

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

WT/DS27/ARB
9 de abril de 1999

(99-1434)

Original: inglés

COMUNIDADES EUROPEAS -RÉGIMEN PARA LA IMPORTACIÓN, VENTA Y DISTRIBUCIÓN DE BANANOS- Y RECURSO DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS AL ARBITRAJE PREVISTO EN EL PÁRRAFO 6 DEL ARTÍCULO 22 DEL ESD

DECISIÓN DE LOS ÁRBITROS

La decisión de los Árbitros sobre Comunidades Europeas -Régimen para la importación, venta y distribución de bananos- Recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD se distribuye a todos los Miembros de conformidad con el ESD. El informe se distribuye como documento de distribución general a partir del 9 de abril de 1999 de conformidad con los Procedimientos para la distribución y supresión del carácter reservado de los documentos de la OMC (WT/L/160/Rev.1).

ÍNDICE

	<u>Página</u>
I. INTRODUCCIÓN	1
II. CUESTIONES PRELIMINARES.....	3
A. PROCEDIMIENTO DE TRABAJO E INFORMACIÓN COMERCIAL CONFIDENCIAL ...	3
B. PETICIÓN DEL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A PARTICIPAR EN CALIDAD DE TERCERO	5
C. PETICIÓN DE SUSPENSIÓN.....	5
D. DECISIÓN INICIAL	5
III. PRINCIPIOS Y PROCEDIMIENTOS QUE HAN DE SEGUIRSE DE CONFORMIDAD CON EL PÁRRAFO 3 DEL ARTÍCULO 22 DEL ESD	7
A. ALCANCE DEL EXAMEN DE LOS ÁRBITROS EN EL MARCO DEL PÁRRAFO 3 DEL ARTÍCULO 22	8
B. APLICACIÓN DEL PÁRRAFO 3 DEL ARTÍCULO 22 DEL ESD EN EL PRESENTE CASO.....	9
IV. EL CONCEPTO DE EQUIVALENCIA Y EL ALCANCE DEL PRESENTE PROCEDIMIENTO DE ARBITRAJE DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 22.....	11
V. ¿HAY EN EL RÉGIMEN REVISADO DE LAS CE PARA LA IMPORTACIÓN DE BANANOS ANULACIÓN O MENOSCABO DE VENTAJAS RESULTANTES PARA LOS EE.UU.?	16
A. ARTÍCULO XIII DEL GATT DE 1994	16
1. Las 857.700 toneladas reservadas a las importaciones tradicionales procedentes de los Estados ACP	17
a) La aplicabilidad del artículo XIII	17
b) Las prescripciones del artículo XIII y el contingente arancelario de 857.700 toneladas para las importaciones tradicionales ACP	18
i) <i>Párrafo 1 del artículo XIII</i>	19
ii) <i>Párrafo 2 del artículo XIII</i>	20
c) Las prescripciones del informe del Órgano de Apelación en el asunto <i>Bananos III</i>	20
2. Las cuotas del contingente arancelario NMF	21
a) Las prescripciones del artículo XIII	21
b) El período representativo.....	23

B.	CUESTIONES RELACIONADAS CON EL AGCS.....	24
1.	Procedimiento para la asignación de licencias.....	25
a)	Las constataciones sobre los artículos II y XVII del AGCS en el asunto <i>Bananos III</i>	26
b)	El régimen revisado de licencias de las CE	26
c)	Los requisitos de los artículos XVII y II del AGCS	27
d)	Argumentos de las partes.....	28
i)	<i>Comunidades Europeas</i>	28
ii)	<i>Estados Unidos</i>	31
e)	Análisis de las alegaciones efectuado por los Árbitros	32
i)	<i>Argumentos generales aducidos por las Comunidades Europeas</i>	33
ii)	<i>Asignación de licencias con arreglo al régimen revisado</i>	33
iii)	<i>Estructura del régimen revisado</i>	35
iv)	<i>Evaluación global</i>	37
f)	Asignación de licencias por el sistema de la adición de las cantidades	37
2.	Las normas aplicables a las licencias para los "operadores recién llegados"	40
3.	Resumen	42
VI.	PARÁMETROS PARA EL CÁLCULO DEL NIVEL DE ANULACIÓN O MENOSCABO	43
A.	CONSIDERACIONES GENERALES.....	43
B.	LA CUESTIÓN DE LAS VENTAJAS "INDIRECTAS"	44
C.	CUESTIONES RELATIVAS AL CÁLCULO EN EL SECTOR DE LOS SERVICIOS.....	48
D.	EFFECTOS PARA EMPRESAS ESPECÍFICAS Y EFECTO GLOBAL SOBRE LOS ESTADOS UNIDOS.....	51
VII.	CÁLCULO DE LOS NIVELES	52
VIII.	LAUDO Y DECISIÓN DE LOS ÁRBITROS.....	55
IX.	OBSERVACIONES FINALES.....	56

I. INTRODUCCIÓN

1.1 El 14 de enero de 1999, los Estados Unidos (EE.UU.), de conformidad con el párrafo 2 del artículo 22 del ESD, pidieron la autorización del Órgano de Solución de Diferencias (OSD) para suspender la aplicación a las Comunidades Europeas (CE) y sus Estados miembros de concesiones arancelarias y otras obligaciones conexas resultantes del GATT de 1994, que abarcaban intercambios comerciales por valor de 520 millones de dólares EE.UU. (WT/DS27/43). En la reunión que celebró el OSD los días 25 de enero a 1º de febrero de 1999, las Comunidades Europeas impugnaron el nivel de la suspensión propuesta por los Estados Unidos, basándose en que no era equivalente al valor de la anulación o menoscabo de ventajas que había sufrido este país, y sostuvo que no se habían seguido los principios y procedimientos establecidos en el párrafo 3 del artículo 22 del ESD. De conformidad con lo dispuesto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD, las Comunidades Europeas pidieron que el grupo especial que entendió inicialmente en el asunto se hiciera cargo del arbitraje de las cuestiones precedentes (WT/DS27/46). En respuesta a esa petición, el OSD decidió el 29 de enero de 1999 someter la cuestión al arbitraje del grupo especial que entendió inicialmente en el asunto, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD (WT/DSB/M/54).

1.2 Actúan como Árbitros en el presente procedimiento:

Presidente: Sr. Stuart Harbinson

Sr. Kym Anderson

Sr. Christian Häberli

1.3 En los párrafos 6 y 7 del artículo 22 del ESD se describen de la siguiente forma las funciones de los Árbitros en el marco de dicho artículo:

"[...] No obstante, si el Miembro afectado impugna el nivel de la suspensión propuesta, o sostiene que no se han seguido los principios y procedimientos establecidos en el párrafo 3, en el caso de que una parte reclamante haya solicitado autorización para suspender concesiones u otras obligaciones al amparo de lo dispuesto en los párrafos 3 b) o c), la cuestión se someterá a arbitraje. [...]"

"[Los árbitros] [...] determinará[n] si el nivel de esa suspensión es *equivalente* al nivel de la anulación o el menoscabo. [Los árbitros] podrá[n] también determinar si la suspensión de concesiones u otras obligaciones propuesta está permitida en virtud del acuerdo abarcado. Sin embargo, si el asunto sometido a arbitraje incluye la reclamación de que *no se han seguido* los principios y procedimientos establecidos en el párrafo 3, [los árbitros] examinará[n] la reclamación. En el caso de que determine[n] que no se han seguido dichos principios y procedimientos, la parte reclamante los aplicará de conformidad con las disposiciones del párrafo 3. [...]"

1.4 Así pues, nuestras funciones abarcan el examen de la equivalencia entre el nivel de la suspensión propuesta y la anulación o menoscabo producidos y el examen de si se han seguido los principios y procedimientos establecidos en el párrafo 3 del artículo 22 del ESD.¹ En la presente decisión, nos ocupamos de las siguientes cuestiones: i) determinadas cuestiones preliminares; ii) los principios y procedimientos que han de seguirse de conformidad con el párrafo 3 del artículo 22 del ESD, con inclusión de a) el alcance del examen de los Árbitros en el marco del párrafo 2 del

¹ Señalamos que nuestra función no es examinar la relación entre el párrafo 5 del artículo 21 y el artículo 22 del ESD. No obstante, responderemos a algunos argumentos de las CE relativos a esa cuestión al final de la Parte IV.

artículo 22 y b) la aplicación al presente caso del párrafo 3 del artículo 22; iii) el concepto de equivalencia y el alcance del presente procedimiento de arbitraje de conformidad con el artículo 22 del ESD; iv) si en el nuevo régimen para la importación de bananos de las CE sigue habiendo anulación o menoscabo de ventajas resultantes para los EE.UU.; v) los parámetros para el cálculo del nivel de anulación o menoscabo, incluidas a) la cuestión de las ventajas "indirectas" y b) cuestiones concretas relativas al cálculo de la anulación o menoscabo en la esfera de los servicios; y vi) el nivel de la suspensión.

II. CUESTIONES PRELIMINARES

A. PROCEDIMIENTO DE TRABAJO E INFORMACIÓN COMERCIAL CONFIDENCIAL

2.1 El 5 de febrero de 1999 celebramos una reunión con las partes para establecer nuestro procedimiento de trabajo y nuestro calendario. Con anterioridad a esa fecha, habíamos invitado a los Estados Unidos a que presentaran una comunicación, de ser posible antes del 5 de febrero de 1999, en la que explicaran la metodología que habían utilizado para calcular el nivel de la suspensión propuesta.² De conformidad con el calendario establecido, con las modificaciones introducidas posteriormente en él, las partes presentaron sus comunicaciones iniciales el 11 de febrero de 1999, y, sus réplicas el 18 de febrero de 1999. El 22 de febrero de 1999 celebramos una reunión con las partes.

2.2 El 5 de febrero de 1999, los Estados Unidos indicaron que pedirían a los Árbitros que establecieran un procedimiento para el tratamiento de la información comercial confidencial similar al establecido en varios procedimientos en curso de grupos especiales.³ En su respuesta, las CE indicaron que era necesario que cualquier procedimiento que se adoptara permitiera a las CE el acceso a la información comercial confidencial.

2.3 El 10 de febrero de 1999, los Estados Unidos solicitaron a los Árbitros que establecieran un procedimiento especial en relación con la información comercial confidencial. Con arreglo a la propuesta de los EE.UU., habría dos niveles de información reservada: información comercial confidencial e información comercial superconfidencial. La primera sería información relativa a empresas específicas sensible y que no fuera de dominio público, pero que pudiera extrapolarse de otra información, pública o no, al alcance de los gobiernos y de los competidores de la empresa. La segunda sería la información sensible relativa a empresas específicas, y que no fuera de dominio público, respecto de la cual no era posible esa extrapolación. En el caso de la información confidencial, se depositaría una copia en la Secretaría y otra en la Misión en Ginebra de la parte receptora; en el de la información superconfidencial, se depositaría una copia en la Secretaría. La información reservada de uno y otro tipo estaría además disponible en las Misiones de las partes en las capitales respectivas (por ejemplo, la información comercial reservada presentada por los Estados Unidos podría ser examinada en cualquier momento por las Comunidades Europeas en la Misión de los EE.UU. ante las CE en Bruselas). Había disposiciones relativas a la no divulgación, la guarda y la devolución o destrucción de uno y otro tipo de información, y sus receptores estarían obligados a firmar una declaración de reserva. Esas disposiciones y el trato establecido para la información reservada del primer tipo se basaban en los procedimientos utilizados en las actuaciones en curso de grupos especiales.⁴ A esos procedimientos se añadían el concepto de información comercial superconfidencial y las propuestas de los EE.UU. de que se aplicaran determinadas sanciones en caso de violación del procedimiento y de que sólo se permitiera el acceso a esta información a determinados tipos de representantes de una parte.

2.4 Con posterioridad al 10 de febrero de 1999, el Presidente de los Árbitros se reunió con las partes para conocer su opinión sobre la petición de los EE.UU. Las Comunidades Europeas se opusieron a ella, basándose en que la adopción de procedimientos de trabajo en relación con el

² En respuesta a una pregunta de las CE, indicamos que considerábamos que la petición dirigida a los EE.UU. tenía únicamente carácter informativo, y respondía a la finalidad de ahorrar tiempo.

³ Informe sobre *Brasil - Programa de financiación de las exportaciones para aeronaves*, WT/DS46; informe sobre *Canadá - Medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles*, WT/DS70; informe sobre *Australia - Subvenciones concedidas a los productores y exportadores de cuero para automóviles*, WT/DS126.

⁴ *Ibid.*

carácter confidencial de los documentos no debía hacerse caso por caso, sino que correspondía a los Miembros de la OMC actuando colectivamente. Señalaron que, en otro caso, en el que eran parte los Estados Unidos, las CE se habían opuesto con éxito a la adopción de un procedimiento de esa naturaleza. En segundo lugar, adujeron que no era necesario un procedimiento especial, porque la obligación de reserva recogida en el artículo 214 del Tratado de las CE vinculaba a sus funcionarios. En tercer lugar, objetaron que ese procedimiento limitaría su derecho, debido a los problemas prácticos que se plantearían si la información no estaba disponible en su sede en Bruselas. Los Estados Unidos respondieron que el ámbito de la información confidencial era limitado, que se trataba de hecho de información muy sensible porque se refería a empresas específicas y que era indispensable que los Árbitros dispusieran de esa información para llevar a cabo sus funciones.

2.5 El 11 de febrero de 1999, adoptamos el procedimiento relativo a la información comercial confidencial. Aunque compartíamos la opinión de los Estados Unidos de que estaba justificado el establecimiento de normas especiales habida cuenta del tipo de información de que se trataba, no aceptábamos la necesidad de un trato diferente de la información comercial superconfidencial, ni de sanciones especiales o de limitaciones relativas a la identidad de las personas autorizadas a examinar la información (en la medida en que se hubiera firmado una declaración de reserva). El 15 de febrero de 1999, las Comunidades Europeas formularon nuevas objeciones en relación con la viabilidad, la imposibilidad de limitar las obligaciones de informar a los superiores en las Comunidades y las preocupaciones que suscitaba el hecho de que se hubiera puesto en tela de juicio la inviolabilidad de la Misión de las CE en Ginebra. El 16 de febrero de 1999, modificamos el procedimiento relativo a la información comercial confidencial para abordar ese último aspecto.

2.6 El 17 de febrero de 1999, las Comunidades Europeas indicaron que no podían aceptar el procedimiento relativo a la información comercial confidencial y que los Árbitros no debían tener en cuenta esa información en la medida en que ello supusiera una vulneración del párrafo 1 del artículo 18 del ESD, que prohíbe las comunicaciones ex parte entre las partes y los integrantes de grupos especiales. Dado que consideramos que el procedimiento es razonable dadas las circunstancias⁵, no admitimos el argumento de las CE de que su decisión de no recibir información con sujeción a las normas que hemos establecido suponga que los Estados Unidos no pueden presentar la información correspondiente. Si se aceptara el argumento de las CE, la negativa de una parte a participar en un procedimiento impediría de hecho que el procedimiento siguiera adelante.

2.7 En cualquier caso, señalamos que no consideramos necesario basarnos en la información comercial confidencial presentada por los Estados Unidos para establecer el nivel de la suspensión. Como se aclara más adelante (Parte VII), utilizamos un método distinto de cálculo, que no se basaba en información de los costos y beneficios de empresas específicas sino en la información confidencial de otro tipo facilitada en las comunicaciones de las partes. No obstante, hemos examinado información comercial confidencial no referida a empresas específicas simplemente para compararla con los supuestos que habíamos establecido. En caso de no haber examinado esa información, nuestros cálculos no hubieran sido diferentes.

⁵ Como se ha indicado antes, tres grupos especiales distintos han adoptado ya procedimientos similares en asuntos concernientes a subvenciones a la exportación. En uno de ellos, un Miembro se negó a facilitar información comercial confidencial, aduciendo que el procedimiento era insuficiente y que eran necesarias disposiciones de procedimiento relativas a la información comercial superconfidencial. En el peor de los casos, de ello se desprende que el procedimiento relativo a la información comercial confidencial adoptado en este procedimiento de arbitraje no es excesivamente restrictivo.

B. PETICIÓN DEL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A PARTICIPAR EN CALIDAD DE TERCERO

2.8 El 4 de febrero de 1999 el Ecuador pidió a los Árbitros que le reconocieran la condición de tercero, por tener un interés especial en el procedimiento. No obstante, dada la inexistencia de disposiciones relativas a la condición de tercero en el artículo 22 del ESD y habida cuenta de que no consideramos que este procedimiento afecte a los derechos del Ecuador, desestimamos la petición de ese país. A este respecto, señalamos que tanto nuestra decisión inicial como nuestra decisión final en el presente arbitraje respetan plenamente los derechos que el ESD, y en particular, su artículo 22 reconoce al Ecuador.

C. PETICIÓN DE SUSPENSIÓN

2.9 En una carta de fecha 22 de febrero de 1999, las Comunidades Europeas pidieron que suspendiéramos este procedimiento de arbitraje hasta el 23 de abril de 1999, es decir hasta aproximadamente 10 días después de la fecha prevista para la terminación del procedimiento en curso en el que eran partes el Ecuador y las Comunidades Europeas de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD con respecto al régimen revisado de las CE para la importación de bananos.⁶ No obstante, habida cuenta de que el párrafo 6 del artículo 22 del ESD dispone que el arbitraje "se concluirá dentro de los 60 días siguientes a la fecha de expiración del plazo prudencial", es decir, el 2 de marzo de 1999, decidimos que estábamos obligados a atenernos en la mayor medida posible a ese plazo para concluir nuestra labor, por lo que no era procedente que suspendiéramos nuestros trabajos.

D. DECISIÓN INICIAL

2.10 El 2 de marzo de 1999, el Presidente de los Árbitros comunicó al Presidente del OSD lo siguiente (WT/DS27/48):

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

2.11 En la decisión inicial se examinaban cuestiones concernientes al párrafo 3 del artículo 22, al concepto de equivalencia y al alcance de este procedimiento de arbitraje de conformidad con el artículo 22 y a los parámetros para el cálculo del nivel de anulación o menoscabo. Nuestros debates sobre esas cuestiones se reproducen literalmente (salvo que se indique lo contrario) en las Partes III, IV y VI de la presente decisión. Como se ha indicado antes, en la decisión inicial pedimos también a las partes que el 15 de marzo de 1999 a más tardar presentaran por escrito sus respuestas a determinadas preguntas que les habíamos formulado, respuestas que precisábamos para completar nuestros trabajos. En el caso de las Comunidades Europeas, habíamos pedido que respondieran a determinados argumentos expuestos en las comunicaciones de los EE.UU. acerca de la compatibilidad del nuevo régimen de las CE para el banano con el Acuerdo sobre la OMC (véase la Parte V). En el

⁶ Véase el documento WT/DSB/M/43.

caso de los Estados Unidos, habíamos solicitado que analizaran dos hipótesis adicionales y que revisaran, teniendo en cuenta nuestra decisión inicial, sus cálculos en relación con dos de sus hipótesis iniciales (véase la Parte VII).

2.12 En nuestras observaciones finales a la decisión inicial señalábamos que éramos conscientes del hecho de que, de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del ESD, los Árbitros "deberán" concluir su labor dentro de los 60 días siguientes de la fecha de expiración del plazo prudencial para la aplicación. No obstante, dado que no cabe apelación contra nuestras decisiones, consideramos imprescindible conseguir el mayor grado posible de claridad con el fin de evitar futuras discrepancias entre las partes. Para alcanzar ese objetivo era preciso que las partes dispusieran de más tiempo para facilitarnos la información que necesitábamos para llevar a cabo nuestras tareas.⁷

2.13 Hicimos hincapié en que la pluralidad, el alcance y la complejidad de las tareas que habíamos de realizar en nuestra calidad de Árbitros de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del ESD exigían la cooperación constante de las partes, que habían de actuar de buena fe de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 10 del artículo 3 del ESD. A este respecto, instamos a las partes a que siguieran haciendo esfuerzos para llegar cuanto antes a una solución mutuamente aceptable del presente asunto, dado que la suspensión de concesiones no es ventajosa económicamente para ninguna de ellas.

⁷ A juzgar por sus propios términos, el plazo de 60 días establecido en el párrafo 6 del artículo 22 no limita ni define la competencia de los Árbitros *ratione temporis*, sino que, impone a éstos una obligación *de procedimiento* con respecto a la realización de su labor, y no establece una obligación *sustantiva* con respecto a su validez. En nuestra opinión, si los plazos del párrafo 5 del artículo 17 y del párrafo 6 del artículo 22 dieran lugar a la falta de competencia del Órgano de Apelación o de los Árbitros, el ESD lo habría declarado expresamente. Por ejemplo, el párrafo 12 del artículo 12 del ESD, que dispone que "si los trabajos del grupo especial hubieran estado suspendidos durante más de 12 meses, quedará sin efecto la decisión de establecer el grupo especial" prevé esa extinción de la competencia.

III. PRINCIPIOS Y PROCEDIMIENTOS QUE HAN DE SEGUIRSE DE CONFORMIDAD CON EL PÁRRAFO 3 DEL ARTÍCULO 22 DEL ESD

3.1 En su solicitud de arbitraje al amparo del párrafo 6 del artículo 22 del ESD, las Comunidades Europeas sostienen que los EE.UU. no han seguido los principios y procedimientos establecidos en el párrafo 3 del artículo 22 en su petición de autorización de suspensión de concesiones u otras obligaciones al amparo del párrafo 6 del artículo 22. Los Estados Unidos sostienen que los Árbitros no deben examinar los principios y procedimientos establecidos en el párrafo 3 del artículo 22 en el presente procedimiento de arbitraje, ya que los Estados Unidos sólo han solicitado autorización para la suspensión de concesiones al amparo del apartado a) del párrafo 3 del artículo 22 del ESD. A juicio de los Estados Unidos, las Comunidades Europeas sólo podrían formular la alegación que han formulado a este respecto si los Estados Unidos hubieran solicitado autorización para suspender concesiones al amparo de los apartados b) o c) del párrafo 3 del artículo 22 del ESD.

3.2 El texto del párrafo 3 del artículo 22, del ESD, en la parte pertinente, establece lo siguiente:

"Al considerar qué concesiones u otras obligaciones va a suspender, la parte reclamante aplicará los siguientes principios y procedimientos:

- a) el principio general es que la parte reclamante deberá tratar primeramente de suspender concesiones u otras obligaciones relativas al *mismo sector* (los mismos sectores) en que el grupo especial o el Órgano de Apelación haya constatado una infracción u otra anulación o menoscabo;
- b) si la parte considera *impracticable o ineficaz* suspender concesiones u otras obligaciones relativas al mismo sector (los mismos sectores), podrá tratar de suspender concesiones u otras obligaciones *en otros sectores en el marco del mismo acuerdo*;
- c) si la parte considera que es *impracticable o ineficaz* suspender concesiones u otras obligaciones relativas a otros sectores en el marco del mismo acuerdo, y que las *circunstancias son suficientemente graves*, podrá tratar de suspender concesiones u otras obligaciones en el marco *de otro acuerdo abarcado*;
- d) en la aplicación de los principios que anteceden la parte tendrá en cuenta lo siguiente:
 - i) el *comercio realizado en el sector o en el marco del acuerdo* en que el grupo especial o el Órgano de Apelación haya constatado una infracción u otra anulación o menoscabo, y la *importancia que para ella tenga ese comercio*;
 - ii) los *elementos económicos más amplios* relacionados con la anulación o menoscabo y las consecuencias económicas más amplias de la suspensión de concesiones u otras obligaciones;
- e) si la parte decide pedir autorización para suspender concesiones u otras obligaciones en virtud de lo dispuesto en los *apartados b) o c)*, *indicará* en su solicitud *las razones en que se funde*. Cuando se traslade la solicitud al OSD se dará simultáneamente traslado de la misma a los Consejos correspondientes y también en el caso de una solicitud formulada al amparo del apartado b), a los órganos sectoriales correspondientes;

- f) a los efectos del presente párrafo, se entiende por "*sector*":
 - i) en lo que concierne a bienes, *todos los bienes*;
 - ii) en lo que concierne a servicios, un *sector principal* de los que figuran en la versión actual de la "Lista de Clasificación Sectorial de los Servicios" en la que se identifican esos sectores" (las cursivas son nuestras; no se reproducen las notas a pie de página).

3.3 Antes de analizar la impugnación de las CE al amparo del párrafo 3 del artículo 22, recordamos el mandato de los Árbitros a ese respecto. El párrafo 6 del artículo 22, en la parte pertinente, dispone lo siguiente:

"[...] Si el Miembro afectado impugna el nivel de la suspensión propuesta, o sostiene que no se han seguido los principios y procedimientos establecidos en el párrafo 3, en el caso de que una parte reclamante haya solicitado autorización para suspender concesiones u otras obligaciones al amparo de lo dispuesto en los párrafos 3 b) o 3 c), la cuestión se someterá a arbitraje. [...]"

El párrafo 7 de ese mismo artículo especifica lo siguiente:

"[...] Si el asunto sometido a arbitraje incluye la reclamación de que no se han seguido los principios y procedimientos establecidos en el párrafo 3, el Árbitro examinará la reclamación. En el caso de que determine que no se han seguido dichos principios y procedimientos, la parte reclamante los aplicará de conformidad con las disposiciones del párrafo 3. [...]"

A. ALCANCE DEL EXAMEN DE LOS ÁRBITROS EN EL MARCO DEL PÁRRAFO 3 DEL ARTÍCULO 22

3.4 Habida cuenta de la defensa formulada por los Estados Unidos frente a la impugnación de las CE, hemos de definir en primer lugar el alcance de las facultades discrecionales que el párrafo 3 del artículo 22 del ESD confiere al Miembro que pide autorización para suspender concesiones u otras obligaciones y distinguirlo del alcance de la facultad de los Árbitros de examinar, en aplicación de los párrafos 6 y 7 del artículo 22 del ESD, la opción elegida por ese Miembro.

3.5 El párrafo 7 del artículo 22 del ESD faculta a los Árbitros para examinar todas las reclamaciones relativas a los principios y procedimientos establecidos en el párrafo 3 del artículo 22 del ESD, mientras que el párrafo 6 de ese mismo artículo del ESD parece restringir la competencia de los Árbitros en ese examen a los casos en que la solicitud de autorización para suspender concesiones se haya formulado al amparo de lo dispuesto en los párrafos 3 b) o 3 c) del artículo 22 del ESD. No obstante, consideramos que no hay ninguna contradicción entre los párrafos 6 y 7 del artículo 22 del ESD, y que esas disposiciones pueden interpretarse conjuntamente de forma armónica.

3.6 Cuando el informe de un grupo especial o del Órgano de Apelación contiene constataciones en las que se declara la existencia de incompatibilidades con la OMC con respecto únicamente a un solo sector en el sentido del párrafo 3 f) del artículo 22 del ESD, no resulta demasiado necesario un examen multilateral de la opción que en relación con las mercancías, los servicios o los derechos de propiedad intelectual, según los casos, haya elegido un Miembro para la suspensión de concesiones previa autorización del OSD. En cambio, si un Miembro decide pedir autorización para suspender concesiones relativas a otro sector, o en el marco de otro acuerdo distintos de los sectores o acuerdos a los que se refieren las constataciones del grupo especial, los incisos b) a d) del párrafo 3 del artículo 22 del ESD establecen determinadas disciplinas, como la prescripción que obliga a ese

Miembro a indicar las razones por las que considera impracticable o ineficaz la suspensión de concesiones en el mismo sector o sectores respecto de los que se constataron infracciones de las normas legales de la OMC.

3.7 Consideramos que la razón de ser fundamental de esas disciplinas es la necesidad de que la suspensión de concesiones u otras obligaciones en varios sectores o en el marco de varios acuerdos -y no sólo en aquellos sectores o en el marco de aquellos acuerdos respecto de los cuales un grupo especial o el Órgano de Apelación ha constatado la existencia de infracciones- continúe siendo la excepción y no la regla. A nuestro parecer, para dar pleno efecto al párrafo 3 del artículo 22 del ESD es necesario que se entienda que la facultad de los Árbitros de examinar, previa solicitud a tal efecto, si se han seguido los principios y procedimientos de los apartados b) o c) incluye su competencia para examinar si una petición formulada al amparo del inciso a) debería haber sido formulada -en todo o en parte- al amparo de los apartados b) o c). Si se privara a los Árbitros de esa facultad que se les reconoce implícitamente, podrían eludirse fácilmente los principios y procedimientos del párrafo 3 del artículo 22 del ESD. Si no hubiera ningún tipo de examen en relación con las peticiones de autorización para suspender concesiones formuladas al amparo del apartado a), los Miembros podrían sentirse tentados a recurrir siempre a ese apartado para eludir la supervisión multilateral de la suspensión de concesiones y otras obligaciones en varios sectores, y todas las disciplinas de los demás incisos del párrafo 3 del artículo 22 del ESD podrían caer en desuso.

B. APLICACIÓN DEL PÁRRAFO 3 DEL ARTÍCULO 22 DEL ESD EN EL PRESENTE CASO

3.8 Las Comunidades Europeas alegan que, en los casos en los que se han formulado constataciones de la existencia de infracciones u otra anulación en más de un sector, o en el marco de más de un acuerdo, las peticiones encaminadas a la suspensión de concesiones han de corresponder al número o la gravedad de las infracciones, es decir a la magnitud de la anulación o menoscabo sufridos en cada uno de esos sectores o en el marco de cada uno de esos acuerdos considerados aisladamente. Dada su posición de que ni siquiera bajo el régimen anterior los Estados Unidos han sufrido anulación o menoscabo en la esfera del comercio de mercancías, las Comunidades Europeas sostienen que los Estados Unidos debían haber considerado la posibilidad de pedir autorización para suspender concesiones, en primer lugar, en el sector de los servicios de distribución o, en segundo lugar, en cualquier otro sector de los servicios, por razón de la anulación sufrida como consecuencia de infracciones del AGCS, siempre que esas infracciones siguieran existiendo en el régimen revisado. Dado que los Estados Unidos han solicitado la suspensión de concesiones relativas al comercio de mercancías, las Comunidades Europeas alegan que la petición de ese país se refiere en realidad a varios sectores y debía haberse formulado al amparo de los apartados b) o c) del párrafo 3 del artículo 22. Además, se alega que los Estados Unidos no han cumplido los requisitos de procedimiento establecidos en los apartados d) y e) del párrafo 3 del artículo 22.

3.9 No compartimos la opinión de las CE. La hipótesis expuesta por las Comunidades Europeas sólo sería válida y las obligaciones establecidas en los apartados b) a e) del párrafo 3 del artículo 22 sólo serían exigibles si la presente diferencia afectara a infracciones que se hubieran producido exclusivamente en el marco del AGCS. Compartimos la opinión de que, en tal caso, la petición de los EE.UU. se referiría a la suspensión de concesiones en varios sectores y en el marco de varios acuerdos; pero la obligación que imponen los incisos b) o c) de indicar las razones por las que sería impracticable o ineficaz suspender concesiones relativas al mismo sector o en el marco del mismo acuerdo sólo sería pertinente si la suspensión de concesiones propuesta por los Estados Unidos excediera del alcance de las constataciones del Grupo Especial o del Órgano de Apelación, por ejemplo, si la suspensión propuesta afectara a otros sectores de servicios distintos de los servicios de distribución o a los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio.

3.10 Recordamos que el apartado a) del párrafo 3 del artículo 22 del ESD se refiere a la suspensión de "concesiones u otras obligaciones relativas al mismo sector (los mismos sectores) en que el grupo especial o el Órgano de Apelación haya constatado una infracción u otra anulación o menoscabo". Observamos que las palabras "mismo sector (los mismos sectores)" abarcan el singular y el plural. Con arreglo al apartado i) del inciso f) se entiende por "sector[es]", en lo que concierne a bienes, *todos los bienes*, y con arreglo al apartado ii) de ese mismo inciso, en lo que concierne a servicios un *sector principal* de los que figuran en la "Lista de Clasificación Sectorial de los Servicios". En consecuencia, llegamos a la conclusión de que los Estados Unidos tienen derecho a pedir la suspensión de concesiones en cualquiera de esos dos sectores o en ambos, dentro del límite del nivel global de anulación o menoscabo sufridos, en caso de que en el régimen revisado de las CE no se hayan eliminado completamente las incompatibilidades que se constataron en la diferencia inicial con las obligaciones de las CE en virtud del GATT y del AGCS. En este caso "el mismo sector (los mismos sectores)" serían, respectivamente, "todos los bienes" y el sector de los "servicios de distribución". Nuestra conclusión, basada en el sentido corriente del párrafo 3 a) del artículo 22, es además concorde con el hecho de que las constataciones de infracciones en el marco del GATT y del AGCS formuladas en la diferencia inicial estaban estrechamente relacionadas y se referían todas ellas a un único régimen de importación, aplicable a un único producto, el banano.

IV. EL CONCEPTO DE EQUIVALENCIA Y EL ALCANCE DEL PRESENTE PROCEDIMIENTO DE ARBITRAJE DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 22

4.1 El párrafo 7 del artículo 22 del ESD establece que "el árbitro [los árbitros] [...] determinará[n] si el nivel de esa suspensión es *equivalente* al nivel de la anulación o el menoscabo" (la cursiva es nuestra). Además, el párrafo 4 de ese mismo artículo del ESD dispone lo siguiente:

"El nivel de la suspensión de concesiones u otras obligaciones autorizado por el OSD será *equivalente* al nivel de la anulación o menoscabo" (las cursivas son nuestras).

Observamos que el sentido corriente de la palabra "*equivalente*" es "de igual valor, importancia o significación", "que tiene los mismos efectos", "que tiene la misma posición o función relativa", "correspondiente a" "algo de igual valor" o "algo prácticamente idéntico".⁸ Es evidente que este sentido connota una correspondencia, identidad o equilibrio entre dos niveles, en este caso concreto, entre el nivel de las concesiones que han de suspenderse de una parte, y el nivel de la anulación o menoscabo, de otra.

4.2 El primero de esos niveles, es decir el de la suspensión de las concesiones propuesta resulta claramente discernible, tanto en lo que respecta al valor global (520 millones de dólares EE.UU.) indicado por los EE.UU., como en lo que respecta a los productos a los que afectaría.⁹ En cambio, respecto del segundo, es decir del nivel de anulación o menoscabo sufridos, no existe la misma claridad. Es imposible cerciorarse de la correspondencia o identidad de dos niveles si uno de ellos no ha sido establecido claramente. Por consiguiente, como condición previa para cerciorarnos de la equivalencia entre los dos niveles de que se trata hemos de determinar el nivel de anulación o menoscabo.

4.3 En la diferencia inicial *Bananos III*, las constataciones de anulación y menoscabo se basaron en la conclusión de que determinados aspectos de las medidas de las CE en litigio eran, incompatibles con las obligaciones de las CE en el marco de la OMC. En consecuencia, la evaluación del nivel de anulación o menoscabo presupone la evaluación de la compatibilidad o incompatibilidad de las medidas de aplicación adoptadas por las Comunidades Europeas, es decir del régimen revisado para el banano, con las normas de la OMC, en lo que respecta a las constataciones del Grupo Especial y del Órgano de Apelación relativas al régimen anterior.

4.4 El contexto inmediato de los párrafos 4 y 7 del artículo 22, en los que se aclara el requisito de "*equivalencia*", confirma nuestra conclusión. En la frase inicial del párrafo 6 del artículo 22 se hace referencia a la situación descrita en el párrafo 2. Esta última disposición establece lo siguiente:

"Si el Miembro afectado *no pone en conformidad con un acuerdo abarcado la medida declarada incompatible con él o no cumple de otro modo* las recomendaciones y resoluciones adoptadas dentro del plazo prudencial determinado de conformidad con el párrafo 3 del artículo 21, ese Miembro, si así se le pide, y no más tarde de la expiración del plazo prudencial, entablará negociaciones con cualesquiera de las partes que hayan recurrido al procedimiento de solución de diferencias, con miras a hallar una compensación mutuamente aceptable. Si dentro de los 20 días siguientes a la fecha de expiración del plazo prudencial no se ha convenido en una compensación satisfactoria, cualquier parte que haya recurrido al procedimiento de solución de diferencias podrá

⁸ The New Shorter Oxford English Dictionary on Historic Principles (1993), página 843.

⁹ WT/DS27/43.

pedir la autorización del OSD para suspender la aplicación al Miembro afectado de concesiones u otras obligaciones resultantes de los acuerdos abarcados."

Así pues, la autorización de la suspensión de concesiones u otras obligaciones por el OSD presupone que no se hayan cumplido las recomendaciones o resoluciones que figuran en los informes del grupo especial y/o del Órgano de Apelación, adoptados por el OSD.

4.5 Observamos también que ambas partes admiten que para la evaluación de la equivalencia entre el nivel de la anulación sufrida y el nivel de la suspensión propuesta hay que tomar como base la compatibilidad o incompatibilidad con las normas de la OMC del nuevo régimen de las CE, y no del régimen anterior. De hecho, en el presente procedimiento de arbitraje, los Estados Unidos han dedicado una parte considerable de sus comunicaciones escritas y de sus exposiciones orales a los Árbitros a las razones por las que consideran que en el nuevo régimen persisten la mayoría de las incompatibilidades con la OMC del régimen anterior.

4.6 De forma análoga, las Comunidades Europeas han subrayado repetidamente que el establecimiento del nivel de las concesiones que han de ser objeto de suspensión debe basarse exclusivamente en la magnitud de la anulación o menoscabo causados por su régimen revisado, en caso de que se constate su incompatibilidad con la OMC en el otro procedimiento que seguimos, como miembros del grupo especial que entendió inicialmente en el asunto, de conformidad con lo establecido en el párrafo 5 del artículo 21. No obstante, observamos también que en sus comunicaciones escritas y en sus exposiciones orales a los Árbitros las Comunidades Europeas han respondido en cierta medida a las alegaciones de los EE.UU. sobre la supuesta incompatibilidad del régimen revisado con la OMC. Por último, las Comunidades Europeas han indicado en varias ocasiones que los Estados Unidos no pueden establecer unilateralmente la compatibilidad o incompatibilidad de su régimen revisado para el banano con las normas de la OMC, y que las CE consideran que una determinación de esa naturaleza al margen del mecanismo de solución de diferencias de la OMC es incompatible con las prescripciones inequívocas del artículo 23 del ESD.

4.7 Por las razones expuestas, consideramos que el concepto de *equivalencia* entre los dos niveles (el de la suspensión propuesta y el de la anulación o menoscabo) seguirá careciendo de contenido en tanto sigamos sin conocer cualquiera de las dos variables de la comparación entre la suspensión propuesta y la anulación o menoscabo: no tendríamos otra alternativa que declarar que el nivel de anulación o menoscabo es equivalente al nivel propuesto de suspensión, es decir que equiparar las dos variables de la ecuación, lo que significaría que habría que considerar necesariamente que cualquier nivel propuesto de suspensión es equivalente al nivel de anulación o menoscabo al que se ha equiparado, o medir el nivel de anulación o menoscabo tomando como base nuestras constataciones en la diferencia inicial, modificadas por el Órgano de Apelación y adoptadas por el OSD, para lo que sería necesario prescindir completamente del hecho indiscutible de que las Comunidades Europeas han adoptado medidas para revisar su régimen para la importación de bananos. Es evidente que no es éste el mandato que el OSD nos ha encomendado.

4.8 En consecuencia, no podemos cumplir nuestra función de evaluar la *equivalencia* entre los dos niveles citados si no llegamos antes a una conclusión acerca de si el régimen revisado de las CE es, sobre la base de nuestras constataciones y de las constataciones del Órgano de Apelación en la diferencia inicial, plenamente compatible con la OMC. La causa básica de cualquier anulación o menoscabo sufrido por los Estados Unidos sería la incompatibilidad con la OMC del régimen revisado de las CE. Puesto que el nivel de la suspensión de concesiones propuesta ha de ser equivalente al nivel de anulación o menoscabo, es necesario, por lógica, que el examen que hemos de realizar en calidad de Árbitros se centre en primer lugar en el último de esos niveles para que

podamos estar en condiciones de evaluar su equivalencia con el nivel de la suspensión de concesiones propuesta por los Estados Unidos.¹⁰

4.9 Al llegar a esta conclusión, hemos tenido presente la declaración del Presidente del OSD en la reunión de 29 de enero de 1999, en la que el OSD decidió someternos esta cuestión en calidad de Árbitros:

"[...] 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. [...]"

Estamos convencidos que la "forma de proceder" que hemos elegido para abordar las tareas que hemos de realizar es la más "lógica", por cuanto en ella se da el máximo peso y la mayor significación a todos los mecanismos de solución de diferencias previstos en el ESD a los que las partes en la diferencia inicial *Bananos III* han decidido recurrir.

4.10 En respuesta a los párrafos precedentes de la Parte IV, que figuraban en nuestra decisión inicial, las Comunidades Europeas aducen que no deberíamos examinar la compatibilidad de su nuevo régimen para los bananos. En primer lugar, afirman que, de actuar así, sobrepasaríamos nuestro mandato, que, según indican, se limita a la determinación del nivel de suspensión y de la equivalencia entre ese nivel y el nivel de anulación o menoscabo. No obstante, como se ha indicado antes, el establecimiento del nivel de anulación o menoscabo puede requerir un análisis de la existencia de anulación o menoscabo derivados de la incompatibilidad con la OMC del nuevo régimen para el banano.

4.11 En segundo lugar, las Comunidades Europeas aducen que si examináramos la compatibilidad de su régimen para los bananos con la OMC en un procedimiento de arbitraje de conformidad con el artículo 22 privaríamos al párrafo 5 del artículo 21 de su *raison d'être*. No compartimos esa opinión. El párrafo 5 del artículo 21 sigue constituyendo para los Miembros que por cualquier razón no deseen suspender concesiones el principal instrumento para impugnar las medidas de aplicación. Por el contrario, si aceptáramos el argumento de las CE interpretaríamos en realidad el plazo del párrafo 6 del artículo 22, prescindiendo enteramente del ESD, puesto que pocas veces o ninguna un procedimiento en el marco del párrafo 5 del artículo 21, que en opinión de las CE abarca las consultas y la posibilidad de apelar, terminaría antes de que finalizara el plazo establecido en el párrafo 6 del artículo 22 (30 días contados a partir de la expiración del plazo prudencial).¹¹ A este respecto,

¹⁰ A este respecto observamos que el párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD establece que los Miembros formularán una determinación de que se ha producido una infracción o se han anulado o menoscabado ventajas "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" (las cursivas son nuestras), de lo que se deduce que cabe determinar mediante arbitraje la infracción y la anulación o menoscabo.

¹¹ Como indicábamos en nuestra decisión inicial, el momento en el que las partes en la diferencia inicial inicien ese procedimiento, o un procedimiento del marco del párrafo 5 del artículo 21 del ESD, el momento en que el OSD pueda ocuparse de las peticiones correspondientes o volver a reunir al grupo especial que entendió inicialmente en el asunto o someter una cuestión a arbitraje no dependen de los Árbitros que actúan en el marco del artículo 22 del ESD. Recordamos que, por una parte, el párrafo 5 del artículo 21 del ESD obliga a los miembros del grupo especial que haya entendido inicialmente el asunto a completar en principio su labor dentro de los 90 días siguientes a la fecha en que se le haya sometido el asunto, pero no especifica cuándo debe iniciarse ese procedimiento. El texto del párrafo 5 del artículo 21 del ESD no excluye la posibilidad de

conviene recordar el laudo arbitral en el asunto *Hormonas*, en el que se declaraba lo siguiente: "leído en su contexto, está claro que el plazo prudencial a que se refiere el apartado c) del párrafo 3 del artículo 21 debe ser el plazo más breve posible, en el marco del ordenamiento jurídico del Miembro, para aplicar las recomendaciones y resoluciones del OSD."¹² Señalamos que, en opinión de los EE.UU., la imposibilidad de presentar una petición de que se autorice la suspensión de concesiones en el plazo del párrafo 6 del artículo 22 implica la pérdida del derecho a hacerlo, al menos en los supuestos en los que es aplicable la norma del consenso negativo del párrafo 6 del artículo 22.

4.12 En tercer lugar, las Comunidades Europeas indican que no debe entenderse que al remitirse al párrafo 2 a) del artículo 23 hayan pretendido sostener que un arbitraje de conformidad con el artículo 22 puede determinar si se han infringido Acuerdos de la OMC o si existe anulación o menoscabo. En nuestra opinión, a pesar de que la referencia que se hace al arbitraje en ese precepto tal vez no sea concluyente, es evidente que el objetivo del artículo 23 -una determinación multilateral- se cumple cuando la cuestión de la anulación o menoscabo se examina en un arbitraje ante el Grupo Especial que entendió inicialmente en el asunto.

4.13 En cuarto lugar, las Comunidades Europeas sostienen que no es procedente examinar la incompatibilidad en un procedimiento de arbitraje, debido a que cuestiones como la carga de la prueba no están claramente reguladas. A este respecto, subrayan que no está claro que los Estados Unidos impugnen en realidad la compatibilidad con la OMC del nuevo régimen de las CE. En nuestra opinión, del hecho de que más de 30 páginas de la primera comunicación de las EE.UU. se dediquen a establecer que en el nuevo régimen de las CE sigue habiendo anulación o menoscabo se desprende claramente que los Estados Unidos sostienen que el nuevo régimen es incompatible con la OMC. En lo que respecta a la carga de la prueba, si no estuviéramos convencidos de que los Estados Unidos habían demostrado la existencia de un nivel positivo de anulación o menoscabo, fijaríamos un nivel nulo de suspensión de concesiones.

4.14 En cuarto lugar, las CE sostienen que si examináramos la cuestión de la compatibilidad privaríamos a los terceros y al OSD de su derecho a participar en la determinación de la anulación o menoscabo. No obstante, señalamos que no se nos pide que formulemos una determinación formal sobre la existencia de anulación o menoscabo, ni tenemos intención de formularla, sino únicamente que nos cercioremos de que el nivel de suspensión de las concesiones es equivalente al nivel de la anulación o menoscabo. A este respecto, señalamos que el OSD tiene, para rechazar nuestra decisión sobre el nivel de suspensión, la misma competencia que para rechazar los informes del grupo especial y del Órgano de Apelación, por lo que no privamos al OSD de su facultad de supervisión. Si el OSD llegara a la conclusión de que no hay anulación o menoscabo, rechazaría seguramente cualquier nivel de suspensión de concesiones que no fuera un nivel nulo.

iniciar el procedimiento *antes* o *después* de la expiración del plazo prudencial para la aplicación de los informes del grupo especial y/o del Órgano de Apelación adoptados por el OSD. Por otra parte, con arreglo al párrafo 6 del artículo 22 del ESD, los Árbitros han de concluir su labor dentro de los 60 días siguientes a la fecha de expiración del plazo prudencial. Si se inicia un procedimiento en el marco del párrafo 5 del artículo 21 del ESD en una fecha próxima al término del plazo prudencial o después de su expiración, los plazos de 90 y 60 días establecidos en el párrafo 5 del artículo 21 y en el párrafo 6 del artículo 22, respectivamente, resultan inconciliables. En todo caso, nuestro mandato como Árbitros se limita a lo previsto en los párrafos 6 y 7 del artículo 22 del ESD. Hay que señalar que la relación entre el párrafo 5 del artículo 21 y el artículo 22 está siendo actualmente analizada en el examen en curso del ESD.

¹² Laudo arbitral de conformidad con el párrafo 3 c) del artículo 21 en *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (Hormonas)*, WT/DS26/15 y WT/DS48/13, párrafo 26 (29 de mayo de 1998) (las cursivas son nuestras).

4.15 Por último, reiteramos lo que hemos escrito en el párrafo 4.9 *supra*. En las circunstancias especiales del presente caso, y habida cuenta de la discrepancia entre Miembros de la OMC sobre la interpretación adecuada de los artículos 21 y 22, es necesario encontrar una forma lógica de proceder que permita formular una decisión multilateral, sujeta a revisión por el OSD, sobre el nivel de la suspensión de concesiones. Estimamos que la hemos encontrado.

V. ¿HAY EN EL RÉGIMEN REVISADO DE LAS CE PARA LA IMPORTACIÓN DE BANANOS ANULACIÓN O MENOSCABO DE VENTAJAS RESULTANTES PARA LOS EE.UU.?

5.1 Los Estados Unidos aducen que las Comunidades Europeas no han puesto en conformidad, en el sentido del párrafo 2 del artículo 22, su régimen para la importación de bananos, que en el procedimiento inicial sobre este asunto se constató que era incompatible con las obligaciones que imponían a las CE varios acuerdos abarcados¹³, con esos acuerdos. En su comunicación inicial los Estados Unidos desarrollan esta alegación en los términos que se exponen *infra*. A solicitud nuestra, las Comunidades Europeas respondieron a los argumentos de los Estados Unidos.

5.2 Dada la necesidad de formarnos una opinión sobre la compatibilidad con la OMC del régimen revisado de las CE para los bananos, en los párrafos siguientes examinamos si como consecuencia de ese régimen existe anulación o menoscabo de las ventajas de los Estados Unidos.

A. ARTÍCULO XIII DEL GATT DE 1994

5.3 Los Estados Unidos alegan que los Reglamentos 1637/98 y 2362/98, en la forma en que i) establecen un contingente arancelario que prevé el trato en franquicia arancelaria para 857.700 toneladas de importaciones de banano tradicional procedentes de los 12 Estados ACP y ii) asignan cuotas por países del contingente arancelario NMF que aplican las CE al banano, son incompatibles con las obligaciones que corresponden a las CE en virtud del artículo XIII del GATT de 1994.

5.4 A este respecto, observamos que el Reglamento 1637/98 confirma el contingente arancelario de 2,2 millones de toneladas consolidado en la Lista de las CE y un contingente arancelario autónomo adicional de 353.000 toneladas.¹⁴ Éstos se encuentran en los mismos niveles que en el régimen anterior. Dado que no pudo llegarse a un acuerdo con los abastecedores con un interés sustancial con respecto a la repartición de asignaciones por países, en el Reglamento 2362/98, las Comunidades Europeas asignaron, con arreglo al apartado d) del párrafo 2 del artículo XIII, las siguientes cuotas por países a cada uno de los abastecedores con un interés sustancial (es decir, a Colombia, Costa Rica, el Ecuador y Panamá):

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

País	Cuota (%) ¹⁵	Volumen (miles de toneladas) ¹⁶
Costa Rica	25,61	653,8
Colombia	23,03	588,0
Ecuador	26,17	668,1
Panamá	15,76	402,4
Otros	9,43	240,7
Total	100,00	2.553,0

¹³ Informes del Grupo Especial sobre *Bananos III*, modificados por el informe del Órgano de Apelación.

¹⁴ Artículo 18, párrafos 1 y 2 del Reglamento 1637/98.

¹⁵ Anexo I al Reglamento 2362/98.

¹⁶ Cálculo de cuotas absolutas basadas en el contingente arancelario de 2.553.000 toneladas y las cuotas de los proveedores con un interés sustancial según el Anexo I al Reglamento 2362/98.

5.5 El Anexo al Reglamento 1637/98 prevé una cantidad global de 857.700 toneladas para las importaciones tradicionales de los Estados ACP. En el marco del régimen revisado de las CE, ya no hay asignaciones por países para los 12 Estados tradicionales ACP (es decir, Belice, el Camerún, Cabo Verde, Côte d'Ivoire, Dominica, Granada, Jamaica, Madagascar, Somalia, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas y Suriname).¹⁷

5.6 Al examinar el régimen revisado del banano que aplican las CE y su compatibilidad con el artículo XIII, recordamos que en el asunto *Bananos III* el Órgano de Apelación revocó la interpretación del Grupo Especial con respecto al alcance de la Exención de Lomé y sostuvo que la Exención de Lomé no abarca las incompatibilidades con el artículo XIII. En consecuencia, al considerar las cuestiones relativas al artículo XIII, no consideramos lo que está exigido o no por el Convenio de Lomé.

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

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

5.8 Las Comunidades Europeas responden que en virtud de los Reglamentos 1637/98 y 2362/98 existe un único régimen de importación. La posición de las CE es que, a efectos del artículo XIII, la cantidad de 857.700 toneladas para las importaciones tradicionales ACP está fuera del contingente arancelario NMF de 2.553.000 toneladas. En opinión de las CE, la cantidad de 857.700 toneladas constituye un límite máximo con respecto a la preferencia arancelaria de derechos nulos para las importaciones tradicionales ACP. Señalan que el Convenio de Lomé exige esa preferencia arancelaria y que la misma está comprendida en la Exención de Lomé por lo que respecta a cualquier incompatibilidad con el párrafo 1 del artículo I del GATT. Además, las Comunidades Europeas se basan en el informe del Grupo Especial sobre el asunto *CEE - Importaciones de papel prensa*¹⁸ al alegar que las importaciones en el marco de acuerdos preferenciales no deben incluirse en el contingente arancelario NMF. Las Comunidades Europeas también alegan que el informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Bananos III* requiere efectivamente la asignación colectiva que han previsto una cantidad de 857.700 toneladas para las importaciones tradicionales procedentes de los Estados ACP.

a) La aplicabilidad del artículo XIII

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

¹⁷ Anexo al Reglamento 1637/98 y Anexo I al Reglamento 2362/98.

¹⁸ Informe del Grupo Especial sobre *CEE - Importaciones de papel prensa*, adoptado el 20 de noviembre de 1984, IBDD 31S/128, 146 a 150.

disponibilidad de un tipo arancelario específico. Por lo tanto, el artículo XIII se aplica al límite de 857.700 toneladas.

5.10 En nuestra opinión, el caso *Papel prensa* no afecta a la aplicabilidad del artículo XIII al contingente arancelario para las importaciones tradicionales procedentes de los Estados ACP. En ese caso, las Comunidades Europeas habían reducido unilateralmente el contingente arancelario para el papel prensa de 1,5 millones de toneladas a 500.000 toneladas, alegando que algunos países que eran abastecedores en el marco del contingente arancelario habían concertado acuerdos de libre comercio con las Comunidades Europeas y que el contingente arancelario debía reducirse para reflejar ese hecho. El Grupo Especial sostuvo que las Comunidades Europeas no podían unilateralmente introducir tal cambio. Al resolver el caso, el Grupo Especial declaró lo siguiente: "Las importaciones que ya están exentas de derechos por efecto de un acuerdo preferencial no pueden, por su misma naturaleza, participar en un contingente exonerado en régimen n.m.f.".¹⁹ El Grupo Especial del *Papel prensa* no se ocupó de la aplicabilidad del artículo XIII a un caso tal como el presente. Además, nuestras conclusiones no implican que las Comunidades Europeas deban incluir las importaciones ACP en su contingente arancelario NMF.

5.11 Por lo tanto, en nuestra opinión, el límite de 857.700 toneladas a las importaciones tradicionales ACP constituye un contingente arancelario y, por consiguiente, se le aplica el artículo XIII.

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

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

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

¹⁹ *Ibid.*, párrafo 55.

únicamente *dentro* de los sistemas reglamentarios establecidos por el Miembro en cuestión."²⁰

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

"Dado el carácter realmente excepcional de las exenciones de las obligaciones de no discriminación derivadas del artículo XIII, resulta sumamente difícil aceptar la tesis de que una exención que no hace referencia expresa al artículo XIII pueda, no obstante, dispensar del cumplimiento de las obligaciones dimanantes de ese artículo. Si las PARTES CONTRATANTES del GATT hubieran tenido intención de dispensar a las Comunidades Europeas de las obligaciones dimanantes del artículo XIII en la exención relativa al Convenio de Lomé, lo habrían manifestado así expresamente."²¹

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

i) *Párrafo 1 del artículo XIII*

5.14 A este respecto, observamos que en el régimen revisado, por una parte, pueden importarse bananos dentro del contingente NMF sobre la base de los resultados comerciales obtenidos durante un período representativo anterior (es decir, el período de tres años de 1994 a 1996). Por otra parte, pueden importarse bananos de países proveedores tradicionales ACP hasta una cantidad colectiva de 857.700 toneladas, que inicialmente se estableció para reflejar la cantidad global del mayor volumen de las exportaciones realizadas antes de 1991 por los proveedores tradicionales ACP considerados individualmente, previendo un margen para determinadas inversiones.²² Observamos además que las importaciones en el marco del contingente arancelario realizadas por algunos abastecedores sin un interés sustancial (es decir, terceros países y proveedores ACP no tradicionales) se limitan, en conjunto, a 240.748 toneladas (es decir, la categoría "Otros" del contingente arancelario NMF), mientras que las importaciones procedentes de otras fuentes de abastecimiento no sustanciales (es decir, proveedores tradicionales ACP) se limitan, en conjunto, a 857.700 toneladas. Además, algunos abastecedores sin un interés sustancial, a saber, los proveedores ACP, se podrían beneficiar del acceso a la categoría "Otros" del contingente arancelario NMF una vez agotado el contingente de 857.700 toneladas. Por otra parte, los abastecedores sin un interés sustancial de terceros países no tienen acceso al contingente arancelario de 857.700 toneladas, una vez agotada la categoría "Otros" del contingente arancelario NMF. Los Miembros individuales de estos dos grupos -proveedores tradicionales ACP y otros proveedores sin un interés sustancial- no son objeto de una limitación similar. Este tratamiento diferente es incompatible con las disposiciones del párrafo 1 del artículo XIII, que exige que "[no se imponga] prohibición ni restricción alguna a la importación de un producto originario del territorio de otro Miembro ... a menos que se imponga una prohibición o restricción semejante a la importación del producto similar originario de cualquier tercer país ...".

²⁰ Informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Bananos III*, párrafo 190.

²¹ Informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Bananos III*, párrafo 187.

²² Las asignaciones por países para, por ejemplo, Belice, el Camerún, Côte d'Ivoire y Jamaica parecen incluir márgenes para las inversiones realizadas.

ii) *Párrafo 2 del artículo XIII*

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

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

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

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

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

5.19 Observamos, sin embargo, que los informes del Grupo Especial y del Órgano de Apelación dejan claro que aquello que exige el Convenio de Lomé no está necesariamente incluido en la Exención de Lomé. Y, como el Órgano de Apelación constató en el asunto *Bananos III*, las Comunidades Europeas no están autorizadas en virtud de la Exención de Lomé a proceder de manera

incompatible con las obligaciones que les corresponden de conformidad con el artículo XIII. El Órgano de Apelación también confirmó la constatación del Grupo Especial de que las CE no podían asignar cuotas por países a algunos abastecedores que no tenían un interés sustancial (por ejemplo, países tradicionales y países no tradicionales ACP y signatarios del Acuerdo Marco para el Banano) a menos que se atribuyeran también asignaciones por países a todos los abastecedores sin un interés sustancial.

2. Las cuotas del contingente arancelario NMF

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

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

5.21 Los Estados Unidos alegan que la asignación por las CE del contingente arancelario NMF a partes correspondientes a abastecedores sustanciales no se aproxima a las partes que podrían esperar si no existieran restricciones. También alega que dado que el período 1994-1996 fue objeto de "restricciones", no es un período representativo a efectos del artículo XIII.

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

a) Las prescripciones del artículo XIII

5.23 Al considerar los argumentos de los Estados Unidos al amparo del artículo XIII con respecto a las cuotas del contingente arancelario, recordamos nuestras constataciones en el asunto *Bananos III*:

"El texto del artículo XIII es claro. En caso de aplicarse restricciones cuantitativas (como excepción a la prohibición general de la utilización de esas restricciones establecida en el artículo XI), han de aplicarse de la forma que menos distorsione el comercio. Con arreglo a la norma general de la introducción al párrafo 2 del artículo XIII:

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

En el caso que examinamos no se trata de restricciones cuantitativas *per se*, sino de contingentes arancelarios, autorizados por las normas del GATT. No obstante, según se desprende claramente del párrafo 5 del artículo XIII, y las partes reconocen, el artículo XIII es aplicable a la administración de los contingentes arancelarios. A la luz del texto del artículo XIII, cabe decir que el objetivo y finalidad del párrafo 2 del artículo XIII es reducir al mínimo la incidencia de un régimen de contingentes o de

contingentes arancelarios en las corrientes comerciales, tratando de que la distribución del comercio en el marco de esas medidas se aproxime a la que se habría producido en ausencia de ese régimen."²³

5.24 También tomamos nota de lo siguiente:

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

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

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

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

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

5.26 Cuando los datos de un período están desactualizados o las importaciones distorsionadas porque el mercado pertinente es objeto de restricciones, si se utiliza ese período como período representativo no se podrá cumplir el objetivo de la parte introductoria. Por lo tanto, conforme a la práctica del GATT, es necesario que el "período representativo anterior" a efectos del párrafo 2 d) del artículo XIII sea el período más reciente no distorsionado por restricciones. Como se señala *supra*, el Grupo Especial que se ocupó del asunto *CEE - Restricciones a la importación de manzanas*

²³ Informe del Grupo Especial sobre *CE - Bananos III*, párrafo 7.68.

*procedentes de Chile*²⁴, examinó si las restricciones a las importación reflejaban la proporción de importaciones en las Comunidades Europeas "existentes durante un período representativo anterior" en el contexto del párrafo 2 c) del artículo XI. Ese Grupo Especial excluyó el año 1976 del período trienal más reciente anterior a 1979, año en que la restricción de las CE en litigio estaba en vigor, y optó en cambio por los años 1978, 1977 y 1975. Sostuvo que el año 1976 no podía considerarse representativo porque durante el mismo habían existido restricciones.

5.27 El Grupo Especial que se ocupó del asunto *Japón - Restricciones aplicadas a la importación de ciertos productos agropecuarios*²⁵ examinó la cuestión de la falta de un "período representativo anterior" en el contexto del párrafo 2 c) del artículo XI. Tomó nota de que:

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

5.28 Observamos que el párrafo 2 c) del artículo XI, que estipula que los contingentes deben ser tales que no deberán tener como consecuencia la reducción de la relación entre el total de las importaciones y el de la producción nacional, en comparación con la que cabría razonablemente esperar que existiera sin tales restricciones, constituye una excepción de la prohibición de restricciones cuantitativas del párrafo 1 del artículo XI. El artículo XIII regula la administración no discriminatoria de las restricciones cuantitativas, incluidas, cuando proceda, la repartición de partes entre Miembros. La determinación de un período representativo anterior en el marco del artículo XIII plantea problemas similares a los que se presentan con respecto al párrafo 2 del artículo XI. Por lo tanto, estimamos que las consideraciones citadas de los Grupos Especiales anteriores son pertinentes al caso que nos ocupa. La falta de un período representativo anterior con arreglo al artículo XIII tiene consecuencias de mucho menos alcance que la falta de tal período con arreglo al párrafo 2 c) del artículo XI. En el asunto *Japón - Restricciones*, la falta de un período representativo anterior idóneo excluyó la posibilidad de aplicar la excepción del párrafo 2 c) del artículo XI. En el marco del artículo XIII, la falta de un período representativo anterior idóneo impediría únicamente la asignación de un contingente arancelario en forma unilateral. Pero no impediría la utilización de un contingente arancelario global ni de asignaciones por países mediante acuerdo.

b) El período representativo

5.29 Con respecto a la selección de un "período representativo anterior" para aplicar el régimen de contingentes arancelarios a las importaciones de bananos dirigidas a las Comunidades Europeas, recordamos que con anterioridad a 1993, los Estados miembros de las CE aplicaban distintos

²⁴ Informe del Grupo Especial sobre *CEE - Restricciones a la importación de manzanas procedentes de Chile*, adoptado el 10 de noviembre de 1980, IBDD 27S/104, párrafo 4.8.

²⁵ Informe del Grupo Especial sobre el asunto *Japón - Restricciones aplicadas a la importación de ciertos productos agropecuarios*, adoptado el 22 de marzo de 1988, IBDD 35S/185, párrafo 5.1.3.7.

regímenes nacionales de importación. Algunos Estados miembros aplicaban restricciones o prohibiciones de las importaciones, mientras que las importaciones dirigidas a otros Estados miembros estaban sujetas a un régimen solamente arancelario, o bien podían entrar libres de derechos.²⁶ Por lo tanto, ese período no podía servir como período representativo anterior (véase el párrafo 5.24).

5.30 Con la introducción de la organización de un mercado común para el banano a mediados de 1993, observamos que se garantizaron a los países proveedores tradicionales ACP asignaciones por países a los mayores niveles de sus importaciones antes de 1991, que superaban con mucho los resultados comerciales efectivos que habían logrado en el pasado reciente. En 1995, el Acuerdo Marco para el Banano (AMB) asignó cuotas del contingente de 2,2 millones de toneladas, establecido en el Reglamento 404/93, a Colombia y Costa Rica, como proveedores con un interés sustancial. Dadas las distorsiones del mercado comunitario con anterioridad al AMB, las cuotas asignadas a Colombia y Costa Rica no podían haber estado basadas en un período representativo anterior. Además, el AMB contenía normas incompatibles con la OMC en lo que respecta a las prescripciones de certificados de exportación y la reasignación de las partes no utilizadas de las asignaciones por países exclusivamente entre los signatarios del AMB, lo que agravaba aún más esas distorsiones. Las partes de los países proveedores no tradicionales ACP también estaban distorsionadas debido a las asignaciones por países dentro de la cantidad de 90.000 toneladas, que estaban reservadas a los proveedores no tradicionales ACP.

5.31 Podría alegarse que dentro de la categoría "Otros" del contingente arancelario de 2,2 millones de toneladas (ampliación autónoma de 353.000 toneladas en 1995 para las CE-15), el Ecuador y Panamá y los terceros países abastecedores sin un interés sustancial a los que no se les habían asignado cuotas estaban compitiendo sobre una base relativamente no distorsionada durante el período en que estuvo en vigor el régimen anterior (aunque no tanto después de que entró en vigor el AMB). Sin embargo, a efectos de la aplicación de las prescripciones del artículo XIII, no importa si las importaciones procedentes de algunos países abastecedores estuvieron relativamente menos distorsionadas que otras dado que las distorsiones con respecto a un (grupo de) países abastecedores tendrán repercusiones en los resultados de importación de otros países abastecedores con o sin un interés sustancial en el mercado de un determinado producto.

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

5.33 Por lo tanto, si bien los Miembros tienen cierto grado de discreción para elegir un período representativo anterior, en este caso es evidente que el período 1994-1996 no es un "período representativo". En consecuencia, consideramos que las asignaciones por países atribuidas por las Comunidades Europeas a los proveedores con un interés sustancial no son compatibles con las prescripciones del párrafo 2 del artículo XIII.

B. CUESTIONES RELACIONADAS CON EL AGCS

5.34 Los Estados Unidos alegan que los Reglamentos 1637/98 y 2362/98 perpetúan la anulación y menoscabo causados por el régimen comunitario anterior, que se consideró incompatible con las obligaciones de las CE dimanantes de los artículos II y XVII del AGCS. Más concretamente, los Estados Unidos alegan: 1.) que el procedimiento de asignación de licencias revisado perpetúa las violaciones de los artículos II y XVII del AGCS (es decir, las cláusulas del AGCS sobre la nación más favorecida y el trato nacional), constatadas por el Grupo Especial original y el Órgano de Apelación

²⁶ Para una descripción de ese mercado, véase el informe del Grupo Especial que se ocupó del asunto *CEE - Regímenes de importación del banano de algunos Estados miembros de la CEE*, 3 de junio de 1993 (no adoptado), documento del GATT DS32/R, páginas 6 a 11.

en el asunto *Bananos III*); y 2.) que la ampliación de la cantidad de la licencia reservada para "recién llegados" al 8 por ciento, y los criterios para adquirir la condición de "recién llegado" en los procedimientos de licencias revisados son incompatibles con el artículo XVII del AGCS.

1. Procedimiento para la asignación de licencias

5.35 Los Estados Unidos alegan que el régimen revisado de asignación de licencias de las CE es incompatible con los artículos II y XVII del AGCS y mantiene la anulación y menoscabo porque perpetúa o retoma los elementos discriminatorios del sistema de licencias anterior, en el sentido de que las licencias se asignan a quienes utilizaron licencias para importar bananos y pagaron los derechos de aduana durante el período 1994-1996. Además, los Estados Unidos sostienen que las nuevas normas de asignación de licencias, denominadas de "adición de las cantidades", en virtud de las cuales, entre otras cosas, los antiguos importadores de bananos ACP pueden solicitar licencias de importación para importar bananos de terceros países no ACP sobre la base de las cantidades de referencia derivadas de sus importaciones de bananos ACP, incrementa los elementos discriminatorios del régimen anterior.²⁷

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

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

5.38 En este contexto, recordamos que algunas cuestiones, como el origen de los servicios y los proveedores de servicios y la "similitud" de los servicios o los proveedores de servicios originarios de la parte reclamante y los originarios de las CE o de otro país tercero, según sea el caso, fueron resueltas en el asunto original. Observamos también que el Grupo Especial y el Órgano de Apelación -si bien con fundamentos jurídicos diferentes- constataron que la obligación de trato nacional y la obligación de trato NMF dimanantes del AGCS prohíben la discriminación *de jure* y *de facto*. Por consiguiente, a los fines de resolver las cuestiones planteadas, no necesitamos examinar si el concepto de discriminación *de facto* en el artículo II es similar o más estrecho que el concepto de discriminación *de facto* en el artículo XVII, y en particular en los párrafos 2 y 3 de ese artículo. Sólo necesitamos recordar que el Grupo Especial original, y también el Órgano de Apelación, constataron que el artículo II del AGCS también abarca la discriminación *de facto*: "[...] por estos motivos, llegamos a la conclusión de que la expresión 'trato no menos favorable' del párrafo 1 del artículo II del

²⁷ Los Estados Unidos hacen referencia a este respecto a la reserva del 30 por ciento de las licencias para las importaciones de bananos de terceros países y bananos no tradicionales ACP, para los operadores de la categoría B; a la reserva del 28 por ciento de dichas licencias de importación para los maduradores, en virtud de las normas relativas al criterio de la realización de determinadas funciones, y a la asignación de licencias huracán exclusivamente a determinados operadores de la categoría B.

AGCS debe interpretarse de modo que incluya tanto la discriminación *de facto* como la discriminación *de jure* [...]"²⁸ Por lo tanto, consideramos conveniente examinar conjuntamente la cuestión de si el procedimiento revisado de asignación de licencias concede o no un trato menos favorable en el sentido de los artículos II y XVII del AGCS a los servicios o los proveedores de servicios de los Estados Unidos.

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

5.39 Recordamos nuestras constataciones con respecto a aspectos particulares del procedimiento de asignación de licencias que se aplicaban con arreglo al régimen anterior a las importaciones de terceros países y las importaciones no tradicionales ACP incluidas en el contingente arancelario, en la medida en que son pertinentes en el caso presente, es decir:

"[...] que la asignación a los operadores de la categoría B del 30 por ciento de los certificados que permiten la importación de plátanos de terceros países y no tradicionales ACP a los tipos de los derechos de aduana aplicables a las importaciones comprendidas en el contingente genera condiciones de competencia menos favorables para los proveedores de servicios similares originarios de los reclamantes y es, por consiguiente, incompatible con las prescripciones de los artículos II y XVII del AGCS."²⁹

"[...] que la asignación a los maduradores de un 28 por ciento de las licencias de las categorías A y B que permiten la importación de bananos de terceros países y de bananos no tradicionales ACP a unos tipos de derechos contingentarios crea unas condiciones de competir menos favorables que las existentes para los proveedores de servicios originarios de países reclamantes y, por lo tanto, es incompatible con las disposiciones del artículo XVII del AGCS."³⁰

"[...] que la asignación de licencias huracán exclusivamente a operadores que abarcan o representan directamente a productores de la CE (o de países ACP) crea unas condiciones de competencia menos favorables para los proveedores de servicios similares originarios de países reclamantes y, por lo tanto, está en contradicción con las disposiciones del artículo XVII (o del artículo II) del AGCS."³¹

Estas constataciones fueron ratificadas por el Órgano de Apelación.

b) El régimen revisado de licencias de las CE

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

²⁸ Informe del Órgano de Apelación en el asunto *Bananos III*, párrafo 234.

²⁹ Informes del Grupo Especial en el asunto *Bananos III*, párrafos 7.341 y 7.353.

³⁰ Informes del Grupo Especial en el asunto *Bananos III*, párrafo 7.368.

³¹ Informes del Grupo Especial en el asunto *Bananos III*, párrafos 7.393 y 7.397.

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

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

"3. La importación efectiva se demostrará:

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

b) mediante la presentación de la *prueba del pago de los derechos de aduana* aplicables el día del cumplimiento de los trámites aduaneros de importación, pago que se efectuará bien *directamente* a las autoridades competentes, bien por intermedio de un *agente o representante de aduanas*.

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

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

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

5.43 Recordamos nuestra decisión en el asunto *Bananos III* sobre los elementos necesarios para establecer una incompatibilidad con respecto a los artículos XVII y II del AGCS y sobre algunas cuestiones preliminares.³² Como no han sido cuestionados en este procedimiento, pasaremos a ocuparnos de las cuestiones principales.

5.44 En lo que respecta al artículo XVII, debemos determinar si, al aplicar su régimen de licencias revisado, las Comunidades Europeas conceden un trato menos favorable a los servicios y proveedores de servicios de los Estados Unidos, que el que conceden a sus propios servicios y proveedores de

³² Informes del Grupo Especial en el asunto *Bananos III*, párrafos 7.314, 7.317, 7.344, 7.277 y siguientes, 7.298.

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

5.45 Al plantear el examen de esta cuestión, no queremos decir que las CE tienen la obligación de remediar las discriminaciones del pasado. El párrafo 7 del artículo 3 del ESD establece que "[...] el primer objetivo del mecanismo de solución de diferencias será en general conseguir la supresión de las medidas de que se trate si se constata que éstas son incompatibles con las disposiciones de cualquiera de los acuerdos abarcados". Este principio exige el cumplimiento *ex tunc* a partir del vencimiento del plazo razonable de cumplimiento de las recomendaciones y resoluciones adoptadas por el OSD. Si resolviéramos que la asignación de licencias a los proveedores de servicios originarios de terceros países se debían "corregir" para los años 1994 a 1996, crearíamos un efecto retroactivo de medidas correctivas *ex tunc*. Sin embargo, en nuestra opinión, lo que se exige a las CE es que pongan fin a las pautas discriminatorias en la asignación de licencias con efecto *prospectivo* a partir del comienzo del año 1999.

5.46 Al comienzo de nuestro análisis, observamos que los Estados Unidos no alegan que el nuevo régimen de las CE sea discriminatorio *de jure*. La cuestión, como ocurrió en el asunto *Bananos III*, es si es discriminatorio *de facto* de manera incompatible con los artículos XVII y II del AGCS. Recordamos a este respecto que, de conformidad con el párrafo 2 del artículo XVII, todo Miembro podrá otorgar a los servicios y a los proveedores de servicios extranjeros un trato no menos favorable, otorgando un trato formalmente idéntico o formalmente diferente al que dispense a sus propios proveedores de servicios similares. Además, de conformidad con el párrafo 3 del artículo XVII, se considerará que un trato formalmente idéntico es menos favorable si modifica desfavorablemente las condiciones de competencia de los servicios o los proveedores de servicios de otros Miembros. Recordamos también las constataciones del Grupo Especial y del Órgano de Apelación en la diferencia original, en el sentido de que la cláusula NMF del AGCS incluye la prohibición de la discriminación *de jure* y también de la discriminación *de facto*.

d) Argumentos de las partes

i) Comunidades Europeas

5.47 Las Comunidades Europeas alegan inicialmente que los hechos en los que basó sus conclusiones el Grupo Especial original habían cambiado tanto en 1994-1996, que dicho Grupo Especial no hubiera realizado las mismas constataciones si hubiera tenido a su disposición los hechos de 1994-1996.

5.48 Con respecto a los principales operadores de terceros países (por ejemplo, Chiquita, Dole, Del Monte y Noboa), las Comunidades Europeas sostienen que las asignaciones de licencias para la importación de bananos de terceros países y bananos no tradicionales ACP a esos operadores aumentaron una media del 35 por ciento entre 1994, con arreglo al régimen anterior, y 1999, con

arreglo al régimen revisado.³³ Concretamente, las Comunidades Europeas informan de un aumento en las asignaciones de licencias a Chiquita y Dole del 34 y el 44 por ciento, respectivamente, entre 1994 y 1999. Además, las asignaciones de licencias a Chiquita y Dole fueron mayores en 1999 que en 1998. Según las Comunidades Europeas, esto se debió a dos razones: las inversiones y las transferencias de licencias.

5.49 En primer lugar, se registraron inversiones de operadores de terceros países en operadores CE/ACP. Las Comunidades Europeas mencionan inversiones en Compagnie Fruitière y CDB/Durand por parte de Dole y Chiquita, respectivamente, y concluyen que las cantidades de referencia correspondientes a los principales operadores de terceros países se duplicaron entre 1993 y 1996³⁴, cuando las cantidades de referencia globales de los operadores de terceros países ascendieron a 272.822 toneladas. Las Comunidades Europeas señalan asimismo que el Grupo Especial original constató que no había una discriminación *de jure* basada en el origen del operador, con respecto al acceso a la actividad de maduración, que daría derecho a los operadores a obtener licencias y, por tanto, a obtener rentas contingentarias con arreglo al régimen anterior. No obstante, el Grupo Especial constató que había *de facto* condiciones de competencia menos favorables para los proveedores de servicios al por mayor de terceros países porque en las Comunidades Europeas la propiedad o el control de las empresas maduradoras eran predominantemente comunitarios³⁵ y, por tanto, las asignaciones de licencias y las rentas contingentarias beneficiaban en gran medida a los proveedores de servicios comunitarios. Ante este Grupo Especial, las Comunidades Europeas hacen hincapié en que, según las estadísticas de 1994 a 1996, tres de los cuatro principales maduradores no son actualmente de propiedad comunitaria, y ellos representan aproximadamente el 20 por ciento del total de la capacidad de maduración de las Comunidades Europeas.³⁶

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

³³ Las Comunidades Europeas alegan asimismo que las asignaciones de licencias a estos principales operadores de terceros países fueron las siguientes: 1994: 598.857 toneladas; 1995: 651.266 toneladas; 1996: 726.782 toneladas; modificaciones: 1994-1995: 8,8 por ciento; 1995-1996: 11,6 por ciento; 1994-1996: 201,4 por ciento.

³⁴ Cifras de las CE: 1989: 21.305 (cantidades de referencia en toneladas); 1990: 30.514; 1991: 45.532; 1992: 72.592, 1993: 132.614; 1994: 267.511; 1995: 276.804; 1996: 272.822.

³⁵ En la diferencia original, el Grupo Especial llegó a esta conclusión sobre la base de que el promedio del volumen estimado de maduración realizado por empresas maduradoras comunitarias era, según los reclamantes, del 83,7 por ciento del volumen total de maduración en las Comunidades Europeas. Las Comunidades Europeas afirmaron que entre el 20 y el 26 por ciento de la capacidad de maduración en las Comunidades Europeas era de propiedad extranjera, es decir, principalmente Chiquita, Dole y Del Monte. Informes del Grupo Especial en el asunto *Bananos III*, nota de pie de página 514.

³⁶ Las CE presentan los siguientes datos sobre los volúmenes madurados por los principales operadores de terceros países:

Chiquita:	1994: 214.037; 1995: 232.544; 1996: 241.386;
Atlanta:	1994: 425.147; 1995: 449.969; 1996: 360.179;
Grupo Dole:	1994: 146.530; 1995: 139.257; 1996: 121.617.

excluidos de la asignación de licencias por la introducción del régimen revisado, es decir, principalmente maduradores y organizaciones de productores de las CE.

5.51 Las Comunidades Europeas sostienen que es razonable suponer que, con arreglo al régimen anterior, los operadores no comunitarios recibieron el 50,35 por ciento de todas las cantidades de referencia disponibles que autorizan a los operadores a recibir licencias en el futuro.³⁷ Posteriormente, las Comunidades Europeas aumentan la cifra básica en un 35 por ciento (véase el párrafo 5.48) y llegan a la conclusión de que los operadores no comunitarios obtienen actualmente alrededor del 68 por ciento de las asignaciones de licencias. Como el 8 por ciento de las asignaciones se destina a recién llegados, sólo el 24 por ciento corresponde a proveedores de servicios CE/ACP. Las Comunidades Europeas sugieren que las licencias se han asignado legítimamente a proveedores de servicios CE/ACP con arreglo al régimen revisado porque esos operadores importaron efectivamente bananos latinoamericanos.

5.52 Las Comunidades Europeas formulan también otros dos argumentos de carácter general. En primer lugar, insisten en que el AGCS no garantiza determinadas partes de mercado a lo largo del tiempo, es decir, que no existen disposiciones sobre derechos de anterioridad. En segundo lugar, las Comunidades Europeas alegan que tienen derecho a elegir las "importaciones efectivas" como base para la asignación de licencias. En particular, las Comunidades Europeas mencionan el párrafo 5 j) del artículo 3 del Acuerdo sobre Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación³⁸, con arreglo al cual se debe tener en cuenta la "utilización íntegra de las licencias" como criterio para las asignaciones futuras. En opinión de las CE, el único modo objetivo y no cuestionable de demostrar la importación "efectiva" es el pago de los derechos, sea directamente o por intermedio de un agente de

³⁷ Al estimar las cantidades de referencia que los proveedores de servicios de terceros países no ACP podían obtener íntegramente con arreglo al régimen anterior, las Comunidades Europeas consideran apropiado suponer que los importadores primarios de la categoría A obtuvieron el 37,905 por ciento de las cantidades de referencia (es decir, el 57 por ciento del 66,5 por ciento). Con respecto a las empresas encargadas de la tramitación aduanera, las Comunidades Europeas no impugnan la suposición de que dos tercios de estas empresas eran originarias de terceros países no ACP, mientras que un tercio era de origen CE/ACP. En consecuencia, podía presumirse que el 6,65 por ciento de las cantidades de referencia de estas empresas (es decir, el 10 por ciento del 66,5 por ciento) beneficiaba a operadores de terceros países. A los fines de desglosar las actividades de maduración originarias de terceros países o de origen CE/ACP, las actividades de maduración de los operadores de las categorías A y B se subdividieron utilizando una proporción del 78,5 por ciento para los operadores CE/ACP y del 21,5 por ciento para los operadores de terceros países no ACP. El resultado correspondiente a los operadores de la categoría A es del 4 por ciento para los operadores de terceros países y el 14,6 por ciento para los operadores CE/ACP, con respecto al 18,6 por ciento, que representa la asignación de licencias para las actividades de maduración de la categoría A (es decir, el 28 por ciento del 66,5 por ciento). En cuanto a los operadores de la categoría B, el resultado es el 1,8 por ciento para los operadores de terceros países y el 6,6 por ciento para los operadores CE/ACP, con respecto al 8,4 por ciento que representa la asignación de licencias para las actividades de maduración de la categoría B (es decir, el 28 por ciento del 30 por ciento). En consecuencia, en la estimación de la parte total de las cantidades de referencia correspondientes a proveedores de terceros países no ACP, las Comunidades Europeas suman el 37,905 por ciento (para los importadores primarios de la categoría A), el 6,65 por ciento (para las empresas que se encargan del despacho de aduana originarias de terceros países no ACP) el 4 por ciento y el 1,8 por ciento (para las actividades de maduración efectuadas por operadores de las categorías A y B originarios de terceros países no ACP). De esto se desprende que a los proveedores de servicios de terceros países no ACP les corresponde una estimación de la participación global de derechos de licencia, del 50,35 por ciento de todas las cantidades de referencia.

³⁸ El párrafo 5 j) del artículo 3 del Acuerdo sobre Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación dispone que: "[...] deberá tenerse en cuenta si, durante un período representativo reciente, los solicitantes han utilizado en su integridad las licencias anteriormente obtenidas."

aduanas, mediante el pago de honorarios o en virtud de un contrato, es decir, el sistema aplicado en el Reglamento 2362/98.

ii) *Estados Unidos*

5.53 Los Estados Unidos argumentan que la discriminación que existía de hecho en el anterior régimen de licencias de las CE continúa a causa de los criterios elegidos por las CE para asignar las licencias. Al basar la asignación de las licencias en los criterios referentes al "importador efectivo", las CE hacen que los proveedores de servicios predominantemente CE/ACP a los que con el anterior régimen se expedían la mayoría de las licencias de la categoría B, de las licencias de madurador y de las licencias huracán conserven el derecho a la mayoría de esas licencias con el nuevo régimen.

5.54 Los Estados Unidos impugnan, por inexacta, la información proporcionada por las CE en el sentido de que, entre otras cosas, las asignaciones de licencias a los grandes operadores de países terceros aumentaron al doble entre 1993 y 1996 a causa de las inversiones hechas en la Compagnie Fruitière y en CBD/Durand por Dole y Chiquita, respectivamente. Incluso si esos datos fueran exactos, a juicio de los Estados Unidos, dado que las importaciones totales efectuadas por las CE de países ACP que son abastecedores tradicionales fueron de 734.000 toneladas en 1996, la cifra de 272.822 toneladas indicaría todavía que, aunque las empresas no radicadas en las CE se vieron de hecho forzadas con el antiguo régimen a aumentar sus compras en los países ACP, la clara mayoría de ese volumen de la categoría B/ACP continúa estando en manos de operadores que son propiedad de empresas de países de las CE.

5.55 Los Estados Unidos argumentan que las cifras dadas por las CE sobre el aumento de la propiedad extranjera de los maduradores son inexactas porque los datos incluyen volúmenes madurados en virtud de contratos concertados con clientes, por lo que las ventajas económicas dimanantes de las licencias corresponden a maduradores de propiedad de empresas de países de las CE, y no a operadores de terceros países. Además, las cifras, incluso si fueran exactas, no harían sino confirmar que aproximadamente el 80 por ciento de la capacidad de maduración total de las CE es todavía de propiedad de empresas de países de las CE, con lo que se refuerza el mantenimiento de las consecuencias del anterior régimen.

5.56 Los Estados Unidos subrayan que para 1999, con arreglo al régimen revisado, se han asignado a Chiquita menos licencias que en 1998, cuando estaba en vigor el régimen anterior.³⁹ A juicio de los Estados Unidos, Dole se enfrentó mejor que Chiquita al régimen de los bananos de las CE, como resultado de las compras de licencias y de las inversiones en operadores que tenían acceso a licencias, en particular licencias de la categoría B. Los Estados Unidos también hacen referencia a datos de la Odeadom (*Office de Développement de l'économie agricole des Départements d'Outre Mer*, organismo francés encargado de aceptar las solicitudes de licencias y de registrar las transferencias de licencias)⁴⁰ según los cuales en esos años no hubo ventas considerables de licencias de la categoría B más que en dos países, Francia y España, y no hubo ventas en el Reino Unido.⁴¹ Además, los Estados Unidos mencionan información procedente de la rama de producción en cuestión en la que se indica que, en el período 1994-1996, las empresas de las CE o de países ACP Fyffes, Geest y Jamaican Producers importaron por término medio más de 300.000 toneladas de bananos

³⁹ Respuestas de los Estados Unidos, de 22 de febrero de 1999, a preguntas de las CE sobre el régimen de licencias.

⁴⁰ Las CE impugnan esa información y presentan una carta en la que la Odeadom subraya que nunca ha publicado el gráfico sobre transferencias de licencias presentado por los Estados Unidos.

⁴¹ Prueba documental 6 presentada por los Estados Unidos en su primera comunicación.

latinoamericanos al año.⁴² Los Estados Unidos llegan a la conclusión de que esa información fáctica apoya su posición de que con el régimen revisado los proveedores estadounidenses de servicios al por mayor continúan estando sometidos a unas condiciones de competencia menos favorables que los proveedores de tales servicios de origen CE/ACP.

5.57 En general, los Estados Unidos argumentan que, con el régimen revisado, cabe suponer que los operadores no pertenecientes a las CE o a países ACP pueden obtener solamente el 43,7 por ciento de las licencias que se les deberían otorgar, porque, a juicio de los Estados Unidos, es errónea la estimación de las CE según la cual los operadores de países terceros obtienen el 68 por ciento de las licencias asignadas. Primero, subrayan que no hay ninguna base para suponer que, con arreglo al antiguo régimen, dos tercios de los responsables del despacho de aduana eran de propiedad de países terceros y solamente un tercio era de propiedad de las CE o de países ACP. En consecuencia, la estimación de las CE en el sentido de que con el antiguo régimen el 50,35 por ciento de las licencias asignadas se atribuían a operadores de terceros países se reduciría en un 6,65 por ciento y quedaría en el 43,7 por ciento, lo que significa que menos de la mitad de las licencias utilizadas para administrar el contingente arancelario correspondiente a países terceros estaban en manos de operadores no pertenecientes a las CE o a países ACP. Segundo, señalan que se refiere solamente al contingente arancelario de 2.553.000 toneladas en total, pero no a la totalidad de las importaciones (incluyendo las importaciones tradicionales ACP), que es de 3,4 millones de toneladas. Tercero, los Estados Unidos argumentan que el aumento medio del 35 por ciento de las licencias asignadas a operadores de países terceros entre 1994 y 1996 está distorsionado, dado que las cifras correspondientes a 1994 se refieren a las CE-12 (con exclusión de Austria, Finlandia y Suecia), mientras que las cifras correspondientes a 1996 incluyen también los nuevos Estados miembros de las CE.

5.58 En consecuencia, los Estados Unidos alegan que el sistema revisado perpetúa la asignación insuficiente de licencias a sus proveedores de servicios, los cuales no pueden obtener licencias para importar bananos en condiciones tan favorables como los proveedores de las CE o de países ACP que con el régimen revisado continúan beneficiándose del mantenimiento de los criterios incompatibles con el AGCS aplicados para la asignación de licencias con el antiguo régimen. Los Estados Unidos señalan que, con el antiguo régimen, los titulares iniciales de licencias que generalmente no importaban por sí mismos bananos de países terceros aprendieron a no vender sus licencias directamente. Por el contrario, los titulares iniciales de licencias de la categoría B y de licencias de madurador concertaron disposiciones contractuales (por ejemplo, arrendamientos de licencias, acuerdos de recompra, puesta en común de licencias, venta de bananos descargados en las CE pero que aún no habían pasado despacho de aduanas) con arreglo a las cuales los proveedores de servicios de origen estadounidense estaban obligados a pagar para poder importar bananos en las CE sin obtener efectivamente la licencia. Los Estados Unidos afirman que sus proveedores de servicios también están obligados actualmente a concertar disposiciones contractuales desfavorables con los titulares iniciales de licencias expedidas con el anterior régimen. Según los Estados Unidos, conforme a muchas de esas disposiciones, los titulares originales de licencias, efectuasen o no materialmente la importación, pueden probar que han pagado los derechos de aduanas, lo que los convierte en "importadores efectivos" para los efectos de la asignación de licencias con el régimen revisado.

e) Análisis de las alegaciones efectuado por los Árbitros

5.59 Para analizar si el nuevo régimen de las CE es de hecho discriminatorio, consideraremos primero los dos argumentos generales de las CE expuestos en el párrafo 5.52. Después evaluaremos las pruebas presentadas por las partes sobre las asignaciones efectivas de licencias y consideraremos su importancia para los efectos de las alegaciones de los Estados Unidos. Luego estudiaremos la

⁴² Prueba documental 7 presentada por los Estados Unidos en su primera comunicación.

estructura del régimen y la medida en que éste se basa en el régimen anterior o en que está relacionado con el régimen anterior, que en el asunto *Bananos III* se constató que es incompatible con los artículos XVII y II.

i) *Argumentos generales aducidos por las Comunidades Europeas*

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

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

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

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

5.63 En lo que se refiere a la asignación de licencias a los grandes proveedores de servicios al por mayor de países terceros con arreglo al régimen revisado, observamos que las CE no han presentado más que una información limitada. Esa información no nos permite calcular de nuevo si las licencias asignadas a los proveedores de servicios de países terceros aumentaron entre 1994 y 1999 en un promedio del 35 por ciento en general, del 34 por ciento en el caso de Chiquita y del 44 por ciento en el caso de Dole.

5.64 En lo que concierne a las pruebas presentadas por las CE sobre el aumento de las licencias asignadas a proveedores no pertenecientes a países de las CE como resultado de sus inversiones en operadores ACP, observamos que las CE no presentaron pruebas sobre el alcance exacto de las participaciones de países terceros no ACP en el capital de la Compagnie Fruitière y de CBD/Durand. Por consiguiente, no está claro si esas inversiones son suficientemente grandes como para que los proveedores de servicios en cuestión pasen de ser originarios de países de las CE o de países ACP a ser originarios de otros Miembros de la OMC. A este respecto recordamos que, según el apartado n)

del artículo XXVIII del AGCS, un proveedor de servicios que sea persona jurídica es originario de un Miembro de la OMC si más del 50 por ciento de su capital social es propiedad de personas naturales o jurídicas de ese Miembro o si está controlado por esas personas en el sentido de que éstas tienen la facultad de designar a la mayoría de sus directores. Además, con respecto a las inversiones en maduradores y en transferencias de licencias, observamos que las pruebas presentadas por las CE no eran completas, lo que significa que no estamos en condiciones de determinar hasta qué punto esos factores han hecho que las asignaciones de licencias cambien en comparación con el régimen anterior.

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

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

5.67 En lo que atañe a los datos de la Odeadom presentados por los Estados Unidos y a las afirmaciones hechas por las CE sobre esas pruebas⁴³, estamos de acuerdo con las CE en lo que se refiere a los datos sobre las transferencias de licencias con respecto a Estados miembros distintos de Francia. Sin embargo, en lo que concierne a Francia consideramos que los datos de la Odeadom son fiables porque, según el apartado a) del párrafo 2 del artículo 5 del Reglamento (CE) N° 2362/98 de la Comisión, no se reconoce como "importador efectivo" a la persona a la que se haya transferido una licencia a menos que tal transferencia haya sido debidamente refrendada por las autoridades competentes de los Estados miembros, y la Odeadom es, según el anexo II del Reglamento 2362/98, la autoridad competente de Francia. Así pues, observamos que los datos que figuran en el gráfico presentado por los Estados Unidos sobre las asignaciones de licencias de la categoría B en Francia coinciden con los datos mencionados en la carta de la Odeadom presentada por las CE.⁴⁴

5.68 En cuanto a la información presentada por los Estados Unidos y procedente de la rama de actividad en cuestión sobre las importaciones de bananos latinoamericanos efectuadas por

⁴³ Las CE presentaron una carta en la que la Odeadom subraya que nunca ha publicado datos sobre las ventas de licencias, en particular con respecto a Estados miembros de las CE distintos de Francia.

⁴⁴ En la carta enviada por la Odeadom a la Comisión de las CE, Dirección General de Agricultura, se afirma que en Francia se expidieron licencias de la categoría B por las siguientes cantidades: 1994, 230.531 toneladas; 1995, 252.740 toneladas; y 1996, 294.410 toneladas.

En el gráfico de la Odeadom presentado por los Estados Unidos como prueba documental 6 se indica el volumen de las licencias de la categoría B que se expidieron (esencialmente sólo en España, Francia, el Reino Unido y, en mucha menor medida, Italia y Portugal). En lo que concierne a Francia, en el gráfico presentado por los Estados Unidos aparecen cifras prácticamente idénticas sobre el volumen de las licencias de la categoría B expedidas: 1994, 230.476 toneladas; 1995, 252.531 toneladas; y 1996, 295.359 toneladas. En el gráfico se indica además que se vendieron la mayoría de las licencias de la categoría B expedidas en España, aproximadamente la mitad de las expedidas en Francia y ninguna de las expedidas en el Reino Unido.

operadores CE/ACP, por una parte no estamos en condiciones de determinar hasta qué punto esa información es representativa y fiable como descripción adecuada de las modalidades de la participación de los operadores CE/ACP en las importaciones de países terceros no ACP con arreglo al régimen anterior. Por otra parte, observamos que la tendencia a una participación creciente de los operadores CE/ACP en el segmento del mercado correspondiente a los países terceros no ACP se orienta en la dirección a la que apunta el enfoque de subvenciones cruzadas adoptado en el régimen anterior.

5.69 En nuestra opinión, para los efectos de este asunto no es particularmente importante determinar exactamente hasta qué punto las licencias asignadas a proveedores estadounidenses (por ejemplo, Chiquita, Dole o sus filiales) o a proveedores de servicios al por mayor de otros países terceros aumentaron con el sistema revisado en comparación con el bajo nivel que tenían en el régimen anterior. El aumento indica solamente que el efecto de prolongación que tiene el régimen revisado es inferior al 100 por ciento. En cambio, lo que es importante para los efectos del AGCS es que la información presentada muestra que las empresas estadounidenses, al tratar de prestar servicios comerciales al por mayor en las CE con respecto a parte de sus actividades, han de comprar o arrendar licencias a quienes tienen acceso a ellas o han de concertar otras disposiciones contractuales con esas empresas. Dada la estructura del régimen anterior, esos titulares de licencias formarían parte del grupo de proveedores de servicios en favor de los cuales el anterior régimen de las CE alteró las condiciones de la competencia. Así pues, los proveedores de servicios de los Estados Unidos y de otros países terceros están en una situación de desventaja competitiva en la que no se encuentran igualmente los proveedores de servicios de los países de las CE o de los países ACP. Aunque no podemos determinar exactamente el alcance de esa prolongación de las consecuencias, parece que no es insignificante, particularmente en lo que se refiere a los proveedores de servicios estadounidenses. Por consiguiente, un aumento, incluso si está dentro del orden de magnitud de las estimaciones de las CE, no puede considerarse como prueba de que las condiciones de competencia de los proveedores de países terceros no ACP no son menos favorables que las condiciones de los proveedores CE/ACP con arreglo al régimen revisado.

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

iii) *Estructura del régimen revisado*

5.71 También examinamos la estructura del régimen revisado porque el Órgano de Apelación ha señalado anteriormente, en el asunto *Japón - Bebidas alcohólicas*⁴⁵, que la "aplicación con fines de protección [de una medida] puede, la mayoría de las veces, discernirse a partir del diseño, la arquitectura y la estructura reveladora de la medida". Aunque el asunto *Japón - Bebidas alcohólicas* se refería a reclamaciones formuladas en el marco del GATT, creemos que la descripción de la discriminación de hecho en el contexto del GATT hecha por el Órgano de Apelación puede también servir de orientación para analizar si existe una discriminación de hecho en el marco del AGCS.

⁴⁵ Informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adoptado el 1º de noviembre de 1996, página 34.

5.72 Al examinar la estructura del Reglamento 2362/98, partimos de la proposición de que, si las CE se hubieran limitado en su nuevo régimen de concesión de licencias a disponer que las licencias se expedirán a las empresas a las que se habían expedido en el período 1994-1996, cuando estaban en vigor los aspectos del anterior procedimiento de asignación de licencias que en la diferencia inicial examinada por el Grupo Especial y por el Órgano de Apelación se constató que eran incompatibles con las normas de la OMC, habríamos constatado que tal régimen revisado no eliminaba las incompatibilidades con el AGCS existentes en el antiguo régimen, aunque se aplicasen normas técnicamente diferentes para la asignación de las licencias. En efecto, continuarían existiendo las condiciones de competencia menos favorables de los proveedores de servicios de los Estados Unidos (o de otros Miembros de la OMC). Ahora bien, el régimen revisado no se basa en la expedición de licencias entre 1994 y 1996, sino en la utilización de las licencias y en el pago de derechos de aduana durante ese período. Según el artículo 4 del Reglamento 2362/98, las cantidades de referencia para 1999 correspondientes a los "operadores tradicionales" en el régimen revisado se calculan basándose en la cantidad media de bananos efectivamente importados durante el período 1994-1996.⁴⁶

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

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

5.74 Observamos que en ciertos Estados miembros de las CE algunos funcionarios que han expresado su preocupación por la elección del trienio 1994-1996 como período de referencia por la Comisión.⁴⁷ En un análisis jurídico de la propuesta de la Comisión efectuado en un Estado miembro de las CE también se expresaban dudas sobre ese enfoque.⁴⁸

5.75 En este contexto, observamos también que en el documento de trabajo de la Comisión "*Determination of Reference Quantities from 1995 Onwards*"⁴⁹ se reconoce que si las licencias se asignasen basándose en el "método de la utilización de las licencias" se mantendría "la misma estructura de asignación de licencias entre los diferentes tipos de operadores que se observa en la actualidad" y se fosilizaría la asignación de licencias en su forma actual. "Los comerciantes no podrían obtener un mayor contingente ampliando su negocio; la única forma de hacerlo sería comprar licencias a otro operador o absorber otra empresa."⁵⁰

⁴⁶ Párrafos 1 y 2 del artículo 4 del Reglamento 2362/98.

⁴⁷ Prueba documental 9 presentada por los Estados Unidos en su primera comunicación.

⁴⁸ "Utilizando los resultados obtenidos en la esfera de las importaciones en un período reciente, a saber, los años 1993 a 1998, se perpetuaría efectivamente el trato discriminatorio (de hecho) al premiar a quienes reciben licencias de la categoría B y licencias de madurador, denunciadas en la OMC, en contra de lo dispuesto en los artículos XVII y II del AGCS." En: *Amending the EC banana Regulation 404/93 and making it WTO compatible: A legal analysis of Commission Proposal COM(1998) 4 final (98/0013(CNS))*, párrafo 22; prueba documental 8 presentada por los Estados Unidos en su primera comunicación.

⁴⁹ Prueba documental 5 presentada por los Estados Unidos en su primera comunicación.

⁵⁰ Documento de trabajo de la Comisión "*Determination of Reference Quantities from 1995 Onwards*", de 6 de octubre de 1993. En el documento se señala asimismo que "Evidentemente, el método de la utilización de las licencias sólo puede emplearse para los años en que funcionaba la organización del mercado común. Así pues, si se decide adoptar este método, habría tres años (1995 a 1997) en los que habría que aplicar ambos

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

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

5.78 En conclusión, como resultado de nuestro examen de la estructura del régimen revisado, observamos que las asignaciones de licencias con arreglo al régimen revisado se basan en la utilización de las licencias (y en el pago de los derechos de aduana), lo que, según el mencionado documento de la Comisión, es probable que haga que las anteriores asignaciones de licencias queden congeladas o al menos continúen en parte. Observamos también que el período tomado como base (1994-1996) es un período en el que, según se constató en el asunto *Bananos III*, las normas relativas a la asignación de las licencias eran en ciertos aspectos incompatibles con las normas de la OMC. A primera vista, la elección del período de referencia 1994-1996, unida a los criterios de la utilización de las licencias y del pago efectivo de los aranceles, parece que hace que continúen, a menos en parte, las condiciones de competencia menos favorables en que se constató que operaban los proveedores extranjeros de servicios con arreglo al anterior régimen de licencias.

iv) *Evaluación global*

5.79 A la vista de todas estas consideraciones, estimamos que los Estados Unidos han demostrado que el sistema revisado de asignación de licencias hace que se prolongue, al menos en parte, el trato menos favorable, en el sentido de los artículos II y XVII, dispensado a los proveedores de servicios al por mayor de origen estadounidense. Los Estados Unidos han demostrado también que sus proveedores de servicios no tienen oportunidades de obtener licencias de importación en condiciones iguales a aquellas de que disfrutaban los proveedores de servicios de origen CE/ACP con arreglo al régimen revisado y mantenidas del régimen anterior.

5.80 En consecuencia, consideramos que el sistema revisado de asignación de licencias que refleja los resultados anteriores y la utilización de las licencias durante el período 1994-1996 presenta una estructura que es de hecho discriminatoria. Estimamos asimismo que, con arreglo al régimen revisado, los proveedores de servicios al por mayor de los Estados Unidos reciben un trato menos favorable que los proveedores CE/ACP de esos servicios, con infracción de los artículos II y XVII del AGCS.

métodos [es decir, el método de la utilización de las licencias y el método de las categorías de operadores/funciones] [...]" (se han añadido las cursivas).

f) Asignación de licencias por el sistema de la adición de las cantidades

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

5.82 Los Estados Unidos alegan que este sistema de la adición de las cantidades para el cálculo de las cantidades de referencia hace que se agrave la prolongación de la discriminación de hecho existente en el régimen anterior y erosiona aún más la asignación de licencias a los proveedores de servicios estadounidenses. Específicamente, los Estados Unidos afirman que las solicitudes de licencias presentadas por los proveedores de servicios estadounidenses se reducen considerablemente en los procedimientos trimestrales de asignación de licencias a causa de la sobrescripción y de la aplicación de coeficientes de reducción con respecto a las asignaciones por países para proveedores que tienen un interés sustancial y la asignación para "otros" proveedores que no tienen un interés sustancial de los que los proveedores de servicios estadounidenses obtienen tradicionalmente sus importaciones de bananos a las CE. A juicio de los Estados Unidos, estos resultados se deben a que con el régimen revisado las licencias se asignan por el sistema de la adición de las cantidades.

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

5.84 Tomamos nota de los resultados de los procedimientos trimestrales de dos rondas para la asignación de licencias en los trimestres primero y segundo de 1999. Como las solicitudes excedían de las cantidades disponibles con arreglo a las licencias durante la primera ronda de los procedimientos para la asignación de licencias durante el primer trimestre de 1999⁵¹, se aplicaron unos coeficientes de reducción de 0,5793, 0,6740 y 0,7080 a las solicitudes de licencias para efectuar importaciones de Colombia, Costa Rica y el Ecuador, respectivamente. Aunque las cantidades de 77.536.711 toneladas y de 41.473.846 toneladas autorizadas por licencias para las importaciones procedentes de Panamá y de "otros" países (es decir, los países terceros que no tienen un interés sustancial y los países proveedores no tradicionales ACP) se transfirieron a la segunda ronda, esas cantidades se agotaron en la segunda ronda, en la que se aplicaron unos coeficientes de reducción de 0,9701 y 0,7198 a las solicitudes de licencias para efectuar importaciones de Panamá y de "otros" países, respectivamente.⁵² En la primera ronda no se solicitaron unas cantidades de 148.128.046 toneladas autorizadas por licencias para las importaciones tradicionales ACP, y al parecer esas cantidades tampoco se agotaron en la segunda ronda. En la primera ronda del procedimiento de asignación de licencias para el segundo trimestre de 1999⁵³ se aplicaron unos

⁵¹ Reglamento (CE) N° 2806/98, de 23 de diciembre de 1998, D.O. L 349/32, de 24 de diciembre de 1998.

⁵² Reglamento (CE) N° 102/1999, de 15 de enero de 1999, D.O. L 11/16, de 16 de enero de 1999.

⁵³ Reglamento (CE) N° 608/1999, de 19 de marzo de 1999, D.O. L 75/18, de 20 de marzo de 1999.

coeficientes de reducción de 0,5403, 0,6743 y 0,5934 a las solicitudes de licencias para efectuar importaciones de Colombia, Costa Rica y el Ecuador, respectivamente. Sin embargo, hubo unas cantidades de 120.626.234 toneladas y de 7.934.461 toneladas autorizadas por licencias para efectuar importaciones de Panamá y de otros países terceros y fuentes no tradicionales ACP, respectivamente, que se transfirieron a la segunda ronda del procedimiento de asignación de licencias para el segundo trimestre de 1999.

5.85 Las partes convienen en que la solución basada en la adición de las cantidades no es discriminatoria *de jure*. Estamos de acuerdo en ello. Cabe suponer que la adición de, por una parte, las cantidades de referencia que se solicita que se imputen al contingente arancelario de 2.553.000 toneladas y, por otra, la cantidad de 857.700 toneladas reservada para las importaciones tradicionales ACP en un único régimen de condición de licencias hará que se intensifique la competencia entre los operadores que solicitan licencias en los procedimientos trimestrales de asignación. Como es más rentable comercializar bananos latinoamericanos que bananos ACP, es evidente que los operadores que tratan de maximizar sus beneficios tienen un incentivo para recurrir primero, en los procedimientos trimestrales de asignación de licencias, a las fuentes de abastecimiento latinoamericanas cuyo costo es bajo. Confirma este efecto obvio el hecho de que, en los dos primeros procedimientos trimestrales de asignación de licencias con arreglo al régimen revisado, las solicitudes excedieron de las licencias disponibles en el caso de la mayoría de las fuentes latinoamericanas (es decir, las asignaciones por países correspondientes al Ecuador, Colombia y Costa Rica, proveedores que tienen un interés sustancial) en la primera ronda, y las licencias de importación restantes para América Latina (es decir, Panamá y "otros" proveedores que no tienen un interés sustancial) se agotaron en la segunda ronda. Sin embargo, las solicitudes de licencias de importación dentro de la cantidad de 857.700 toneladas reservada para los proveedores tradicionales ACP se hicieron generalmente en la segunda ronda, y esa cantidad no se agotó.

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

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

como maduradores, pueden probar que pagaron los derechos de aduana y que utilizaron las licencias obtenidas sobre la base de unas normas de asignación incompatibles con el AGCS.

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

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

5.89 Los Estados Unidos alegan que i) el aumento del 3,5 por ciento en el régimen anterior al 8 por ciento en el régimen revisado de la proporción de licencias reservada a los "operadores recién llegados" (con lo que esas licencias amparan importaciones por un volumen de hasta 272.856 toneladas) y ii) los criterios para acreditar la competencia con objeto de adquirir la condición de "operador recién llegado" en el régimen revisado tienen como consecuencia a un trato *de facto* menos favorable para los proveedores estadounidenses de servicios al por mayor, por lo que son incompatibles con las obligaciones que impone a las CE el artículo XVII del AGCS. Según los EE.UU., en 1999 hubo 997 solicitantes del reconocimiento de la condición de "operador recién llegado", pero sólo 13 de esos solicitantes eran empresas que no eran de propiedad comunitaria.⁵⁴

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

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

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

⁵⁴ Prueba documental 17, primera comunicación de los EE.UU.

- a) haya ejercido una *actividad comercial como importador en el sector de las frutas y hortalizas frescas* pertenecientes a los capítulos 7 y 8, así como de los productos del capítulo 9 de la nomenclatura arancelaria y estadística y del arancel aduanero común en caso de que haya realizado también importaciones de los mencionados productos de los capítulos 7 y 8, *por cuenta propia y con carácter autónomo, durante uno de los tres años inmediatamente anteriores al año con cargo al que se solicite el registro, y*
- b) haya realizado a través de esa actividad, importaciones *por un valor declarado en aduana igual o superior a 400.000 ecus* durante el período indicado en la letra a)."

5.92 No entendemos cómo el aumento de la proporción de licencias al 8 por ciento de los contingentes arancelarios y de la cantidad tradicional ACP⁵⁵ podría generar por sí mismo condiciones de competencia menos favorables para las empresas proveedoras de servicios originarias de países terceros.

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

5.94 Así, aunque *de jure* no se impide a ningún posible proveedor de servicios originarios de países terceros la adquisición de la condición de "operador recién llegado", los criterios para acreditar la competencia exigida para que un importador pueda adquirir la condición de "operador recién llegado" establecen, globalmente, condiciones para los proveedores de servicios originarios de los Estados Unidos o de otros Miembros condiciones de competencia menos favorables que para los proveedores similares de servicios de origen comunitario. A este respecto, recordamos la declaración del Órgano de Apelación en *Japón - Bebidas alcohólicas*⁵⁶ según la cual "la 'aplicación con fines de protección' de una medida puede, la mayoría de las veces, discernirse a partir del diseño, la arquitectura y la estructura reveladora de la medida".

⁵⁵ Párrafo 1 b) del artículo 2 del Reglamento 2362/98.

⁵⁶ Informe del Órgano de Apelación sobre *Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adoptado el 1º de noviembre de 1996, página 34.

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

3. Resumen

5.96 En lo que respecta al artículo XIII del GATT, consideramos que el límite de 857.700 toneladas impuesto a las importaciones tradicionales ACP es un contingente arancelario, por lo que le es aplicable el artículo XIII. Además, la reserva de la cantidad de 857.700 toneladas para importaciones tradicionales ACP con arreglo al régimen revisado es incompatible con los párrafos 1 y 2 del artículo XIII del GATT.

5.97 En lo que respecta al AGCS, consideramos i) que en el régimen revisado se concede *de facto* a los proveedores estadounidenses de servicios al por mayor un trato menos favorable en cuanto a la asignación de licencias que el otorgado a los proveedores CE/ACP de esos servicios, con infracción de lo dispuesto en los artículos II y XVII del AGCS y ii) que los criterios para la adquisición de la condición de "operador recién llegado" del procedimiento revisado para el trámite de licencias conceden *de facto* a los proveedores de servicios estadounidenses condiciones de competencia menos favorables que las que otorgan a los proveedores similares comunitarios de servicios, con infracción de lo dispuesto en el artículo XVII del AGCS.

5.98 En consecuencia, consideramos que en el régimen revisado de las CE sigue existiendo anulación o menoscabo de ventajas resultantes para los EE.UU.

VI. PARÁMETROS PARA EL CÁLCULO DEL NIVEL DE ANULACIÓN O MENOSCABO

6.1 En su comunicación inicial, los EE.UU. recuerdan que el artículo XXIII del GATT de 1994 prevé un nivel de la suspensión que sea justificado "habida cuenta de las circunstancias" y aducen que la evaluación de la equivalencia debe ser razonable y que en ella debe tenerse en cuenta que la suspensión constituye un incentivo para el pronto cumplimiento, que no se requiere la precisión en el cálculo de los perjuicios comerciales y que hay que tomar en consideración los perjuicios comerciales directos e indirectos.

6.2 En la presente sección analizamos en términos generales los parámetros y criterios que, en nuestra opinión, deben aplicarse al comparar el nivel de la suspensión de concesiones que debe autorizar el OSD con el nivel de la anulación o menoscabo resultante de medidas incompatibles con la OMC.

A. CONSIDERACIONES GENERALES

6.3 A este respecto, recordamos en primer lugar el objetivo general de la compensación y de la suspensión de concesiones u otras obligaciones, establecido en el párrafo 1 del artículo 22:

"La compensación y la suspensión de concesiones u otras obligaciones son medidas temporales a las que se puede recurrir en caso de que no se apliquen en un plazo prudencial las recomendaciones y resoluciones adoptadas. Sin embargo, ni la compensación ni la suspensión de concesiones u otras obligaciones son preferibles a la aplicación plena de una recomendación de poner una medida en conformidad con los acuerdos abarcados. La compensación es voluntaria y, en caso de que se otorgue, será compatible con los acuerdos abarcados."

Así pues, la autorización de suspender concesiones u otras obligaciones es una medida temporal en espera de la aplicación plena de las recomendaciones y resoluciones por el Miembro de que se trate. Coincidimos con los Estados Unidos en que ese carácter *temporal* indica que las contramedidas tienen por finalidad *inducir al cumplimiento*, pero ello no significa que el OSD deba conceder una autorización para suspender concesiones en un nivel que exceda del *equivalente* al nivel de la anulación o menoscabo. A nuestro parecer, no hay en el párrafo 1 del artículo 22 del ESD, ni menos aún en los párrafos 4 y 7 de ese mismo artículo, ninguna disposición que pueda entenderse que justifique contramedidas de carácter *punitivo*.

6.4 Somos conscientes de que el *Grupo de Trabajo sobre la suspensión por los Países Bajos del cumplimiento de obligaciones respecto de los EE.UU.* al amparo del artículo XXIII.2⁵⁷ examinó si la medida propuesta era "*adecuada*" y que para ello hubo de *tener en cuenta* exclusivamente la *equivalencia* del menoscabo sufrido:

"2. Las PARTES CONTRATANTES encargaron al Grupo de Trabajo que investigara la adecuación de la medida contemplada por el Gobierno de los Países Bajos, teniendo en cuenta su *equivalencia al menoscabo* sufrido por los Países Bajos como resultado de las restricciones impuestas por los EE.UU.

3. El Grupo de Trabajo estimó que la adecuación de la medida contemplada por el Gobierno de los Países Bajos debía examinarse desde dos puntos de vista: había que considerar, en primer lugar, si la medida propuesta era de carácter *apropiado*, y,

⁵⁷ Informe del Grupo de Trabajo, adoptado el 8 de noviembre de 1992 (BISD 1S/62).

en segundo lugar, si la restricción cuantitativa propuesta por el Gobierno de los Países Bajos era *razonable*, tomando en consideración el menoscabo sufrido" (las cursivas son nuestras).

A nuestro parecer, dada la referencia expresa de los párrafos 4 y 7 del artículo 22 del ESD a la necesidad de garantizar la *equivalencia* entre el nivel de la suspensión propuesta y el nivel de la anulación o menoscabo sufridos, el criterio de *adecuación* aplicado por el Grupo de Trabajo de 1952 ha perdido su importancia como parte de referencia para la autorización de la suspensión de concesiones de conformidad con el ESD.

6.5 No obstante, observamos que el sentido corriente de "*adecuado*", que denota algo "especialmente apropiado, adaptado, apto para o correspondiente a"⁵⁸, sugiere un determinado grado de conexión entre el nivel de la suspensión propuesta y el nivel de la anulación o el menoscabo, siendo así que, como hemos expuesto *supra*, el sentido corriente de "*equivalente*" conlleva un grado mayor de correspondencia, mayor identidad o un equilibrio más estricto entre el nivel de la suspensión propuesta y el nivel de la anulación o menoscabo. En consecuencia, concluimos que el criterio de *equivalencia* refleja una norma más estricta de examen para los Árbitros que actúen de conformidad con el párrafo 7 del artículo 22 del ESD de la OMC que la que correspondería a un examen basado en el criterio de la *adecuación* aplicado de conformidad con el GATT de 1947.

B. LA CUESTIÓN DE LAS VENTAJAS "INDIRECTAS"

6.6 Analizamos a continuación el concepto de *ventajas directas o indirectas* resultantes de acuerdos abarcados por la OMC, cuya anulación o menoscabo pueden generar el derecho a obtener una compensación o a que se autorice la suspensión de concesiones o de otras obligaciones. Este aspecto es especialmente pertinente en este caso, ya que los Estados Unidos aducen, entre otras cosas, que al fijar el nivel de la suspensión hay que tener en cuenta las exportaciones estadounidenses a América Latina de productos (por ejemplo abonos) utilizados en la producción de bananos que se exportarían a las Comunidades Europeas con un régimen compatible con la OMC.

6.7 El texto del párrafo 1 del artículo XXIII del GATT de 1994, en su parte pertinente, es el siguiente:

"En caso de que un [Miembro] considere que una ventaja resultante para [él] directa o indirectamente del presente Acuerdo se halle anulada o menoscabada [...]"

En tanto que no hay una disposición del mismo tenor en el párrafo 1 del artículo XXIII del AGCS, el párrafo 3 del artículo 3 del ESD establece lo siguiente:

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

6.8 Observamos que, entre otras cosas, los Estados Unidos deducen del texto del párrafo 1 del artículo XXIII del GATT y del párrafo 3 del artículo 3 del ESD, que cualesquiera ventajas que consideren resultantes para los EE.UU. del GATT o del AGCS pueden ser tenidas en cuenta al calcular el nivel de anulación o menoscabo a los efectos de los párrafos 6 y 7 del artículo 22 del ESD.

⁵⁸ The New Shorter Oxford English Dictionary on Historic Principles (1993), página 103.

Las Comunidades Europeas sostienen que, especialmente en el caso del comercio de mercancías, la anulación o menoscabo sufridos por los Estados Unidos sólo pueden ser *nulos* o insignificantes, puesto que no hay ningún comercio *real* de bananos entre los Estados Unidos y la Comunidades Europeas y las perspectivas de comercio *potencial* son escasas. Los Estados Unidos justifican su razonamiento, al menos en parte, basándose en nuestras constataciones en la diferencia inicial acerca de la cuestión de si ese país tenía un "interés reconocido jurídicamente" en presentar contra el régimen anterior de las CE una reclamación basada en las obligaciones de las CE en virtud del GATT. En consecuencia, recordaremos en primer lugar nuestras constataciones en relación con esta cuestión, para analizar a continuación qué consecuencias cabe sacar de ellas en relación con el concepto de *ventajas directas o indirectas* resultantes del GATT y del AGCS.

6.9 En el procedimiento inicial del grupo especial declaramos que "de conformidad con el ESD, los Estados Unidos tenían derecho a presentar las alegaciones que habían planteado en el presente asunto".⁵⁹ Recordamos el argumento expuesto por las CE en la diferencia inicial, según el cual si se permitiera a un Miembro que no había sufrido en relación con los bananos anulación o menoscabo de ventajas resultantes de Acuerdos de la OMC formular una alegación al amparo del GATT, ese Miembro no dispondría de ninguna reparación eficaz con arreglo al artículo 22 del ESD.⁶⁰ Tomamos nota asimismo del argumento de los reclamantes⁶¹ en la diferencia inicial de que en el párrafo 8 del artículo 3 del ESD se daba por supuesto que se había constatado un incumplimiento antes de examinar la cuestión de la anulación o menoscabo, lo que sugería que, incluso si no correspondiera ninguna compensación, se podría formular una constatación de incumplimiento. Estamos de acuerdo con ese argumento. El párrafo 1 del artículo XXIII del GATT de 1994 y el párrafo 3 del artículo 3 del ESD no establecen un requisito de procedimiento, sino que se refieren a la iniciación de un procedimiento de solución de diferencias en el marco de la OMC cuando un Miembro considere qué ventajas resultantes directa o indirectamente para él se hallan anuladas o menoscabadas. Esa decisión inicial acerca de la conveniencia o no de presentar una reclamación es necesariamente fruto de un análisis subjetivo y estratégico realizado desde la perspectiva del Miembro de que se trate. En cambio, la decisión sobre si la alegación por un Miembro de la existencia de anulación o menoscabo está justificada a la luz de las normas legales de la OMC es una decisión diferente, adoptada por un grupo especial o por el Órgano de Apelación, sobre la base objetiva de los acuerdos abarcados por el Acuerdo sobre la OMC.

6.10 No cabe considerar que la *presunción* de anulación o menoscabo en caso de infracción de una disposición del GATT que establece el párrafo 8 del artículo 3 del ESD constituya en sí misma también una *prueba* de un determinado nivel de la anulación o menoscabo supuestamente sufridos por un Miembro que pida autorización para suspender concesiones al amparo del artículo 22 del ESD en una etapa muy posterior del sistema de solución de diferencias de la OMC. El examen por los Árbitros del nivel de anulación o menoscabo, sobre la base objetiva prevista en el artículo 22 del ESD, es un procedimiento distinto, independiente de la constatación de la existencia de una infracción de las normas de la OMC formulada por un grupo especial o por el Órgano de Apelación. Por consiguiente, el derecho de un Miembro a iniciar un procedimiento de solución de diferencias en el marco de la OMC puede fundarse tanto en los intereses potenciales de ese Miembro en el comercio de bienes o servicios como en su interés por obtener una declaración de derechos y obligaciones en virtud de los Acuerdos de la OMC. En cambio, el interés jurídico de un Miembro en el cumplimiento de las normas por otros no conlleva automáticamente, a nuestro parecer, el derecho de ese Miembro a obtener una autorización para suspender concesiones al amparo del artículo 22 del ESD.

⁵⁹ Informes del Grupo Especial sobre *Bananos III*, párrafo 7.52.

⁶⁰ Informes del Grupo Especial sobre *Bananos III*, párrafo 7.47.

⁶¹ Informes del Grupo Especial sobre *Bananos III*, párrafo 7.48.

6.11 En la práctica de los procedimientos de solución de diferencias del GATT durante los últimos decenios el principio de que la inexistencia de corrientes comerciales *reales* no es determinante a los efectos de constatar que no ha habido infracción de una disposición se ha convertido en una premisa del sistema jurídico del GATT, porque no cabe excluir la posibilidad de que la inexistencia de intercambios comerciales sea fruto de una medida ilícita. Como se exponía en los informes iniciales del Grupo Especial⁶², en la práctica anterior de los procedimientos de solución de diferencias se ha interpretado que las disposiciones relativas a la no discriminación protegían las "oportunidades de competencia"⁶³ o la "igualdad efectiva de oportunidades"⁶⁴ para los productos extranjeros, que podían verse menoscabadas por "leyes y reglamentos [...] que puedan alterar [...] las condiciones de la competencia entre el producto de origen nacional y el producto de importación".⁶⁵ En todos esos informes de anteriores grupos especiales se examinó la supuesta anulación o menoscabo de oportunidades potenciales de comercio resultantes de la cláusula del trato nacional. El asunto *EE.UU. - Superfund*⁶⁶, que dio origen a la redacción del párrafo 8 del artículo 3 del ESD, en el que se establece la presunción de anulación o menoscabo en caso de infracción del GATT, se refería también a la supuesta infracción del artículo III del GATT. En consecuencia, la protección de las oportunidades *potenciales* de comercio se basa en el comercio *potencial* entre la parte reclamante y la parte demandada. De forma análoga, en el caso de una supuesta infracción de la cláusula del trato NMF la diferencia se referiría también al comercio entre la parte reclamante o un tercer país, de un lado, y la parte reclamante, de otro.

6.12 Consideramos que la pauta para calcular la anulación o menoscabo de corrientes comerciales de los EE.UU. debe basarse en las pérdidas de exportaciones estadounidenses de mercancías a las Comunidades Europeas y en las pérdidas de suministro de servicios a las Comunidades Europeas o dentro de las Comunidades Europeas sufridas por los proveedores estadounidenses de servicios. En cambio, consideramos que las pérdidas de exportaciones estadounidenses de bienes o servicios *en el comercio entre los EE.UU. y terceros países* no suponen una anulación o menoscabo, ni siquiera de ventajas *indirectas* resultantes para los Estados Unidos del GATT o del AGCS, por razón de los cuales las Comunidades Europeas puedan verse enfrentadas a la suspensión de concesiones. En la medida en que la evaluación por los EE.UU. de la anulación o menoscabo comprende pérdidas de *exportaciones estadounidenses* de productos a los que se califica de *contenido estadounidense incorporado a los bananos de América Latina* (concretamente abonos, plaguicidas y maquinaria estadounidenses enviados a América Latina y capitales o servicios de gestión estadounidenses utilizados en el cultivo de bananos) no tenemos en cuenta esas pérdidas de exportaciones estadounidenses para calcular la anulación o menoscabo en el presente procedimiento de arbitraje entre las Comunidades Europeas y los Estados Unidos.

6.13 En lo que respecta a los productos utilizados como insumos, nuestra conclusión también es coherente con las normas de origen para los productos. El Acuerdo de la OMC sobre Normas de

⁶² Informes del Grupo Especial sobre *Bananos III*, párrafo 7.50.

⁶³ Informe del Grupo de Trabajo sobre los *impuestos internos brasileños*, adoptado el 30 de junio de 1949, BISD II/181, 185, párrafo 16.

⁶⁴ Informe del Grupo Especial sobre *Estados Unidos - artículo 337 de la Ley arancelaria de 1930*, adoptado el 7 de noviembre de 1989, IBDD 36S/402, página 451, párrafo 5.11.

⁶⁵ Informe del Grupo Especial sobre *Medidas discriminatorias italianas para la importación de maquinaria agrícola*, adoptado el 23 de octubre de 1958, IBDD 7S/64, página 68, párrafo 12.

⁶⁶ Informe del Grupo Especial sobre *Estados Unidos - Impuestos sobre el petróleo y sobre determinadas sustancias importadas*, adoptado el 17 de junio de 1987, IBDD 34S/157, páginas 182-183, párrafo 5.1.9.

Origen, aunque establece algunas disciplinas, permite a los Miembros de la OMC establecer reglas para la determinación del país de origen de los productos durante un período transitorio, hasta que se complete el programa de trabajo para la armonización de las normas de origen no preferenciales. Los Miembros de la OMC suelen determinar el origen de los productos agropecuarios en función del lugar de producción. En principio, cada banano es originario del país en que haya sido cultivado. A los efectos de las normas de la OMC no es pertinente el hecho de que los bienes o servicios (abonos, maquinaria, plaguicidas, capitales y servicios de gestión) utilizados como insumos intermedios en el cultivo de bananos y su suministro hasta la fase f.o.b. sean de origen estadounidense, aún en el supuesto de que el contenido estadounidense represente una proporción importante del valor del producto final. Con arreglo a las normas estadounidenses de origen los bananos cultivados en Puerto Rico o Hawaii son también productos estadounidenses, con independencia del porcentaje de insumos importados incorporado a ellos o utilizado en su cultivo. Nuestra conclusión responde también al hecho de que las prescripciones de los artículos I y XIII del GATT están vinculadas al origen de las mercancías.

6.14 Sería erróneo suponer que no existe otra acción en el marco del sistema de solución de diferencias de la OMC para reclamar una compensación o pedir una autorización para suspender concesiones equivalentes al nivel de la anulación o el menoscabo causados con respecto a los bananos originarios de América Latina, con inclusión de los insumos incorporados a ellos, cualquiera que sea su origen. Con arreglo al ESD tienen derecho a tratar de obtener reparación por ese nivel de anulación o menoscabo los Miembros de la OMC de los que son originarios esos bananos, y no los Estados Unidos. De hecho, varios de esos Miembros de la OMC han ejercitado recientemente o están actualmente ejercitando los derechos que les asisten en virtud del ESD. Además, nuestra preocupación por la protección de los derechos de los demás Miembros de la OMC está en consonancia con los principios de derecho internacional público de igualdad soberana de los Estados y de no intromisión en el derecho de otros Estados. En consecuencia, el ESD no reconoce, ni es necesario que reconozca, a un Miembro de la OMC el derecho a reclamar una compensación o a solicitar una autorización para suspender concesiones por razón de la anulación o menoscabo sufridos por otros Miembros de la OMC en relación con mercancías originarias de esos Miembros o procedentes de empresas proveedores de servicios que sean de su propiedad o estén bajo su control.

6.15 Además, si en el marco del ESD se admitiera la presentación por varios Miembros de la OMC de reclamaciones *coincidentes* relativas a la anulación o el menoscabo sufridos a raíz de las mismas pérdidas de intercambios comerciales de mercancías (y de insumos en forma de bienes y servicios utilizados en su producción o incorporados a ellas) o por las mismas pérdidas de comercio de servicios, se plantearía el problema del "*doble cómputo*" de la anulación o el menoscabo. Debido al diferente origen de los bienes o servicios utilizados como *insumos* en la producción de bananos, de un lado, y de los bananos como *productos finales*, de otro, cabría la posibilidad de que se presentaran peticiones *acumulativas* de compensación o suspensión de concesiones por razón del *mismo* nivel de anulación o menoscabo causado por un Miembro.

6.16 Si permitiéramos ese "*doble cómputo*" de la misma anulación o menoscabo en procedimientos de arbitraje de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del ESD en los que fueran partes diferentes Miembros de la OMC, podrían producirse incompatibilidades con el criterio de "*equivalencia*" recogido en los párrafos 4 y 7 del artículo 22 del ESD. Dado que no es posible que el *mismo* nivel de anulación o menoscabo impuesto a *un* Miembro se imponga simultáneamente a *otro*, las autorizaciones de suspensión de concesiones concedidas por el OSD a diferentes Miembros de la OMC podrían superar el nivel total de anulación o menoscabo causado por el Miembro que no hubiera puesto una medida incompatible con la OMC en conformidad con las normas jurídicas de esta Organización. Además, la compensación *acumulativa* a varios Miembros de la OMC o la suspensión *acumulativa* de concesiones por varios Miembros de la OMC por el *mismo* nivel de anulación o

menoscabo serían contrarios al principio general del derecho internacional de proporcionalidad de las contramedidas.⁶⁷

6.17 Dado que en la diferencia inicial *Bananos III* participaron desde su iniciación cinco Miembros de la OMC, el problema del "doble cómputo" de la anulación o menoscabo no es meramente teórico. A pesar de la ambigüedad del texto del párrafo 6 del artículo 22 del ESD, como Árbitros en este procedimiento, que afecta sólo a los Estados Unidos, no excluimos la posibilidad de que, posteriormente, otros reclamantes iniciales pidan al OSD autorización para suspender concesiones con respecto a las Comunidades Europeas (suponiendo que el régimen revisado resulte incompatible con la OMC). Por ello, aparte de la necesidad de preservar los derechos de los demás Miembros de la OMC de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del ESD, consideramos que el cálculo del nivel de la anulación o menoscabo sufridos por otros reclamantes iniciales en la diferencia *Bananos III* excede del ámbito de nuestro mandato en el presente procedimiento de arbitraje en el que son partes únicamente las Comunidades Europeas y los Estados Unidos

6.18 Consideramos que del cálculo de la anulación o menoscabo en que se funda el derecho de los Estados Unidos a reclamar en el presente procedimiento de arbitraje no sólo debemos excluir los insumos en forma de bienes o servicios utilizados en el cultivo de bananos, sino también los servicios que añaden valor a los bananos en el período comprendido entre la fase de recolección y la fase f.o.b. Somos conscientes de que la utilización tanto de esta línea divisoria como de las normas de origen es en cierta medida arbitraria. Debido a la globalización de la economía mundial, los productos "incorporan" en un grado cada vez mayor muchos bienes y servicios de distintas procedencias como insumos intermedios. Aunque tal vez sea necesario perfeccionar en el futuro las normas en esta esfera, consideramos que la línea divisoria que hemos trazado resulta apropiada en este caso concreto, que afecta a la suspensión de concesiones. Con nuestra decisión no pretendemos limitar el alcance de las obligaciones en el marco de la OMC en este o en otros casos.

6.19 En respuesta a la sección B precedente, que figuraba en nuestra decisión inicial, los Estados Unidos afirman que debe darse un trato distinto a la exportación de materiales de embalaje, porque esos materiales no son un insumo para la producción de bananos *per se*. No obstante, a nuestro parecer, en la medida en que el embalaje forma parte del valor de los bananos exportados en la fase f.o.b., no cabe duda de que es aplicable también a ese respecto el razonamiento expuesto.

C. CUESTIONES RELATIVAS AL CÁLCULO EN EL SECTOR DE LOS SERVICIOS⁶⁸

6.20 Las Comunidades Europeas plantean una cuestión preliminar con respecto a las transacciones de servicios que pueden incluirse en el cálculo de la anulación o menoscabo, a la luz del alcance de los compromisos específicos consolidados consignados en la Lista de las CE anexa al AGCS. Sostienen que la revisión del sistema de la Clasificación Central de Productos de las Naciones Unidas afecta a la interpretación del alcance de los compromisos en materia de acceso a los mercados y trato nacional en los "servicios comerciales al por mayor" consignados por las Comunidades Europeas en su Lista anexa al AGCS. Las Comunidades Europeas aducen que la CPC provisional ha sido sustituida posteriormente por la Clasificación Central de Productos (CPC) - versión 1.0 ("CPC

⁶⁷ Proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados, comentado, adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en primera lectura, enero de 1997, artículo 49, relativo a la proporcionalidad: "Las contramedidas adoptadas por el Estado lesionado no deberán ser desproporcionadas en relación con el grado de gravedad del hecho internacionalmente ilícito o los efectos de éste sobre el Estado lesionado." Véase también: I. Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, Oxford (1983) página 219; H. Kelsen, *Principles of International Law*, New York (1966), página 21.

⁶⁸ La presente es una versión modificada de la decisión inicial, en la que se llega a los mismos resultados.

revisada"), y que la CPC revisada trata de establecer un sistema de categorías de servicios exhaustivas y que se excluyen recíprocamente. En consecuencia, las CE consideran que es necesario evaluar los servicios relacionados con transacciones comerciales al por mayor comprendidas también en otra categoría de la CPC en función de esta nueva realidad, o lo que es lo mismo, que no debe entenderse que los compromisos de las CE sobre "servicios comerciales al por mayor"⁶⁹ abarcan esos servicios. Las Comunidades Europeas añaden que los compromisos específicos consolidados en su Lista anexa al AGCS siguen siendo válidos.

6.21 Los Estados Unidos sostienen que la modificación posterior por las Naciones Unidas de la Clasificación Central de Productos no puede afectar al alcance de los compromisos específicos de las CE en el marco del AGCS, consolidados en la Lista de las CE anexa al AGCS, y que, por consiguiente, a los efectos de la interpretación del alcance de los compromisos de las CE en la esfera de los "servicios comerciales al por mayor" hay que seguir atendiendo a la CPC provisional.

6.22 Tomamos nota de que los compromisos específicos consolidados por las Comunidades Europeas en su Lista anexa al AGCS con respecto a los sectores⁷⁰ o subsectores en litigio en la diferencia inicial estaban clasificados conforme a la Lista de Clasificación Sectorial de los Servicios, que se remite al sistema más detallado de la CPC provisional. Recordamos también que en *Bananos III* no había acuerdo entre las partes acerca de si el mandato del Grupo Especial se contraía al subsector de "servicios comerciales al por mayor" o abarcaba el sector, más amplio, de los "servicios de distribución" descritos en una nota explicativa a la sección 6 de la CPC provisional. La definición pertinente de la CPC provisional de "*servicios comerciales al por mayor*" es la siguiente:

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

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

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

⁶⁹ Las Comunidades Europeas hacen notar que, según las "Tablas de correspondencia entre la versión 1.0 de la CPC y la CPC provisional, la subclase 62221 "Servicios comerciales al por mayor de frutas y verduras" corresponde a la revisión 1.0 de la CPC a la subclase 61121 "Servicios comerciales al por mayor, excepto a comisión o por contrata, de frutas y verduras".

⁷⁰ Con arreglo al apartado e) del artículo XXVIII del AGCS, "'sector' de un servicio significa:

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

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

6.24 No estamos demasiado seguros de la forma en que, a juicio de las CE, la nueva clasificación de los sectores de servicios conforme a la CPC revisada afecta a la clasificación de los sectores de servicios que las Comunidades Europeas tomaron como base para consolidar sus compromisos específicos en relación con el acceso a los mercados y el trato nacional en su Lista anexa al AGCS. En consecuencia, no está claro en qué forma podría afectar el principio de la clasificación en categorías recíprocamente excluyentes de los sectores de servicios al alcance de los compromisos de las CE en relación con los "servicios comerciales al por mayor" en el caso de las transacciones de servicios que no estén comprendidas en otra categoría de la CPC revisada. En todo caso, no entendemos cómo la revisión de la CPC podría modificar retroactivamente los compromisos específicos consignados y consolidados en la Lista de las CE anexa al AGCS sobre la base de la CPC provisional. De hecho, en la audiencia, las Comunidades Europeas manifestaron que esa modificación en los compromisos específicos de las CE consolidados en su Lista anexa al AGCS sólo podría efectuarse en forma compatible con los requisitos establecidos en el artículo XXI del AGCS relativo a la "Modificación de las Listas".

6.25 En nuestra opinión, lo importante a los efectos del cálculo de la anulación o menoscabo en el marco del AGCS, teniendo en cuenta los compromisos de las CE en relación con los "servicios comerciales al por mayor", es que, según las descripciones de la CPC de las Naciones Unidas citadas *supra*, los servicios *principales* prestados por los *vendedores al por mayor* consisten en la reventa de mercancía, acompañada de una variedad de servicios relacionados y *subordinados*, del tipo de: mantenimiento de inventarios de mercancías; montaje (físico), clasificación y agrupación de mercancías en grandes partidas; redistribución de mercancías a granel en pequeñas partidas; servicios de entrega; servicios de refrigeración; y servicios de promoción comercial. Consideramos que la categoría de referencia para la posible alegación por los Estados Unidos de anulación o menoscabo por la pérdida de intercambios comerciales reales o potenciales con las Comunidades Europeas debe ser este amplio conjunto de servicios *principales* y *subordinados*.

6.26 Deseamos subrayar también que, de conformidad con el apartado b) del artículo XXVIII del AGCS, el "suministro de un servicio" (por ejemplo, de venta al por mayor) abarca "la producción, distribución, comercialización, venta y prestación del servicio". Recordamos también que, de conformidad con los apartados d), f), g), l), m) y n) del artículo XXVIII del AGCS, la definición del origen de una empresa proveedora de servicios se basa en la propiedad y el control. En consecuencia, para calcular la anulación o menoscabo con referencia a suministros reales o potenciales de servicios perdidos, el hecho de que los servicios perdidos correspondan al comercio de bananos entre los Estados Unidos o países terceros y las Comunidades Europeas, o a bananos vendidos al por mayor dentro de las Comunidades Europeas, carece de importancia, siempre que las empresas proveedoras de servicios perjudicadas estén comercialmente presentes en las Comunidades Europeas y sean de propiedad o estén bajo el control de los Estados Unidos. Estas consideraciones están vinculadas a nuestra conclusión anterior de que quienes tienen derecho a alegar anulación o menoscabo por razón de pérdidas reales o potenciales de transacciones de suministro de servicios que añaden valor a los bananos hasta la fase f.o.b. son los Miembros de la OMC de los que son originarios los bananos, y de que, de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del ESD los Estados Unidos no pueden formular alegaciones en ese sentido.

D. EFECTOS PARA EMPRESAS ESPECÍFICAS Y EFECTO GLOBAL SOBRE LOS ESTADOS UNIDOS

6.27 Señalamos que la petición inicial de los EE.UU. de autorización para suspender concesiones u otras obligaciones se refería exclusivamente a las pérdidas sufridas por una empresa estadounidense. Consideramos necesario para calcular el nivel de anulación y menoscabo sufrido por los Estados Unidos, calcular los efectos netos agregados sobre todos los proveedores estadounidenses de servicios de venta al por mayor de bananos vendidos al por mayor en las Comunidades Europeas.

VII. CÁLCULO DE LOS NIVELES

7.1 Es necesario utilizar la misma base para estimar el nivel de anulación o menoscabo y para medir el nivel de la suspensión de concesiones. Dado que este último es el valor bruto de las importaciones estadounidenses procedentes de las Comunidades Europeas, la base comparable para estimar la anulación y menoscabo es, en nuestra opinión, el impacto sobre el valor de las importaciones comunitarias pertinentes procedentes de los Estados Unidos (y no los costos y beneficios de las empresas estadounidenses, utilizados en la comunicación de los EE.UU.) Más concretamente, comparamos el valor de las importaciones comunitarias pertinentes procedentes de los Estados Unidos en el régimen actual para la importación de bananos (situación real) con el valor que habrían tenido en un régimen compatible con la OMC (situación "hipotética").

7.2 En su comunicación inicial, los Estados Unidos basaban el nivel de la suspensión de concesiones propuesto en una hipótesis "de base" cuya premisa era que las Comunidades Europeas mantuvieran un contingente de 857.700 toneladas para las importaciones de plátanos tradicionales ACP y ampliaran a 3,7 millones de toneladas el contingente para las importaciones de plátanos de países terceros y no tradicionales ACP, condición necesaria, según los Estados Unidos, para que el contingente de 857.700 toneladas fuera compatible con la OMC. Los Estados Unidos presentaban además otras cuatro hipótesis, entre ellas una basada en un aumento nulo del contingente arancelario global.

7.3 En su respuesta, las Comunidades Europeas criticaron algunos de los supuestos concretos utilizados en la hipótesis de base de los EE.UU. Adujeron también que había muchos regímenes hipotéticos posibles compatibles con la OMC, cuyos efectos sobre los proveedores estadounidenses serían diversos. A este respecto, se citaban como ejemplos un régimen basado únicamente en aranceles y el régimen vigente de contingencia arancelaria, con un sistema de concesión de licencias por orden de presentación de las solicitudes.

7.4 En nuestra decisión inicial, solicitamos a los Estados Unidos que nos facilitaran nuevos cálculos con respecto a los cuatro regímenes "hipotéticos" distintos del régimen revisado de las CE siguientes:

- 1) un régimen basado únicamente en aranceles, sin contingentes arancelarios, pero que incluyera una preferencia arancelaria ACP (con un cálculo de sus efectos para una gama de tipos arancelarios comprendidos entre 75 euros por tonelada y el tipo consolidado aplicado a las importaciones no comprendidas en el contingente);
- 2) un sistema de contingentación arancelaria con un régimen de concesión de licencias basado en el orden de presentación de las solicitudes;
- 3) la distribución completa del contingente en un sistema de contingentación arancelaria (en el que los contingentes para las importaciones tradicionales ACP se redujeran al nivel de los resultados comerciales anteriores efectivos), con asignaciones por países a todos los abastecedores sustanciales y no sustanciales ACP y no ACP; y
- 4) la hipótesis de base de los Estados Unidos, que, como ya se ha indicado, tenía como premisa el mantenimiento de un volumen de 857.700 toneladas para las importaciones ACP y la ampliación del contingente arancelario NMF a 3,7 millones de toneladas.

7.5 En su respuesta, los Estados Unidos procedieron de la forma que se les había solicitado y presentaron la siguiente gama de niveles (con exclusión del embalaje):

- | | | |
|----|--|-------------------------------------|
| 1) | régimen basado únicamente en aranceles, con un arancel de 75 euros por tonelada: | 326,9 millones de dólares EE.UU.; |
| 2) | sistema de concesión de licencias por orden de presentación de las solicitudes: | 619,8 millones de dólares EE.UU.; |
| 3) | distribución completa del contingente arancelario: | 558,6 millones de dólares EE.UU.; y |
| 4) | hipótesis de base de los Estados Unidos: | 362,4 millones de dólares EE.UU. |

7.6 En sus observaciones generales sobre las cuatro hipótesis, las Comunidades Europeas señalan que en un régimen basado únicamente en aranceles, los beneficios de los proveedores estadounidenses serían inferiores a los que obtienen actualmente, debido a la inexistencia de rentas contingentarias. Además, según las Comunidades Europeas, no es probable que la cuota de mercado de esos proveedores experimentara modificaciones, por cuanto competirían entre sí y con otros proveedores no estadounidenses, como hacen ahora. En relación con el régimen de licencias concedidas por orden de presentación de las solicitudes, las Comunidades Europeas señalan que los precios y volúmenes seguirían siendo los mismos y sólo cambiarían las asignaciones de licencias. Las Comunidades Europeas afirman que, dado el gran número de importadores tradicionales que tendrían derecho a solicitar licencias, la proporción de licencias obtenidas por los proveedores estadounidenses disminuiría, y éstos obtendrían menores rentas contingentarias (y menos beneficios) que actualmente. En el caso de la tercera hipótesis -distribución completa del contingente arancelario- las Comunidades Europeas aducen que es probable que los suministros y precios siguieran siendo los mismos y que los proveedores estadounidenses obtuvieran beneficios comparables a los obtenidos en el régimen actual. Por último, en relación con la hipótesis de base de los EE.UU., las Comunidades Europeas sostienen que la ampliación del contingente arancelario en la cuantía propuesta por los Estados Unidos sería de suficiente magnitud para que su resultado económico fuera equivalente al de un régimen basado únicamente en aranceles (primera hipótesis). En síntesis, las Comunidades Europeas consideran que ninguna de las hipótesis mencionadas conllevaría para los proveedores estadounidenses beneficios mayores que los obtenidos en el actual régimen revisado. No obstante, como ya hemos indicado, lo pertinente no es, a nuestro juicio, los efectos sobre los beneficios de los proveedores estadounidenses, sino los efectos en el valor de las importaciones pertinentes procedentes de los Estados Unidos.

7.7 Varios regímenes hipotéticos serían compatibles con la OMC. Tras evaluar las diversas hipótesis hemos decidido elegir, como hipótesis razonable, una situación en la que el contingente arancelario global fuera de 2.553 millones de toneladas (sujetas al pago de un arancel de 75 euros por tonelada) y hubiera un acceso ilimitado de plátanos ACP en régimen de franquicia arancelaria (con la preferencia arancelaria ACP amparada, como lo está actualmente, por una exención). Puesto que el contingente actual correspondiente a las importaciones en régimen de franquicia arancelaria de plátanos tradicionales ACP carece en la práctica de restricciones, este régimen hipotético tendría sobre los precios y el volumen efectos similares a los del régimen actual de las CE. No obstante, las licencias de importación se asignarían de forma diferente para rectificar las infracciones del AGCS.

7.8 Calculamos los efectos del régimen revisado de las CE para el banano sobre las importaciones pertinentes procedentes de los Estados Unidos, en comparación con los de la hipótesis descrita en el párrafo anterior, partiendo del supuesto de que el volumen global de las importaciones comunitarias de bananos fuese la misma en ambas situaciones *ceteris paribus*, es decir, de que la producción y consumo de bananos en las CE y los precios f.o.b., c.i.f., al por mayor y al por menor de los bananos fueran también los mismos, lo que a su vez implica que el valor agregado de los servicios comerciales

al por mayor relacionados con los bananos después del punto f.o.b. y el valor agregado de las rentas contingentarias de las importaciones de bananos fueran los mismos en una y otra situación. A partir de los datos sobre precios y volúmenes de que disponemos resulta fácil calcular ambos valores. La única diferencia entre una y otra situación es la concerniente a la parte de esos valores agregados que corresponde a los proveedores de servicios estadounidenses y a otros proveedores de servicios. Por consiguiente, con esta metodología y esta hipótesis concretas no precisamos establecer supuestos sobre la capacidad de respuesta, en términos de volumen, de los productores, consumidores e importadores a las diferencias de los precios internos de las CE, puesto que no habría ninguna diferencia. Nuestra tarea se reduce a determinar las diferencias entre las dos situaciones en cuanto a a) la participación de los EE.UU. en los servicios comerciales al por mayor de bananos vendidos en las Comunidades Europeas y b) la proporción de las licencias asignadas para la importación de bananos, que dan origen a rentas contingentarias correspondiente a los EE.UU. Utilizando los diversos datos facilitados sobre las cuotas estadounidenses de mercado y la información que tenemos acerca de la actual distribución del contingente y de la distribución que consideramos que se produciría en la hipótesis compatible con la OMC que hemos elegido, determinamos que el nivel de anulación y menoscabo es de 191,4 millones de dólares EE.UU. por año.

VIII. LAUDO Y DECISIÓN DE LOS ÁRBITROS

8.1 A la luz de las consideraciones precedentes, los Árbitros determinan que el nivel de anulación o menoscabo sufrido por los Estados Unidos en el asunto *Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos* es de 191,4 millones de dólares EE.UU. por año. En consecuencia, los Árbitros deciden que sería compatible con el párrafo 4 del artículo 22 del ESD la suspensión por los Estados Unidos de la aplicación a las Comunidades Europeas y sus Estados miembros de concesiones arancelarias y obligaciones conexas derivadas del GATT de 1994 que abarcaran intercambios comerciales por un valor máximo de 191,4 millones de dólares EE.UU. por año.

IX. OBSERVACIONES FINALES

9.1 Como indicó el Presidente el OSD en la declaración citada *supra* (párrafo 4.9), hemos encontrado una forma lógica de proceder para examinar las cuestiones que se nos han sometido tanto en el presente arbitraje como en los procedimientos que sustancia el Grupo Especial de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21. Nuestras constataciones en esos tres procedimientos son coherentes. No se sabe si el Órgano de Apelación se declarará competente en una apelación formulada respecto de un procedimiento sustanciado de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21. Si lo hace, podría resultar necesario modificar el nivel indicado de la suspensión de concesiones tras la adopción del informe del Órgano de Apelación. En tal caso estaríamos dispuestos a comunicar a las partes, si se nos solicita, nuestra opinión acerca de los efectos de ese informe en el nivel de la suspensión de concesiones.

9.2 Por último, ponemos de relieve que el párrafo 8 del artículo 22 del ESD establece lo siguiente:

"la suspensión de concesiones u otras obligaciones será temporal y sólo se aplicará hasta que sea suprimida la medida declarada incompatible con un acuerdo abarcado hasta que el Miembro que deba cumplir las recomendaciones o resoluciones ofrezca una solución a la anulación o menoscabo de ventajas [...]."
