/98 se introdujo un sistema de asignación de licencias por el sistema de la adición de las cantidades, con arreglo al cual las cantidades de referencia que se solicita que se imputen al contingente arancelario de 2.553.000 toneladas se suman a aquellas que se pide que se imputen a la cantidad de 857.700 toneladas reservada para las importaciones tradicionales ACP. Así pues, con arreglo al sistema revisado, los operadores tradicionales pueden utilizar las cantidades de referencia basadas en sus importaciones anteriores de bananos tradicionales ACP para solicitar licencias de importación de bananos de terceros países, y viceversa.

²²⁵ "[...] la carga de la prueba incumbe a la parte, sea el demandante o el demandado, que afirma una determinada reclamación o defensa. Si esa parte presenta pruebas suficientes para fundar la presunción de que su reclamación es legítima, la carga de la prueba se desplaza a la otra parte, que deberá aportar pruebas suficientes para refutar la presunción." Informe del Órgano de Apelación que estudió el asunto *Estados Unidos - Medida que afecta a las importaciones de camisas y blusas de tejidos de lana procedentes de la India*, adoptado el 23 de mayo de 1997, WT/DS33/AB/R, página 16.

6.136 El Ecuador alega que este sistema de la adición de las cantidades para el cálculo de las cantidades de referencia hace que se agrave la prolongación de la discriminación de hecho existente en el régimen anterior y erosiona aún más la asignación de licencias a los proveedores de servicios ecuatorianos. Específicamente, el Ecuador afirma que menos del 60 por ciento de las solicitudes de licencia presentadas por Noboa y por sus filiales fueron atendidas en los procedimientos trimestrales de asignación de licencias a causa de la sobresuscripción y de la aplicación de coeficientes de reducción con respecto a las asignaciones por países para el Ecuador. A juicio del Ecuador, estos resultados se deben a que con el régimen revisado las licencias se asignan por el sistema de la adición de las cantidades.

6.137 La CE sostiene que, cumpliendo las decisiones del OSD, ha suprimido los diferentes procedimientos de concesión de licencias establecidos en el régimen anterior para las importaciones tradicionales ACP, por una parte, y para las importaciones de países terceros y las importaciones no tradicionales ACP, por otra. Ha introducido un único régimen de concesión de licencias para las importaciones de bananos procedentes de todas las fuentes de suministro y ha creado una rúbrica común para el cálculo de las cantidades de referencia con arreglo al régimen revisado. La CE subraya que no se pueden proteger los derechos de anterioridad en lo que se refiere a las licencias, especialmente en el período de transición del régimen anterior al régimen revisado.

6.138 Tomamos nota de los resultados de los procedimientos trimestrales de dos rondas para la asignación de licencias en los trimestres primero y segundo de 1999. Como las solicitudes excedían de las cantidades disponibles con arreglo a las licencias durante la primera ronda de los procedimientos para la asignación de licencias durante el primer trimestre de 1999²²⁶, se aplicaron unos coeficientes de reducción de 0,5793, 0,6740 y 0,7080 a las solicitudes de licencias para efectuar importaciones de Colombia, Costa Rica y el Ecuador, respectivamente. Aunque las cantidades de 77.536.711 toneladas y de 41.473.846 toneladas autorizadas por licencias para las importaciones procedentes de Panamá y de "otros" países (es decir, los países terceros que no tienen un interés sustancial y los países proveedores no tradicionales ACP) se transfirieron a la segunda ronda, esas cantidades se agotaron en la segunda ronda, en la que se aplicaron unos coeficientes de reducción de 0,9701 y 0,7198 a las solicitudes de licencias para efectuar importaciones de Panamá y de "otros" países, respectivamente.²²⁷ En la primera ronda no se solicitaron unas cantidades de 148.128.046 toneladas autorizadas por licencias para las importaciones tradicionales ACP, y al parecer esas cantidades tampoco se agotaron en la segunda ronda. En la primera ronda del procedimiento de asignación de licencias para el segundo trimestre de 1999²²⁸ se aplicaron unos coeficientes de reducción de 0,5403, 0,6743 y 0,5934 a las solicitudes de licencias para efectuar importaciones de Colombia, Costa Rica y el Ecuador, respectivamente. Sin embargo, hubo unas cantidades de 120.626.234 toneladas y de 7.934.461 toneladas autorizadas por licencias para efectuar importaciones de Panamá y de otros países terceros y fuentes no tradicionales ACP, respectivamente, que se transfirieron a la segunda ronda del procedimiento de asignación de licencias para el segundo trimestre de 1999.

6.139 Las partes convienen en que la solución basada en la adición de las cantidades no es discriminatoria *de jure*. Estamos de acuerdo en ello. Cabe suponer que la adición de, por una parte, las cantidades de referencia que se solicita que se imputen al contingente arancelario de 2.553.000 toneladas y, por otra, la cantidad de 857.700 toneladas reservada para las importaciones

²²⁶ Reglamento (CE) N° 2806/98, de 23 de diciembre de 1998, D.O. L 349/32, de 24 de diciembre de 1998.

²²⁷ Reglamento (CE) N° 102/99, de 15 de enero de 1999, D.O. L 11/16, de 16 de enero de 1999.

²²⁸ Reglamento (CE) N° 608/99, de 19 de marzo de 1999, D.O. L 75/18, de 20 de marzo de 1999.

tradicionales ACP en un único régimen de condición de licencias hará que se intensifique la competencia entre los operadores que solicitan licencias en los procedimientos trimestrales de asignación. Como es más rentable comercializar bananos latinoamericanos que bananos ACP, es evidente que los operadores que tratan de maximizar sus beneficios tienen un incentivo para recurrir primero, en los procedimientos trimestrales de asignación de licencias, a las fuentes de abastecimiento latinoamericanas cuyo costo es bajo. Confirma este efecto obvio el hecho de que, en los dos primeros procedimientos trimestrales de asignación de licencias con arreglo al régimen revisado, las solicitudes excedieron de las licencias disponibles en el caso de la mayoría de las fuentes latinoamericanas (es decir, las asignaciones por países correspondientes al Ecuador, Colombia y Costa Rica, proveedores que tienen un interés sustancial) en la primera ronda, y las licencias de importación restantes para América Latina (es decir, Panamá y "otros" proveedores que no tienen un interés sustancial) se agotaron en la segunda ronda. Sin embargo, las solicitudes de licencias de importación dentro de la cantidad de 857.700 toneladas reservada para los proveedores tradicionales ACP se hicieron generalmente en la segunda ronda, y esa cantidad no se agotó.

6.140 Examinamos seguidamente si los efectos discriminatorios de hecho que se afirma que tiene la agrupación de las licencias de países terceros y de las licencias tradicionales ACP en una rúbrica común se debe a que con arreglo al régimen revisado las cantidades de referencia se calculan basándose en el período 1994-1996, en el que se aplicaban unos criterios de asignación que se constató que eran incompatibles con el AGCS. Recordamos que en el régimen anterior había dos procedimientos distintos para la concesión de licencias, por una parte para las importaciones tradicionales ACP y por otra para las importaciones de países terceros y para las importaciones no tradicionales ACP. Con este último régimen de concesión de licencias, se asignaban a los operadores de la categoría B, basándose en las cantidades de referencia para la comercialización de bananos tradicionales ACP o de bananos CE, el 30 por ciento de las licencias necesarias para la importación de bananos de terceros países y de bananos no tradicionales ACP reservadas para esos operadores de la categoría B *además* del derecho a continuar importando bananos tradicionales ACP. Análogamente, a los maduradores se les asignaba el 28 por ciento de las licencias de importación de países terceros. En el régimen revisado y único de concesión de licencias no hay ninguna reserva similar de cantidades incluidas en las licencias para los anteriores operadores de la categoría B o para los maduradores.

6.141 No obstante, los antiguos operadores de la categoría B y los maduradores, si pueden probar que utilizaron las licencias y que pagaron los derechos de aduana correspondientes a las importaciones efectuadas durante el período de referencia 1994-1996 con licencias obtenidas dentro de las cantidades incompatibles con el AGCS reservadas para esos operadores con arreglo al régimen anterior, pueden pedir que se les apliquen las cantidades de referencia con arreglo al régimen revisado para las asignaciones de licencias a partir de 1999. Por consiguiente, los anteriores proveedores de servicios de la categoría A de origen ecuatoriano que no se beneficiaron de asignaciones de licencias basadas en criterios incompatibles con el AGCS con arreglo al régimen anterior disfrutaron de hecho de oportunidades menos favorables de obtener licencias de importación con el régimen revisado que los proveedores de servicios CE/ACP que, como antiguos operadores de la categoría B o como maduradores, pueden probar que pagaron los derechos de aduana y que utilizaron las licencias obtenidas sobre la base de unas normas de asignación incompatibles con el AGCS.

6.142 Observamos que la solución basada en la adición de las cantidades no crea, en sí misma, problemas de incompatibilidad con las normas de la OMC. Por el contrario, parece que, al menos en teoría, establece la igualdad de condiciones de competencia entre los proveedores de servicios al por mayor, en una situación en que hay diversos grados de incentivos económicos para importar bananos de diferentes procedencias. Sin embargo, puede muy bien ocurrir que, cuando la solución basada en la adición de las cantidades se base en un período de referencia sesgado (es decir, 1994-1996), junto con la aplicación de ciertos criterios para la asignación de las licencias (tales como las prescripciones relativas al importador efectivo y al pago de los derechos de aduana), las condiciones de competencia

que de hecho son menos favorables para los proveedores de servicios ecuatorianos se ven agravadas por la persistencia de las consecuencias del régimen anterior.

3. Las normas aplicables a las licencias para los "operadores recién llegados"

6.143 El Ecuador alega que i) el aumento del 3,5 por ciento en el régimen anterior al 8 por ciento en el régimen revisado de la proporción de licencias reservada a los "operadores recién llegados" (con lo que esas licencias amparan importaciones por un volumen de hasta 272.856 toneladas) y ii) los criterios para acreditar la competencia con objeto de adquirir la condición de "operador recién llegado" en el régimen revisado tienen como consecuencia un trato menos favorable para los proveedores ecuatorianos de servicios al por mayor, por lo que son incompatibles con las obligaciones que impone a la CE el artículo XVII del AGCS.

6.144 La CE responde que el aumento de la proporción de licencias reservada para "operadores recién llegados" no discrimina *de jure* ni *de facto* a los proveedores extranjeros de servicios. Indica que en los procedimientos de la CE para la atribución de licencias correspondientes a otros productos se han reservado porcentajes de hasta el 20 por ciento a los "operadores recién llegados". En lo que respecta a los criterios para acreditar la competencia con objeto de adquirir la condición de "operador recién llegado", la CE aduce que en el Reglamento 2362/98 no se establece ninguna distinción entre proveedores comunitarios y no comunitarios de servicios, ni entre proveedores no comunitarios de servicios de distinto origen. La CE señala que los importadores de frutas y hortalizas establecidos en la CE no son necesariamente empresas proveedoras de servicios cuya propiedad o control corresponda a la CE, y que el Reglamento 2362/98 no impide a las empresas recién establecidas en la CE, es decir, establecidas en 1998, solicitar el reconocimiento de la condición de "operador recién llegado". Sostiene, además, que se eligió la cifra de 400.000 euros de valor declarado en aduana porque era la que correspondía al tamaño de una empresa con capacidad suficiente para ser viable en el sector, y añade que hay empresas propiedad de países terceros que han cumplido las condiciones para que se reconozca su situación de "operador recién llegado" con arreglo al régimen revisado.

6.145 Recordamos que el artículo 7 del Reglamento 2362/98 establece lo siguiente:

"[...] se entenderá por '*operador recién llegado*' el agente económico establecido en la Comunidad que, en el momento de su registro:

a) haya ejercido una *actividad comercial como importador en el sector de las frutas y hortalizas frescas* pertenecientes a los capítulos 7 y 8, así como de los productos del capítulo 9 de la nomenclatura arancelaria y estadística y del arancel aduanero común en caso de que haya realizado también importaciones de los mencionados productos de los capítulos 7 y 8, *por cuenta propia y con carácter autónomo, durante uno de los tres años inmediatamente anteriores al año con cargo al que se solicite el registro*, y

b) haya realizado a través de esa actividad, importaciones *por un valor declarado en aduana igual o superior a 400.000 ecus* durante el período indicado en la letra a)." (Se han añadido las itálicas.)

6.146 No entendemos cómo el aumento de la proporción de licencias al 8 por ciento de los contingentes arancelarios y de la cantidad tradicional ACP²²⁹ podría generar por sí mismo condiciones de competencia menos favorables para las empresas proveedoras de servicios originarias de países terceros.

²²⁹ Párrafo 1 b) del artículo 2 del Reglamento 2362/98.

6.147 En lo que respecta a los criterios para la adquisición de la condición de "operador recién llegado", señalamos que ambas partes concuerdan en que el artículo 7 del Reglamento 2362/98 no establece condiciones que impliquen una discriminación *de jure* de los proveedores de servicios de origen no comunitario con respecto a los proveedores de origen comunitario. No obstante, señalamos que los posibles "operadores recién llegados" han de tener un determinado grado de relación actual con la CE, dado que es necesario que estén establecidas en ella y que hayan ejercido una actividad comercial como importadores en el sector de las frutas u hortalizas durante uno de los tres años inmediatamente anteriores al año con cargo al que se solicite el registro como "operador recién llegado". Más importante aún es el hecho de que los proveedores de servicios de otros Miembros sólo pueden acreditar su competencia en relación con la actividad comercial como importadores de frutas y hortalizas frescas mediante la prueba de importaciones realizadas en la CE y no del mismo tipo de actividades de comercio en el sector de las frutas u hortalizas con otros países. Si lo que con ese criterio se pretende garantizar es realmente el nivel de experiencia, debería, a nuestro juicio, considerarse suficiente también para garantizar el nivel exigido de competencia la experiencia en actividades de comercio en el sector de las frutas u hortalizas en o con otros países. Si de lo que se trata es de la viabilidad comercial de la empresa, consideramos que también sería posible establecer esa viabilidad sobre la base de su actividad comercial fuera de la CE.

6.148 Así, aunque *de jure* no se impide a ningún posible proveedor de servicios originarios de países terceros la adquisición de la condición de "operador recién llegado", los criterios para acreditar la competencia exigida para que un importador pueda adquirir la condición de "operador recién llegado" establecen, globalmente, condiciones para los proveedores de servicios originarios del Ecuador o de otros Miembros condiciones de competencia menos favorables que para los proveedores similares de servicios de origen comunitario. A este respecto, recordamos la declaración del Órgano de Apelación en *Japón - Bebidas alcohólicas*²³⁰ según la cual "la 'aplicación con fines de protección' de una medida puede, la mayoría de las veces, discernirse a partir del diseño, la arquitectura y la estructura reveladora de la medida".

6.149 A la luz de las consideraciones precedentes, constatamos que los criterios para la adquisición de la condición de "operador recién llegado" con arreglo al procedimiento revisado para el trámite de licencias conceden *de facto* a los proveedores ecuatorianos de servicios condiciones de competencia menos favorables, en el sentido del artículo XVII, que a los proveedores comunitarios similares de servicios.

4. Observaciones generales

6.150 Deseamos poner de relieve que nuestras constataciones no privan a ninguno de los Miembros de la OMC de su derecho a elegir métodos de asignación de licencias compatibles con la OMC basados en, por ejemplo, la asignación por orden de llegada de las solicitudes, la subasta o el comercio anterior. En principio, los Acuerdos de la OMC dejan a los Miembros un grado considerable de discreción para elegir a los beneficiarios de las asignaciones de licencias. Señalamos que si bien el Acuerdo sobre Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación, por ejemplo, tiene por objeto asegurar que los procedimientos para el trámite de licencias no constituyan una restricción adicional al comercio de mercancías, los objetivos de las cláusulas de no discriminación del AGCS son diferentes. Los artículos XVII y II del AGCS tienen por finalidad asegurar que se otorguen a los proveedores de servicios de otros Miembros condiciones de competencia no menos favorables que las que se concedan a los proveedores de servicios similares de origen nacional o de cualquier otro Miembro. Sin embargo, el hecho de que los acuerdos comprendidos en el Anexo 1A del Acuerdo sobre la OMC y el AGCS prevean diferentes

²³⁰ Informe del Órgano de Apelación sobre *Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adoptado el 1º de noviembre de 1996, página 34.

prescripciones, se refieran a distintas cuestiones y persigan objetivos diferentes no implica que sean incompatibles.

6.151 Si un Miembro opta por un régimen de importación que necesariamente genera rentas contingentarias, tal como un contingente arancelario, la prescripción de asegurar a los proveedores de servicios de otros Miembros un trato no menos favorable que el de los proveedores de servicios similares de origen nacional o de cualquier otro Miembro puede tener consecuencias en la elección de los criterios de asignación y en la selección de los beneficiarios de licencias en el marco de un sistema de concesión de licencias que se base en el comercio anterior. Sin embargo, también recordamos que la obligación de otorgar un trato no menos favorable en virtud de las cláusulas de no discriminación del AGCS exige que un Miembro de la OMC facilite a los proveedores de servicios de otros Miembros oportunidades por lo menos equivalentes para competir con los proveedores de origen nacional o de cualquier otro Miembro, independientemente de los resultados que tales oportunidades puedan producir en términos de volúmenes del comercio o cuotas de mercado.

6.152 La CE subraya que no puede existir una presunción de incumplimiento de las prescripciones de los artículos II y XVII del AGCS si, estadísticamente, el número de importadores o beneficiarios nacionales de las asignaciones de licencias resulta superior al número de proveedores de servicios de otros Miembros que obtienen asignaciones de licencias. En principio, estamos de acuerdo con esa afirmación. Si se introduce uno de los métodos de repartición de licencias compatible con la OMC en una situación de mercado en que los proveedores de servicios de origen nacional y los de otros Miembros gozan de iguales oportunidades para beneficiarse de la repartición de licencias (y por consiguiente de oportunidades iguales para obtener rentas contingentarias generadas por un contingente arancelario compatible con la OMC), los proveedores de servicios y otros Miembros presumiblemente gozan de un trato no menos favorable. Sin embargo, cuando en una situación de mercado preexistente se introduce (o se mantiene) un sistema de asignación de licencias que implique un criterio de repartición que facilite oportunidades más favorables a los proveedores de servicios de origen nacional o de determinados otros Miembros para beneficiarse de las asignaciones de licencias, las condiciones de competencia resultan modificadas en detrimento de los proveedores de servicios similares de otros Miembros.

6.153 En el caso que nos ocupa, el suministro de servicios al por mayor resulta afectado por las condiciones de acceso a las licencias de importación disponibles.²³¹ Si las oportunidades menos favorables para obtener acceso a las asignaciones de licencias afectan desfavorablemente a las condiciones de competencia para los proveedores de servicio de otro Miembro, el objetivo de asegurar un trato no menos favorable exige igualdad de oportunidades para obtener el acceso a las asignaciones de licencias. Como se examina detalladamente *supra*, en el régimen revisado los proveedores de servicios de origen ecuatoriano continúan sometidos a condiciones menos favorables de competencia por varias razones. A la luz de estas consideraciones, constatamos que el procedimiento revisado de asignación de licencias otorga un trato menos favorable a los proveedores de servicios del Ecuador que a los proveedores de servicios similares de origen CE/ACP. Por lo tanto, consideramos que el procedimiento de asignación de licencias de la CE debería ofrecer a los proveedores de servicios de otros Miembros las mismas oportunidades de competencia para ampliar sus actividades comerciales al por mayor que a los proveedores similares CE/ACP de esos servicios.

²³¹ El Órgano de Apelación señala lo siguiente: "Evidentemente, el vendedor al por mayor debe obtener las mercancías de alguna forma para poder volver a venderlas". En este caso, por ejemplo, sería difícil revender bananos en las Comunidades Europeas si no se podía comprarlos o importarlos antes." Informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Bananos III*, párrafo 226.

F. SUGERENCIAS SOBRE LA APLICACIÓN

6.154 El Ecuador solicita que este Grupo Especial formule sugerencias concretas a las Comunidades Europeas sobre la manera en que podrían aplicar nuestras constataciones en este procedimiento, de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD. Recordamos a este respecto el párrafo 1 del artículo 19 del ESD, que establece:

"Cuando un grupo especial o el Órgano de Apelación lleguen a la conclusión de que una medida es incompatible con un acuerdo abarcado, recomendarán que el Miembro afectado la ponga en conformidad con ese acuerdo. Además de formular recomendaciones, el grupo especial o el Órgano de Apelación *podrán sugerir la forma* en que el Miembro afectado *podría aplicarlas*." (itálicas añadidas; se han omitido las notas de pie de página.)

Por lo general, los grupos especiales no han hecho sugerencias concretas de conformidad con el párrafo 1 del artículo 19. Si bien los Miembros tienen libertad para elegir la manera en que aplican las recomendaciones y resoluciones del OSD, parece apropiado que, después de un intento de aplicación que ha resultado al menos en parte infructuoso, un grupo especial previsto en el párrafo 5 del artículo 21 formule sugerencias con miras a poner fin rápidamente a la diferencia.

6.155 A la luz de nuestras constataciones y conclusiones con respecto a los artículos I y XIII del GATT, las exigencias del Convenio de Lomé y el alcance de la Exención de Lomé, expuestas *supra*, consideramos que las Comunidades Europeas disponen al menos de las siguientes opciones para poner su régimen de importación de bananos en conformidad con las normas de la OMC.

6.156 En primer lugar, las Comunidades Europeas podrían elegir aplicar un sistema sólo arancelario para los bananos, sin un contingente arancelario. Esto podría incluir una preferencia arancelaria (de nivel cero u otro tipo preferencial) para los bananos ACP. En este caso, podría ser necesaria una exención para la preferencia arancelaria, a menos que se obvie la necesidad de una exención, por ejemplo mediante la creación de una zona de libre comercio, compatible con el artículo XXIV del GATT. Esta opción evitaría la necesidad de procurar acuerdos sobre las cuotas del contingente arancelario.

6.157 En segundo lugar, las Comunidades Europeas podrían elegir aplicar un sistema sólo arancelario para los bananos, con un contingente arancelario para los bananos ACP, amparado por una exención apropiada.

6.158 En tercer lugar, las Comunidades Europeas podrían mantener sus actuales contingentes arancelarios NMF, consolidados y autónomos, sin asignar cuotas para países determinados, o bien asignando esas cuotas mediante acuerdo con todos los proveedores que tengan un interés sustancial, de manera compatible con los requisitos de la parte introductoria general del párrafo 2 del artículo XIII. El contingente arancelario NMF se podría combinar con la ampliación del trato de exención arancelaria (o de derechos preferenciales) a las importaciones ACP. Con respecto a ese trato de exención arancelaria, las Comunidades Europeas podrían examinar con los Estados ACP si se podría interpretar que el Convenio de Lomé "exige" ese trato, en el sentido de la Exención de Lomé. Recordamos que algunas importantes preferencias que, según las constataciones de los informes del Grupo Especial inicial y del Órgano de Apelación, son exigidas por el Convenio de Lomé, no se pueden aplicar de forma compatible con las normas de la OMC (las más importantes son las protecciones cuantitativas previstas en el Protocolo N° 5). Si se objetara esta interpretación del Convenio de Lomé, se podría recabar una exención que amparase ese trato de exención arancelaria. El contingente arancelario NMF también se podría combinar con un contingente arancelario para las importaciones ACP, tradicionales o no, siempre que se obtuviera una exención apropiada respecto del artículo XIII. Observamos que las exenciones con respecto al trato de franquicia arancelaria para las

exportaciones de países en desarrollo han sido concedidas por los Miembros en varias ocasiones.²³² En este contexto, es posible que sea necesario adoptar algunas medidas con respecto a la Exención de Lomé, ya que ésta expira el 29 de febrero del año 2000.

6.159 No formulamos ninguna sugerencia concreta con respecto a la asignación de licencias, pero observamos que en un régimen sólo arancelario las licencias no serían necesarias.

G. RESUMEN

6.160 Con respecto al artículo XIII del GATT, constatamos que el límite de 857.700 toneladas para las importaciones tradicionales ACP es un contingente arancelario y, por tanto, le es aplicable el artículo XIII. También constatamos que la reserva de la cantidad de 857.700 toneladas para las importaciones tradicionales ACP con arreglo al régimen revisado es incompatible con los párrafos 1 y 2 del artículo XIII del GATT. También constatamos que las asignaciones por países atribuidas al Ecuador y a los demás proveedores con un interés sustancial no son compatibles con los requisitos establecidos en el párrafo 2 del artículo XIII.

6.161 Con respecto al artículo I del GATT, constatamos que el nivel de 857.700 toneladas para las importaciones tradicionales ACP exentas de derechos puede considerarse exigido por el Convenio de Lomé porque al parecer se basa en los mayores volúmenes de exportación antes de 1991 y no en cálculos realizados para tener en cuenta las inversiones. Sin embargo, constatamos también que no es razonable que las Comunidades Europeas concluyan que el Protocolo N° 5 del Convenio de Lomé exige una asignación colectiva para los proveedores tradicionales ACP. Por lo tanto, el trato exento de derechos para las importaciones que excedan de los mayores volúmenes de exportación antes de 1991 para un Estado ACP considerado individualmente no es exigido por el Protocolo N° 5 del Convenio de Lomé. En consecuencia, al no existir otra exigencia aplicable del Convenio de Lomé, esos volúmenes excedentes no están amparados por la Exención de Lomé y, por lo tanto, el arancel preferencial correspondiente es incompatible con el párrafo 1 del artículo I.

6.162 También con respecto al artículo I del GATT, constatamos que, en cuanto a las preferencias para importaciones no tradicionales ACP, no es irrazonable que las Comunidades Europeas concluyan que: i) las importaciones no tradicionales ACP con arancel nulo, dentro de la categoría "otros" del contingente arancelario, y ii) la preferencia arancelaria de 200 euros por tonelada para las importaciones no comprendidas en el contingente, son exigidas por el artículo 168 del Convenio de Lomé. Por consiguiente, concluimos que las violaciones del párrafo 1 del artículo I, según lo alegado por el Ecuador con respecto a las preferencias para las importaciones no tradicionales ACP, están amparadas por la Exención de Lomé.

6.163 En lo que respecta al AGCS, definimos la variedad de servicios comerciales al por mayor y constatamos que: i) con arreglo al régimen revisado, se concede *de facto* a los proveedores de servicios al por mayor del Ecuador un trato menos favorable en lo que respecta a la asignación de licencias, que a los proveedores CE/ACP de esos servicios, en violación de los artículos II y XVII del AGCS, y ii) los criterios para adquirir la condición de "recién llegado" en el procedimiento de licencias revisado, conceden *de facto* a los proveedores de servicios del Ecuador condiciones de competencia menos favorables que a los proveedores de servicios similares de la CE, en violación del artículo XVII del AGCS.

²³² Véase WT/L/104 (Estados Unidos - Ley de Recuperación Económica de la Cuenca del Caribe); WT/L/183 (Estados Unidos - Antiguo territorio en fideicomiso de las Islas del Pacífico); WT/L/184 (Estados Unidos - Ley de Preferencias Comerciales para los Países Andinos); WT/L/185 (Canadá - CARIBCAN).

H. OBSERVACIÓN FINAL

6.164 Recordamos que los principios fundamentales de la OMC y las normas de la OMC están destinadas a fomentar el desarrollo, y no a impedirlo. Como se ilustra en nuestras sugerencias sobre aplicación expuestas *supra*, el sistema de la OMC es lo bastante flexible como para permitir, mediante medidas comerciales y no comerciales compatibles con la OMC, respuestas de políticas apropiadas en una amplia variedad de circunstancias en los distintos países, con inclusión de los países que dependen en gran medida de la producción y comercialización de bananos.

VII. CONCLUSIONES

7.1 El Grupo Especial concluye que, por las razones reseñadas en este Informe, hay aspectos del régimen de importación del banano de la CE que son incompatibles con las obligaciones que imponen a ésta el párrafo 1 del artículo I y los párrafos 1 y 2 del artículo XIII del GATT de 1994 y los artículos II y XVII del AGCS. Por consiguiente, concluimos que existe anulación o menoscabo de las ventajas resultantes para el Ecuador del GATT de 1994 y del AGCS en el sentido del párrafo 8 del artículo 3 del ESD.

7.2 El Grupo Especial recomienda que el Órgano de Solución de Diferencias pida a las Comunidades Europeas que pongan su régimen de importación del banano en conformidad con las obligaciones que les corresponden en virtud del GATT de 1994 y del AGCS.

ANEXO I

**Niveles máximos anteriores a 1991 de las importaciones de bananos
a las Comunidades Europeas, procedentes de los países
abastecedores tradicionales ACP**

País	Mejor año	Toneladas
Belice	1989	26.580
Cabo Verde	1970	4.766
Camerún	1962	127.171
Côte d'Ivoire	1972	135.189
Dominica	1988	70.322
Granada	1977	14.017
Jamaica	1965	201.000
Madagascar	1976	5.986
Santa Lucía	1990	127.225
San Vicente y las Granadinas	1990	81.536
Somalia	1965	121.537
Suriname	1975	37.610
Total		952.939

Fuente: 1962 -1975 Naciones Unidas - Comtrade.
1976 - 1990 Eurostat (Comext) y Estados miembros (anexo 1 del informe de la Comisión sobre el funcionamiento del régimen en el sector del banano, SEC(95) 1595 final).

Nota: Cuadro suministrado por la CE.

ANEXO II

Cuadro 1: Cuota del Ecuador en el total de las importaciones de bananos a la CE, de todas las procedencias

Año	Porcentaje	Año	Porcentaje
1989	11,77	1994	16,12
1990	12,77	1995	19,95
1991	19,96	1996	21,09
1992	21,84	1997	23,63
1993	19,67		

Fuente: Comisión Europea (cuadro suministrado por el Ecuador).

Cuadro 2: Cuota del Ecuador en las exportaciones mundiales

Año	Exportaciones mundiales	Exportaciones del Ecuador	Exportaciones del Ecuador como porcentaje de las exportaciones mundiales (%)
1990	9.334.529	2.156.617	23,10
1991	10.380.249	2.662.750	25,65
1992	10.601.392	2.682.831	25,30
1993	11.127.156	2.563.223	23,03
1994	12.525.825	3.007.925	24,01
1995	13.422.197	3.665.182	27,30
1996	13.914.285	3.866.079	27,78
1997	13.990.158	4.462.099	31,89

Fuente: Base de datos estadísticos de la FAO (consultada el 29 de enero de 1999) <<http://www.fao.org>> (cuadro suministrado por el Ecuador).

Cuadro 3: Cuota del Ecuador en las exportaciones mundiales de bananos, con excepción de las exportaciones a la CE

Año	Exportaciones mundiales, con excepción de las importaciones de la CE	Exportaciones del Ecuador, con excepción de las exportaciones a la CE	Proporción que corresponde al Ecuador en las exportaciones mundiales, con excepción de las exportaciones a la CE (%)
1990	6.037.561	1.804.417	29,29
1991	6.703.507	2.084.550	31,1
1992	6.399.039	2.008.331	31,4
1993	7.451.371	1.958.023	26,3
1994	8.988.806	1.458.525	27,4
1995	9.991.793	3.032.982	30,4
1996	10.323.065	3.201.479	31,0
1997	10.828.638	3.733.599	34,5

Fuente: FAO y EUROSTAT y oficinas estadísticas de Austria, Suecia y Finlandia (cuadro suministrado por el Ecuador).

ANEXO III

Sistema anterior de la CE: Categorías de operadores incluidos en el contingente arancelario para importaciones de países terceros/no tradicionales ACP

Definición de la categoría de operador	Asignación de certificados que permiten la importación de bananos a los tipos aplicables a las importaciones comprendidas en el contingente (%)	Base para determinar el cupo del operador
<i>Categoría A:</i> operadores que han comercializado plátanos de países terceros y/o plátanos no tradicionales ACP.	66,5	Cantidades medias de plátanos de países terceros y/o plátanos no tradicionales ACP comercializadas en un período de referencia de tres años.
<i>Categoría B:</i> operadores que han comercializado plátanos comunitarios y/o tradicionales ACP.	30	Cantidades medias de plátanos tradicionales ACP y/o plátanos comunitarios comercializadas en un período de referencia de tres años.
<i>Categoría C:</i> operadores que han empezado a comercializar plátanos distintos de los plátanos comunitarios y/o tradicionales ACP a partir de 1992 ("nuevos operadores").	3,5	Se divide a prorrata entre los solicitantes.

Fuente: Artículo 19 del Reglamento (CEE) 404/93 del Consejo (cuadro suministrado por el Ecuador).

Sistema anterior de la CE: Funciones en la aplicación del contingente arancelario para importaciones de terceros países/no tradicionales ACP

Funciones	Definiciones	Coeficientes de ponderación (%)
Función a): "importador primario"	"Compra de plátanos verdes originarios de terceros países o de países ACP a los productores o, en su caso, producción, para su posterior envío y venta en la Comunidad"	57
Función b): "importador secundario o encargado del despacho de aduana"	"Abastecimiento y despacho a libre práctica en calidad de propietario de plátanos verdes y puesta en venta ulterior en el mercado comunitario; los riesgos de deterioro o pérdida del producto se asimilarán a los riesgos asumidos por el propietario del producto"	15
Función c): "madurador"	"Maduración de plátanos verdes en calidad de propietario y comercialización en la Comunidad"	28

Fuente: Artículo 3 del Reglamento (CEE) 1442/93 de la Comisión de 10 de junio de 1993 (cuadro suministrado por el Ecuador).