

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

WT/DS165/AB/R
11 de diciembre de 2000

(00-5330)

Original: inglés

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

AB-2000-9

Informe del Órgano de Apelación

ÍNDICE

Página

I.	INTRODUCCIÓN	1
II.	ARGUMENTOS DE LOS PARTICIPANTES	4
A.	ALEGACIONES DE ERROR FORMULADAS POR LAS COMUNIDADES EUROPEAS - APELANTE.....	4
1.	La medida en litigio	4
2.	El mandato de los árbitros nombrados de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del ESD	5
3.	El efecto de la autorización del OSD para suspender concesiones u otras obligaciones.....	6
B.	ARGUMENTOS DE LOS ESTADOS UNIDOS - APELADO.....	6
1.	La medida en litigio	6
2.	El mandato de los árbitros nombrados de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del ESD	7
3.	El efecto de la autorización del OSD para suspender concesiones u otras obligaciones.....	9
C.	ALEGACIONES DE ERROR FORMULADAS POR LOS ESTADOS UNIDOS - APELANTE.....	9
1.	Párrafo 1 a) y primera frase del párrafo 1 b) del artículo II del GATT de 1994	9
2.	Párrafos 2 a) del artículo 23, 7 del artículo 3 y 5 del artículo 21 del ESD	10
a)	Párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD	10
b)	Párrafo 7 del artículo 3 del ESD	11
c)	Párrafo 5 del artículo 21 del ESD	11
D.	ARGUMENTOS DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS - APELADO.....	12
1.	Párrafo 1 a) y primera frase del párrafo 1 b) del artículo II del GATT de 1994	12
2.	Párrafos 2 a) del artículo 23, 7 del artículo 3 y 5 del artículo 21 del ESD	12
a)	Párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD	12
b)	Párrafo 7 del artículo 3 del ESD	13
c)	Párrafo 5 del artículo 21 del ESD	13
III.	ARGUMENTOS DE LOS TERCEROS PARTICIPANTES	14
A.	DOMINICA Y SANTA LUCÍA.....	14
1.	La medida en litigio	14
2.	El mandato de los árbitros nombrados de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del ESD	14

	<u>Página</u>
B. ECUADOR	15
C. INDIA	15
D. JAMAICA.....	16
E. JAPÓN	16
1. El mandato de los árbitros nombrados de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del ESD	16
2. Párrafo 1 a) y primera frase del párrafo 1 b) del artículo II del GATT de 1994	16
3. Párrafos 2 a) del artículo 23, 7 del artículo 3 y 5 del artículo 21 del ESD	17
IV. CUESTIONES PLANTEADAS EN ESTA APELACIÓN	17
V. LA MEDIDA EN LITIGIO.....	19
VI. EL MANDATO DE LOS ÁRBITROS NOMBRADOS CON ARREGLO AL PÁRRAFO 6 DEL ARTÍCULO 22 DEL ESD	28
VII. EL EFECTO DE LA AUTORIZACIÓN DEL OSD PARA SUSPENDER CONCESIONES U OTRAS OBLIGACIONES.....	31
VIII. PÁRRAFOS 1 a) Y 1 b) DEL ARTÍCULO II, PRIMERA FRASE, DEL GATT DE 1994	32
IX. PÁRRAFO 2 a) DEL ARTÍCULO 23, PÁRRAFO 7 DEL ARTÍCULO 3 Y PÁRRAFO 5 DEL ARTÍCULO 21 DEL ESD	34
a) Párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD	35
b) Párrafo 7 del artículo 3 del ESD	38
c) Párrafo 5 del artículo 21 del ESD	40
X. CONSTATAIONES Y CONCLUSIONES	42

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO
ÓRGANO DE APELACIÓN

**Estados Unidos - Medidas aplicadas a la importación
de determinados productos procedentes de las
Comunidades Europeas**

Apelante/Apelado: Comunidades Europeas
Apelante/Apelado: Estados Unidos

Tercero participante: Dominica
Tercero participante: Ecuador
Tercero participante: India
Tercero participante: Jamaica
Tercero participante: Japón
Tercero participante: Santa Lucía

AB-2000-9

Actuantes:

Bacchus, Presidente de la Sección
Lacarte-Muró, Miembro
Taniguchi, Miembro

I. INTRODUCCIÓN

1. Las Comunidades Europeas y los Estados Unidos apelan con respecto a determinadas cuestiones de derecho tratadas en el informe del Grupo Especial *Estados Unidos - Medidas aplicadas a la importación de determinados productos procedentes de las Comunidades Europeas* ("informe del Grupo Especial")¹ y determinadas interpretaciones jurídicas formuladas en dicho informe. El Grupo Especial fue establecido de conformidad con el *Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias* ("ESD") para examinar una reclamación relativa a medidas adoptadas por los Estados Unidos con respecto a determinadas importaciones procedentes de las Comunidades Europeas.

2. Los antecedentes de esta diferencia están expuestos detalladamente en el informe del Grupo Especial.² El 25 de septiembre de 1997, el Órgano de Solución de Diferencias (el "OSD") adoptó los informes del Grupo Especial y el Órgano de Apelación sobre el asunto *Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos* ("*Comunidades Europeas - Bananos*").³ El OSD recomendó que las Comunidades Europeas pusieran su régimen para la importación de bananos en conformidad con sus obligaciones dimanantes del *Acuerdo de*

¹ WT/DS165/R, de 17 de julio de 2000.

² Informe del Grupo Especial, párrafos 2.1-2.37.

³ Informes del Grupo Especial WT/DS27/R/ECU, WT/DS27/R/GTM, WT/DS27/R/HND, WT/DS27/R/MEX, WT/DS27/R/USA e informe del Órgano de Apelación WT/DS27/AB/R. Los reclamantes en la diferencia eran el Ecuador, los Estados Unidos, Guatemala, Honduras y México.

Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio ("Acuerdo sobre la OMC"). El 1º de enero de 1999 expiró el plazo para la aplicación, establecido de conformidad con el párrafo 3 c) del artículo 21 del ESD. En la reunión del OSD celebrada el 2 de febrero de 1999, los Estados Unidos alegaron que las Comunidades Europeas no habían puesto su régimen para la importación de bananos en conformidad con las recomendaciones y resoluciones del OSD en esta diferencia, y pidieron autorización para suspender la aplicación de concesiones u otras obligaciones al amparo del párrafo 2 del artículo 22 del ESD. En la misma reunión, las Comunidades Europeas solicitaron que el nivel de la suspensión de concesiones u otras obligaciones propuesto por los Estados Unidos se sometiera a arbitraje a cargo de los miembros del Grupo Especial que había entendido inicialmente en el asunto, de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del ESD.

3. Con arreglo al plazo de 60 días previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD, la decisión de los árbitros nombrados de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 debía distribuirse el 2 de marzo de 1999. En esa fecha, los árbitros informaron a los Estados Unidos y a las Comunidades Europeas de que no podían distribuir su decisión y pidieron a las partes información adicional.⁴ El 4 de marzo de 1999, el Director de la División de Cumplimiento de Normas Comerciales del Servicio de Aduanas de los Estados Unidos emitió un memorándum que llevaba el título "Sanciones europeas", en el que impartía instrucciones a los Directores de Territorios Aduaneros y de Puertos para que tomaran determinada medida con respecto a productos designados importados de las Comunidades Europeas, con efecto a partir del 3 de marzo de 1999.

4. Los árbitros nombrados de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 distribuyeron su decisión el 9 de abril de 1999.⁵ El 19 de abril de 1999, los Estados Unidos pidieron y recibieron autorización del OSD para suspender la aplicación de concesiones u otras obligaciones en la cuantía determinada por los árbitros. Tras obtener esta autorización, los Estados Unidos impusieron derechos de aduana del 100 por ciento sobre los productos designados importados de las Comunidades Europeas, una medida a la que se hace referencia en esta diferencia como a la "medida del 19 de abril".

5. El Grupo Especial identificó la medida en litigio en la presente diferencia como el "incremento de los requisitos en materia de fianzas" impuesto por los Estados Unidos a partir del 3 de marzo de 1999 a una lista de productos importados de las Comunidades Europeas, y denominó a esta

⁴ WT/DS27/48, 2 marzo de 1999.

⁵ WT/DS27/ARB, 9 de abril de 1999.

medida la "Medida del 3 de marzo". En el informe distribuido a los Miembros de la Organización Mundial del Comercio (la "OMC") el 17 de julio de 2000, el Grupo Especial concluyó lo siguiente:

Aunque la Medida del 3 de marzo ya no está vigente, concluimos que:

- a) La Medida del 3 de marzo trataba de reparar un incumplimiento de normas de la OMC y, por tanto, está abarcada por el párrafo 1 del artículo 23 del ESD; cuando pusieron en vigor la Medida del 3 de marzo, los Estados Unidos no cumplieron las normas del ESD, infringiendo lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 23.
- b) Al poner en vigor la Medida del 3 de marzo, los Estados Unidos formularon una determinación unilateral en el sentido de que la medida de aplicación adoptada por las CE violaba las normas de la OMC, contrariamente a lo dispuesto en el apartado a) del párrafo 2 del artículo 23 y la primera frase del párrafo 5 del artículo 21. Al obrar de este modo, los Estados Unidos no se ajustaron al ESD y por ende infringieron el párrafo 1 del artículo 23 juntamente con el apartado a) del párrafo 2 del artículo 23 y el párrafo 5 del artículo 21 del ESD;
- c) El incremento de los requisitos en materia de fianzas contenido en la Medida del 3 de marzo dio lugar por sí mismo a infracciones del apartado a) del párrafo 1 del artículo II y del apartado b) (primera frase) del párrafo 1 del artículo II; el aumento de las cargas por concepto de intereses, costos y tasas resultantes de la Medida del 3 de marzo infringió la última frase del apartado b) del párrafo 1 del artículo II. La Medida del 3 de marzo también infringió el artículo I del GATT; y
- d) Teniendo en cuenta nuestras conclusiones expresadas en el párrafo c) *supra*, la Medida del 3 de marzo constituyó una suspensión de concesiones u otras obligaciones en el sentido del párrafo 7 del artículo 3, el párrafo 6 del artículo 22 y el apartado c) del párrafo 2 del artículo 23, impuesta sin autorización del OSD y mientras estaba en curso el procedimiento de arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22. Al obrar de este modo, los Estados Unidos no se ajustaron a lo dispuesto en el ESD y, por tanto, infringieron el párrafo 1 del artículo 23 conjuntamente con el párrafo 7 del artículo 3, el párrafo 6 del artículo 22 y el apartado c) del párrafo 2 del artículo 23 del ESD.⁶

El Grupo Especial recomendó que el OSD pidiera a los Estados Unidos que pusieran su medida en conformidad con las obligaciones que les impone el *Acuerdo sobre la OMC*.⁷

6. El 12 de septiembre de 2000, las Comunidades Europeas notificaron al OSD su decisión de apelar contra determinadas cuestiones de derecho tratadas en el informe del Grupo Especial y contra determinadas interpretaciones jurídicas formuladas por éste, de conformidad con el párrafo 4 del

⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1.

⁷ *Ibidem*, párrafo 7.3.

artículo 16 del ESD⁸, y presentaron al Órgano de Apelación un anuncio de apelación de conformidad con la Regla 20 de los *Procedimientos de trabajo para el examen en apelación* ("*Procedimientos de trabajo*"). El 22 de septiembre de 2000, las Comunidades Europeas presentaron una comunicación del apelante.⁹ Los Estados Unidos presentaron su propia comunicación del apelante el 27 de septiembre de 2000.¹⁰ Tanto las Comunidades Europeas como los Estados Unidos presentaron comunicaciones del apelado el 9 de octubre de 2000.¹¹ El mismo día, el Ecuador, la India, Jamaica y el Japón presentaron sendas comunicaciones como terceros participantes, mientras que Dominica y Santa Lucía presentaron una comunicación conjunta en esa misma calidad.¹²

7. La audiencia de la apelación tuvo lugar el 18 de octubre de 2000.¹³ Los participantes y terceros participantes expusieron oralmente sus argumentos y respondieron a las preguntas que les dirigieron los Miembros de la Sección del Órgano de Apelación que entendía en esta apelación.

II. ARGUMENTOS DE LOS PARTICIPANTES

A. ALEGACIONES DE ERROR FORMULADAS POR LAS COMUNIDADES EUROPEAS - APELANTE

1. La medida en litigio

8. Las Comunidades Europeas sostienen que la medida en litigio en la presente diferencia, a la que se refiere el Grupo Especial como la Medida del 3 de marzo, incluía no sólo un incremento de los requisitos en materia de fianzas impuestos a una lista de productos importados procedentes de las Comunidades Europeas, sino también un aumento de la obligación de pago de derechos contraída en el momento de la importación de los productos que figuraban en la lista. Las Comunidades Europeas consideran que un incremento de los requisitos en materia de fianzas está, necesariamente, basado en un aumento de los derechos de aduana subyacentes, puesto que un requisito en materia de fianzas es accesorio a la obligación principal subyacente y no se puede separar jurídicamente de ésta.

9. Según las Comunidades Europeas, no hay ninguna diferencia, de derecho ni de hecho, entre un aumento "contingente" de la obligación de pago de derechos, que se aplica con la perspectiva incierta de un regreso a los tipos consolidados en algún momento posterior, y un aumento

⁸ WT/DS165/10, de 12 de septiembre de 2000.

⁹ De conformidad con la Regla 21 1) de los *Procedimientos de trabajo*.

¹⁰ De conformidad con la Regla 23 1) de los *Procedimientos de trabajo*.

¹¹ De conformidad con las Reglas 22 1) y 23 3) de los *Procedimientos de trabajo*.

¹² De conformidad con la Regla 24 de los *Procedimientos de trabajo*.

¹³ De conformidad con la Regla 27 de los *Procedimientos de trabajo*.

incondicionado de la obligación de pago de derechos. Las Comunidades Europeas sostienen que nada cambió en términos reales para los productos que permanecieron en la lista reducida que se publicó el 19 de abril de 1999: su situación jurídica siguió siendo la misma que la de antes de esa fecha, en el sentido de que estaban sujetos a un aumento de la obligación de pago de derechos, con la única diferencia de que ya no se decía que fuera "contingente".

10. Las Comunidades Europeas discrepan de la constatación del Grupo Especial de que la medida del 19 de abril, es decir, la imposición de derechos del 100 por ciento, no estaba incluida en el mandato del Grupo Especial. Las Comunidades Europeas sostienen que la medida del 19 de abril y la Medida del 3 de marzo no son medidas jurídicamente distintas y que, de hecho, la medida del 19 de abril es una continuación de la Medida del 3 de marzo, y que, por lo tanto, está comprendida en el mandato del Grupo Especial. Las Comunidades Europeas sostienen que su solicitud de establecimiento de un grupo especial se refería específicamente a la medida del 19 de abril.

11. Por último, las Comunidades Europeas sostienen que, además de la distinción incorrecta y artificial que hace el Grupo Especial entre la Medida del 3 de marzo y su confirmación del 19 de abril de 1999, el Grupo Especial también incurrió en error al afirmar que "la Medida del 3 de marzo ya no está vigente".

2. El mandato de los árbitros nombrados de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del ESD

12. Las Comunidades Europeas sostienen que el Grupo Especial consideró erróneamente que la compatibilidad de una medida de aplicación con las normas de la OMC puede determinarse en el procedimiento de arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD. En opinión de las Comunidades Europeas, el razonamiento del Grupo Especial crea problemas sistémicos básicos que afectan gravemente a los resultados cuidadosamente equilibrados de la Ronda Uruguay.

13. Las Comunidades Europeas sostienen que el texto del párrafo 7 del artículo 22 encomienda al árbitro una tarea principal y otras dos tareas posibles. La tarea principal consiste en determinar si el nivel de la suspensión de concesiones u otras obligaciones es equivalente al nivel de anulación o menoscabo. El árbitro puede también determinar si la suspensión de concesiones u otras obligaciones propuesta está permitida en virtud de los acuerdos abarcados y si se han seguido los principios y procedimientos establecidos en el párrafo 3 del artículo 22 del ESD..

14. Las Comunidades Europeas afirman que la lectura que hace el Grupo Especial de las disposiciones de procedimiento pertinentes del ESD ignora por completo la diferencia fundamental entre el papel que corresponde a las partes en la diferencia en un procedimiento de un grupo especial encaminado a determinar la compatibilidad con las normas de la OMC de una medida impugnada, y el

papel que corresponde a las partes en el procedimiento de arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD. Las Comunidades Europeas también argumentan que el Miembro que solicite un procedimiento de arbitraje al amparo del párrafo 6 del artículo 22 vería sus derechos de defensa gravemente menoscabados si tuviera que elaborar una defensa completa de la compatibilidad de su medida con las normas de la OMC. Asimismo, las Comunidades Europeas señalan que no se puede apelar contra la decisión del árbitro al que se refiere el párrafo 6 del artículo 22. Las Comunidades Europeas también sostienen que los procedimientos de los grupos especiales y del Órgano de Apelación prevén la participación activa de terceros, a diferencia del procedimiento de arbitraje. Las Comunidades Europeas también señalan que las decisiones de los árbitros no están sujetas a la adopción por parte del OSD. Por ello, las Comunidades Europeas afirman que el procedimiento de arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 no asegura ninguno de estos derechos y garantías procesales y que la interpretación del Grupo Especial debería ser revocada.

15. Las Comunidades Europeas también consideran que es incorrecta la interpretación que hace el Grupo Especial de la frase "los presentes procedimientos de solución de diferencias, con intervención, siempre que sea posible, del grupo especial que haya entendido inicialmente en el asunto", contenida en el párrafo 5 del artículo 21 del ESD. Según las Comunidades Europeas, el procedimiento de grupos especiales es el "procedimiento de solución de diferencias" ordinario en el sentido del párrafo 5 del artículo 21. En opinión de las Comunidades Europeas, es evidente que la frase "con intervención, siempre que sea posible, del grupo especial que haya entendido inicialmente en el asunto" sólo constituye una adaptación del procedimiento ordinario de grupos especiales.

3. El efecto de la autorización del OSD para suspender concesiones u otras obligaciones

16. Las Comunidades Europeas sostienen que el Grupo Especial consideró incorrectamente que, como norma general, una vez que un Miembro impone una suspensión de concesiones u otras obligaciones autorizada por el OSD, la medida de ese Miembro es *ipso facto* compatible con la OMC porque ha recibido la autorización del OSD. Según las Comunidades Europeas, la autorización del OSD es una condición necesaria, pero no suficiente, para aplicar legalmente la suspensión de concesiones u otras obligaciones.

B. ARGUMENTOS DE LOS ESTADOS UNIDOS - APELADO

1. La medida en litigio

17. Los Estados Unidos sostienen que el Grupo Especial constató correctamente, como cuestión de hecho, que la Medida del 3 de Marzo consistía sólo en un incremento de los requisitos en materia de fianzas jurídicamente distinto de la medida del 19 de abril, que impuso un aumento de los derechos de aduana. Los Estados Unidos alegan que, si bien esta constatación fáctica va más allá del ámbito

del examen en apelación, se halla ampliamente respaldada por las pruebas de la condición jurídica que efectivamente tiene la Medida del 3 de marzo con arreglo a la legislación estadounidense.

18. Los Estados Unidos afirman que, el 4 de marzo de 1999, las Comunidades Europeas solicitaron la celebración de consultas con respecto a la Medida del 3 de marzo. En dicha fecha, los Estados Unidos todavía no habían adoptado la medida del 19 de abril. Por lo tanto, según los Estados Unidos, la medida del 19 de abril no podía haber sido la medida identificada en la solicitud de celebración de consultas ni en la subsiguiente solicitud de establecimiento de un grupo especial. En consecuencia, la medida del 19 de abril no podía estar comprendida en el mandato del Grupo Especial.

19. Los Estados Unidos sostienen que, al aducir que las normas de la OMC no distinguen entre un aumento de la obligación "contingente" del pago de derechos y un aumento de la obligación efectiva del pago de derechos, las Comunidades Europeas suponen incorrectamente, sin ninguna prueba en las leyes o reglamentos de los Estados Unidos, que la Medida del 3 de marzo aumentó los derechos efectivos, y que los únicos cambios efectuados el 19 de abril de 1999 consistieron en suprimir las obligaciones de pago de derechos ya impuestas. Además, las Comunidades Europeas parten del supuesto, sin ninguna base en las leyes o reglamentos estadounidenses, de que en la legislación de los Estados Unidos existe la "obligación contingente".

20. Por último, los Estados Unidos sostienen que explicaron ante el Grupo Especial que el incremento de los requisitos en materia de fianzas del 3 de marzo de 1999 fue suprimido para las entradas de mercancías que no habían de incluirse en la lista del 19 de abril de 1999, a los pocos días de la decisión de los árbitros de 9 de abril de 1999, y que el 19 de abril de 1999 se suprimió para todos los productos restantes. Por lo tanto, los Estados Unidos afirman que es correcta la declaración del Grupo Especial de que la Medida del 3 de marzo "ya no está vigente".

2. El mandato de los árbitros nombrados de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del ESD

21. Los Estados Unidos aducen que el Grupo Especial no necesitaba, y no debería, haber considerado la cuestión de la relación entre el párrafo 5 del artículo 21 y el artículo 22 del ESD. En primer lugar, señalan los Estados Unidos, los Miembros de la OMC reconocen en general que esta relación exige una aclaración. Y los Estados Unidos consideran que corresponde a los Miembros de la OMC proporcionar dicha aclaración. En segundo lugar, aducen los Estados Unidos, el Grupo Especial no tenía que haber considerado la cuestión de la relación porque esta cuestión no está afectada por la medida en litigio ni por el análisis del Grupo Especial de cómo se demuestra una violación del párrafo 5 del artículo 21.

22. Los Estados Unidos sostienen, sin embargo, que si bien el Grupo Especial no precisaba y no debería haber considerado la cuestión de la relación entre el párrafo 5 del artículo 21 y el artículo 22, llegó finalmente a la conclusión sustantiva correcta, esto es, que el árbitro al que se refiere el párrafo 6 del artículo 22 puede determinar la compatibilidad de una medida de aplicación con las normas de la OMC al determinar el nivel equivalente de la suspensión de concesiones u otras obligaciones.

23. Los Estados Unidos afirman que un análisis del texto del artículo 22 respalda la conclusión del Grupo Especial. El texto del párrafo 2 del artículo 22 no contiene ninguna referencia al artículo 21 ni al artículo 23 del ESD. Si los redactores hubieran querido subordinar la suspensión de concesiones u otras obligaciones a la finalización de otro procedimiento, "no habrían escrito el texto del artículo 22 de modo que todos los plazos contenidos en ese artículo se remitan a la expiración del 'plazo prudencial' para la aplicación" establecido en el párrafo 3 del artículo 21 del ESD.¹⁴

24. Los Estados Unidos sostienen que el párrafo 5 del artículo 21 no condiciona la expresión "los presentes procedimientos de solución de diferencias", salvo cuando dispone que, siempre que sea posible, intervendrán los miembros del grupo especial que haya entendido inicialmente en el asunto y cuando establece un límite máximo de 90 días para el procedimiento. En consecuencia, no hay ninguna base para excluir ningún procedimiento de solución de diferencias que podría utilizarse para determinar la compatibilidad de una medida de aplicación con las normas de la OMC.

25. Los Estados Unidos argumentan que si, como sugieren las Comunidades Europeas, el párrafo 5 del artículo 21 exige que se apliquen procedimientos "ordinarios" de solución de diferencias, con la excepción de lo previsto específicamente en el párrafo 5 del artículo 21, se llegaría al resultado absurdo de que "la remisión de un asunto al grupo especial" previsto en el párrafo 5 del artículo 21 tendría que ser precedida por la celebración de consultas, lo que añadiría a ese proceso 60 días adicionales. Aun sin considerar este período adicional, si se interpretara que el párrafo 5 del artículo 21 exige que se sustancie separadamente el procedimiento previsto en el párrafo 5 del artículo 21 antes de que un Miembro de la OMC pueda invocar el artículo 22, el plazo de 90 días establecido en el párrafo 5 del artículo 21 dejaría sin efecto la regla del consenso negativo contenida en los párrafos 6 y 7 del artículo 22 del ESD.

26. Los Estados Unidos aducen que los argumentos de las Comunidades Europeas sobre los "derechos y garantías procesales", es decir, sus argumentos relativos a la carga de la prueba, los requisitos de notificación y los derechos de terceros, son argumentos de política y no jurídicos. Al

¹⁴ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 48.

formular estos argumentos, las Comunidades Europeas objetan el texto tal como está redactado, y no explican por qué es incorrecta la interpretación del mismo que hace el Grupo Especial.

3. El efecto de la autorización del OSD para suspender concesiones u otras obligaciones

27. Los Estados Unidos sostienen que la declaración del Grupo Especial sobre este punto, al igual que otras de sus declaraciones y conclusiones sobre el mandato de los árbitros nombrados de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22, no guardaba relación con la diferencia que nos ocupa. En consecuencia, los Estados Unidos sostienen que no era necesario que el Grupo Especial considerara la cuestión de la compatibilidad con las normas de la OMC de medidas autorizadas por el OSD que suspendían la aplicación de concesiones u otras obligaciones. Los Estados Unidos argumentan, sin embargo, que la decisión de autorizar la suspensión de concesiones u otras obligaciones es competencia exclusiva del OSD y, por lo tanto, resulta imposible extraer alguna otra conclusión que no sea que una suspensión de concesiones u otras obligaciones que ha sido autorizada por el OSD es compatible con las normas de la OMC.

C. ALEGACIONES DE ERROR FORMULADAS POR LOS ESTADOS UNIDOS - APELANTE

1. Párrafo 1 a) y primera frase del párrafo 1 b) del artículo II del GATT de 1994

28. Los Estados Unidos apelan contra la constatación del Grupo Especial de que el incremento de los requisitos en materia de fianzas es incompatible con el párrafo 1 a) y la primera frase del párrafo 1 b) del artículo II del GATT de 1994. Según los Estados Unidos, el Grupo Especial formuló su constatación basándose, no en la conclusión de que los propios requisitos en materia de fianzas infringían las obligaciones en cuestión, sino porque los derechos para cuya exigencia se podría recurrir a dichos requisitos, si se impusieran, infringirían esas obligaciones.

29. Los Estados Unidos sostienen que este enfoque es incompatible con el deber del Grupo Especial de basar su análisis de la compatibilidad de una medida con las normas de la OMC en la propia medida, y no atribuir a esa medida los efectos o infracciones de otra medida. El párrafo 1 a) del artículo II exige que cada Miembro conceda un trato no menos favorable que el previsto en su Lista arancelaria. La primera frase del párrafo 1 b) del artículo II exime a los productos que figuran en la Lista de un Miembro de los "derechos de aduana propiamente dichos que excedan de los fijados en la lista", mientras que la segunda frase exime a dichos productos de "los demás derechos o cargas". Los requisitos adicionales en materia de fianzas en esta diferencia no impusieron por sí mismos derechos adicionales aun cuando, como concluyó el Grupo Especial, impusieron costos adicionales.

30. Los Estados Unidos sostienen que los informes de grupos especiales del GATT citados por el Grupo Especial o bien no respaldan la posición del Grupo Especial o bien no proporcionan ningún razonamiento en apoyo de esa posición.¹⁵ Los Estados Unidos sostienen que el Grupo Especial citó una declaración formulada por el Grupo Especial que se ocupó del asunto *Estados Unidos - Artículo 337*, pero no tuvo en cuenta el contexto en el que se hizo esa declaración ni la naturaleza del análisis que siguió a la misma. En opinión de los Estados Unidos, el análisis contenido en el informe del Grupo Especial que se ocupó del asunto *CEE - Precios mínimos de importación* no puede ser interpretado en el sentido de que respalde la conclusión de que una infracción producida por una medida puede atribuirse a las medidas que aseguran su cumplimiento. Con respecto al informe del Grupo Especial que se ocupó del asunto *CEE - Proteínas destinadas a la alimentación animal*, los Estados Unidos argumentan que el Grupo Especial que se ocupó de ese caso no proporciona ningún razonamiento persuasivo en apoyo de su conclusión, y que el Grupo Especial que entendió en la presente diferencia no debería haberlo seguido.

2. Párrafos 2 a) del artículo 23, 7 del artículo 3 y 5 del artículo 21 del ESD

a) Párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD

31. Los Estados Unidos sostienen que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que la Medida del 3 de marzo era incompatible con el párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD, tanto porque las Comunidades Europeas no presentaron una solicitud o argumentación para que se formulara esta constatación, y no satisficieron su carga de demostrar una violación de dicha disposición, cuanto porque el Grupo Especial fundó su constatación en la conclusión errónea de que una "determinación", en el sentido del párrafo 2 a) del artículo 23, puede inferirse de otras medidas.

32. Los Estados Unidos sostienen que las Comunidades Europeas no se refirieron al párrafo 2 a) del artículo 23 "salvo ... referencias de paso".¹⁶ Las Comunidades Europeas nunca solicitaron al Grupo Especial, en sus declaraciones o comunicaciones, que formulara una constatación con respecto al párrafo 2 a) del artículo 23. A lo largo de sus comunicaciones, las Comunidades Europeas sólo desarrollaron y expusieron sus argumentos jurídicos con respecto a los párrafos 1 y 2 c) del artículo 23.

¹⁵ Informe del Grupo Especial que se ocupó del asunto *Estados Unidos - Artículo 337 de la Ley Arancelaria de 1930 ("Estados Unidos - Artículo 337")*, adoptado el 7 de noviembre de 1989, IBDD, 36S/402; informe del Grupo Especial que se ocupó del asunto *CEE - Medidas en relación con las proteínas destinadas a la alimentación animal ("CEE - Proteínas destinadas a la alimentación animal")*, adoptado el 14 de marzo de 1978, IBDD, 25S/53; informe del Grupo Especial que se ocupó del asunto *CEE - Programa de precios mínimos, licencias y depósitos de garantía para la importación de determinadas frutas, legumbres y hortalizas elaboradas ("CEE - Precios mínimos de importación")*, adoptado el 18 de octubre de 1978, IBDD 25S/75.

¹⁶ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 38.

33. Los Estados Unidos sostienen que, si bien el simple hecho de que las Comunidades Europeas no hicieran ninguna alegación en el marco del párrafo 2 a) del artículo 23 es suficiente para que el Órgano de Apelación revoque la constatación del Grupo Especial porque éste liberó a las Comunidades Europeas de la carga que les correspondía en esta diferencia, el Órgano de Apelación también debería concluir que la constatación del Grupo Especial en relación con el párrafo 2 a) del artículo 23 debería ser rechazada debido a la insuficiencia de la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por las Comunidades Europeas y al perjuicio resultante para los Estados Unidos.

34. Los Estados Unidos sostienen que el Órgano de Apelación también debería revocar la constatación del Grupo Especial porque éste se basó en la conclusión errónea de que una "determinación" en el sentido del párrafo 2 a) del artículo 23 puede inferirse de otras medidas. Los Estados Unidos consideran que el Grupo Especial interpretó en forma errónea el término "determinación". Los Estados Unidos sostienen que una "determinación" es una decisión formal que se formula expresamente, como resultado de un proceso jurídico nacional y que tiene determinado valor jurídico.

b) Párrafo 7 del artículo 3 del ESD

35. Los Estados Unidos sostienen que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que la Medida del 3 de marzo era incompatible con el párrafo 7 del artículo 3 del ESD. El Grupo Especial eximió indebidamente a las Comunidades Europeas de su carga de demostrar una violación del párrafo 7 del artículo 3, porque las Comunidades Europeas no presentaron una solicitud ni argumentación para que se formulara esta constatación. Además, los Estados Unidos argumentan que, aun cuando las Comunidades Europeas *hubieran* aducido que la Medida del 3 de marzo era incompatible con el párrafo 7 del artículo 3, no está claro cómo podrían haber demostrado una violación, ya que la última frase del párrafo 7 del artículo 3 no contiene ninguna obligación que pueda ser infringida. Los Estados Unidos consideran que la última frase del párrafo 7 del artículo 3 es meramente descriptiva y no contiene ninguna obligación, en el sentido de que disponga que un Miembro "deberá" o "no deberá" adoptar una medida.

c) Párrafo 5 del artículo 21 del ESD

36. Los Estados Unidos sostienen que el Órgano de Apelación debería revocar la constatación del Grupo Especial según la cual la Medida del 3 de marzo es incompatible con el párrafo 5 del artículo 21 porque esta constatación está basada en argumentos no expuestos por las Comunidades Europeas y en la conclusión errónea del Grupo Especial de que la Medida del 3 de marzo es incompatible con el párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD.

D. ARGUMENTOS DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS - APELADO

1. Párrafo 1 a) y primera frase del párrafo 1 b) del artículo II del GATT de 1994

37. Las Comunidades Europeas están de acuerdo con los Estados Unidos en que el Grupo Especial incurrió en error cuando constató que el incremento de los requisitos en materia de fianzas es incompatible con el párrafo 1 a) y la primera frase del párrafo 1 b) del artículo II simplemente porque esos requisitos están destinados a hacer cumplir una medida que es incompatible con esas disposiciones. Las Comunidades Europeas sostienen que no alegaron que los requisitos en materia de fianzas "en sí mismos" fueran incompatibles con esas disposiciones por ese motivo.

38. Las Comunidades Europeas sostienen que el error contra el que apelan los Estados Unidos tiene su origen en la caracterización errónea que hizo el Grupo Especial de la Medida del 3 de marzo, según la cual dicha Medida consistía meramente en un incremento de los requisitos en materia de fianzas aplicables en general. El Grupo Especial no reconoció que tal incremento era sólo una medida accesoria para hacer cumplir la decisión principal adoptada por los Estados Unidos el 3 de marzo de 1999, es decir, el aumento "contingente" de los derechos de aduana aplicados a los productos incluidos en una lista al 100 por ciento *ad valorem*.

39. Las Comunidades Europeas afirman que, si el Grupo Especial hubiera caracterizado adecuadamente la Medida del 3 de marzo en el sentido de que también incluía ese aumento de derechos, necesariamente habría llegado a la conclusión de que, como alegaban las Comunidades Europeas, el aumento de los derechos infringe el párrafo 1 a) y la primera frase del párrafo 1 b) del artículo II, mientras que el incremento de los requisitos en materia de fianzas "en sí mismo" es incompatible con la segunda frase del párrafo 1 b) del artículo II del GATT de 1994.

2. Párrafos 2 a) del artículo 23, 7 del artículo 3 y 5 del artículo 21 del ESD

a) Párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD

40. Las Comunidades Europeas sostienen que en su solicitud de establecimiento de un grupo especial citaron los artículos 3, 21, 22 y 23 del ESD como las disposiciones cuya violación alegaban.

41. Las Comunidades Europeas sostienen que los Estados Unidos no discuten, y no podrían hacerlo, que la alegación hecha por las Comunidades Europeas de violación del párrafo 5 del artículo 21 del ESD fue formulada de manera suficientemente clara en el presente caso. Conforme a las Comunidades Europeas, hay un vínculo muy estrecho, que nace en el párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD, entre la obligación de recurrir al procedimiento previsto en el párrafo 5 del artículo 21 en las circunstancias del presente caso y la prohibición de formular determinaciones unilaterales con

respecto a la compatibilidad con las normas de la OMC de una medida comercial adoptada para aplicar una recomendación anterior del OSD.

42. Las Comunidades Europeas sostienen que el Grupo Especial no incurrió en error al considerar que una determinación podía "inferirse" de las medidas adoptadas por los Estados Unidos. Las Comunidades Europeas sostienen que, como determinó el Grupo Especial en *Estados Unidos - Artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974*, una "determinación" sólo constituye una violación en virtud del párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD cuando se formula en una situación en la que se trate de reparar lo que se considera como una incompatibilidad con las normas de la OMC cometida por otro Miembro de la OMC.¹⁷ Por lo tanto, una medida que trate de imponer una retorsión comercial debe ser considerada pertinente para determinar si se han incumplido las obligaciones previstas en el párrafo 2 a) del artículo 23. Las Comunidades Europeas sostienen que, cuando un Miembro de la OMC concluye que otro Miembro de la OMC ha actuado de manera incompatible con sus obligaciones dimanantes de la OMC, y esta conclusión sirve de base a una medida que intenta reparar lo que se ha considerado una incompatibilidad con la OMC sin seguir los procedimientos de solución de diferencias, tal conclusión constituye una "determinación" prohibida en el sentido del párrafo 2 a), junto con el párrafo 1, del artículo 23 del ESD.

b) Párrafo 7 del artículo 3 del ESD

43. Las Comunidades Europeas sostienen que la última frase del párrafo 7 del artículo 3 del ESD contiene la obligación de no recurrir a la suspensión de concesiones u otras obligaciones sin la autorización del OSD. Esta disposición está en consonancia con el párrafo 2 c) del artículo 23 del ESD, y los Estados Unidos no pueden aducir que las Comunidades Europeas no formularon una alegación con respecto a la violación de la segunda disposición. Una infracción de la prohibición contenida en el párrafo 2 c) del artículo 23 del ESD comporta necesariamente una infracción de la disposición contenida en la última frase del párrafo 7 del artículo 3 del ESD.

c) Párrafo 5 del artículo 21 del ESD

44. Las Comunidades Europeas sostienen que en las comunicaciones escritas y declaraciones orales que presentaron al Grupo Especial expusieron alegaciones y argumentos según los cuales los Estados Unidos violaron el párrafo 5 del artículo 21 del ESD al aplicar la medida en litigio, y solicitaron la autorización de la suspensión de concesiones en ausencia de una constatación de que las medidas de aplicación adoptadas por las Comunidades Europeas eran incompatibles con las obligaciones que les correspondían en el marco de la OMC.

¹⁷ WT/DS152/R, adoptado el 27 de enero de 2000.

III. ARGUMENTOS DE LOS TERCEROS PARTICIPANTES

A. DOMINICA Y SANTA LUCÍA

1. La medida en litigio

45. Dominica y Santa Lucía sostienen que la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por las Comunidades Europeas parece abarcar en forma suficiente todas las medidas que hicieron efectiva la decisión de los Estados Unidos de imponer la obligación de pago de derechos del 100 por ciento, con efecto retroactivo a partir del 3 de marzo de 1999, respecto de determinados productos importados de las Comunidades Europeas.

46. Dominica y Santa Lucía argumentan que las medidas subsiguientes que modifican la forma jurídica, pero confirman la sustancia, de una medida anterior identificada en una solicitud de establecimiento de un grupo especial, pueden quedar incluidas en el mandato del Grupo Especial. Según Dominica y Santa Lucía, el criterio fundamental es el de las debidas garantías procesales, es decir, si todas las partes han recibido información adecuada respecto de las alegaciones formuladas. En sí mismas, las medidas subsiguientes que meramente modifican la forma jurídica de una medida inicial que *en lo esencial* permanece vigente y que constituye el objeto de una reclamación pueden quedar comprendidas en el mandato del Grupo Especial.

2. El mandato de los árbitros nombrados de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del ESD

47. Dominica y Santa Lucía sostienen que el Grupo Especial incurrió en error al concluir que el procedimiento de arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD constituye un procedimiento adecuado de solución de diferencias en el marco de la OMC para determinar la compatibilidad de medidas de aplicación con las normas de la OMC, como dispone la primera frase del párrafo 5 del artículo 21 del ESD.

48. Según Dominica y Santa Lucía, el árbitro nombrado en virtud del párrafo 6 del artículo 22 está facultado para determinar si "el nivel de la suspensión es equivalente al nivel de la anulación", mientras que el grupo especial establecido en virtud del párrafo 5 del artículo 21 está facultado para determinar la compatibilidad de una medida de aplicación con las normas de la OMC. Sus mandatos son distintos, independientemente de la posibilidad de que los miembros del grupo especial que haya entendido inicialmente en el asunto puedan actuar en el grupo especial del párrafo 5 del artículo 21 y también como árbitros de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22. Asimismo, Dominica y Santa Lucía sostienen que las conclusiones del Grupo Especial plantean graves preocupaciones sistémicas.

B. ECUADOR

49. El Ecuador comparte plenamente la opinión del Grupo Especial en el sentido de que los Miembros de la OMC no deberían adoptar una acción unilateral para solucionar diferencias surgidas en el marco de la OMC. Si se presenta una situación en que dos o más Miembros de la OMC no están de acuerdo en cuanto a si se ha producido un incumplimiento de las normas de la OMC, el único recurso disponible es iniciar un procedimiento de solución de diferencias en el marco del ESD.

50. En opinión del Ecuador, la posible existencia de un conflicto entre las prescripciones temporales del párrafo 5 del artículo 21 y las del artículo 22 no puede ser una excusa para adoptar una acción unilateral, así como tampoco este conflicto puede servir de base para que ningún Miembro "pierda derechos fundamentales", tales como el derecho a suspender la aplicación de concesiones u otras obligaciones.¹⁸

C. INDIA

51. La India está totalmente en desacuerdo con la constatación del Grupo Especial en el sentido de que la compatibilidad con las normas de la OMC de las medidas adoptadas por el Miembro que ha de aplicar las recomendaciones y resoluciones puede determinarse mediante el procedimiento de arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22. La India sostiene que los procedimientos de grupos especiales, que fueron concebidos para tratar y resolver los aspectos de fondo de las diferencias, que involucran obligaciones sustantivas de los Miembros de la OMC, son fundamentalmente diferentes de los procedimientos de arbitraje previstos en los párrafos 3 del artículo 21 y 6 del artículo 22 del ESD. A estos procedimientos de arbitraje se les encomienda la tarea limitada de determinar, en el caso del párrafo 3 del artículo 21, el "plazo prudencial" para la aplicación y, en el caso del párrafo 6 del artículo 22, el nivel de suspensión de concesiones y si se siguieron los procedimientos y principios establecidos en el párrafo 3 del artículo 22.

52. La India sostiene que, si pudiera recurrirse al procedimiento de arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 para determinar la compatibilidad de las medidas de aplicación, el párrafo 5 del artículo 21 del ESD perdería su importancia y efecto. La India alega que si se dejara en pie la interpretación que hizo el Grupo Especial de los párrafos 5 del artículo 21 y 6 del artículo 22 del ESD, la utilidad y pertinencia del párrafo 5 del artículo 21 serían mínimas, y los Miembros de la OMC podrían eludir, cuando estimaran oportuno, el procedimiento previsto en el párrafo 5 del artículo 21 y recurrir directamente al párrafo 6 del artículo 22.

¹⁸ Comunicación presentada por el Ecuador en calidad de tercero participante, párrafo 3.

D. JAMAICA

53. Jamaica está en desacuerdo con la interpretación que hace el Grupo Especial de la relación entre el párrafo 5 del artículo 21 y el artículo 22 del ESD, y apoya las razones en las que se basa la apelación de las Comunidades Europeas con respecto a esta cuestión. Jamaica sostiene que la función del árbitro previsto en el párrafo 6 del artículo 22 se limita a una labor específica en una circunstancia concreta, esto es, determinar la adecuación del nivel de suspensión de concesiones u otras obligaciones.

54. Jamaica sostiene que una nueva diferencia acerca de la compatibilidad de las medidas de aplicación con las normas de la OMC ha de resolverse mediante "[estos] procedimientos de solución de diferencias", a tenor del párrafo 5 del artículo 21 del ESD. Jamaica argumenta que "[estos] procedimientos de solución de diferencias" son los procedimientos de buenos oficios, conciliación y mediación previstos en el artículo 5 del ESD. Jamaica sostiene que "[estos] procedimientos de solución de diferencias" son también los procedimientos ordinarios de grupos especiales, con la posibilidad de apelar ante el Órgano de Apelación. Jamaica solicita que el Órgano de Apelación constate que el arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD cumple una función específica y limitada, que no incluye ninguna facultad de determinar la compatibilidad con las normas de la OMC de las medidas adoptadas para cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD.

E. JAPÓN

1. El mandato de los árbitros nombrados de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del ESD

55. El Japón apoya la apelación de las Comunidades Europeas con respecto a la constatación del Grupo Especial de que la compatibilidad de las medidas de aplicación con las normas de la OMC puede determinarse en el curso del procedimiento de arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD. El Japón sostiene que los procedimientos establecidos en los párrafos 5 del artículo 21 y 6 del artículo 22 cumplen funciones completamente diferentes y se rigen por requisitos de procedimiento distintos. En opinión del Japón, el Grupo Especial no tuvo en cuenta la diferencia entre el procedimiento previsto en el párrafo 5 del artículo 21 y el del párrafo 6 del artículo 22 y, en consecuencia, no tuvo presente la estructura que se deseaba dar al proceso de solución de diferencias.

2. Párrafo 1 a) y primera frase del párrafo 1 b) del artículo II del GATT de 1994

56. El Japón no apoya la apelación de los Estados Unidos con respecto a la constatación del Grupo Especial de que los requisitos en materia de fianzas impuestos por los Estados Unidos el 3 de marzo de 1999 violaban los párrafos 1 a) y 1 b) del artículo II del GATT de 1994. El Japón considera que un requisito en materia de fianzas constituye una parte integral del proceso de recaudación de

aranceles y, en consecuencia, no debería ser considerado distinto y aparte de la imposición del propio arancel. Por lo tanto, el Japón está de acuerdo con la constatación del Grupo Especial de que la imposición del incremento de los requisitos en materia de fianzas por parte de los Estados Unidos violaba el párrafo 1 a) y la primera frase del párrafo 1 b) del artículo II del GATT de 1994.

3. Párrafos 2 a) del artículo 23, 7 del artículo 3 y 5 del artículo 21 del ESD

57. El Japón no apoya el argumento de los Estados Unidos de que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que la Medida del 3 de marzo era incompatible con el párrafo 7 del artículo 3 del ESD porque esa disposición no establece ninguna obligación que pueda ser infringida. El Japón considera que, al igual que el párrafo 2 c) del artículo 23, el párrafo 7 del artículo 3 indica que los Miembros de la OMC sólo tienen el derecho de suspender concesiones de manera discriminatoria previa autorización del OSD. El Japón sostiene que, puesto que la Medida del 3 de marzo constituyó una suspensión de concesiones u otras obligaciones sin autorización del OSD, los Estados Unidos actuaron en forma incompatible con el párrafo 7 del artículo 3.

IV. CUESTIONES PLANTEADAS EN ESTA APELACIÓN

58. El Grupo Especial constató que, al adoptar la Medida del 3 de marzo, los Estados Unidos actuaron de manera incompatible con sus obligaciones dimanantes del artículo I y los párrafos 1 a) y 1 b) del artículo II del GATT de 1994 así como del párrafo 7 del artículo 3, el párrafo 5 del artículo 21, el párrafo 6 del artículo 22, el párrafo 1 del artículo 23, y los párrafos 2 a) y 2 c) del artículo 23 del ESD.¹⁹ Los Estados Unidos apelan contra las constataciones del Grupo Especial de incompatibilidad con los párrafos 1 a) y 1 b) del artículo II, primera frase, del GATT de 1994, y con el párrafo 7 del artículo 3, el párrafo 5 del artículo 21 y el párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD. Los Estados Unidos no apelan contra las constataciones del Grupo Especial de incompatibilidad con el artículo I y el párrafo 1 b) del artículo II, segunda frase, del GATT de 1994, y el párrafo 6 del artículo 22 y los párrafos 1 y 2 c) del artículo 23 del ESD. Por consiguiente, a nuestro juicio, los Estados Unidos han aceptado las conclusiones del Grupo Especial en el sentido de que, al adoptar la Medida del 3 de marzo, los Estados Unidos actuaron de manera incompatible con las obligaciones dimanantes del artículo I y del párrafo 1 b) del artículo II, segunda frase, del GATT de 1994, y con la obligación dimanante del artículo 23 del ESD de no adoptar medidas unilaterales a fin de reparar lo que consideren incumplimientos de las obligaciones asumidas en el marco de la OMC por otros Miembros de la OMC. Para nosotros, el aspecto más importante del presente caso pueden ser las conclusiones del Grupo Especial, que no fueron objeto de apelación, sobre el incumplimiento por los

¹⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1.

Estados Unidos del imperativo jurídico contenido en el párrafo 1 del artículo 23 del ESD²⁰, que dice lo siguiente:

Cuando traten de reparar el incumplimiento de obligaciones u otro tipo de anulación o menoscabo de las ventajas resultantes de los acuerdos abarcados, o un impedimento al logro de cualquiera de los objetivos de los acuerdos abarcados, los Miembros recurrirán a las normas y procedimientos del presente Entendimiento, que deberán acatar.

59. En la presente apelación se plantean las siguientes cuestiones:

- a) si el Grupo Especial incurrió en error al constatar que la medida en litigio en la presente diferencia es la Medida del 3 de marzo, que consiste en el "incremento de los requisitos en materia de fianzas impuesto a partir del 3 de marzo a los productos de las CE incluidos en una lista", que esta medida ya no está vigente, que la medida del 19 de abril es jurídicamente distinta de la Medida del 3 de marzo y que la medida del 19 de abril no está comprendida en el mandato del Grupo Especial;
- b) si el Grupo Especial incurrió en error al declarar que la compatibilidad con la OMC de una medida adoptada por un Miembro para cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD puede ser determinada por árbitros nombrados con arreglo al párrafo 6 del artículo 22 del ESD;
- c) si el Grupo Especial incurrió en error al declarar que "[u]na vez que un Miembro impone suspensiones de concesiones u otras obligaciones autorizadas por el OSD, esa medida del Miembro es compatible con la OMC (ya que fue expresamente autorizada por el OSD)"²¹;
- d) si el Grupo Especial incurrió en error al constatar que el incremento de los requisitos en materia de fianzas contenido en la Medida del 3 de marzo es incompatible con el párrafo 1 a) y la primera frase del párrafo 1 b) del artículo II del GATT de 1994, y
- e) si el Grupo Especial incurrió en error al constatar que, al adoptar la Medida del 3 de marzo, los Estados Unidos actuaron de manera incompatible con sus obligaciones dimanantes del párrafo 2 a) del artículo 23, el párrafo 7 del artículo 3 y el párrafo 5 del artículo 21 del ESD.

²⁰ Informe del Grupo Especial, párrafos 6.34, 6.87 y apartados a) y d) del párrafo 7.1.

²¹ *Ibidem*, párrafo 6.112.

V. LA MEDIDA EN LITIGIO

60. El Grupo Especial constató que la medida en litigio en la presente diferencia es "el incremento de los requisitos en materia de fianzas impuesto a partir del 3 de marzo a los productos de las CE incluidos en una lista"²², y la denominó la Medida del 3 de marzo. El Grupo Especial constató que esta medida "ya no está vigente".²³ El Grupo Especial también constató que la medida del 19 de abril, es decir la imposición de derechos del 100 por ciento a algunos productos designados importados de las Comunidades Europeas, es una medida jurídicamente distinta de la Medida del 3 de marzo y que, en consecuencia, la medida del 19 de abril no está comprendida en el mandato del Grupo Especial.²⁴ Las Comunidades Europeas apelan contra estas constataciones del Grupo Especial.

61. El Grupo Especial fue establecido por el OSD el 16 de junio de 1999.²⁵ De conformidad con el párrafo 1 del artículo 7 del ESD, el Grupo Especial tiene el siguiente mandato uniforme:

Examinar, a la luz de las disposiciones pertinentes de los acuerdos abarcados invocados por las Comunidades Europeas en el documento WT/DS165/8, el asunto sometido al OSD por las Comunidades Europeas en ese documento y formular conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en dichos acuerdos.²⁶

62. Con respecto a la medida en litigio en la presente diferencia, observamos que en la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por las Comunidades Europeas se hace referencia a lo siguiente:

... la decisión de los Estados Unidos, efectiva desde el 3 de marzo de 1999, de suspender la liquidación de las importaciones procedentes de las CE de productos (incluidos en una lista), que representan en conjunto un valor de 520 millones de dólares anuales, e imponer una obligación contingente correspondiente a derechos del 100 por ciento sobre cada una de las importaciones de productos afectados a partir de esa fecha (anexo 1). Esta medida incluye disposiciones administrativas que prevén, entre otras cosas, la constitución de una fianza para cubrir la totalidad de la obligación eventual.

Esta medida ha privado a las importaciones en los Estados Unidos de los productos en cuestión procedentes de las CE del derecho a un arancel no superior al tipo consolidado en la Lista de los Estados Unidos. Más aún: al exigir el depósito de una

²² Informe del Grupo Especial, párrafo 6.21.

²³ *Ibidem*, párrafo 7.1.

²⁴ *Ibidem*, párrafos 6.89 y 6.128.

²⁵ WT/DS165/9, 18 de octubre de 1999 y WT/DS165/9/Corr.1, 5 de noviembre de 1999.

²⁶ *Ibidem*.

fianza, la Aduana de los Estados Unidos impone de hecho sobre cada importación unos derechos del 100 por ciento cuya devolución es incierta, puesto que depende de decisiones futuras de los Estados Unidos ...²⁷ (sin cursivas en el original).

63. Con respecto a estas "decisiones futuras de los Estados Unidos", las Comunidades Europeas declararon en su solicitud de establecimiento de un grupo especial que:

Cuando los Estados Unidos fueron autorizados por la OMC, el 19 de abril de 1999, a suspender a partir de esa fecha concesiones con respecto a importaciones de productos procedentes de las CE por un valor anual de 191,4 millones de dólares solamente, se estableció, con algunos productos de la lista anterior, una lista más reducida de productos (anexo 2). Al mismo tiempo, a pesar del carácter prospectivo de la autorización de la OMC, los Estados Unidos confirmaron que los productos de la lista que figura en el anexo 2 que hubieran sido despachados a consumo en los Estados Unidos desde el 3 de marzo de 1999 quedarían sujetos al pago de derechos del 100 por ciento.²⁸

64. La "decisión de los Estados Unidos, efectiva desde el 3 de marzo de 1999", a la cual se refiere la solicitud de establecimiento de un grupo especial, figura en un memorándum, de 4 de marzo de 1999, del Sr. Philip Metzger, Director de la División de Cumplimiento de Normas Comerciales del Servicio de Aduanas de los Estados Unidos, dirigido a los Directores de Territorios Aduaneros y de Puertos, relativo a las "Sanciones europeas" (el "Memorándum Metzger")²⁹, que fue aclarado en un memorándum de 16 de marzo de 1999.³⁰ En el Memorándum Metzger se decía lo siguiente:

Con respecto a todas las mercancías clasificables incluidas en las subpartidas del Arancel de Aduanas Armonizado que se enumeran a continuación, despachadas o retiradas de un depósito de aduanas para consumo a partir del 3 de marzo de 1999, y producidas en los países que se enumeran, los Directores de Territorios Aduaneros y Puertos deberán exigir una fianza única por transacción igual al valor declarado de las mercancías. La única excepción a este requisito es que, según lo resuelva discrecionalmente el Director del Puerto, el importador designado podrá utilizar una fianza continuada igual al 10 por ciento del total del valor declarado de las mercancías abarcadas, importadas por el importador en el año precedente. Los puertos deberán tramitar inmediatamente el aumento de las fianzas continuadas.

²⁷ WT/DS165/8, 11 de mayo de 1999.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 6.29.

³⁰ *Ibidem*, párrafo 6.30. Este memorándum, titulado "*Clarification of Bond Requirements for European Sanctions*" (Aclaración de los requisitos en materia de fianzas para las sanciones europeas), fue enviado también por el Sr. Philip Metzger a los Directores de Territorios Aduaneros y de Puertos y a los Directores CMC.

No se programará la liquidación de ninguna importación de mercancías antes del 314º día, asegurando así la suspensión de la liquidación según lo solicitado por el USTR ...³¹

65. Del Memorándum Metzger se deduce que la "decisión de los Estados Unidos, efectiva desde el 3 de marzo de 1999", a la que se refiere la solicitud de establecimiento de un grupo especial, tiene por objeto una modificación de los requisitos en materia de fianzas y la suspensión de la liquidación aplicable a las importaciones de algunos productos procedentes de las Comunidades Europeas.

66. Con respecto a la suspensión de la liquidación, en el Memorándum Metzger se dio instrucciones a las autoridades aduaneras de los Estados Unidos para que suspendieran la liquidación por lo menos hasta el 314º día siguiente a la entrada de los productos designados. Los Estados Unidos sostuvieron ante el Grupo Especial que, en realidad, ésta era ya la práctica usual del Servicio de Aduanas y que, por consiguiente, no constituía una modificación del trato.³² El Grupo Especial no consideró la suspensión de la liquidación como parte de la medida en litigio en la presente diferencia.³³

67. En lo que respecta a la modificación de los requisitos en materia de fianzas, en el Memorándum Metzger, con la aclaración del mismo que figura en el memorándum de 16 de marzo de 1999, se dio instrucciones a las autoridades aduaneras de los Estados Unidos para que modificaran los requisitos de fianza con respecto a algunos productos designados importados de las Comunidades Europeas. Se dieron instrucciones a las autoridades aduaneras de que exigieran una *fianza única por transacción*, igual al valor declarado de las mercancías designadas, o que añadieran a la *fianza continuada* un monto equivalente al 10 por ciento del valor declarado de los productos designados importados por un importador durante el año precedente.³⁴ El Grupo Especial constató que el cambio

³¹ El memorándum de 16 de marzo de 1999, que aclara el Memorándum Metzger, decía:

Si el importador designado presenta una declaración en el momento de la entrada (despacho) en la que se certifique que ha revisado su fianza continuada y le ha añadido un importe igual al 10 por ciento del total del valor declarado importado por el importador en el año precedente con respecto a las mercancías actualmente sujetas a las sanciones el Director del Puerto aceptará la fianza continuada.

³² Véase la primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 34, y las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas del Grupo Especial y de las partes (13 de enero de 2000), párrafo 11. Las Comunidades Europeas no impugnaron esta afirmación.

³³ Informe del Grupo Especial, párrafo 6.21.

³⁴ *Ibidem*, párrafos 2.24-2.25 y 6.29-6.30.

relativo a las fianzas continuadas dio lugar a un *incremento* de los requisitos en materia de fianzas.³⁵ Este aspecto de la "decisión de los Estados Unidos, efectiva desde el 3 de marzo de 1999" es el que se encuentra en litigio en la presente diferencia. Por consiguiente, el Grupo Especial constató que "[l]a medida de que se trata en la presente diferencia es el incremento de los requisitos en materia de fianzas impuesto a partir del 3 de marzo a las importaciones procedentes de las CE incluidas en una lista".³⁶

68. Dado que en la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por las Comunidades Europeas se hace referencia a la "decisión de los Estados Unidos, efectiva desde el 3 de marzo de 1999" como la medida en litigio, y, dado que el aspecto contencioso de esta decisión es el incremento de los requisitos en materia de fianzas, estamos de acuerdo con la constatación del Grupo Especial de que la medida en cuestión en la presente diferencia es la Medida del 3 de marzo, es decir el "incremento de los requisitos en materia de fianzas" impuesto como resultado del Memorándum Metzger a los productos designados importados de las Comunidades Europeas.

69. Observamos que, en su solicitud de establecimiento de un grupo especial, las Comunidades Europeas, tras describir la "decisión de los Estados Unidos, efectiva desde el 3 de marzo de 1999" con respecto a la cual se solicitaba el establecimiento de un grupo especial, se refieren al hecho de que, después de que se adoptara esta "decisión de los Estados Unidos", los Estados Unidos fueron autorizados por la OMC el 19 de abril de 1999 a suspender concesiones y, al mismo tiempo "confirmaron que los productos de la lista que figura en el anexo 2 que hubieran sido despachados a consumo en los Estados Unidos desde el 3 de marzo de 1999 quedarían sujetos al pago de derechos del 100 por ciento".³⁷ No puede negarse que la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por las Comunidades Europeas se refiere a la medida del 19 de abril. Sin embargo, no es posible para nosotros llegar a la conclusión, basándonos únicamente en esta *referencia*, que la medida en litigio en la presente diferencia no es sólo la Medida del 3 de marzo sino también la medida del 19 de abril. En consecuencia, no es posible para nosotros concluir, *tan sólo* sobre esta base, que la medida del 19 de abril está comprendida en el mandato del Grupo Especial.

³⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 6.51. Con respecto a las fianzas únicas por transacción, el Grupo Especial observó que la modificación de los requisitos en materia de fianzas no tenía por consecuencia un incremento de dichos requisitos.

³⁶ *Ibidem*, párrafo 6.21.

³⁷ WT/DS165/8, 11 de mayo de 1999.

70. Además, observamos que, en nuestro informe sobre *Brasil - Programa de financiación de las exportaciones para aeronaves*, señalamos que:

Los artículos 4 y 6 del ESD ... establecen un proceso mediante el cual una parte reclamante debe solicitar la celebración de consultas, y deben celebrarse las consultas antes de poder remitir un asunto al OSD a efectos del establecimiento de un grupo especial.³⁸

En la solicitud de consultas presentada por las Comunidades Europeas el 4 de marzo de 1999 no se hacía referencia, por supuesto, a la medida adoptada por los Estados Unidos el 19 de abril de 1999, puesto que dicha medida aún no se había tomado. En la audiencia oral celebrada durante la presente apelación, en respuesta a las preguntas de la Sección, las Comunidades Europeas reconocieron que la medida del 19 de abril, *en sí misma*, no era *formalmente* el tema de las consultas celebradas el 21 de abril de 1999. Por consiguiente, consideramos, por esa razón, que la medida del 19 de abril tampoco es una medida en litigio en la presente diferencia y no está comprendida en el mandato del Grupo Especial.

71. Observamos que las Comunidades Europeas han alegado, ante el Grupo Especial así como ante nosotros, que la Medida del 3 de marzo comprende, de hecho, no sólo un incremento de los requisitos en materia de fianzas, sino también la imposición de una obligación "contingente" de pago de derechos del 100 por ciento a una lista específica de productos importados de las Comunidades Europeas.³⁹ Las Comunidades Europeas sostienen que la medida del 19 de abril, en la que se prescribe la imposición de derechos del 100 por ciento a una lista reducida de productos importados de las Comunidades Europeas, no es jurídicamente distinta de la Medida del 3 de marzo, sino más bien una "confirmación" de la Medida del 3 de marzo.⁴⁰ Las Comunidades Europeas consideran que el incremento de los requisitos en materia de fianzas decidido el 3 de marzo de 1999 se encuentra indisolublemente vinculado a la imposición de los derechos del 100 por ciento anunciada el 19 de abril de 1999. Conforme a las Comunidades Europeas, la Medida del 3 de marzo "es la medida básica en virtud de la cual los Estados Unidos impusieron sanciones a las importaciones de las CE ... mientras que la medida del 19 de abril es sólo en parte la confirmación y en parte la suspensión de una

³⁸ WT/DS46/AB/R, adoptado el 20 de agosto de 1999, párrafo 131.

³⁹ Comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 17. La lista de productos figura en el Memorándum Metzger.

⁴⁰ La lista de productos del 19 de abril de 1999 figura en la notificación del USTR de fecha 19 de abril de 1999. El alcance reducido de la lista fue resultado de la Decisión de los Árbitros, distribuida el 9 de abril de 1999, en el sentido de que el nivel apropiado de la suspensión de concesiones u otras obligaciones era de 191,4 millones de dólares EE.UU., y no de 520 millones de dólares EE.UU., nivel propuesto por los Estados Unidos.

medida preexistente".⁴¹ Según las Comunidades Europeas, "la situación jurídica no se modificó" para los productos procedentes de las Comunidades Europeas que fueron mantenidos en la segunda lista "por la *confirmación del 19 de abril de 1999* del aumento de los derechos exigibles por esos productos"⁴² (sin cursivas en el original).

72. La medida adoptada por las autoridades aduaneras de los Estados Unidos el 3 de marzo de 1999 se expone en el Memorándum Metzger.⁴³ La medida adoptada por los Estados Unidos el 19 de abril de 1999 se describe en la notificación del Representante de los Estados Unidos para las Cuestiones Comerciales relativa a la "Suspensión de concesiones arancelarias de los Estados Unidos", de fecha 19 de abril de 1999 y publicada en el *Federal Register* (la "Notificación del USTR").⁴⁴ La Notificación del USTR decía lo siguiente:

El Representante de los Estados Unidos para las Cuestiones Comerciales (USTR) ha decidido suspender la aplicación de concesiones arancelarias e imponer derechos *ad valorem* del 100 por ciento a los productos descritos en el Anexo a la presente notificación ...

El USTR ha determinado que, a partir del 19 de abril de 1999, se aplicarán derechos *ad valorem* del 100 por ciento a los productos descritos en el Anexo a la presente notificación ... y que se han despachado ... el 3 de marzo de 1999 o posteriormente.

73. No cabe discutir que la Medida del 3 de marzo y la medida del 19 de abril son medidas conexas del Gobierno de los Estados Unidos, puesto que ambas fueron adoptadas por los Estados Unidos para reparar lo que consideraban la falta de aplicación por las Comunidades Europeas de las recomendaciones y resoluciones del OSD en la diferencia *Comunidades Europeas - Bananos*. Observamos que en el comunicado de prensa oficial del USTR, de 3 de marzo de 1999, en el cual se anunciaba la Medida del 3 de marzo, así como en la carta dirigida por el Sr. Peter Scher, Negociador Comercial Especial del USTR para la Agricultura, al Sr. Raymond W. Kelly, Comisionado del Servicio de Aduanas de los Estados Unidos, de fecha 3 de marzo de 1999, se dijo, respectivamente, que la Medida del 3 de marzo "impone una obligación contingente respecto de derechos del 100 por ciento" y que la Medida del 3 de marzo tenía por objeto "preservar el derecho [de los Estados Unidos] de imponer derechos del 100 por ciento a partir del 3 de marzo, en espera de la decisión definitiva de los árbitros".⁴⁵ Sin embargo, ésta y otras declaraciones formuladas por los funcionarios del USTR no

⁴¹ Comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 38.

⁴² *Ibidem*, párrafo 26.

⁴³ Véase *supra*, párrafos 64-65.

⁴⁴ 64 Fed. Reg. 19.209 (1999).

⁴⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 2.23.

permiten, por sí mismas, que lleguemos a la conclusión de que la Medida del 3 de marzo y la medida del 19 de abril no son medidas jurídicamente distintas. A fin de determinar la relación jurídica entre estas dos medidas debemos examinar, sobre la base de las constataciones fácticas del Grupo Especial, lo que *hicieron* efectivamente los Estados Unidos el 3 de marzo y el 19 de abril de 1999, independientemente de la forma en que los Estados Unidos describieron públicamente sus medidas en ese momento.

74. Como se ha dicho antes, lo que *hicieron* los Estados Unidos el 3 de marzo de 1999 se expone en el Memorándum Metzger; lo que *hicieron* el 19 de abril de 1999 se describe en la Notificación del USTR relativa a la "suspensión de concesiones arancelarias de los Estados Unidos". Sobre la base del Memorándum Metzger y de la Notificación del USTR, es evidente que existen varias diferencias entre la Medida del 3 de marzo y la medida del 19 de abril. La más importante de estas diferencias es que la Medida del 3 de marzo prescribe *un incremento de los requisitos en materia de fianzas* respecto de algunos productos designados importados de las Comunidades Europeas, mientras que la medida del 19 de abril prescribe la *imposición de derechos del 100 por ciento* a algunos de los productos designados que antes estaban sujetos a un incremento de los requisitos en materia de fianzas, pero no a todos ellos.⁴⁶

75. Además, la Medida del 3 de marzo fue adoptada por el Servicio de Aduanas de los Estados Unidos y, como se dice explícitamente en el Memorándum Metzger, se dictó sobre la base del artículo 113.13 del *Code of Federal Regulations* (el "CFR"), volumen 19. La autorización concedida al Servicio de Aduanas de los Estados Unidos con arreglo a esta disposición del mencionado Código no comprende la facultad de aumentar los derechos de aduana. Por el contrario, la decisión del 19 de abril de 1999 de imponer derechos del 100 por ciento a algunos productos designados importados de las Comunidades Europeas fue una medida del USTR y, como se dice explícitamente en la Notificación del USTR de 19 de abril de 1999⁴⁷, se adoptó en virtud de la facultad concedida al USTR conforme al artículo 301 de la Ley de Comercio de 1974.⁴⁸ En sí solo esto no hace necesariamente que la Medida del 3 de marzo y la medida del 19 de abril sean medidas separadas y jurídicamente distintas. Es perfectamente posible que participe en la adopción de una sola medida más de un organismo oficial. Sin embargo, a nuestro parecer, en el presente caso, el hecho de que dos organismos distintos del Gobierno de los Estados Unidos actuaran separadamente en dos ocasiones

⁴⁶ Para la diferencia entre los productos comprendidos en la Medida del 3 de marzo y los comprendidos en la medida del 19 de abril, véase *supra*, notas de pie de página 39 y 40 del presente informe.

⁴⁷ 64 Fed. Reg. 19.209 (1999).

⁴⁸ 19 U.S.C. § 2411.

diferentes, y en virtud de dos fuentes jurídicas claramente distintas, tiende a confirmar el concepto de que la Medida del 3 de marzo y la medida del 19 de abril eran dos medidas separadas y jurídicamente distintas.

76. Además observamos, y esto es más importante, que no hay en la Medida del 3 de marzo nada que requiera que los Estados Unidos impongan derechos del 100 por ciento el 19 de abril de 1999. Esta medida se adoptó de conformidad con el artículo 113.13 del CFR. Observamos también que no hay nada en esta disposición en particular que prescriba que un incremento de las fianzas debe ir acompañado por un aumento de los derechos de aduana. El artículo 113.13 tampoco permite a las autoridades aduaneras aumentar los derechos de aduana, independientemente de que se incrementen o no los requisitos en materia de fianzas.

77. Observamos también que la Medida del 3 de marzo no era en forma alguna una condición previa para imponer derechos del 100 por ciento el 19 de abril de 1999. La medida del 19 de abril fue adoptada por el USTR conforme a las facultades previstas en el artículo 301 de la Ley de Comercio de 1974. Observamos que no hay nada en el artículo 301 que requiera en forma alguna que un aumento de los derechos de aduana esté precedido o acompañado por una modificación de los requisitos en materia de fianzas. Más aún, consideramos importante que no exista ninguna correlación perceptible entre la cuantía del incremento de los requisitos en materia de fianzas aplicado el 3 de marzo de 1999 y los derechos de aduana del 100 por ciento establecidos en la medida del 19 de abril de 1999. El incremento de los requisitos en materia de fianzas aplicado el 3 de marzo de 1999 no se calculó sobre la base de la imposición de derechos del 100 por ciento, sino que se fijó en un monto equivalente al 10 por ciento del valor declarado de los productos designados el año anterior.⁴⁹ A nuestro juicio, todo esto confirma la distinción jurídica entre lo que hicieron los Estados Unidos el 3 de marzo y lo que hicieron el 19 de abril de 1999.

78. Las Comunidades Europeas han puesto de relieve, y nosotros tenemos presente, que cuando los Estados Unidos decidieron el 19 de abril de 1999 imponer derechos del 100 por ciento a algunos productos designados de las Comunidades Europeas, la decisión se aplicó *retroactivamente* a esos productos designados, importados el 3 de marzo de 1999 o después de esa fecha. Sin embargo, esta aplicación retroactiva de derechos a partir del 3 de marzo de 1999 no significa que los Estados Unidos ya hubieran decidido, como cuestión de derecho, el 3 de marzo de 1999, imponer derechos del 100 por ciento. Como acabamos de explicar, con arreglo al artículo 301 de la Ley de Comercio de 1974, los Estados Unidos podían haber impuesto igualmente el aumento de los derechos en forma

⁴⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 6.47.

retroactiva a partir del 3 de marzo de 1999 sin haber incrementado los requisitos en materia de fianzas el 3 de marzo de 1999. En consecuencia, a diferencia de las Comunidades Europeas, no creemos que este elemento de retroactividad lleve necesariamente a la conclusión de que la Medida del 3 de marzo y la medida del 19 de abril son una y la misma medida.

79. Confirma este punto de vista el hecho de que, como explicaron los Estados Unidos al Grupo Especial:

... el incremento de los requisitos en materia de fianzas del 3 de marzo se suprimió para las entradas de mercancías que no se incluirían en la lista del 19 de abril, a los pocos días del informe presentado el 6 de abril por el árbitro previsto en el párrafo 6 del artículo 22, y se suprimió el 19 de abril para todos los productos restantes.⁵⁰

Por consiguiente, al 19 de abril de 1999, las importaciones de los productos procedentes de las Comunidades Europeas a los cuales se aplican derechos del 100 por ciento estaban sujetas nuevamente a los requisitos normales en materia de fianzas prescritos en los Estados Unidos.

80. En la sección "Conclusiones y recomendaciones" del informe del Grupo Especial, éste ha constatado, por una parte, que "la Medida del 3 de marzo ya no está vigente"⁵¹ y, por otra, ha recomendado "que el Órgano de Solución de Diferencias pida a los Estados Unidos que ponga su medida en conformidad con las obligaciones que le impone el Acuerdo sobre la OMC".⁵² Observamos que las Comunidades Europeas apelan contra la constatación del Grupo Especial en el sentido de que "la Medida del 3 de marzo ya no está vigente". Como hemos dicho antes, las Comunidades Europeas sostienen que la Medida del 3 de marzo comprende la imposición de derechos del 100 por ciento que actualmente se aplican a ciertos productos designados importados de las Comunidades Europeas. Por las razones que hemos expuesto, estamos en desacuerdo con este punto de vista.

81. Observamos, sin embargo, que existe una evidente incompatibilidad entre la constatación del Grupo Especial en el sentido de que "la Medida del 3 de marzo ya no está vigente" y su ulterior recomendación de que el OSD pida a los Estados Unidos que pongan su Medida del 3 de marzo en conformidad con las obligaciones contraídas en el marco de la OMC. El Grupo Especial ha incurrido en error al recomendar que el OSD pida a los Estados Unidos que pongan en conformidad con las

⁵⁰ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 23, con referencia a la segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 11 y a las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas formuladas por el Grupo Especial (8 de febrero de 2000), párrafo 21.

⁵¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1.

⁵² *Ibidem*, párrafo 7.3.

obligaciones que le impone la OMC una medida que el Grupo Especial ha constatado que ya no está vigente.

82. Por todas estas razones, llegamos a la conclusión de que el Grupo Especial constató correctamente que la medida en litigio en la presente diferencia es la Medida del 3 de marzo, que consiste en "el incremento de los requisitos en materia de fianzas impuesto a partir del 3 de marzo a los productos de las CE incluidos en una lista"⁵³, que esta medida ya no está vigente, que la medida del 19 de abril es jurídicamente distinta de la Medida del 3 de marzo y que la medida del 19 de abril no se encuentra comprendida en el mandato del Grupo Especial.

VI. EL MANDATO DE LOS ÁRBITROS NOMBRADOS CON ARREGLO AL PÁRRAFO 6 DEL ARTÍCULO 22 DEL ESD

83. En los párrafos 6.121 a 6.126 del informe del Grupo Especial, el Grupo Especial declaró, entre otras cosas:

... Estimamos que el procedimiento de arbitraje conforme al artículo 22 puede constituir un procedimiento de solución de diferencias de la OMC adecuado para realizar la evaluación con respecto a las normas de la OMC ordenada por la primera frase del párrafo 5 del artículo 21 del ESD ... [El párrafo 7 del artículo 22 del ESD] encomienda al grupo especial encargado del arbitraje el mandato y las facultades para evaluar la compatibilidad de la medida de aplicación con las normas de la OMC. Como el arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 está facultado para determinar si "el nivel de esa suspensión es equivalente al nivel de la anulación", tiene facultades para evaluar ambas variables de la ecuación.⁵⁴

... Como el procedimiento de arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 está facultado para determinar "un nivel de suspensión equivalente al nivel de la anulación", tiene facultades para evaluar ambas variables de la ecuación, incluida la cuestión de dilucidar si la medida de aplicación anula alguna ventaja y el nivel de las ventajas anuladas.⁵⁵

...

... consideramos que la determinación de la compatibilidad con la OMC ordenada en la primera frase del párrafo 5 del artículo 21 puede ser llevada a cabo por el grupo especial que entendió inicialmente en el asunto o por otras personas con arreglo al procedimiento de arbitraje previsto en los párrafos 6 y 7 del artículo 22 ...⁵⁶

⁵³ Informe del Grupo Especial, párrafo 6.21.

⁵⁴ *Ibidem*, párrafo 6.121.

⁵⁵ *Ibidem*, párrafo 6.122.

⁵⁶ *Ibidem*, párrafo 6.126.

84. Las Comunidades Europeas apelan contra estas declaraciones del Grupo Especial. Según las Comunidades Europeas, la compatibilidad con la OMC de una medida adoptada por un Miembro para cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD no puede ser determinada por árbitros nombrados con arreglo al párrafo 6 del artículo 22 del ESD.

85. A nuestro juicio la cuestión que se plantea con respecto a las declaraciones del Grupo Especial sobre el mandato de los árbitros nombrados con arreglo al párrafo 6 del artículo 22 es la siguiente: ¿la cuestión del mandato de los árbitros nombrados con arreglo al párrafo 6 del artículo 22 del ESD es de algún modo pertinente a la determinación del Grupo Especial sobre las alegaciones relativas a la medida en litigio en la presente diferencia?

86. La secuencia de los hechos que constituyen los antecedentes de la presente diferencia tiene importancia para resolver esa cuestión. El 2 de febrero de 1999, en la diferencia *Comunidades Europeas - Bananos*, los Estados Unidos solicitaron autorización del OSD para suspender la aplicación de concesiones u otras obligaciones con respecto a las Comunidades Europeas de conformidad con el párrafo 2 del artículo 22 del ESD. Ese mismo día, las Comunidades Europeas solicitaron, de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del ESD, un arbitraje sobre el nivel de la suspensión de concesiones u otras obligaciones propuesto por los Estados Unidos. Los árbitros no pudieron dictar su decisión para el 2 de marzo de 1999, término del plazo fijado para distribuirla, de conformidad con el plazo de 60 días establecido en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD. Al día siguiente, los Estados Unidos adoptaron la Medida del 3 de marzo como "medida de retorsión" con objeto de reparar "lo que consideraban el incumplimiento de normas de la OMC por las Comunidades Europeas".⁵⁷ Los árbitros distribuyeron su decisión el 9 de abril de 1999. El 19 de abril de 1999 los Estados Unidos solicitaron, y recibieron, autorización del OSD para suspender la aplicación de concesiones u otras obligaciones en el monto determinado por los árbitros. Después de obtener esta autorización, los Estados Unidos adoptaron la medida del 19 de abril.

87. La secuencia de los acontecimientos no ha sido controvertida por las partes. En particular, no se niega que los Estados Unidos adoptaron la Medida del 3 de marzo *antes* de que los árbitros nombrados con arreglo al párrafo 6 del artículo 22 emitieran su decisión. En consecuencia, la cuestión de saber si el mandato de los árbitros nombrados con arreglo al párrafo 6 del artículo 22 comprende la determinación de la compatibilidad con la OMC de las medidas de aplicación no era, y no podía haber sido, pertinente para la determinación por el Grupo Especial sobre las alegaciones relativas a la Medida del 3 de marzo. Esta cuestión sólo puede ser pertinente con respecto a las alegaciones relativas a la medida del 19 de abril, medida que fue adoptada *después* de la decisión de

⁵⁷ Informe del Grupo Especial, párrafos 6.33-6.34.

los árbitros nombrados en virtud del párrafo 6 del artículo 22 y de la posterior autorización del OSD basada en dicha decisión.

88. Sin embargo, como ya hemos concluido, el Grupo Especial constató correctamente que la medida en litigio en la presente diferencia es la Medida del 3 de marzo y que la medida del 19 de abril no está comprendida en el mandato del Grupo Especial.

89. Habiendo constatado que la Medida del 3 de marzo es la medida en litigio en la presente diferencia y que la medida del 19 de abril no está comprendida en su mandato, el Grupo Especial debería haber limitado su razonamiento a las cuestiones que eran pertinentes a la Medida del 3 de marzo. Al formular declaraciones sobre una cuestión que sólo era pertinente a la medida del 19 de abril, el Grupo Especial no siguió la lógica de su *propia* constatación sobre la medida en litigio en la presente diferencia y, en consecuencia, no actuó de manera coherente con esa constatación. Por lo tanto, el Grupo Especial incurrió en error al formular declaraciones que se refieren a una medida que, como lo había determinado *él mismo* previamente, no estaba comprendida en su mandato.

90. Por estas razones, llegamos a la conclusión de que el Grupo Especial incurrió en error al formular las declaraciones que figuran en los párrafos 6.121 a 6.126 de su informe con respecto al mandato de los árbitros nombrados con arreglo al párrafo 6 del artículo 22 del ESD. Por consiguiente, estas declaraciones del Grupo Especial no tienen efectos jurídicos.

91. Al llegar a esta conclusión, tenemos presente la importante cuestión sistémica de la relación entre el párrafo 5 del artículo 21 y el artículo 22 del ESD. Como señalan con acierto los Estados Unidos en su comunicación del apelado, los términos del párrafo 5 del artículo 21 y del artículo 22 no son un "modelo de claridad" y la relación entre estas dos disposiciones del ESD ha sido tema de intensos y amplios debates entre los Miembros de la OMC.⁵⁸ Observamos que el 10 de octubre de 2000 11 Miembros de la OMC presentaron una propuesta en el Consejo General a fin de modificar, entre otras cosas, el artículo 21 y el artículo 22 del ESD.⁵⁹

92. Al hacer estos comentarios, observamos que ciertamente no corresponde a los grupos especiales ni al Órgano de Apelación la enmienda del ESD ni la adopción de interpretaciones a tenor del párrafo 2 del artículo IX del *Acuerdo sobre la OMC*. Sólo los Miembros de la OMC están facultados para enmendar el ESD o para adoptar tales interpretaciones. De conformidad con el párrafo 2 del artículo 3 del ESD, la función de los grupos especiales y del Órgano de Apelación en el

⁵⁸ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 39 y nota 85.

⁵⁹ WT/GC/W/410.

sistema de solución de diferencias de la OMC sirve "para preservar los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de los acuerdos abarcados y para *aclarar las disposiciones vigentes* de dichos acuerdos de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público" (sin cursivas en el original). Determinar lo que deberían ser las normas y procedimientos del ESD no es nuestra responsabilidad ni la responsabilidad de los grupos especiales; se trata claramente de una responsabilidad exclusiva de los Miembros de la OMC.

VII. EL EFECTO DE LA AUTORIZACIÓN DEL OSD PARA SUSPENDER CONCESIONES U OTRAS OBLIGACIONES

93. Las Comunidades Europeas apelan contra la siguiente declaración del Grupo Especial:

Una vez que un Miembro impone suspensiones de concesiones u otras obligaciones autorizadas por el OSD, esa medida del Miembro es compatible con la OMC (ya que fue expresamente autorizada por el OSD).⁶⁰

94. Las Comunidades Europeas sostienen que esta declaración es incorrecta y debe revocarse. Conforme a las Comunidades Europeas, la autorización del OSD para suspender concesiones u otras obligaciones no tiene el efecto automático e irrefutable de hacer que una medida por la que se suspende la aplicación de concesiones u otras obligaciones sea compatible con la OMC. Las Comunidades Europeas sostienen que la autorización del OSD es una condición necesaria, pero no suficiente, para aplicar legalmente una suspensión de concesiones u otras obligaciones.

95. Observamos que ante el Grupo Especial se alegó, por lo que respecta a la Medida del 3 de marzo, que los Estados Unidos habían suspendido la aplicación de concesiones u otras obligaciones *sin* autorización del OSD. En consecuencia, la cuestión que tenía ante sí el Grupo Especial era la *falta* de autorización del OSD.

96. La declaración del Grupo Especial se refiere al efecto de la autorización del OSD *una vez concedida*. En el contexto de la presente diferencia, la cuestión del efecto de la autorización del OSD, *una vez concedida*, sólo podía plantearse con respecto a la medida del 19 de abril, que es una medida que fue adoptada para suspender concesiones *después* de que los Estados Unidos habían *recibido* la autorización del OSD. Sin embargo, como hemos establecido antes, el Grupo Especial constató correctamente que la medida en litigio en la presente diferencia era la Medida del 3 de marzo, y que la medida del 19 de abril no estaba comprendida en su mandato. Habiendo constatado que la Medida del 3 de marzo era la medida en litigio en la presente diferencia y que la medida del 19 de abril era ajena a su mandato, el Grupo Especial debería haberse limitado a las cuestiones que eran pertinentes a

⁶⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 6.112.

la Medida del 3 de marzo. Al formular una declaración sobre una cuestión que sólo es pertinente a la medida del 19 de abril, el Grupo Especial actuó en forma incompatible con su *propia* constatación sobre la medida en litigio en la presente diferencia. El Grupo Especial incurrió en error al formular una declaración que se refiere a una medida que según *él mismo* había determinado anteriormente no está comprendida en su mandato.

97. Por estas razones, consideramos que el Grupo Especial incurrió en error al declarar que "una vez que un Miembro impone suspensiones de concesiones u otras obligaciones autorizadas por el OSD, esa medida del Miembro es compatible con la OMC, ya que fue expresamente autorizada por el OSD".⁶¹ En consecuencia, esta declaración del Grupo Especial no tiene efectos jurídicos.

VIII. PÁRRAFOS 1 a) Y 1 b) DEL ARTÍCULO II, PRIMERA FRASE, DEL GATT DE 1994

98. El Grupo Especial constató que:

... el incremento de los requisitos en materia de fianzas impuesto por la Medida del 3 de marzo, que prevé un trato menos favorable que el contenido en las Listas de los Estados Unidos, infringió el apartado a) del párrafo 1 del artículo II del GATT. La Medida del 3 de marzo también infringió la primera oración del apartado b) del párrafo 1 del artículo II, ya que garantizaba, y por tanto, aplicaba coercitivamente aranceles superiores a sus niveles consolidados.⁶²

99. El Grupo Especial también constató que:

... todos los intereses, cargas y gastos adicionales ocasionados en relación con la constitución de fianzas adicionales impuestas por la Medida del 3 de marzo infringieron el apartado b) del párrafo 1 del artículo II del GATT.⁶³

100. Los Estados Unidos no apelan contra la constatación del Grupo Especial de incompatibilidad con el párrafo 1 b) del artículo II, segunda frase, del GATT de 1994. Durante la audiencia oral de la presente apelación, los Estados Unidos admitieron que de esta constatación del Grupo Especial se deduce que el incremento de los requisitos en materia de fianzas es incompatible con el párrafo 1 b) del artículo II, segunda frase. Estamos de acuerdo con este punto de vista.

⁶¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 6.112.

⁶² *Ibidem*, párrafo 6.59. Véase también el informe del Grupo Especial, párrafo 6.72. Observamos que un miembro del Grupo Especial estuvo en desacuerdo con este punto de vista de la mayoría, véase el informe del Grupo Especial, párrafos 6.60-6.61.

⁶³ *Ibidem*, párrafo 6.67. Véase también el informe del Grupo Especial, párrafo 6.72.

101. Los Estados Unidos apelan solamente contra las constataciones del Grupo Especial en el sentido de que el incremento de los requisitos en materia de fianzas impuesto por la Medida del 3 de marzo era incompatible con el párrafo 1 a) del artículo II y con la primera frase del párrafo 1 b) del artículo II del GATT de 1994. En apoyo de su apelación, los Estados Unidos sostienen que:

el Grupo Especial ... formuló su[s] [c]constatación[es] no sobre la base de la conclusión de que los requisitos en materia de fianzas infringían por sí mismos las obligaciones en cuestión, sino porque los derechos para cuya exigencia se podría recurrir a dichos requisitos (si se impusieran) infringirían esas obligaciones.⁶⁴

102. Las constataciones del Grupo Especial sobre la incompatibilidad del incremento de los requisitos en materia de fianzas con el párrafo 1 a) del artículo II y la primera frase del párrafo 1 b) del artículo II están basadas en el razonamiento de que el incremento de los requisitos en materia de fianzas estaba vinculado a la recaudación de derechos del 100 por ciento, en la medida en que el incremento de dichos requisitos se impusiera a un nivel que garantizaría la recaudación de esos derechos. El Grupo Especial razonó en la forma siguiente:

Los requisitos adicionales en materia de fianzas impuestos el día 3 de marzo fueron establecidos a un nivel que garantizaría la recaudación de derechos del 100 por ciento. Hemos constatado que los requisitos en materia de fianzas se deben evaluar juntamente con los derechos/obligaciones que están destinados a proteger, que en este caso es el derecho a recaudar aranceles con arreglo a los niveles consolidados. La Medida del 3 de marzo impuso requisitos adicionales en materia de fianzas para garantizar la recaudación de derechos arancelarios del 100 por ciento. Los requisitos adicionales en materia de fianzas impuestos el 3 de marzo aumentaron la obligación arancelaria contingente respecto de los productos comunitarios (incluidos en una lista) por encima de sus niveles consolidados, todos los cuales son muy inferiores al 100 por ciento *ad valorem* (el más elevado es del 18 por ciento). En realidad, el 3 de marzo, con los requisitos adicionales en materia de fianzas aplicables a las importaciones de las CE (incluidas en una lista), los Estados Unidos comenzaron a "hacer cumplir" la imposición de derechos arancelarios del 100 por ciento sobre las importaciones de las CE (incluidas en una lista), contraviniendo los niveles consolidados en su Lista.⁶⁵

En consecuencia, el Grupo Especial constató que el incremento de los requisitos en materia de fianzas de la Medida del 3 de marzo es incompatible con el párrafo 1 a) del artículo II y también con la primera frase del párrafo 1 b) del artículo II del GATT de 1994 *porque* los derechos del 100 por ciento al cual estaba vinculado dicho incremento constituirían, en caso de imponerse, derechos superiores a los niveles consolidados y, por lo tanto, incompatibles con esas disposiciones.

⁶⁴ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 5.

⁶⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 6.58.

103. Anteriormente hemos confirmado las constataciones del Grupo Especial en el sentido de que la medida en litigio en la presente diferencia es el incremento de los requisitos en materia de fianzas impuesto por la Medida de 3 de marzo y que la medida del 19 de abril, que impone derechos del 100 por ciento, no está comprendida en el mandato del Grupo Especial.⁶⁶ La tarea del Grupo Especial, tal como la había definido el propio Grupo Especial en su constatación sobre el mandato, era, por consiguiente, examinar la compatibilidad con el GATT de 1994 del incremento de los requisitos en materia de fianzas; la tarea del Grupo Especial no era examinar la compatibilidad con el GATT de 1994 de la imposición de derechos del 100 por ciento.

104. Sin embargo, el Grupo Especial examinó la compatibilidad con el GATT de 1994 del incremento de los requisitos en materia de fianzas *a la luz* de la compatibilidad con el GATT de 1994 de la imposición de derechos del 100 por ciento, y llegó a la conclusión, sobre la base de este examen, de que el incremento de los requisitos en materia de fianzas es incompatible con los párrafos 1 a) y 1 b), primera frase, del artículo II del GATT de 1994. Como anteriormente el Grupo Especial había concluido que la imposición de derechos del 100 por ciento y el incremento de los requisitos en materia de fianzas eran medidas jurídicamente distintas, y que la imposición de derechos del 100 por ciento no estaba comprendida en el mandato del Grupo Especial, el Grupo Especial no podía, sobre la base de este razonamiento, llegar a la conclusión de que el incremento de los requisitos en materia de fianzas es incompatible con los párrafos 1 a) y 1 b), primera frase, del artículo II del GATT de 1994.

105. En consecuencia, concluimos que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que el incremento de los requisitos en materia de fianzas es incompatible con los párrafos 1 a) y 1 b), primera frase, del artículo II del GATT de 1994 y revocamos estas constataciones del Grupo Especial.

IX. PÁRRAFO 2 a) DEL ARTÍCULO 23, PÁRRAFO 7 DEL ARTÍCULO 3 Y PÁRRAFO 5 DEL ARTÍCULO 21 DEL ESD

106. El Grupo Especial constató que, al adoptar la Medida del 3 de marzo, los Estados Unidos actuaron de manera incompatible con sus obligaciones dimanantes del párrafo 7 del artículo 3, el párrafo 5 del artículo 21, el párrafo 6 del artículo 22, el párrafo 1 del artículo 23 y los párrafos 2 a) y 2 c) del artículo 23 del ESD. Los Estados Unidos apelan contra las constataciones del Grupo Especial de incompatibilidad con el párrafo 2 a) del artículo 23, el párrafo 7 del artículo 3 y el párrafo 5 del artículo 21 del ESD.

⁶⁶ Véase *supra*, párrafo 82.

a) Párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD

107. Examinamos en primer lugar la apelación de los Estados Unidos con respecto al párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD. El Grupo Especial concluyó que:

... la Medida del 3 de marzo constituyó una determinación unilateral contraria a lo dispuesto en el apartado a) del párrafo 2 del artículo 23 ...⁶⁷

108. Los Estados Unidos sostienen que en la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por las Comunidades Europeas se hacía referencia sólo al artículo 23 del ESD, y que el Órgano de Apelación debería revocar la constatación del Grupo Especial de incompatibilidad con el párrafo 2 a) del artículo 23 debido a que la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por las Comunidades Europeas era insuficiente para "presentar el problema con claridad", conforme a lo requerido en el párrafo 2 del artículo 6 del ESD. Los Estados Unidos también sostienen que las Comunidades Europeas "nunca presentaron una solicitud o argumentación" para que se formularan constataciones en relación con el párrafo 2 a) del artículo 23 y que las Comunidades Europeas no satisficieron la carga que les correspondía de acreditar una presunción *prima facie* de incompatibilidad con el párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD. Los Estados Unidos afirman además que el Grupo Especial incurrió en error al considerar que "una determinación de que se ha producido una infracción", en el sentido del párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD, podía "inferirse" de las medidas adoptadas por los Estados Unidos.

109. En la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por las Comunidades Europeas se dijo lo siguiente:

Las Comunidades Europeas consideran que esta medida constituye una transgresión flagrante de las siguientes disposiciones de la OMC:

- Los artículos 3, 21, 22 y 23 del ESD;
- Los artículos I, II, VIII y XI del GATT de 1994.⁶⁸

110. El artículo 23 del ESD, en su parte pertinente, dice lo siguiente:

1. Cuando traten de reparar el incumplimiento de obligaciones u otro tipo de anulación o menoscabo de las ventajas resultantes de los acuerdos abarcados, o un impedimento al logro de cualquiera de los objetivos de los acuerdos abarcados, los Miembros recurrirán a las normas y procedimientos del presente Entendimiento, que deberán acatar.

⁶⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 6.107

⁶⁸ WT/DS165/8, 11 de mayo de 1999.

2. En tales casos, los Miembros:

- a) no formularán una determinación de que se ha producido una infracción, se han anulado o menoscabado ventajas o se ha comprometido el cumplimiento de uno de los objetivos de los acuerdos abarcados, excepto mediante el recurso a la solución de diferencias de conformidad con las normas y procedimientos del presente Entendimiento, y formularán tal determinación de forma coherente con las constataciones que figuren en el informe del Grupo Especial o del Órgano de Apelación, adoptado por el OSD, o en el laudo arbitral dictado con arreglo al presente Entendimiento; ...

111. El párrafo 1 del artículo 23 del ESD impone a los Miembros la obligación general de reparar el incumplimiento de obligaciones u otro tipo de anulación o menoscabo de las ventajas resultantes de los acuerdos abarcados recurriendo solamente a las normas y procedimientos del ESD y no a medidas unilaterales. En los apartados a), b) y c) del párrafo 2 del artículo 23 se indican formas específicas y claramente definidas de medidas unilaterales prohibidas, contrarias al párrafo 1 del artículo 23 del ESD. Existe una estrecha relación entre las obligaciones establecidas en los párrafos 1 y 2 del artículo 23. Todas ellas se refieren a la obligación de los Miembros de la OMC de no recurrir a medidas unilaterales. Por consiguiente, consideramos que, como la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por las Comunidades Europeas contenía una alegación de incompatibilidad con el artículo 23, la alegación de incompatibilidad con el párrafo 2 a) de dicho artículo está comprendida en el mandato del Grupo Especial.

112. Sin embargo, el hecho de que una alegación de incompatibilidad con el párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD pueda considerarse comprendida en el mandato del Grupo Especial no significa que las Comunidades Europeas efectivamente formularan dicha alegación. Un análisis del expediente del Grupo Especial indica que, durante sus actuaciones⁶⁹, salvo en dos ocasiones, las Comunidades Europeas no se refirieron *específicamente* al párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD. Además, en respuesta a una petición de los Estados Unidos para que aclarasen el alcance de su alegación en relación con el artículo 23, las Comunidades Europeas reafirmaron sólo alegaciones de infracción del párrafo 1 y del párrafo 2 c) del artículo 23 del ESD; no se hizo mención alguna del párrafo 2 a) del artículo 23.⁷⁰ El expediente del Grupo Especial indica que, durante todas las actuaciones del Grupo

⁶⁹ En el párrafo 42 de su declaración oral en la segunda reunión del Grupo Especial, las Comunidades Europeas citan el párrafo 2 a) del artículo 23 en apoyo del argumento que figura en el párrafo 43 en el sentido de que "nunca se determinó que el régimen revisado de las CE para los bananos ... era incompatible con las obligaciones de las CE en el marco de la OMC en un procedimiento de solución de diferencias iniciado por los Estados Unidos". En el párrafo 86 de su segunda comunicación escrita, las Comunidades Europeas sostienen que el párrafo 1 del artículo 23 y el párrafo 2 a) del artículo 23 establecen "que tal determinación sólo puede llevarse a cabo de conformidad con las normas y procedimientos del ESD".

⁷⁰ En su respuesta a la solicitud de aclaración formulada por los Estados Unidos, las Comunidades Europeas dieron las siguientes explicaciones:

Especial en el presente caso, las Comunidades Europeas sólo formularon argumentos en relación con sus alegaciones de que los Estados Unidos habían actuado en forma incompatible con el párrafo 1 y el párrafo 2 c) del artículo 23 del ESD.⁷¹

113. El expediente del Grupo Especial indica que las Comunidades Europeas hicieron varias referencias a lo que denominaron la "determinación unilateral" de los Estados Unidos.⁷² Sin embargo, en esas referencias, las Comunidades Europeas no vincularon específicamente la presunta "determinación unilateral" a una alegación de violación del párrafo 2 a) del artículo 23 *per se*. Los argumentos de las Comunidades Europeas relativos a la presunta "determinación unilateral" de los Estados Unidos se formularon haciendo referencia al hecho de que los Estados Unidos presuntamente no habían reparado lo que habían considerado una violación de las normas de la OMC recurriendo al ESD, como prescribe el párrafo 1 del artículo 23 del ESD. En ningún momento vincularon las Comunidades Europeas el concepto de "determinación unilateral" de parte de los Estados Unidos con una infracción del párrafo 2 a) del artículo 23.

114. Sobre la base de nuestro examen de las comunicaciones y declaraciones de las Comunidades Europeas al Grupo Especial, llegamos a la conclusión de que las Comunidades Europeas no alegaron específicamente ante el Grupo Especial que, al adoptar la Medida del 3 de marzo, los Estados Unidos

Como ya hemos explicado en detalle en nuestra primera comunicación escrita, las medidas de los Estados Unidos objeto de la presente reclamación por parte de las Comunidades Europeas se tomaron en flagrante violación de las obligaciones de todos los Miembros en el marco de la OMC con respecto a las disposiciones del artículo 23 del ESD ...

El principio orientador del artículo 23 está contenido en su párrafo 1, que orienta asimismo las disposiciones más detalladas del párrafo 2 ...

Las Comunidades Europeas a continuación citaron íntegramente el párrafo 2 c) del artículo 23 del ESD y sostuvieron lo siguiente:

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

Véanse los párrafos 13-15 de la declaración oral de las Comunidades Europeas formulada durante la primera reunión del Grupo Especial.

⁷¹ Las dos referencias específicas al párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD, que figuran en el párrafo 42 de la declaración oral formulada por las Comunidades Europeas en la segunda reunión del Grupo Especial y en el párrafo 86 de la segunda comunicación escrita de las Comunidades Europeas (véase *supra*, nota 70), se hicieron en el contexto de los argumentos de las Comunidades Europeas sobre su alegación de una violación de la obligación general prescrita en el párrafo 1 del artículo 23 del ESD.

⁷² Primera comunicación escrita de las Comunidades Europeas, párrafos 5, 10, 20 y 28; segunda comunicación escrita de las Comunidades Europeas, párrafo 30; y declaración oral formulada por las Comunidades Europeas en la segunda reunión del Grupo Especial, Addendum al informe del Grupo Especial.

actuaron de manera incompatible con el párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD. Dado que las Comunidades Europeas no formularon ninguna alegación concreta de incompatibilidad con el párrafo 2 a) del artículo 23, no presentaron ninguna prueba ni argumento para demostrar que los Estados Unidos habían formulado "una determinación de que se ha producido una infracción" contraviniendo lo dispuesto en el párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD.⁷³ Y, dado que las Comunidades Europeas no presentaron ninguna prueba ni argumento en apoyo de una alegación de infracción del párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD, las Comunidades Europeas no podían haber acreditado, y no acreditaron, una presunción *prima facie* de infracción del párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD.⁷⁴

115. Por estas razones, llegamos a la conclusión de que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que los Estados Unidos actuaron de manera incompatible con el párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD. En consecuencia, revocamos esta constatación del Grupo Especial.

b) Párrafo 7 del artículo 3 del ESD

116. Examinamos a continuación la apelación de los Estados Unidos con respecto al párrafo 7 del artículo 3 del ESD. En el párrafo 6.87 del informe del Grupo Especial, el Grupo Especial constató lo siguiente:

"La Medida del 3 de marzo constituyó una suspensión de concesiones u otras obligaciones en el sentido del apartado c) del párrafo 2 del artículo 23, la última oración del párrafo 7 del artículo 3 y la última oración del párrafo 6 del artículo 22 ... Habiendo llegado a la conclusión anterior de que la Medida del 3 de marzo era una medida que trataba de reparar el incumplimiento de normas de la OMC en el sentido del párrafo 1 del artículo 23, constatamos que, cuando pusieron en vigor la Medida del 3 de marzo, antes de que existiera ninguna autorización del OSD ... los Estados Unidos no se ajustaron a las normas del ESD - infringiendo el apartado c) del

⁷³ Observamos que las Comunidades Europeas en sus comunicaciones y declaraciones ante el Grupo Especial hicieron referencia no sólo a la Medida del 3 de marzo sino también a diversos avisos públicos publicados en el *Federal Register* de los Estados Unidos (Primera comunicación escrita, párrafo 18, y declaración oral en la primera reunión del Grupo Especial, párrafos 10 y 11), así como a las declaraciones formuladas por el Representante Adjunto de los Estados Unidos para las Cuestiones Comerciales en la conferencia de prensa celebrada el 3 de marzo de 1999 (Primera comunicación escrita, párrafo 15). Sin embargo, las Comunidades Europeas, no han sostenido, ni mucho menos demostrado, que ninguna de estas notificaciones o declaraciones constituya una "determinación de que se ha producido una infracción" en el sentido del párrafo 2 a) del artículo 23.

⁷⁴ Recordamos que en nuestro informe sobre *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (Hormonas)* ("Comunidades Europeas - Hormonas"), sostuvimos que:

... la acreditación *prima facie* es aquella que requiere, a falta de una refutación efectiva por parte del demandado, que el Grupo Especial, como cuestión de derecho, se pronuncie a favor del reclamante que efectúe la acreditación *prima facie*.

Véase WT/DS26/AB/R, WT/DS44/AB/R, adoptado el 13 de febrero de 1998, párrafo 104.

párrafo 2 del artículo 23, el párrafo 7 del artículo 3 y el párrafo 6 del artículo 22 del ESD ...

117. Recordamos que los Estados Unidos no apelan contra las constataciones del Grupo Especial de incompatibilidad con el párrafo 6 del artículo 22 y el párrafo 2 c) del artículo 23 del ESD. Los Estados Unidos apelan en cambio contra la constatación del Grupo Especial de incompatibilidad con el párrafo 7 del artículo 3 del ESD. Los Estados Unidos sostienen que las Comunidades Europeas "nunca presentaron una solicitud o argumentación" para que se formularan constataciones en relación con el párrafo 7 del artículo 3 del ESD.⁷⁵ Además, los Estados Unidos sostienen que el Grupo Especial incurrió en error al concluir que el párrafo 7 del artículo 3, última frase, contiene una obligación específica que puede ser objeto de una diferencia con arreglo al ESD.

118. La última frase del párrafo 7 del artículo 3 del ESD dice lo siguiente:

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

119. El párrafo 7 del artículo 3 es parte del artículo 3 del ESD, que se titula "Disposiciones generales" y establece los principios y características fundamentales del sistema de solución de diferencias de la OMC. En el propio párrafo 7 del artículo 3 se enumeran y describen los posibles resultados temporales y definitivos de una diferencia, uno de los cuales es la suspensión de las concesiones u otras obligaciones a las que se refiere la última frase del párrafo 7 del artículo 3. Dicha frase establece que la suspensión de concesiones u otras obligaciones es un "último recurso" que está sujeto a la autorización del OSD.

120. La *obligación* de los Miembros de la OMC de no suspender las concesiones u otras obligaciones *sin* autorización previa del OSD se enuncia explícitamente en el párrafo 6 del artículo 22 y en el párrafo 2 c) del artículo 23, y no en el párrafo 7 del artículo 3 del ESD. Por consiguiente, no es sorprendente que las Comunidades Europeas no alegaran explícitamente ni presentaran argumentos en apoyo de la existencia de una infracción de la última frase del párrafo 7 del artículo 3. Las Comunidades Europeas sostuvieron que la Medida del 3 de marzo es incompatible con el párrafo 6 del artículo 22 y el párrafo 2 c) del artículo 23 del ESD. Consideramos, sin embargo, que si un Miembro ha infringido el párrafo 6 del artículo 22 y el párrafo 2 c) del artículo 23 del ESD, dicho

⁷⁵ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 56.

Miembro ha actuado también necesariamente, en vista del carácter y el contenido de la última frase del párrafo 7 del artículo 3, en forma contraria a esta última disposición.

121. Aunque no creemos que fuera necesario para el Grupo Especial, o que fuera de su incumbencia, constatar que los Estados Unidos violaron el párrafo 7 del artículo 3 del ESD, no vemos ninguna razón para alterar la constatación del Grupo Especial de que, al adoptar la Medida del 3 de marzo, los Estados Unidos actuaron en forma incompatible con "el apartado c) del párrafo 2 del artículo 23, el párrafo 7 del artículo 3 y el párrafo 6 del artículo 22 del ESD".⁷⁶

c) Párrafo 5 del artículo 21 del ESD

122. Por último, los Estados Unidos apelan contra la constatación del Grupo Especial de incompatibilidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD. Los Estados Unidos sostienen que esta constatación estuvo basada en una "argumentación" que no fue presentada por las Comunidades Europeas y en la "conclusión errónea del Grupo Especial" de que la Medida del 3 de marzo es incompatible con párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD.⁷⁷

123. Esta apelación de los Estados Unidos plantea la cuestión de si un grupo especial está facultado para desarrollar su propio razonamiento jurídico para llegar a sus constataciones y conclusiones sobre el asunto sometido a su consideración. En nuestro informe sobre *Comunidades Europeas - Hormonas*, sostuvimos lo siguiente:

Los grupos especiales se abstienen de abordar alegaciones jurídicas que quedan fuera del ámbito de su mandato. Sin embargo, en el ESD no hay nada que limite la facultad de un grupo especial para utilizar libremente los argumentos presentados por cualquiera de las partes -o desarrollar su propio razonamiento jurídico- para apoyar sus propias opiniones y conclusiones sobre el asunto sometido a su consideración.⁷⁸

En este caso el Grupo Especial ejerció su facultad discrecional para desarrollar su propio razonamiento jurídico. Contrariamente a lo que afirman los Estados Unidos, el Grupo Especial no estaba obligado a limitar el razonamiento jurídico que seguía para llegar a una constatación a los argumentos presentados por las Comunidades Europeas. Por consiguiente, no consideramos que el Grupo Especial haya cometido un error revocable al desarrollar su propio razonamiento jurídico.

⁷⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 6.87.

⁷⁷ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 64.

⁷⁸ Informe del Órgano de Apelación, *supra*, nota 74, párrafo 156.

124. Los Estados Unidos sostienen además que la constatación del Grupo Especial con arreglo al párrafo 5 del artículo 21 debería revocarse puesto que, al formular esta constatación, el Grupo Especial se basó en su "constatación errónea respecto del párrafo 2 a) del artículo 23".⁷⁹ Según los Estados Unidos, el Grupo Especial no emprendió ningún análisis distinto del realizado con respecto al párrafo 2 a) del artículo 23 al constatar una infracción del párrafo 5 del artículo 21. Los Estados Unidos sostienen que el Grupo Especial:

... se limitó a citar el texto del párrafo 2 a) del artículo 23, declaró que esta disposición prohíbe las "determinaciones unilaterales" y que la Medida del 3 del marzo "implica necesariamente" dicha determinación unilateral, y llegó a la conclusión de que esta determinación unilateral era "contraria al párrafo 2 a) del artículo 23 y al párrafo 5 del artículo 21 del ESD".⁸⁰

125. En la parte pertinente de su informe el Grupo Especial declaró lo siguiente:

Consideramos que la obligación de utilizar el mecanismo multilateral de solución de diferencias de la OMC (que se diferencia de los mecanismos unilaterales o incluso regionales) para obtener una determinación de compatibilidad con la OMC, es una obligación fundamental que se aplica en todo el ESD. A nuestro juicio, la prohibición de las determinaciones unilaterales de incumplimiento de las normas de la OMC que figura en la primera frase del párrafo 5 del artículo 21 del ESD es comparable a la contenida en el apartado a) del párrafo 2 del artículo 23 del ESD.⁸¹

Por consiguiente, concluimos que la primera frase del párrafo 5 del artículo 21 constituye otra obligación del ESD (similar a la del apartado a) del párrafo 2 del artículo 23) que, aunque no figura expresamente en el párrafo 2 del artículo 23, está abarcada por el párrafo 1 del artículo 23 cuando la medida en cuestión trata de reparar el incumplimiento de una obligación dimanante de la OMC.⁸²

... cuando los Estados Unidos pusieron en vigor la Medida del 3 de marzo, ningún órgano jurisdiccional de la OMC había determinado que la medida de aplicación adoptada por las CE era incompatible con la OMC. Por lo tanto, los Estados Unidos, cuando pusieron en vigor la Medida del 3 de marzo, infringieron el párrafo 5 del artículo 21 del ESD ...⁸³

126. Nuestra interpretación del informe del Grupo Especial no nos lleva a concluir que el Grupo Especial basó su conclusión relativa a la incompatibilidad de la Medida del 3 de marzo con el párrafo 5 del artículo 21 en su conclusión de que dicha medida era incompatible con el párrafo 2 a)

⁷⁹ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 66.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 6.92.

⁸² *Ibidem*, párrafo 6.129.

⁸³ *Ibidem*, párrafo 6.130.

del artículo 23. Aunque el Grupo Especial consideró que la obligación prevista en el párrafo 5 del artículo 21 era "comparable" y "similar" a la obligación prevista en el párrafo 2 a) del artículo 23, declaró explícitamente que "la primera frase del párrafo 5 del artículo 21 constituye otra obligación del ESD ... que, aunque no figura expresamente en el párrafo 2 del artículo 23, está abarcada por el párrafo 1 del artículo 23 ...".⁸⁴ Las referencias del Grupo Especial al párrafo 2 a) del artículo 23 no pueden interpretarse como la base sobre la cual el Grupo Especial llegó a sus conclusiones en relación con el párrafo 5 del artículo 21. Por el contrario, el Grupo Especial basó su constatación de incompatibilidad en el hecho indiscutido de que, cuando los Estados Unidos pusieron en vigor la Medida del 3 de marzo, la compatibilidad con la OMC de la medida de aplicación adoptada por las Comunidades Europeas no se había determinado a través de los procedimientos de solución de diferencias de la OMC, conforme a lo requerido en el párrafo 5 del artículo 21 del ESD.⁸⁵

127. En consecuencia, confirmamos la constatación del Grupo Especial de que, al adoptar la Medida del 3 de marzo, los Estados Unidos actuaron de forma incompatible con las obligaciones dimanantes del párrafo 5 del artículo 21 del ESD.

X. CONSTATAIONES Y CONCLUSIONES

128. Por las razones expuestas en el presente informe, el Órgano de Apelación:

- a) confirma las constataciones del Grupo Especial de que la medida en litigio en la presente diferencia es la Medida del 3 de marzo, que consiste en "el incremento de los requisitos en materia de fianzas impuesto a partir del 3 de marzo a los productos de las CE incluidos en una lista", que esta medida ya no está vigente, que la Medida del 3 de marzo es jurídicamente distinta de la medida del 19 de abril y que la medida del 19 de abril no está comprendida en el mandato del Grupo Especial;
- b) concluye, por las razones expuestas en el párrafo 89 del presente informe, que el Grupo Especial incurrió en error al declarar que la compatibilidad con la OMC de una medida adoptada por un Miembro a fin de cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD puede ser determinada por árbitros nombrados con arreglo al párrafo 6 del artículo 22 del ESD y, por consiguiente, concluye que las declaraciones del Grupo Especial sobre esta cuestión no tienen efectos jurídicos;

⁸⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 6.129.

⁸⁵ *Ibidem*, párrafo 6.130.

- c) concluye, por las razones expuestas en el párrafo 96 del presente informe, que el Grupo Especial incurrió en error al declarar que "[u]na vez que un Miembro impone suspensiones de concesiones u otras obligaciones autorizadas por el OSD, esa medida del Miembro es compatible con la OMC, ya que fue expresamente autorizada por el OSD" y, por consiguiente, concluye que esta declaración no tiene efectos jurídicos;
- d) revoca las constataciones del Grupo Especial en el sentido de que el incremento de los requisitos en materia de fianzas es incompatible con el párrafo 1 a) del artículo II y el párrafo 2 b) del artículo II, primera frase, del GATT de 1994; y
- e) revoca la constatación del Grupo Especial de que, al adoptar la Medida del 3 de marzo, los Estados Unidos actuaron de manera incompatible con el párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD, no encuentra ninguna razón para alterar la constatación del Grupo Especial de que los Estados Unidos actuaron de manera incompatible con "el apartado c) del párrafo 2 del artículo 23, el párrafo 7 del artículo 3 y el párrafo 6 del artículo 22 del ESD", y confirma la constatación del Grupo Especial de incompatibilidad de la Medida del 3 de marzo con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD.

129. Dado que hemos confirmado la constatación del Grupo Especial de que la Medida del 3 de marzo, que es la medida en litigio en la presente diferencia, ya no está vigente, no formulamos ninguna recomendación al OSD de conformidad con el párrafo 1 del artículo 19 del ESD.

Firmado en el original, en Ginebra, el décimo día de noviembre de 2000 por:

James Bacchus
Presidente de la Sección

Julio Lacarte-Muró
Miembro

Yasuhei Taniguchi
Miembro