

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

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

(99-1433)

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

- RECURSO AL PÁRRAFO 5 DEL ARTÍCULO 21 POR LAS COMUNIDADES EUROPEAS

INFORME DEL GRUPO ESPECIAL

El presente informe del Grupo Especial encargado de examinar el asunto "Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos - Recurso al párrafo 5 del artículo 21 por las Comunidades Europeas" se distribuye a todos los Miembros, de conformidad con lo dispuesto en el Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD). El informe se distribuye como documento no reservado a partir del 12 de abril de 1999 de conformidad con los Procedimientos para la distribución y la supresión del carácter reservado de los documentos de la OMC (WT/L/160/Rev.1). Se recuerda a los Miembros que, de conformidad con el ESD, sólo las partes en la diferencia pueden presentar una apelación en relación con el informe de un grupo especial. Las apelaciones están limitadas a las cuestiones de derecho abordadas en el informe del grupo especial y a las interpretaciones jurídicas que éste haga. No habrá comunicaciones *ex parte* con el grupo especial o el Órgano de Apelación en relación con asuntos sometidos a la consideración del grupo especial o del Órgano de Apelación.

ÍNDICE

	Página
I. INTRODUCCIÓN	1
i) <i>Mandato</i>	1
ii) <i>Composición del Grupo Especial</i>	2
II. PRINCIPALES ARGUMENTOS	3
A. ASPECTOS DE PROCEDIMIENTO.....	3
i) <i>Cuestión preliminar relativa al establecimiento de este Grupo Especial</i>	4
ii) <i>Obligaciones de los Miembros de la OMC durante el "plazo prudencial"</i>	6
iii) <i>Análisis jurídico del artículo 23 del ESD</i>	8
B. CONCLUSIONES.....	8
III. ARGUMENTOS EXPUESTOS POR LOS TERCEROS	9
A. INDIA	9
B. JAMAICA.....	10
C. JAPÓN	11
IV. CONSTATAIONES	13
A. MANDATO	13
B. LAS PARTES EN ESTA DIFERENCIA.....	13
C. LA REPARACIÓN QUE DESEAN OBTENER LAS COMUNIDADES EUROPEAS.....	15
D. LA RELACIÓN ENTRE LOS ARTÍCULOS 21, 22 Y 23 DEL ESD.....	16
E. OBSERVACIONES FINALES.....	17
V. CONCLUSIÓN	18

I. INTRODUCCIÓN

1.1 El 25 de septiembre de 1997, el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) adoptó el informe del Órgano de Apelación en el asunto Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos (WT/DS27/AB/R) y los informes del Grupo Especial¹, modificados por el informe del Órgano de Apelación, en los que se recomendaba que las Comunidades Europeas pusieran las medidas que se había constatado que eran incompatibles con el GATT de 1994 y con el AGCS en conformidad con las obligaciones que incumbían a las Comunidades Europeas en virtud de esos acuerdos. El 7 de enero de 1998, el Árbitro, designado de conformidad con el párrafo 3 c) del artículo 21 del ESD concluyó que el plazo prudencial para la aplicación de las recomendaciones y resoluciones del OSD en este asunto expiraría el 1º de enero de 1999.

1.2 El 20 de julio de 1998, el Consejo de la Unión Europea adoptó el Reglamento (CE) N° 1637/98 que modifica el Reglamento (CEE) N° 404/93 por el que se establece la organización común de mercados en el sector del plátano. El 18 de agosto de 1998, el Ecuador, Guatemala, Honduras, México y los Estados Unidos, actuando conjunta e individualmente, solicitaron consultas (WT/DS27/18) con las Comunidades Europeas (la "CE") en relación con la aplicación de las recomendaciones del OSD con respecto a este asunto. Las consultas se celebraron el 17 de septiembre de 1998. Estas consultas no permitieron encontrar una solución mutuamente satisfactoria para el asunto.

1.3 El 28 de octubre de 1998, la Comisión de las Comunidades Europeas adoptó el Reglamento (CE) N° 2362/98 por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CEE) N° 404/93 del Consejo en lo relativo al régimen de importación de plátanos en la Comunidad. El Reglamento 1637/98, así como el Reglamento 2362/98, fueron aplicados a partir del 1º de enero de 1999. El 13 de noviembre de 1998, el Ecuador solicitó nuevas consultas en relación con el asunto, las cuales se celebraron el 23 de noviembre de 1998 (WT/DS27/30 y Add.1). México también solicitó la celebración de consultas y se sumó como codemandante.

1.4 El 14 de diciembre de 1998, las Comunidades Europeas solicitaron el establecimiento de un grupo especial de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD, con el mandato de constatar que las medidas de aplicación de las Comunidades Europeas debían reputarse conformes a las normas de la OMC en tanto que su conformidad no hubiera sido cuestionada de acuerdo con los procedimientos adecuados del ESD (WT/DS27/40). En su reunión del 12 de enero de 1999, el OSD decidió, de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD, remitir al Grupo Especial inicial el asunto sometido por las Comunidades Europeas. Belice, Brasil, Camerún, Colombia, Costa Rica, Côte d'Ivoire, Dominica, Granada, Haití, India, Jamaica, Japón, Mauricio, Nicaragua, República Dominicana, Santa Lucía y San Vicente y las Granadinas hicieron reserva de sus derechos como terceros, de conformidad con el artículo 10 del ESD.

i) *Mandato*

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

"Examinar, a la luz de las disposiciones pertinentes de los acuerdos abarcados invocados por las Comunidades Europeas en el documento WT/DS27/40, 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."

¹ WT/DS27/R/ECU, WT/DS27/R/GTM-WT/DS27/R/HND, WT/DS27/R/MEX, WT/DS27/R/USA.

ii) Composición del Grupo Especial

1.6 La composición del Grupo Especial es la siguiente:

Presidente: Sr. Stuart Harbinson

Miembros: Sr. Kym Anderson
Sr. Christian Häberli

1.7 El Grupo Especial presentó su informe a las Comunidades Europeas el 6 de abril de 1999.

II. PRINCIPALES ARGUMENTOS²

A. ASPECTOS DE PROCEDIMIENTO

2.1 Las **Comunidades Europeas** hicieron notar que, de conformidad con el párrafo 6 del artículo 21 del ESD, habían presentado al OSD en cada una de sus reuniones ordinarias celebradas desde la reunión del 23 de julio de 1998 un informe de situación relativo a la aplicación de las recomendaciones y resoluciones del OSD. Desde que comenzó el plazo prudencial, los demandantes iniciales no habían cesado de afirmar a la prensa y al OSD su convicción de que las medidas previstas y posteriormente propuestas, adoptadas por el Consejo y finalmente adoptadas por la Comisión no cumplían las recomendaciones y resoluciones del OSD en este asunto.

2.2 El 18 de agosto de 1998, el Ecuador, Guatemala, Honduras, México y los Estados Unidos solicitaron formalmente la celebración de consultas en el marco jurídico del párrafo 5 del artículo 21 del ESD (WT/DS27/18). Las consultas se celebraron el 17 de septiembre de 1998. Sin embargo, las Comunidades Europeas accedieron formalmente a que se celebraran esas consultas sólo en la medida en que estuvieran relacionadas con las medidas que ya habían sido formalmente adoptadas y publicadas, es decir, el Reglamento 1637, de 20 de julio de 1998. Las Comunidades Europeas se negaron a entablar un debate sobre normas relativas a las licencias de importación que no sólo no habían sido adoptadas todavía en ese momento sino que ni siquiera habían sido presentadas al Comité de gestión como paso preliminar para su aprobación definitiva por la Comisión. El 13 de noviembre de 1998, el Ecuador solicitó la celebración de consultas en el marco jurídico del párrafo 5 del artículo 21 del ESD (WT/DS27/30). México se sumó al Ecuador. Estas consultas trataron casi exclusivamente del Reglamento 2362.

2.3 Al margen de estos procedimientos, uno de los reclamantes iniciales -los Estados Unidos- publicaron en el Federal Register³ tres avisos de una propuesta de determinación relativa a medidas por las que se impondrían derechos prohibitivos (del 100 por ciento *ad valorem*) respecto de determinados productos procedentes de las Comunidades Europeas. Las medidas propuestas se basaban en la determinación unilateral de los Estados Unidos de que "las medidas que la CE se ha propuesto aplicar a partir del 1º de enero de 1999 no permiten dar cumplimiento a las recomendaciones de la OMC relativas al régimen de la CE para el banano". Se tenía la intención de que las medidas propuestas estuvieran en vigor "ya a partir del 1º de febrero de 1999". Sin embargo, los Estados Unidos, apoyados por otros tres reclamantes iniciales, manifestaron reiterada y públicamente que no estaban dispuestos a someter sus propias opiniones subjetivas sobre este asunto al examen objetivo de un grupo especial en el marco multilateral de la OMC, y en particular en el marco del párrafo 5 del artículo 21 del ESD.

2.4 El 12 de enero de 1999, el OSD estableció, por una parte, un grupo especial de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD, a petición del Ecuador y, por otra, este Grupo Especial, a petición de la CE. Las otras cuatro partes reclamantes iniciales (es decir, Guatemala, Honduras, México y los Estados Unidos) se abstuvieron de solicitar el establecimiento de un grupo especial o de sumarse al procedimiento iniciado por el Ecuador. El 19 de enero de 1999, tres de los reclamantes iniciales -Guatemala, Honduras y los Estados Unidos- expresaron sus opiniones sobre la naturaleza de este procedimiento y el correspondiente mandato en una carta enviada a la Secretaría de la OMC. Sin embargo, no consideraron adecuado, por una parte, exponer su posición en una comunicación formal al Grupo Especial en el marco del procedimiento de solución de diferencias en curso ni, por otra, garantizar su participación en las etapas ulteriores del procedimiento. Las Comunidades Europeas afirmaron además que, en una carta de fecha 2 de febrero de 1999, el Grupo Especial había

² Salvo indicación en contrario, las notas de pie de página corresponden a las Comunidades Europeas.

³ Volumen 63, páginas 56.687, 63.099 y 71.665.

considerado, en respuesta a una solicitud de la CE, que no era necesario prever en el calendario del Grupo Especial una comunicación de los reclamantes iniciales y que el Grupo Especial no podía obligar a las partes reclamantes iniciales a participar en este procedimiento.

i) *Cuestión preliminar relativa al establecimiento de este Grupo Especial*

2.5 En el documento WT/DS27/45, la Secretaría de la OMC anunció oficialmente que, el 12 de enero de 1999, el Órgano de Solución de Diferencias había decidido, "de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD, remitir al Grupo Especial inicial el asunto sometido por las Comunidades Europeas en el documento WT/DS27/40". Esta comunicación contenía asimismo el mandato del Grupo Especial, denominado expresamente "mandato uniforme", que era el siguiente:

"Examinar, a la luz de las disposiciones pertinentes de los acuerdos abarcados invocados por las Comunidades Europeas en el documento WT/DS27/40, 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."

2.6 En su carta de 19 de enero de 1999 dirigida a este Grupo Especial, tres de los reclamantes iniciales -Guatemala, Honduras y los Estados Unidos- adoptaron la siguiente posición:

"la petición de que el Grupo Especial formule la constatación solicitada por la CE (...) no constituye un recurso al párrafo 5 del artículo 21, sino que se trata de un asunto totalmente diferente respecto del cual no se han cumplido los requisitos de procedimiento adecuados previstos en los artículos 4 y 6 del ESD";

"no hay en el ESD ninguna disposición en virtud de la cual un Miembro pueda obligar a otros países a actuar, en el momento en que estime conveniente, como partes reclamantes contra las medidas que haya adoptado";

"cualquier conclusión relativa a la conformidad de las medidas de la CE no puede obligar a quien no sea parte en el proceso, a pesar de los intentos de la CE por conseguirlo".

2.7 En una carta de fecha 18 de enero de 1999 dirigida a este Grupo Especial, otro reclamante inicial -el Ecuador- adoptó la siguiente posición:

"... en las actuales circunstancias, la invitación a un Miembro a participar en una reunión de organización de un panel que tiene una sola Parte, no confiere o convalida aspectos jurídicos no previstos dentro de los procesos de solución de diferencias".

"... el Ecuador estima que la iniciativa sin base legal de las Comunidades Europeas para encontrar una Parte con la cual litigar en el proceso no debería prosperar, puesto que podría causar serios daños al sistema de solución de diferencias".

2.8 Las Comunidades Europeas alegaron que, lógicamente, se veían obligadas a abordar primero la cuestión de la competencia de un grupo especial para determinar el alcance de su propio mandato. A este respecto, las Comunidades Europeas se refirieron a un informe reciente del Órgano de Apelación en el que se indicaba lo siguiente: "(...) Dado que, normalmente, las solicitudes de establecimiento de grupos especiales no son objeto de un análisis detallado por el OSD, incumbe al Grupo Especial examinar minuciosamente la solicitud para cerciorarse de que se ajusta a la letra y el espíritu del párrafo 2 del artículo 6 del ESD."⁴ Sin embargo, el Órgano de Apelación hizo observar asimismo que el objetivo de la solución de diferencias no era "alentar a los grupos especiales o al Órgano de Apelación a 'legislar' mediante la aclaración de las disposiciones vigentes del Acuerdo

⁴ Informe del Órgano de Apelación en *Bananos III*, párrafo 142.

sobre la OMC, fuera del contexto de la solución de una determinada diferencia. Un grupo especial sólo necesita tratar las alegaciones que se deben abordar para resolver el asunto debatido en la diferencia".⁵ En el procedimiento de este Grupo Especial, los cuatro reclamantes iniciales mencionados anteriormente afirmaron que no eran partes en esta diferencia. Si esto fuera cierto, las opiniones unilaterales que han expresado en sus cartas no podrían considerarse "alegaciones que se deben abordar para resolver el asunto debatido en la diferencia", porque quien no sea parte en el procedimiento de un grupo especial no puede abordar ninguna cuestión o alegación en dicho procedimiento.

2.9 Así pues, el Grupo Especial tenía que decidir, con carácter preliminar, si las cuestiones planteadas por los reclamantes iniciales mencionados anteriormente debían considerarse alegaciones y, para hacerlo, debía considerar la cuestión de si habían sido planteadas por una parte en la diferencia. Las Comunidades Europeas añadieron que, en caso de que el resultado de esta prueba preliminar fuera negativo, el Grupo Especial no estaría facultado para abordar ninguna cuestión planteada por los cuatro reclamantes iniciales. Los grupos especiales no estaban facultados para determinar por iniciativa propia el alcance del mandato establecido por el OSD, a menos que una de las partes en la diferencia planteara esta cuestión. No había margen para un examen a *motu proprio*, porque esa facultad otorgaría a los grupos especiales la función de una especie de "fiscal", que no existía en el sistema de solución de diferencias de la OMC.

2.10 Las Comunidades Europeas afirmaron que, en cambio, si el resultado de la prueba preliminar fuera positivo, dos de las tres cuestiones preliminares planteadas por las cuatro partes reclamantes iniciales dejarían de tener sentido, porque el argumento que esgrimían se basaba en su opinión (unilateral), expresada en sus cartas al Grupo Especial, de que el procedimiento seguido en esta diferencia era un procedimiento en el que sólo era parte un Miembro de la OMC. A juicio de las Comunidades Europeas, cuando el Grupo Especial comenzara a examinar las objeciones de los reclamantes iniciales, este argumento sería discutible. Por consiguiente, si el Grupo Especial deseara examinar las objeciones preliminares planteadas por los reclamantes iniciales en sus cartas a la Secretaría de la OMC, la única de esas objeciones que habría aún que examinar sería la opinión expresada por esos reclamantes iniciales de que "la petición de que el Grupo Especial formule la constatación solicitada por la CE no constituye un recurso al párrafo 5 del artículo 21, sino que se trata de un asunto totalmente diferente respecto del cual no se han cumplido los requisitos de procedimiento adecuados previstos en los artículos 4 y 6 del ESD".

2.11 Las Comunidades Europeas afirmaron que esta posición era incorrecta de hecho y de derecho. Como cuestión de *hecho*, las Comunidades Europeas indicaron en su solicitud de establecimiento de este Grupo Especial que las cuestiones planteadas en este procedimiento ya habían sido debidamente examinadas en las consultas celebradas con arreglo al artículo 4 del ESD. El "asunto" se refería en particular al "desacuerdo en cuanto a ... la compatibilidad ... con un acuerdo abarcado" de las "medidas [adoptadas por la CE] destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones [adoptadas por el OSD sobre la base de los informes del Grupo Especial inicial y del Órgano de Apelación]".⁶ Como consecuencia de las consultas celebradas con los reclamantes iniciales, en las que se reconoció que seguía habiendo desacuerdo, las Comunidades Europeas solicitaron el establecimiento de este Grupo Especial cuyo mandato comprendía el "asunto" planteado en las consultas, es decir, o bien los reclamantes iniciales hacían una impugnación, en cuyo caso se tendrían en cuenta las alegaciones relativas a la compatibilidad de las medidas adoptadas por las Comunidades Europeas con el fin de cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD, o bien se debía considerar que los reclamantes iniciales estaban satisfechos, en cuyo caso se debía considerar que no mantenían su desacuerdo.

⁵ Informe del Órgano de Apelación en *Camisas y blusas*, página 22; confirmado por el Grupo Especial que se ocupó del asunto *Argentina - Calzado*, párrafos 6.12 a 6.15.

⁶ Párrafo 5 del artículo 21 del ESD.

2.12 Las Comunidades Europeas opinaban que, como cuestión de *derecho*, un procedimiento en virtud del párrafo 5 del artículo 21 del ESD formaba parte del procedimiento de solución de diferencias que se había iniciado con las actuaciones de un grupo especial anterior, por lo que tal procedimiento debía estar limitado a las partes iniciales en la diferencia. Esto ya se deducía claramente del título ("Vigilancia de la aplicación de las recomendaciones y resoluciones") y del contexto del artículo 21. Además, el párrafo 3 b) del artículo 21 se refería expresamente a las "partes en la diferencia". En el párrafo 5 del artículo 21 se preveía el recurso al "grupo especial que haya entendido inicialmente en el asunto". La expresión "grupo especial que haya entendido inicialmente en el asunto" se refería, según afirmaban las Comunidades Europeas, al mismo grupo especial al que el OSD había encomendado inicialmente el examen de una diferencia concreta con arreglo a un mandato concreto que afectaba solamente a algunos y no a todos y cada uno de los Miembros de la OMC. Sin embargo, el párrafo 5 del artículo 21 no especificaba de modo alguno qué partes en la diferencia inicial tenían derecho a recurrir al procedimiento de solución de diferencias. En cambio, el párrafo 5 del artículo 21 sí indicaba expresamente el requisito previo que debía cumplirse para que pudiera recurrirse a ese procedimiento, es decir, la existencia de un desacuerdo en cuanto a la compatibilidad con un acuerdo abarcado de las medidas adoptadas con el fin de cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD. Por consiguiente, las Comunidades Europeas tenían derecho a recurrir al procedimiento previsto en el párrafo 5 del artículo 21, al haber un desacuerdo entre las partes en la diferencia inicial, al haberse celebrado consultas de conformidad con el artículo 4 del ESD, y al haberse solicitado por escrito el establecimiento de un grupo especial de conformidad con el párrafo 2 del artículo 6 y el artículo 7 del ESD.

2.13 Las Comunidades Europeas afirmaron que una diferencia se resolvía mediante una determinación de incumplimiento, parcial o total, que hacía posible el recurso por algunos o todos los reclamantes iniciales a las disposiciones del artículo 22 del ESD; o mediante una determinación de cumplimiento; o mediante el reconocimiento de que todas las partes estaban plenamente satisfechas; o, por último, mediante varias de estas vías. Todas estas vías eran posibles y admisibles en el ámbito del párrafo 5 del artículo 21. Las Comunidades Europeas opinaban que habían cumplido plenamente todos los requisitos mencionados anteriormente y que, por consiguiente, no había motivo alguno para dudar de la compatibilidad de su solicitud de establecimiento de un grupo especial con la letra y el espíritu del párrafo 5 del artículo 21 del ESD.

ii) *Obligaciones de los Miembros de la OMC durante el "plazo prudencial"*

2.14 Refiriéndose al párrafo 7 del artículo 3 del ESD, las Comunidades Europeas alegaron que la obligación que correspondía en primer lugar al Miembro que aplicaba medidas que se hubiera constatado, como resultado de un procedimiento de solución de diferencias, que eran incompatibles con sus obligaciones en la OMC era, por consiguiente, suprimir esas medidas incompatibles. Además, refiriéndose asimismo al plazo prudencial y al arbitraje previstos en el párrafo 3 del artículo 21 del ESD y al informe de situación que debía presentarse al OSD de conformidad con el párrafo 6 del artículo 21, las Comunidades Europeas consideraban que habían respetado escrupulosamente las obligaciones mencionadas anteriormente al derogar las disposiciones del Reglamento 404/93 que se había constatado que eran incompatibles con algunos de los acuerdos abarcados de la OMC, y al derogar en su integridad los Reglamentos 1442/93 y 478/95.

2.15 En particular, se habían resuelto las siguientes cuestiones: se habían suprimido las denominadas licencias B, que habían sido sustituidas por un sistema único de licencias para todos los orígenes; se había abolido la asignación de licencias según las funciones de comercialización a), b), c), y se había sustituido por nuevos derechos a licencias basados en la presentación de pruebas de las importaciones efectivamente realizadas; se había suprimido la asignación de partes del contingente arancelario a algunos Miembros de la OMC pero no a otros, incluida la asignación a los distintos países tradicionales ACP, y se había sustituido por una asignación destinada únicamente a todos los abastecedores que tuvieran un interés sustancial, mientras que la preferencia arancelaria ACP se había limitado al nivel del mayor volumen de las exportaciones realizadas antes de 1991, de conformidad

con las recomendaciones y resoluciones del OSD; se había eliminado la posibilidad de transferir los contingentes asignados por países; se había suprimido la asignación exclusiva de licencias huracán a los operadores CE/ACP; y se habían eliminado los certificados especiales de exportación que podían concederse a algunos países exportadores y no a otros.

2.16 Las Comunidades Europeas habían cumplido su obligación de aplicar las recomendaciones y resoluciones del OSD al suprimir las medidas que se había constatado que eran incompatibles con algunos acuerdos abarcados, dentro del plazo prudencial que expiró el 1º de enero de 1999. Como resultado de este proceso, era aplicable en las Comunidades Europeas a partir del 1º de enero de 1999 un nuevo régimen para la importación, venta y distribución de bananos. En lo concerniente al texto del párrafo 5 del artículo 21, las Comunidades Europeas hicieron notar que el Ecuador había manifestado su desacuerdo y había sometido esta diferencia al OSD de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD. Guatemala, Honduras, México y los Estados Unidos habían criticado públicamente, en distinta medida y en distintas ocasiones, el nuevo régimen de la CE para el banano y habían solicitado la celebración de consultas en relación con el Reglamento N° 1637, pero no se solicitó a raíz de esas consultas el establecimiento de un grupo especial de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21.

2.17 Así pues, si bien se habían expuesto varias posiciones políticas, un grupo especial establecido de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD sólo podía reconocer y examinar la actual situación jurídica, es decir, que Guatemala, Honduras, México y los Estados Unidos se habían abstenido de seguir ejerciendo los derechos de procedimiento que les reconocía el párrafo 5 del artículo 21 del ESD. Dado que estos reclamantes iniciales se habían abstenido de impugnar las medidas de aplicación adoptadas por la CE, se debía considerar y reconocer que estaban satisfechos con las explicaciones recibidas durante las consultas y en otras ocasiones en relación con el actual régimen de la CE para el banano.

2.18 Independientemente de los requisitos resultantes del carácter multilateral del sistema de solución de diferencias de la OMC, entra en juego en este asunto otro principio fundamental de la OMC. Ese principio está relacionado con la "seguridad y previsibilidad" del sistema multilateral de comercio, que ya había sido reconocido en el segundo informe del Órgano de Apelación como elemento fundamental del Acuerdo sobre la OMC.⁷ Este principio también se refleja en las garantías de procedimiento del ESD, que excluía en su artículo 23, la posibilidad de que los distintos Miembros de la OMC pudieran determinar unilateralmente que cualquier otro Miembro de la OMC estaba actuando de manera incompatible con sus obligaciones en la OMC. En opinión de las Comunidades Europeas, una presunción de *incompatibilidad* afectaría gravemente a la seguridad y previsibilidad del sistema internacional de comercio, debido a la consiguiente incertidumbre. Por motivos similares, el derecho penal de todos los países civilizados se basaba firmemente en una presunción de inocencia, y no en una presunción de culpabilidad.

2.19 Las Comunidades Europeas sostenían que, si cualquier Miembro pudiera determinar unilateralmente, al margen de un procedimiento conforme al párrafo 5 del artículo 21, que otro Miembro de la OMC había aplicado incorrectamente las recomendaciones y resoluciones del OSD en una diferencia anterior, y si esa determinación se considerara jurídicamente pertinente en el sistema de la OMC, esto equivaldría a una presunción de incompatibilidad. Tal presunción significaría, en la práctica, que una medida de aplicación que no satisficiera al reclamante inicial podría dar lugar a una amenaza de retorsión inmediata mediante la retirada de concesiones u otras obligaciones. Un sistema de comercio basado en una presunción de incompatibilidad no estaría basado en la seguridad y previsibilidad de las relaciones comerciales internacionales y, por consiguiente, sería lo opuesto al sistema multilateral de comercio previsto en el Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio.

⁷ La cita se encuentra cerca de la nota 67 de ese informe.

iii) *Análisis jurídico del artículo 23 del ESD*

2.20 Según las Comunidades Europeas, el artículo 23 del ESD era el núcleo del mecanismo de solución de diferencias creado en Marrakech en 1994. Sus disposiciones eran una expresión de los nuevos compromisos jurídicos multilaterales que los Miembros de la OMC habían decidido asumir, y se basaban en el principio fundamental del rechazo de cualquier determinación formulada o medida adoptada por un Miembro al margen de las normas y procedimientos del ESD. Refiriéndose al párrafo 1 y al apartado a) del párrafo 2 del artículo 23 del ESD⁸, las Comunidades Europeas alegaron que, en el asunto que nos ocupa, las medidas de la CE que se habían constatado en las recomendaciones y resoluciones del OSD que eran incompatibles con algunos acuerdos abarcados de la OMC habían sido suprimidas en cumplimiento del objetivo primordial enunciado en el párrafo 7 del artículo 3 del ESD, como se indicó anteriormente. Por consiguiente, se habían adoptado nuevas medidas, y las Comunidades Europeas habían establecido, al finalizar el plazo prudencial, un nuevo régimen para la importación, venta y distribución de bananos.

2.21 Como consecuencia de lo anterior, Guatemala, Honduras, México y los Estados Unidos no podían tratar de reparar, al margen de las normas y procedimientos del ESD, incluido el párrafo 5 del artículo 21, un supuesto incumplimiento de las obligaciones que correspondían a la CE en la OMC, como consecuencia de la aplicación de las nuevas medidas de la CE. Tampoco podían formular una determinación de que se había producido una infracción, incluido el hecho de que presuntamente no se había puesto ninguna de las medidas que se había constatado que eran incompatibles con un acuerdo abarcado en conformidad con las recomendaciones y resoluciones del OSD, o de que se habían anulado o menoscabado ventajas, sin recurrir al procedimiento de solución de diferencias de conformidad con las normas y procedimientos del ESD, según se prevé en el párrafo 2 a) del artículo 23. Por último, independientemente de cuál fuera la interpretación correcta de los plazos previstos en el artículo 22 del ESD (una cuestión que no estaba comprendida en el mandato de este Grupo Especial), esa disposición no autorizaba de modo alguno ninguna desviación del principio fundamental plasmado en el artículo 23 del ESD.

B. CONCLUSIONES

2.22 Las Comunidades Europeas solicitaron al Grupo Especial que constatará que, dado que Guatemala, Honduras, México y los Estados Unidos no habían recurrido al procedimiento de solución de diferencias de conformidad con las normas y procedimientos del ESD, se debía considerar que el nuevo régimen de la CE para la importación, venta y distribución de bananos, adoptado con el fin de cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD en los tres procedimientos de solución de diferencias relacionados con el asunto "*Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos*"⁹ era satisfactorio para esas partes en la diferencia inicial y que, por lo que a dichas partes se refería, ese régimen estaba en conformidad con los acuerdos abarcados de la OMC, en tanto que esas partes iniciales no hubieran impugnado con éxito el nuevo régimen de la CE de conformidad con los procedimientos pertinentes de solución de diferencias de la OMC.

⁸ "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." ... "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."

⁹ WT/DS27/GTM-WT/DS27/HND, WT/DS27/MEX y WT/DS27/USA.

III. ARGUMENTOS EXPUESTOS POR LOS TERCEROS

A. INDIA

3.1 La **India** manifestó que, si bien sólo tenía un interés comercial limitado en el asunto sometido al Grupo Especial, el caso abarcaba cuestiones sistémicas de suma importancia para la India. El Grupo Especial estaba examinando un asunto que rebasaba ampliamente el ámbito de la presente diferencia; de hecho, se refería a la propia base de los principios y el funcionamiento del mecanismo de solución de diferencias, que era en esencia multilateral y que debía aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio.

3.2 La India estimaba que el aspecto esencial de la cuestión sistémica residía en el significado, la aplicación y la interpretación del párrafo 5 del artículo 21 del ESD, en particular en relación con su artículo 22 y a la luz del párrafo 2 de su artículo 23.

3.3 La India señaló que en el párrafo 5 del artículo 21 se hacía referencia a una situación en la que hubiese desacuerdo entre las partes en una diferencia en cuanto a la existencia o la compatibilidad de las medidas adoptadas por una parte para cumplir las recomendaciones del OSD. Las disposiciones de este artículo indicaban claramente que esa diferencia debía resolverse conforme a los procedimientos de solución de diferencias, con intervención, siempre que fuese posible, del Grupo Especial que hubiera entendido inicialmente en el asunto. En el artículo 22 del ESD se establecían las condiciones que debían cumplirse para que un Miembro pudiera suspender la aplicación de concesiones a otro Miembro cuando éste no hubiera puesto en conformidad con el acuerdo abarcado la medida considerada incompatible o no hubiera cumplido las recomendaciones del OSD. Por consiguiente, el derecho a suspender concesiones en virtud del artículo 22 era un derecho sujeto a condiciones previsto en el ESD.

3.4 Además, la India sostuvo que un Miembro no podía invocar directamente el artículo 22 sin respetar el procedimiento establecido en el párrafo 5 del artículo 21, salvo en los casos en que la misma parte vencida reconociese que no había cumplido las recomendaciones y decisiones del OSD. El párrafo 5 del artículo 21 prevalecía sobre el artículo 22 y era fundamental para decidir si un Miembro había cumplido o no las recomendaciones del OSD. Esa determinación debía efectuarse con arreglo al párrafo 5 del artículo 21 y, de hecho, ésa era, al parecer, la finalidad de las disposiciones de este artículo. Si la determinación no se efectuase con arreglo a lo previsto en el párrafo 5 del artículo 21, el derecho previsto en el artículo 22 se convertiría en un derecho absoluto conforme al cual toda parte vencedora podría recurrir a la suspensión de la aplicación de concesiones a la parte vencida. Esa determinación unilateral de incumplimiento vulneraría los principios básicos del sistema multilateral de comercio y los objetivos fundamentales del sistema de solución de diferencias. De hecho, en el apartado a) del párrafo 2 del artículo 23 se prohibía expresamente a las partes formular una determinación unilateral de que se hubiese producido una infracción o se hubiesen anulado o menoscabado ventajas o 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 ESD.

3.5 La India sostuvo también que después de que el OSD formulara sus recomendaciones, se preveía que las partes acordarían un plazo prudencial para su aplicación. Una vez acordado ese plazo, la parte que tenía que cumplir las recomendaciones del OSD debía disponer de todo el tiempo acordado para tratar de cumplir de buena fe sus obligaciones en el marco de la OMC. Al término del plazo prudencial acordado para la aplicación podrían plantearse dos tipos de situaciones. Podía suceder que la parte que debía cumplir las recomendaciones no cambiase nada y mantuviese su medida incompatible. En tal caso, los procedimientos previstos en el párrafo 5 del artículo 21 se limitarían a confirmar que no se habían adoptado medidas para cumplir la recomendación y, entonces, la parte vencedora podría aplicar el artículo 22 y ejercer sus derechos de suspender la aplicación de concesiones a la parte que había actuado incorrectamente. La segunda situación era más compleja

porque consistía en que la parte vencida considerase que había adoptado medidas para cumplir las recomendaciones del OSD pero la parte vencedora no estuviese de acuerdo. La India estimaba que había una sola manera de determinar si la parte vencida había adoptado o no medidas para cumplir de buena fe las recomendaciones, a saber, el recurso al párrafo 5 del artículo 21. La India consideraba que éste era un recurso disponible tanto para la parte vencedora como para la parte vencida. De hecho, el recurso de la parte vencida a esta disposición podía interpretarse como una muestra de su buena fe, ya que podía tener interés en demostrar que había cumplido.

3.6 La India consideraba fundamental que la determinación de cumplimiento o incumplimiento se efectuase en forma multilateral en el marco del ESD y de conformidad con los procedimientos del ESD, es decir, con el párrafo 5 del artículo 21. Si bien en esta disposición no se hacía referencia a la posibilidad de recurrir en apelación contra el veredicto de un grupo especial, la India consideraba que ese recurso debía existir ya que la suspensión de la aplicación de concesiones era una medida prevista como último recurso en el ESD y, por consiguiente, no podía adoptarse sin más. Conceder el derecho de suspender concesiones sin respetar el procedimiento previsto supondría el fin de la seguridad y la previsibilidad del mecanismo de solución de diferencias y, en realidad, de todo el sistema multilateral de comercio.

3.7 La India estimaba que a este respecto también se planteaba otra cuestión sistémica. Si se interpretaba que no existía ninguna vinculación entre el artículo 22 y el párrafo 5 del artículo 21, existía el riesgo de que la parte vencedora pudiera alegar incumplimiento en relación con cualquier otro asunto que no correspondiese estrictamente al mandato del Grupo Especial o que éste se hubiese negado expresamente a examinar, y que sobre la base de ese supuesto incumplimiento esa parte decidiera suspender concesiones. Esto sería injustificable tanto del punto de vista jurídico como desde el punto de vista sistémico.

3.8 Como conclusión, la India consideraba que existía un vínculo intrínseco e ineludible entre el párrafo 5 del artículo 21 y artículo 22 del ESD. Sólo podía recurrirse al artículo 22 después de recorrer toda la vía que se inicia a partir de las consultas previstas en el artículo 4. En este procedimiento, el cumplimiento de las disposiciones del párrafo 5 del artículo 21 era fundamental e indispensable como paso previo al ejercicio de los derechos establecidos en el artículo 22. En realidad, el recurso al párrafo 5 del artículo 21, ejercido en el presente caso por las Comunidades Europeas, era un derecho fundamental que podían ejercer todos los Miembros de la OMC en el sistema de solución de diferencias. Por consiguiente, la denegación a un Miembro del recurso a los procedimientos del párrafo 5 del artículo 21 sería injusta desde el punto de vista de las normas procesales y sustantivas del ESD.

B. JAMAICA

3.9 **Jamaica** estaba de acuerdo con el análisis que la CE hacía del artículo 23 del ESD, sobre cuya base la CE llegaba a la conclusión de que su régimen debía considerarse en conformidad con los acuerdos de la OMC abarcados.¹⁰ Con respecto a la relación entre el párrafo 5 del artículo 21 y el artículo 22, Jamaica manifestó que esta cuestión no estaba abarcada en el mandato del Grupo Especial y que la interpretación de estos artículos debía incumbir exclusivamente a los órganos competentes de la OMC. Como conclusión Jamaica sostuvo que las Comunidades Europeas habían cumplido las prescripciones pertinentes del ESD y que, por consiguiente no había razones para poner en tela de juicio la solicitud de establecimiento de un grupo especial de acuerdo con el párrafo 5 del artículo 21 presentada por la CE.

¹⁰ Párrafos 34 y 42 de la comunicación de la CE.

C. JAPÓN

3.10 El **Japón** manifestó que en esta diferencia se planteaban varias cuestiones sistémicas de importancia fundamental para el mecanismo de solución de diferencias de la OMC. El Japón consideraba que algunas de estas cuestiones tal vez excedían de la competencia de un grupo especial y que los Miembros debían abordarlas en el marco de un proceso colectivo de adopción de decisiones. El Japón, que era un país que se beneficiaba en gran medida del sistema de comercio multilateral establecido en el marco de la OMC, tenía sumo interés en que estas funciones del mecanismo de solución de diferencias de la OMC no resultasen en modo alguno disminuidas. El Japón estimaba que en caso de desacuerdo sobre el cumplimiento de recomendaciones o decisiones de un grupo especial o del Órgano de Apelación las partes debían recurrir a los procedimientos del párrafo 5 del artículo 21 antes de invocar sus derechos con arreglo al artículo 22. No debían adoptarse medidas de retorsión sobre la base de una determinación unilateral de la parte reclamante acerca de la incompatibilidad de las medidas en cuestión, sin que un grupo especial establecido de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 hubiera formulado las recomendaciones y decisiones pertinentes.

3.11 El Japón añadió que la aplicación de medidas de buena fe acordes con las recomendaciones y decisiones de un grupo especial y del Órgano de Apelación era fundamental no sólo para la solución de diferencias sino también para promover la credibilidad del mecanismo previsto en el ESD. El Japón estimaba que las cuestiones planteadas en la presente diferencia debían abordarse en el contexto del artículo 21 en su totalidad, tomando en cuenta también las funciones de los grupos especiales establecidos de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21.

3.12 El Japón consideraba que el procedimiento de este Grupo Especial presentaba varias anomalías. En primer lugar, las Comunidades Europeas eran la única parte en el procedimiento de este Grupo Especial mientras que los reclamantes iniciales no participaban en él. Con arreglo al párrafo 5 del artículo 21, la función de los grupos especiales establecidos con arreglo a sus disposiciones consistía en intervenir en la resolución de la diferencia relativa a la existencia de medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones o a la compatibilidad de dichas medidas con un acuerdo abarcado. El artículo 11 establecía que "cada grupo especial deberá hacer una evaluación objetiva del asunto que se le haya sometido, que incluya una evaluación objetiva de los hechos, de la aplicabilidad de los acuerdos abarcados pertinentes y de la conformidad con éstos". Puesto que en el procedimiento de este Grupo Especial sólo había una parte, cabía preguntarse cómo podía cumplir este Grupo Especial la función que se le asignaba en esas disposiciones del ESD. Si las partes iniciales ponían en tela de juicio la conformidad de las medidas adoptadas por la parte vencida y posteriormente hacían caso omiso del procedimiento relativo al establecimiento de grupos especiales previsto en el párrafo 5 del artículo 21, estarían saboteando el mecanismo de solución de diferencias.

3.13 El Japón consideraba que si las Comunidades Europeas pedían al Grupo Especial que constatará que sus medidas de aplicación debían "reputarse conformes a las normas de la OMC en tanto que su conformidad no haya sido cuestionada" debidamente con arreglo al párrafo 5 del artículo 21, sin pedirle que constatará que esas medidas eran compatibles con el Acuerdo sobre la OMC sobre la base de una evaluación objetiva de los hechos y de la conformidad con los acuerdos pertinentes de la OMC, cabía señalar que atender a la petición de que se reconociese esa mera presunción de "inocencia" no correspondía a las funciones de los grupos especiales establecidos en virtud del párrafo 5 del artículo 21.

3.14 En el procedimiento normal de un grupo especial, la parte que afirmaba un hecho o presentaba una reclamación jurídica debía de establecer una presunción *prima facie*; una vez establecida esa presunción, la carga de la prueba se desplazaba a la otra parte, que entonces debía refutar el hecho o la reclamación. En ausencia de tal procedimiento, el Japón no tenía claro cómo podría este Grupo Especial desempeñar efectivamente las funciones que se le habían encomendado. El Japón consideraba que no era una actitud responsable de un Miembro de la OMC no participar en

el procedimiento de un grupo especial establecido de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 y sostener al mismo tiempo que la otra parte no había puesto sus medidas en conformidad con el Acuerdo sobre la OMC. Ese comportamiento de algunas partes iniciales socavaría gravemente la credibilidad del mecanismo de solución de diferencias de la OMC. El Japón consideraba, como cuestión de principio general para los procedimientos de solución de diferencias en la OMC, que todas las partes iniciales en una diferencia, con independencia de que participasen en los procedimientos de un grupo especial o del Órgano de Apelación en virtud del párrafo 5 del artículo 21, debían, con arreglo en lo establecido en el artículo 23 del ESD, estar vinculadas por las constataciones y decisiones de ese grupo especial o del Órgano de Apelación.

IV. CONSTATAIONES

A. MANDATO

4.1 Como se ha dicho anteriormente, hemos recibido el mandato siguiente:

"Examinar, a la luz de las disposiciones pertinentes de los acuerdos abarcados invocados por las Comunidades Europeas en el documento WT/DS27/40, 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."

4.2 En la parte más pertinente del documento WT/DS27/40 se dice lo siguiente:

"Las Comunidades Europeas consideran que el artículo 23 del ESD confirma que existe un principio general en los acuerdos de la OMC según el cual las medidas de los Miembros de la OMC son conformes a las normas de esos acuerdos en tanto que dichas medidas no hayan sido cuestionadas de acuerdo con los procedimientos de solución de diferencias apropiados y en tanto que la falta de conformidad no haya sido probada. Dado que ninguno de los demandantes iniciales ha continuado el procedimiento previsto en el párrafo 5 del artículo 21, *debe considerarse que están satisfechos con la manera en la que las Comunidades Europeas han puesto sus medidas en conformidad* con las recomendaciones y resoluciones del OSD en este caso.

En este contexto jurídico, las Comunidades Europeas solicitan el establecimiento de un grupo especial de acuerdo con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD *con el mandato de constatar que las medidas de aplicación de las Comunidades Europeas mencionadas más arriba deben reputarse conformes a las normas de la OMC en tanto que su conformidad no haya sido cuestionada de acuerdo con los procedimientos adecuados del ESD.*" (Las cursivas son nuestras.)

4.3 En nuestras constataciones, abordamos sucesivamente la identidad de las partes en esta diferencia, la reparación que desean obtener las Comunidades Europeas y la relación entre los artículos 21, 22 y 23 del ESD.

B. LAS PARTES EN ESTA DIFERENCIA

4.4 A raíz del establecimiento de este Grupo Especial, la Secretaría, en nombre de dicho Grupo Especial, informó al Ecuador, Guatemala, Honduras, México y los Estados Unidos de que las Comunidades Europeas habían pedido al Grupo Especial que invitara a esos Miembros a participar en una reunión destinada a organizar las actuaciones de este Grupo Especial, en su calidad de partes reclamantes iniciales en el procedimiento del Grupo Especial sobre *Bananos III*. A continuación, el Grupo Especial les pidió que indicaran cuál sería su respuesta en caso de que se les hiciera tal invitación.

4.5 El Ecuador respondió lo siguiente:

"el Ecuador estima que la iniciativa sin base legal de las Comunidades Europeas para encontrar una Parte con la cual litigar en el proceso no debería prosperar, puesto que podría causar serios daños al sistema de solución de diferencias".

4.6 El Ecuador hizo hincapié en que consideraba que el procedimiento del Grupo Especial establecido por el OSD de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD el 12 de enero de 1999, en respuesta a su solicitud (WT/DS27/41), era completamente independiente del procedimiento de este Grupo Especial, iniciado por las Comunidades Europeas.

4.7 Guatemala, Honduras y los Estados Unidos expusieron su posición, según la cual la petición de que el Grupo Especial formulara la constatación que pretendían las Comunidades Europeas en su solicitud de establecimiento de un grupo especial:

"no constituye un recurso al párrafo 5 del artículo 21, sino que se trata de un asunto totalmente diferente respecto del cual no se han cumplido los requisitos de procedimiento adecuados previstos en los artículos 4 y 6 del ESD. En contra de lo afirmado por la CE en sus representaciones orales al OSD, la solicitud de la CE no constituye una solicitud de examen objetivo de las medidas adoptadas por la CE. Por otra parte, no hay en el ESD ninguna disposición en virtud de la cual un Miembro pueda obligar a otros países a actuar, en el momento en que estime conveniente, como partes reclamantes contra las medidas que haya adoptado. Además, cualquier conclusión relativa a la conformidad de las medidas de la CE no puede obligar a quien no sea parte en el proceso, a pesar de los intentos de la CE por conseguirlo ...".

4.8 México dio una respuesta similar.

4.9 Posteriormente, las Comunidades Europeas manifestaron su preocupación respecto de las decisiones adoptadas por este Grupo Especial en lo concerniente a su calendario y procedimientos de trabajo. Sugirió que se modificara el epígrafe "recepción de las comunicaciones escritas" de ese calendario y se añadiera un punto más: "a) reclamantes iniciales ... 2 de febrero de 1999". Las Comunidades Europeas solicitaron que, en caso de que Grupo Especial no estuviera de acuerdo con esa sugerencia, se adoptara una resolución escrita *in limine litis* sobre este asunto.

4.10 Respondimos lo siguiente:

"El Grupo Especial acusa recibo de su carta ... en la que se refiere al calendario y a los procedimientos de trabajo del Grupo Especial mencionado anteriormente. El Grupo Especial ha tomado nota de sus observaciones, pero quisiera señalar en primer lugar que, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 12 del ESD, tiene derecho a decidir cuáles serán sus procedimientos de trabajo, con inclusión del calendario, tras consultar a las partes. Esas consultas con la CE tuvieron lugar el 20 de enero de 1999.

El Grupo Especial hace notar que, en una carta de fecha 15 de enero de 1999, y en respuesta a una sugerencia de la CE, pidió a todas las partes reclamantes iniciales en la diferencia inicial sobre el asunto *Bananos III* que le indicara cuál sería su respuesta en caso de que se las invitara a participar en una reunión informal del Grupo Especial, convocado nuevamente de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD. Como saben ustedes, el Ecuador indicó en una carta de fecha 18 de enero de 1999, que no tenía interés en participar en este Grupo Especial, convocado nuevamente por iniciativa de la CE. Por su parte, Guatemala, Honduras y los Estados Unidos indicaron en la reunión extraordinaria del OSD celebrada el 12 de enero de 1999 y en una carta de fecha 19 de enero de 1999 que no tenían intención de tomar parte en las actuaciones de este Grupo Especial. México respondió de forma similar por teléfono y declaró en el OSD que se reservaba su derecho a iniciar un procedimiento distinto de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD. Por consiguiente, en este momento el calendario para los trabajos del Grupo Especial se refiere únicamente a la CE y los terceros, porque de hecho sólo esta parte y los terceros parecen tener intención de presentar comunicaciones en las fechas fijadas.

El Grupo Especial no considera que el calendario en su forma actual sea contrario de modo alguno a las disposiciones del artículo 12 del ESD, ni que el Grupo Especial convocado nuevamente pueda, en virtud de ese artículo, obligar a participar en este procedimiento a las partes reclamantes iniciales en la diferencia *Bananos III*.

El Grupo Especial hace notar que es evidente que, de conformidad con el artículo 13 del ESD, tiene derecho a recabar información en cualquier momento de este procedimiento, de cualquier persona o entidad que estime conveniente, con inclusión de los reclamantes iniciales en el asunto *Bananos III*. ..."

4.11 En respuesta a las preguntas del Grupo Especial, las Comunidades Europeas adoptaron la siguiente posición en relación con el procedimiento de este Grupo Especial:

- las Comunidades Europeas consideran que Guatemala, Honduras, México y los Estados Unidos son partes en este procedimiento de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD;
- una parte que se niegue a comparecer tiene que asumir las consecuencias de ello, y debe considerarse que no ha comparecido;
- este Grupo Especial debe resolver que Guatemala, Honduras, México y los Estados Unidos no han expresado su desacuerdo en el foro adecuado y que, por consiguiente, no pueden basarse en las alegaciones que sin ningún apoyo hayan formulado en cualquier otro procedimiento legal, ya que, por lo que a ellos se refiere, debe considerarse que el actual régimen de la CE para la importación de bananos es compatible con la OMC;
- tales resoluciones de este Grupo Especial serían vinculantes para Guatemala, Honduras, México y los Estados Unidos una vez que fueran adoptadas por el OSD.

4.12 A nuestro juicio, no hay en el ESD ninguna disposición que autorice a un grupo especial a obligar a un Miembro a actuar como parte en un procedimiento. Así pues, no estamos facultados para obligar a los reclamantes iniciales a participar en este procedimiento, iniciado de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21. Hacemos notar que los reclamantes iniciales no han aceptado participar en este procedimiento, por lo que constatamos que no son partes en él. En consecuencia, no consideramos necesario examinar las cuestiones de procedimiento que han planteado en sus cartas, por ejemplo, si las Comunidades Europeas han incumplido lo dispuesto en los artículos 4 y 6 del ESD en relación con el procedimiento de este Grupo Especial.

C. LA REPARACIÓN QUE DESEAN OBTENER LAS COMUNIDADES EUROPEAS

4.13 Las Comunidades Europeas nos piden que constatemos que sus medidas de aplicación "deben reputarse conformes a las normas de la OMC en tanto que su conformidad no haya sido cuestionada de acuerdo con los procedimientos adecuados del ESD". Estamos de acuerdo con las Comunidades Europeas en que normalmente no hay en el sistema de solución de diferencias de la OMC una presunción de incompatibilidad en relación con las medidas adoptadas por un Miembro. Al mismo tiempo, también opinamos que no puede interpretarse que el hecho de que, en un momento dado, un Miembro no impugne las medidas de otro Miembro da lugar a la presunción de que el primer Miembro admite que las medidas adoptadas por el otro Miembro son compatibles con el Acuerdo sobre la OMC. A este respecto, hacemos notar la afirmación de un grupo especial del GATT de que "sería erróneo interpretar el hecho de que una medida no hubiese estado sujeta al artículo XXIII durante cierto número de años como equivalente a una aceptación tácita por las partes contratantes".¹¹

4.14 Como indicamos en nuestras observaciones finales, no se deduce claramente de las disposiciones del párrafo 5 del artículo 21 si el demandado inicial en el procedimiento de un grupo especial está o debería estar autorizado en virtud del ESD para iniciar un procedimiento de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 con objeto de determinar la compatibilidad con la OMC

¹¹ Informe del Grupo Especial que se ocupó del asunto *CEE - Restricciones cuantitativas aplicadas a la importación de ciertos productos de Hong Kong*, adoptado el 12 de julio de 1983, IBDD 30S/139, 149, párrafo 28.

de medidas adoptadas con el fin de aplicar resoluciones y recomendaciones del OSD. Suponiendo que esto esté permitido, observamos que en este procedimiento, las Comunidades Europeas presentan en su comunicación escrita un solo párrafo (el párrafo 2.15) en el que se resumen brevemente los aspectos de su anterior régimen para la importación de bananos que ha modificado con el fin de dar cumplimiento a las recomendaciones y resoluciones del OSD. No consideramos que se pueda formular una constatación de compatibilidad con la OMC sobre la base de la comunicación presentada por las Comunidades Europeas en este caso, ya que no hay un análisis suficiente de cómo se han eliminado de forma compatible con la OMC aspectos que anteriormente se había constatado que eran incompatibles con la OMC.

4.15 Por último, observamos que inmediatamente antes (en la misma fecha) del establecimiento de este Grupo Especial, el OSD estableció un grupo especial a petición del Ecuador, para que examinara la alegación de ese país, en un procedimiento de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21, con arreglo a la cual las medidas de aplicación de la CE no son compatibles con sus obligaciones en la OMC. Los grupos especiales que se han establecido en estos dos procedimientos iniciados de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 están integrados por las mismas tres personas. Dado que hemos constatado en el procedimiento iniciado por el Ecuador que las medidas de aplicación de la CE *no* son compatibles con sus obligaciones en la OMC, es evidente que no cabe presumir en este procedimiento que son compatibles.

D. LA RELACIÓN ENTRE LOS ARTÍCULOS 21, 22 Y 23 DEL ESD

4.16 Uno de los principales argumentos de las Comunidades Europeas en este procedimiento se refiere a la relación entre los artículos 21, 22 y 23 del ESD. Según se ha indicado anteriormente, el OSD ha encomendado a las tres personas que integran este Grupo Especial que examinen, en relación con el recurso por el Ecuador al párrafo 5 del artículo 21, la compatibilidad con la OMC de las medidas de la CE. El OSD también nos ha encomendado a los tres, de conformidad con el artículo 22, que consideremos, en calidad de Árbitros, el nivel de la suspensión de concesiones propuesta por los Estados Unidos al amparo de ese artículo. Cuando fuimos designados como Árbitros, el Presidente del OSD nos confió la siguiente tarea:

"Queda por resolver el problema de la forma en que el Grupo Especial y los Árbitros coordinarían su labor, pero, al tratarse de las mismas personas, no cabe duda de que encontrarán una forma lógica de proceder, en consulta con las partes. De esta forma, es posible utilizar los mecanismos de solución de diferencias del ESD para resolver todas las cuestiones pendientes en esta diferencia, sin dejar por ello de reconocer los derechos de ambas partes y de respetar la integridad del ESD."

En estas circunstancias, no consideramos procedente resolver en este procedimiento, como piden las Comunidades Europeas, que la compatibilidad de sus medidas sólo puede examinarse en un tipo de procedimiento (es decir, el previsto en el párrafo 5 del artículo 21), sino que el procedimiento más idóneo para determinar la cuestión de si se puede formular una alegación en un procedimiento concreto es ese procedimiento.

4.17 Además, en lo concerniente a los argumentos de la CE relativos a los artículos 21, 22 y 23 del ESD, somos perfectamente conscientes de la controversia que hay en el OSD sobre la interpretación de esos artículos y sobre la relación que existe entre ellos, pero consideramos que esa cuestión se resolverá mejor en el contexto del actual examen del ESD por los Miembros y no en el procedimiento de un grupo especial en el que sólo hay una parte y en el que sólo participan activamente algunos terceros.

E. OBSERVACIONES FINALES

4.18 Al cumplir nuestro mandato, no hemos examinado la cuestión de si el demandado inicial en el procedimiento de un grupo especial, por ejemplo, las Comunidades Europeas, puede iniciar un procedimiento de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21. A este respecto, observamos que la autorización de tal procedimiento plantea ciertos problemas prácticos o presenta ciertas anomalías, según ha indicado el Japón en sus argumentos como tercero (párrafos 3.12-3.14). Sin embargo, también comprendemos las preocupaciones que ha manifestado la India como tercero, de que debería permitirse, cuando fuera procedente, la iniciación de un procedimiento de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 por un demandado (párrafo 3.5). A nuestro juicio, no debe descartarse la posibilidad de recurrir al párrafo 5 del artículo 21 de esta forma, particularmente cuando la finalidad de la iniciación de tal procedimiento sea claramente el examen de la compatibilidad con la OMC de medidas de aplicación.

V. CONCLUSIÓN

5.1 Habida cuenta de lo anterior, no formulamos las constataciones solicitadas por las Comunidades Europeas.
