

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

Informe del Grupo Especial

El presente informe del Grupo Especial encargado de examinar el asunto "*Estados Unidos - Medidas aplicadas a la importación de determinados productos procedentes de las Comunidades Europeas*" se distribuye a todos los Miembros, de conformidad con lo dispuesto en el Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD). El informe se distribuye como documento no reservado a partir del 17 de julio de 2000, de conformidad con los Procedimientos para la distribución y la supresión del carácter reservado de los documentos de la OMC (WT/L/160/Rev.1). Se recuerda a los Miembros que, de conformidad con el ESD, sólo las partes en la diferencia pueden presentar una apelación en relación con el informe de un grupo especial, que las apelaciones están limitadas a las cuestiones de derecho abordadas en el informe del Grupo Especial y a las interpretaciones jurídicas formuladas por éste y que no se podrá establecer comunicación *ex parte* alguna con el Grupo Especial ni con el Órgano de Apelación respecto de las cuestiones que el Grupo Especial o el Órgano de Apelación estén examinando.

Nota de la Secretaría: El presente informe del Grupo Especial será adoptado por el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) dentro de los 60 días siguientes a la fecha de su distribución, a menos que una parte en la diferencia decida recurrir en apelación o que el OSD decida por consenso no adoptar el informe. En caso de recurrirse en apelación contra el informe del Grupo Especial, éste no será considerado por el OSD a efectos de su adopción hasta después de haber concluido el procedimiento de apelación. Puede obtenerse información acerca de la situación actual del informe del Grupo Especial en la Secretaría de la OMC.

ÍNDICE

	<u>Página</u>
I. ANTECEDENTES DEL PROCEDIMIENTO	1
II. ELEMENTOS DE HECHO.....	2
A. ANTECEDENTES FÁCTICOS DEL CASO PRESENTE	2
B. MEDIDA EN LITIGIO	8
C. PROCEDIMIENTO ORDINARIO DE LIQUIDACIÓN EN LOS ESTADOS UNIDOS REQUISITOS EN MATERIA DE FIANZAS Y TIPOS ARANCELARIOS APLICABLES.....	11
D. ACONTECIMIENTOS REGISTRADOS EN LOS ESTADOS UNIDOS DESPUÉS DEL 3 DE MARZO DE 1999	15
III. ARGUMENTOS DE LAS PARTES	16
IV. ARGUMENTOS DE LOS TERCEROS.....	17
V. REEXAMEN INTERMEDIO.....	17
VI. CONSTATAACIONES.....	23
A. INTRODUCCIÓN	23
B. ALEGACIONES DE LAS CE Y DEFENSAS DE LOS ESTADOS UNIDOS EN VIRTUD DEL ESD Y EL GATT DE 1994.....	25
1. Las alegaciones de las CE	25
2. Las defensas de los Estados Unidos	25
C. SOLICITUD DE LOS ESTADOS UNIDOS DE QUE SE ADOpte UNA RESOLUCIÓN PRELIMINAR	26
D. ALEGACIONES DE LAS CE, EN EL SENTIDO DE QUE LA MEDIDA DEL 3 DE MARZO INFRINGIÓ EL ARTÍCULO 23 Y OTROS ARTÍCULOS DEL ESD	27
1. Alegaciones en virtud del artículo 23	27
a) El artículo 23 del ESD en su conjunto	27
b) Aplicación del artículo 23 a la presente diferencia.....	30
i) <i>¿Era la medida del 3 de marzo una medida destinada a "trat[ar] de reparar" el incumplimiento de normas de la OMC?</i>	31
2. El párrafo 1 del artículo 23, conjuntamente con el apartado c) del párrafo 2 del artículo 23, el párrafo 7 del artículo 3 y el párrafo 6 del artículo 22 del ESD	35

a)	¿Constituyó la medida del 3 de marzo la suspensión de concesiones o de otras obligaciones en el marco del GATT/OMC? (Las CE alegan que la medida del 3 de marzo violó los artículos I, II, VIII y XI del GATT).....	36
i)	<i>El incremento de los requisitos en materia de fianzas</i>	<i>37</i>
ii)	<i>Cargas por concepto de intereses y gastos y tasas relacionados con la imposición del requisito adicional en materia de fianzas.....</i>	<i>43</i>
b)	Defensas de los Estados Unidos	46
i)	<i>La defensa de los Estados Unidos basada en el artículo 13 del Acuerdo sobre Valoración en Aduana.....</i>	<i>46</i>
ii)	<i>La defensa de los Estados Unidos basada en el aumento del "riesgo" representado por las importaciones de las CE (incluidas en una lista).....</i>	<i>47</i>
c)	Conclusión	49
3.	El párrafo 1 del artículo 23 conjuntamente con el párrafo 5	

I. ANTECEDENTES DEL PROCEDIMIENTO

1.1 Este procedimiento fue iniciado por las Comunidades Europeas, como parte reclamante, contra los Estados Unidos.

1.2 El 4 de marzo de 1999, las Comunidades Europeas solicitaron la celebración de consultas con los Estados Unidos de conformidad con el párrafo 1 del artículo XXII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 ("GATT") y el artículo 4 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias ("ESD"), con respecto a la decisión de los Estados Unidos, efectiva desde el 3 de marzo de 1999, de suspender la liquidación de las importaciones procedentes de las Comunidades Europeas de una serie de productos (enumerados en el anexo del documento WT/DS165/1), que representaban en conjunto un valor superior a 500 millones de dólares anuales, e imponer una obligación contingente correspondiente a derechos del 100 por ciento sobre cada una de las importaciones de productos afectados a partir de esa fecha. Las Comunidades Europeas alegaron que, según la información facilitada por el Representante de los Estados Unidos para las Cuestiones Comerciales ("USTR"), esta medida incluye disposiciones administrativas que prevén, entre otras cosas, la constitución de una fianza para cubrir la totalidad de obligación eventual.

1.3 El 11 de mayo de 1999, las Comunidades Europeas solicitaron el establecimiento de un grupo especial de conformidad con el artículo 6 del ESD (WT/DS165/8).

1.4 En su solicitud de establecimiento de un grupo especial, las Comunidades Europeas sostuvieron lo siguiente:

"Tengo el honor de solicitar en nombre de las Comunidades Europeas, el establecimiento de un grupo especial de conformidad con el artículo XXIII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (GATT de 1994), y de los artículos 4 y 6 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD) con respecto a la decisión de los Estados Unidos, efectiva desde el 3 de marzo de 1999, de suspender la liquidación de las importaciones procedentes de las CE de productos (incluidos en una lista), que representan en conjunto un valor de 520 millones de dólares anuales, e imponer una obligación contingente correspondiente a derechos del 100 por ciento sobre cada una de las importaciones de productos afectados a partir de esa fecha (anexo 1). Esta medida incluye disposiciones administrativas que prevén, entre otras cosas, la constitución de una fianza para cubrir la totalidad de obligación eventual.

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

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

- ~~los artículos 10, 15, 22.30 y 23 de la OMC~~ WTc 1.43 más

Mediante estas violaciones de normas fundamentales de la OMC, la medida de los Estados Unidos anula o menoscaba ventajas resultantes para las Comunidades Europeas directa o indirectamente del GATT de 1994. Esta medida también compromete el cumplimiento de objetivos importantes del GATT de 1994 y de la OMC."

1.5 El 16 de junio de 1999, el Órgano de Solución de Diferencias ("OSD") estableció el Grupo Especial de conformidad con el artículo 6 del ESD. En virtud del párrafo 1 del artículo 7 del ESD, el mandato del Grupo Especial es el siguiente:

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

1.6 Dominica, el Ecuador, la India, Jamaica, el Japón y Santa Lucía se reservaron su derecho a participar en calidad de terceros en el procedimiento del Grupo Especial.

1.7 El 29 de septiembre de 1999, las Comunidades Europeas pidieron al Director General que, de conformidad con el párrafo 7 del artículo 8 del ESD, estableciera la composición del Grupo Especial. El 8 de octubre de 1999, el Director General anunció la composición del Grupo Especial, que es la siguiente:

Presidente: Sr. Hugh McPhail
Miembros: Sra. Leora Blumberg
Sr. Peter Palecka

1.8 El Grupo Especial celebró reuniones sustantivas con las partes los días 16 y 17 de diciembre de 1999 y 9 de febrero de 2000.

II. ELEMENTOS DE HECHO

A. ANTECEDENTES FÁCTICOS DEL CASO PRESENTE

2.1 En la reunión celebrada el 25 de septiembre de 1997, el OSD adoptó el informe del Órgano de Apelación¹, y los informes del Grupo Especial², modificados por el informe del Órgano de Apelación, en el asunto *Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos*.³ En el informe del Órgano de Apelación se recomendó al OSD "que solicite a las Comunidades Europeas que pongan las medidas que, en el presente informe y en los informes del Grupo Especial, modificados por el presente informe, se ha constatado que son incompatibles con el GATT de 1994 y con el AGCS, en conformidad con las obligaciones que incumben a las

¹ Informe del Órgano de Apelación que examinó el asunto *Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos* ("CE - Bananos III"), adoptado el 25 de septiembre de 1997, WT/DS27/AB/R.

² Informes del Grupo Especial en el asunto *CE - Bananos III*, modificados por el Órgano de Apelación y adoptados el 25 de septiembre de 1997, WT/DS27/R/ECU, WT/DS27/R/GTM, WT/DS27/R/HND, WT/DS27/R/MEX y WT/DS27/R/USA.

³ WT/DSB/M/37.

Comunidades Europeas en virtud de los citados acuerdos".⁴ En este caso, el Ecuador, Guatemala, Honduras, México y los Estados Unidos (las "partes reclamantes" en el asunto *CE - Bananos III*) alegaron que el régimen de las CE para la importación, venta y distribución de bananos establecido en el Reglamento (CEE) N° 404/93 y la legislación, reglamentos y medidas administrativas posteriores de las CE, eran incompatibles con el Acuerdo sobre la OMC.⁵ En la reunión celebrada por el OSD el 16 de octubre de 1997, las Comunidades Europeas confirmaron que "las Comunidades cumplirán plenamente sus obligaciones internacionales en relación con este asunto".⁶

2.2 El 24 de octubre de 1997, las Comunidades Europeas solicitaron la celebración de consultas con las partes reclamantes en el asunto *CE - Bananos III* con el fin de llegar a un acuerdo sobre el "plazo prudencial" para la aplicación de las recomendaciones y resoluciones del OSD adoptadas el 25 de septiembre de 1997, pero esas consultas no permitieron llegar a un acuerdo.⁷ De conformidad con la petición de las partes reclamantes en el asunto *CE - Bananos III*, el 8 de diciembre de 1997 el Director General de la OMC designó al señor Said El-Naggar en calidad de árbitro.⁸

"En [la] reunión [del 6 de agosto de 1998], las CE aclararon su opinión de que dicho párrafo exige que las partes celebren consultas como condición previa para recurrir al grupo especial inicial para que resuelva el desacuerdo acerca de la compatibilidad con la OMC de las medidas comunitarias adoptadas para aplicar las resoluciones y recomendaciones del OSD. [...]

[...]

No estamos de acuerdo en que sea necesario celebrar consultas para poder recurrir al Grupo Especial inicial según lo dispuesto en el párrafo 5 del artículo 21. La posición de las CE, adoptada para los fines de la presente diferencia, parece calculada para causar el máximo retraso y es insostenible para el funcionamiento eficaz del sistema de solución de diferencias. [...]"¹³

2.5 El 8 de septiembre de 1998, en su comunicación conjunta dirigida al Presidente del OSD, las partes reclamantes en el asunto

a una solución mutuamente satisfactoria, el 18 de diciembre de 1998 el Ecuador solicitó que "el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC, en la reunión de esta fecha, disponga el restablecimiento del Grupo Especial que entendió inicialmente en el asunto, a fin de que resuelva la

2.10 En la reunión celebrada los días 25, 28 y 29 de enero y 1º de febrero de 1999, el Presidente sugirió, entre otras cosas, lo siguiente:

"[E]n lo relativo a los bananos, el Grupo Especial que entendió inicialmente en el asunto está actualmente tramitando dos procedimientos en virtud del párrafo 5 del artículo 21. [...] [S]uponiendo que las CE formulan una solicitud de arbitraje con arreglo al párrafo 6 del artículo 22, se puede encomendar a las mismas personas la tarea de arbitrar el nivel de la suspensión. [...] Existe el problema de la forma en que el Grupo Especial y los árbitros coordinarán su labor, pero como se trata de las mismas personas, la realidad es que encontrarán una manera lógica de avanzar, en consulta con las partes. De este modo, el mecanismo de solución de diferencias del ESD se puede utilizar para resolver todas las cuestiones pendientes en esta diferencia, reconociendo al mismo tiempo los derechos de ambas partes y respetando la integridad del ESD."²⁶

El OSD acordó entonces "que el asunto se someta al arbitraje del Grupo Especial que entendió inicialmente en el asunto, de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del ESD".²⁷

2.11 El 18 de febrero de 1999, los Estados Unidos,

"[d]e conformidad con el párrafo 7 del artículo 22 del [ESD], [...] piden la autorización del [OSD] para suspender la aplicación a las Comunidades Europeas (CE), y sus Estados miembros, de concesiones arancelarias y obligaciones conexas resultantes del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (GATT) en una cuantía acorde con lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 22 del ESD, determinada por el árbitro con arreglo al párrafo 7 del artículo 22 del ESD en '*CE - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos*'.²⁸

Los Estados Unidos explicaron asimismo que "[c]onforme al párrafo 6 del artículo 22 del ESD y al plazo para la actuación de los árbitros, éstos han de pronunciar su decisión no más tarde del 2 de marzo de 1999".²⁹

2.12 El 2 de marzo de 1999, los árbitros, en su decisión inicial, solicitaron a las partes que les suministraran determinada información adicional.³⁰ Los árbitros indicaron que "una vez recibida y analizada esa información, estaremos pronto en condiciones de pronunciar una decisión definitiva sobre este asunto".³¹

2.13 El 3 de marzo de 1999, los Estados Unidos adoptaron las medidas descritas en la sección B *infra*. Como se indica en la sección I *supra*, el 4 de marzo de 1999 las Comunidades

²⁶ WT/DSB/M/54.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ Comunicación de fecha 18 de febrero de 1999, remitida por los Estados Unidos al Presidente del OSD, WT/DS27/47.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Decisión de los árbitros en *CE - Bananos III*, Recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD, de 9 de abril de 1999, WT/DS27/ARB ("*CE - Bananos III*-Arbitraje (párrafos 6 y 7 del artículo 22)", párrafo 2.10.

³¹ WT/DS27/48.

Europeas solicitaron la celebración de consultas sobre el asunto con los Estados Unidos en virtud del párrafo 1 del artículo XXII del GATT y el artículo 4 del ESD y posteriormente, el 16 de junio de 1999, de conformidad con la solicitud de las CE, el OSD estableció este Grupo Especial con arreglo al artículo 6 del ESD.

2.14 El 6 de abril de 1999, los árbitros designados conforme al párrafo 6 del artículo 22 y los grupos especiales previstos en el párrafo 5 del artículo 21 distribuyeron simultáneamente a las partes la decisión de los árbitros y los informes del Grupo Especial, sobre el recurso al párrafo 5 del artículo 21 por el Ecuador y las Comunidades Europeas.³²

2.15. El 7 de abril de 1999, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 7 del artículo 22 del ESD, los Estados Unidos solicitaron que "el OSD les autorice a suspender concesiones por un valor de hasta 191,4 millones de dólares EE.UU. por año [...]", haciendo referencia a la decisión de los árbitros distribuida a las partes el 6 de abril de 1999.³³

2.16 El 9 de abril de 1999, se distribuyó a los Miembros la siguiente decisión de los árbitros:

"[L]os 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."³⁴

2.17 En relación con esta conclusión, los árbitros explicaron lo siguiente:

"[N]o podemos cumplir nuestra tarea 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."³⁵

2.18 El 12 de abril de 1999, el Grupo Especial que se ocupó del recurso al párrafo 5 del artículo 21 del ESD por las Comunidades Europeas distribuyó un informe final a los Miembros. En ese informe,

³² Véase WT/DSB/M/59.

³³ Comunicación de fecha 9 de abril de 1999, remitida por los Estados Unidos al Presidente del OSD, WT/DS27/49.

³⁴ Arbitraje (párrafos 6 y 7 del artículo 22) en *CE - Bananos III*, párrafo 8.1.

³⁵ *Ibid.*, párrafo 4.8 (cursivas en el original).

el Grupo Especial concluyó que "no formulamos las constataciones solicitadas por las Comunidades Europeas".³⁶ En este procedimiento, las Comunidades Europeas alegaron lo siguiente:

"[D]ado que Guatemala, Honduras, México y los Estados Unidos no habían recurrido al procedimiento de solución de diferencias de conformidad con las normas y procedimientos del ESD, se debía considerar que el nuevo régimen de las CE para la importación, venta y distribución de bananos, adoptado con el fin de cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD en los tres procedimientos de solución de diferencias relacionados con el asunto *Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos* [...] por lo que a [las partes en la diferencia inicial] se refería [...] estaba en conformidad con los acuerdos abarcados de la OMC en tanto que esas partes iniciales no hubieran impugnado con éxito el nuevo régimen de las CE de conformidad con los procedimientos pertinentes de solución de diferencias de la OMC."³⁷

2.19 El mismo día, el Grupo Especial que se ocupó del recurso al párrafo 5 del artículo 21 del ESD por el Ecuador distribuyó un informe final a los Miembros. En su informe el Grupo Especial concluyó que "hay aspectos del régimen de importación del banano de las CE que son incompatibles con las obligaciones que imponen a ésta [el] GATT de 1994 y [el] AGCS".³⁸ Este informe fue adoptado por el ESD en su reunión del 6 de mayo de 1999.³⁹

2.20 En su reunión de 19 de abril de 1999, el OSD, "en respuesta a la petición formulada por los Estados Unidos de conformidad con el párrafo 7 del artículo 22 del ESD, [acordó] conceder la autorización para suspender la aplicación a las Comunidades Europeas y sus Estados miembros de concesiones arancelarias y otras obligaciones conexas resultantes del GATT de 1994, en forma acorde con la decisión de los árbitros contenida en el documento WT/DS27/ARB".⁴⁰

B. MEDIDA EN LITIGIO

2.21 En el caso presente, las Comunidades Europeas solicitaron que el OSD estableciera un grupo especial,

"con respecto a la decisión de los Estados Unidos, efectiva desde el 3 de marzo de 1999, de suspender la liquidación de las importaciones procedentes de las CE de productos (incluidos en una lista), que representan en conjunto un valor de 520 millones de dólares anuales, e imponer una obligación contingente correspondiente a derechos del 100 por ciento sobre cada una de las importaciones de productos afectados a partir de esa fecha (anexo 1 [de la solicitud]). Esta medida incluye disposiciones administrativas que prevén, entre otras cosas, la constitución de una fianza para cubrir la totalidad de obligación eventual."⁴¹

³⁶ Informe del Grupo Especial en *CE - Bananos III*, recurso al párrafo 5 del artículo 21 por las Comunidades Europeas, distribuido el 12 de abril de 1999, WT/DS27/RW/EEC, párrafo 5.1.

³⁷ *Ibid.*, párrafo 2.22.

³⁸ Informe del Grupo Especial en *CE- Bananos III*, Recurso al párrafo 5 del artículo 21 por el Ecuador, adoptado el 6 de mayo de 1999, WT/DS27/RW/ECU, párrafo 7.1.

³⁹ WT/DSB/M/61.

⁴⁰ WT/DSB/M/59.

⁴¹ WT/DS165/8.

2.22 Esta solicitud corresponde a un comunicado de prensa del USTR, de 3 de marzo de 1999, en el que se expresó lo siguiente:

"A partir del día de la fecha, el Servicio de Aduanas de los Estados Unidos comenzará a 'suspender la liquidación' de importaciones por un valor superior a 500 millones de dólares de determinados productos procedentes de la Unión Europea (UE) de conformidad con los derechos que incumben a los Estados Unidos en virtud de los Acuerdos de la OMC. La suspensión de la liquidación impone una obligación contingente correspondiente a derechos del 100 por ciento sobre los productos afectados a partir del 3 de marzo de 1999."⁴²

2.23 El 3 de marzo de 1999, el Sr. Peter L. Scher, Negociador Comercial Especial del USTR escribió lo siguiente al Sr. Raymond W. Kelly, Comisario del Servicio de Aduanas de los Estados Unidos:

"El 14 de enero de 1999, los Estados Unidos solicitaron autorización a la Organización Mundial del Comercio para suspender la aplicación de concesiones arancelarias respecto de intercambios comerciales por una cuantía de 520 millones de dólares como respuesta por no haber las CE aplicado un régimen compatible con la OMC para la importación, venta y distribución de bananos. El [USTR] se propone aplicar esta suspensión de concesiones arancelarias dando instrucciones al Servicio de Aduanas para imponer derechos del 100 por ciento *ad valorem* sobre los productos enumerados en el apéndice a esta carta. (Véase también 63 Fed. Reg. 63099 y 63 Fed. Reg. 71665, donde se da aviso del aumento de derechos propuesto sobre determinados productos.)

Las CE pidieron que el nivel de la suspensión propuesta por los Estados Unidos fuera examinado por árbitros de la OMC. Las normas del sistema de solución de diferencias de la OMC exigen que el procedimiento de arbitraje finalice a más tardar el día 2 de marzo. Sin embargo, los árbitros no han cumplido este plazo y no se prevé que formulen su decisión definitiva hasta una fecha posterior. El USTR trata actualmente de preservar su derecho a imponer derechos del 100 por ciento a partir del 3 de marzo, mientras esté pendiente la comunicación de la decisión definitiva de los árbitros.

Por consiguiente, le solicito por la presente que, hasta que se le curse una nueva notificación, el Servicio de Aduanas suspenda la liquidación de las importaciones de todos los artículos indicados en el apéndice a esta carta, originarios de Austria, Bélgica, Finlandia, Francia, la República Federal de Alemania, Grecia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Portugal, España, Suecia o el Reino Unido, despachados o retirados de un depósito de aduanas para consumo, a partir del 3 de marzo de 1999. Solicito también al Servicio de Aduanas que dé instrucciones en el día de hoy a los directores de puertos para que examinen la suficiencia de las fianzas depositadas con respecto a las importaciones descritas en la frase precedente y adopten medidas para que se ofrezca una garantía suficiente o adicional de conformidad con 19 C.F.R. .§. 113.13."⁴³

⁴² Comunicado de prensa del Representante del USTR, de fecha 3 de marzo de 1999, "United States takes customs action on European imports" (anexo VII de las CE).

⁴³ Carta de fecha 3 de marzo de 1999, remitida por el Señor Peter L. Scher, Negociador Comercial Especial, al Comisario Raymond W. Kelly, Servicio de Aduanas de los Estados Unidos (prueba documental N° 12 de los Estados Unidos).

2.24 Respondiendo a la petición del USTR, el Sr. Philip Metzger, Director de la División de Cumplimiento de Normas Comerciales del Servicio de Aduanas de los Estados Unidos, en un memorándum relativo a las "sanciones europeas", impartió las siguientes instrucciones a los Directores de Territorios Aduaneros y de Puertos⁴⁴:

"RE: Sanciones europeas

[...]

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

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

Países afectados *:

Austria
Bélgica
España
Finlandia
Francia
Grecia
Irlanda
Italia
Luxemburgo
Portugal
Reino Unido
República Federal de Alemania
Suecia

*Obsérvese que los Países Bajos y Dinamarca no figuran en la presente lista. [...]

Subpartidas del Arancel de Aduanas Armonizado

0210.19.00

Carne de la especie porcina, salada, en salmuera, seca o ahumada, con excepción de los jamones, paletas y sus trozos, sin deshuesar, o panceta (tocino entreverado) y sus trozos.

0406.90.57

Queso Pecorino, de leche de oveja, en sus formas de origen, no apropiado para ser rallado.

⁴⁴ *Memorandum of 4 March 1999 to Customs Area and Port Directors, CMC Directors from Trade Compliance Division, US Customs Service, Regarding European Sanctions (anexo VIII de las CE).*

1905.30.00

Galletas dulces; "gaufres" o "waffles", barquillos y obleas.

3307.30.50

Preparaciones para el baño, distintas de las sales de baño.

3406.00.00

Velas, cirios y artículos similares.

3920.20.00

Las demás placas, hojas, películas, bandas y láminas, de plástico no celular, sin reforzar, estratificar ni combinar de forma similar con otras materias, sin soporte, de polímeros de propileno.

4202.22.15

Bolsos de mano, incluso con bandolera o sin asas, con la superficie exterior de hojas de plástico.

4202.32.10

Artículos de bolsillo o de bolso de mano, con la superficie exterior de hojas de plástico o de plástico reforzado o estratificado.

4805.50.00

Papel y cartón fieltro y papel y cartón lana, sin estucar ni recubrir, en bobinas o en hojas.

4819.20.00

Cajas y cartonajes, plegables, de papel o cartón sin ondular.

4911.91.20

4202.22.15

4202.22.15

1905.355 6 1.358f

importadas no se consideran legalmente entradas en el país hasta que el envío haya llegado al puerto de entrada, la entrega de las mercancías haya sido autorizada por la aduana y se hayan pagado los derechos estimados.⁴⁶

2.27 La obligación del pago de derechos se origina en el momento en que las mercancías llegan en un buque a un puerto aduanero y existe el intento de descargar las mercancías en ese puerto, o, si la llegada se produce por un medio distinto de un buque, en el momento de llegada al territorio aduanero de los Estados Unidos. El tipo de derecho aplicable es el correspondiente a la fecha en que la mercancía fue declarada a consumo o en que se autorizó el transporte inmediato de los productos de un puerto de los Estados Unidos a otro (de modo que la documentación aduanera pueda presentarse en este último puerto).⁴⁷

2.28 En el momento de la entrada, se exige a los importadores que paguen sólo los derechos estimados. Los demás derechos y tasas se recaudan en el momento de la liquidación, es decir, cuando la aduana ha calculado la cuantía definitiva de los derechos de importación basándose en la confirmación de que se ha establecido correctamente la valoración, la clasificación y el origen de los productos. El párrafo a) del artículo 1504 de la Ley Arancelaria de 1930 establece un plazo para la liquidación, sujeto a ciertas excepciones, del modo siguiente: "[...] una entrada de mercancías no liquidada en el plazo de un año contado desde 1) la fecha de entrada [...] 4) [...] se considerará liquidada conforme al tipo de derecho, valor, cantidad y cuantía de los derechos fijados en el momento de la entrada por el importador designado. [...]"⁴⁸

2.29 Sin embargo, antes de que se lleve a cabo la liquidación, los importadores pueden obtener el despacho de sus importaciones en los Estados Unidos presentando una fianza y la documentación pertinente. El párrafo a) del artículo 142.4 del Código de Reglamentos Federales, volumen 19, establece lo siguiente:

"[...] las mercancías no serán despachadas de aduana en el momento en que la Aduana reciba la documentación de declaración o la documentación de declaración resumida correspondiente a la declaración y a la declaración resumida, según lo exigido por el artículo 142.3, a menos que se haya presentado una fianza de entrada única o una fianza continuada mediante el formulario de aduanas 301. [...]"⁴⁹

2.30 La cuantía de una fianza continuada para las importaciones se determina con arreglo a las "Directrices para determinar la cuantía de las fianzas" adjunta a la Directiva Aduanera, que el Comisario Adjunto de la Oficina de Operaciones Comerciales remitió, entre otros, a los Directores de Distrito y Territorios y Directores de Puertos el 23 de julio de 1991.⁵⁰ Las Directrices establecen lo siguiente:

"La cuantía del límite de responsabilidad de la fianza se fijará en el importe que el director de distrito considere necesario para cumplir la finalidad de la fianza. La

⁴⁶ Extractos del sitio Web de la Aduana sobre los procedimientos de entrada (prueba documental N° 8 de los Estados Unidos), §2.

⁴⁷ Respuestas de los Estados Unidos a las preguntas del Grupo Especial y de las partes, de 13 de enero de 1999, párrafo 6 (apéndice 2.4 de este informe del Grupo Especial).

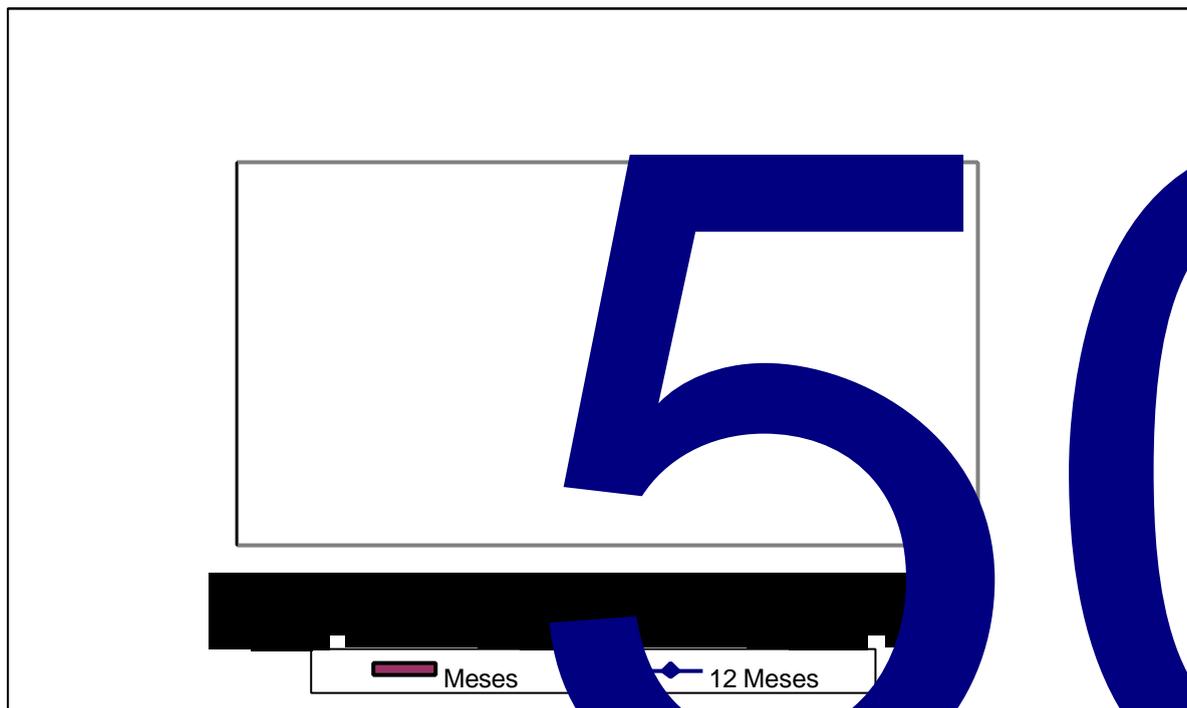
⁴⁸ 19 U.S.C. §1504 (prueba documental N° 11 de los Estados Unidos).

⁴⁹ 19 C.F.R. §142.4(a) (1999) (prueba documental N° 11 de los Estados Unidos).

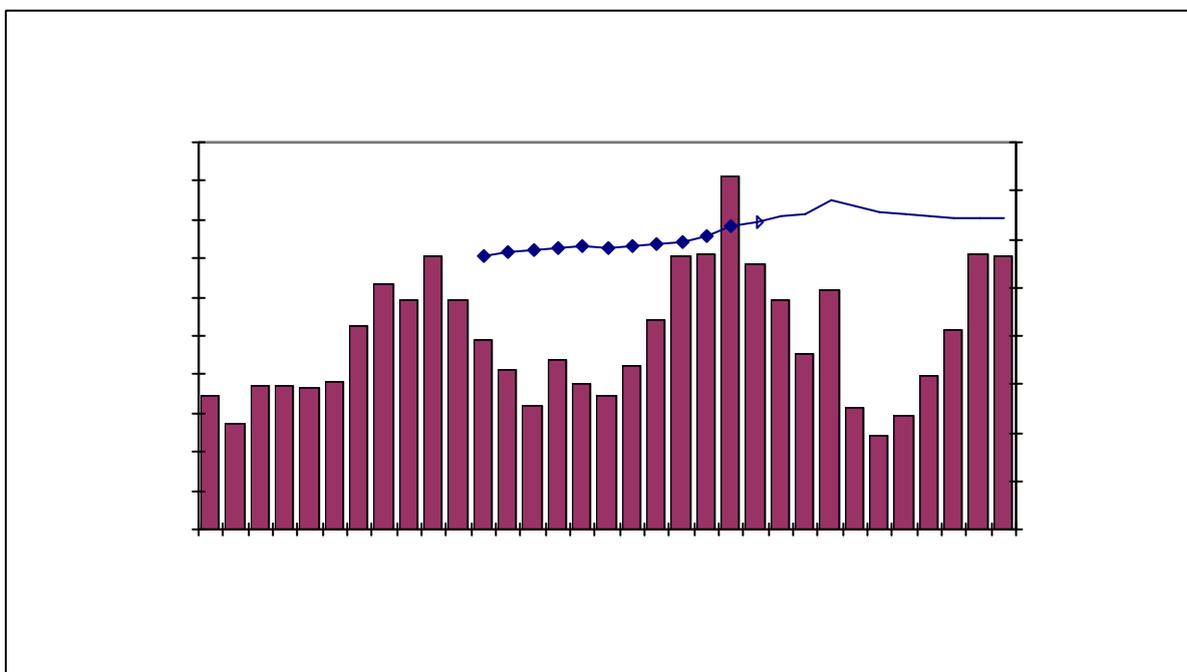
⁵⁰ *The Customs Directive N° 099 3510-004, Monetary Guidelines for Setting Bond Amounts*, 23 de julio de 1991 ("Customs Directive") (prueba documental N° 4 de los Estados Unidos).

Productos	Número del Arancel de Aduanas Armonizado	Tipo consolidado/aplicado
Papel y cartón filtro	4805.50.00	LibreTf -0.1381 Tc1-m 0 TD -A.1037 Tc31.2912 7

GRÁFICO A



GRÁFICO



coercitiva unilateral de los derechos y obligaciones dimanantes de la normas de la OMC'.⁶³ (Subrayado original de las CE.)

Por último, las Comunidades Europeas mencionaron los diversos avisos publicados en el Federal Register sobre este caso (anexos I, II y III de las CE), que se refieren expresamente a la determinación unilateral de incompatibilidad y también a la aplicación unilateral de sanciones comerciales.

5.5 A juicio de los Estados Unidos, las referencias antes mencionadas no son suficientes para que este Grupo Especial llegue a la conclusión de que la medida adoptada el 3 de marzo contravenía lo dispuesto en el apartado a) del párrafo 2 del artículo 23 y la primera frase del párrafo 5 del artículo 21, así como en el párrafo 1 del artículo 23 del ESD. Los Estados Unidos alegaron que, como no se les había informado que el apartado a) del párrafo 2 del artículo 23 sería objeto de constataciones por

párrafo 2 del artículo 23 del ESD especifican que tal constatación (que en la terminología del artículo 23 se denomina "determinación") sólo se puede formular con arreglo a las normas y procedimientos del ESD".⁶⁸ El Grupo Especial también toma nota de los argumentos formulados por las Comunidades Europeas, que se han citado en el párrafo 5.4

USTR había "impuesto sanciones comerciales, frenando efectivamente el comercio. Esta serie de acontecimientos confirma que el USTR aplicó la nueva medida (unilateralmente), que fue decidida únicamente sobre la base de su legislación interna y, por ende, sin tener en cuenta si dicha medida se ajustaba a los requisitos previstos en los párrafos 1 y 2 del artículo 23".⁷⁰ En su comunicación oral al Grupo Especial en la primera reunión sustantiva, y en sus comunicaciones de réplica las Comunidades Europeas mencionan varias declaraciones oficiales del USTR, y en todas ellas se demuestra claramente el carácter de las reclamaciones de las CE.⁷¹

5.13 Sin perjuicio de las graves alegaciones de violación del artículo 23 del ESD, durante todo el procedimiento de este Grupo Especial los Estados Unidos concentraron sus argumentos y análisis en los aspectos técnicos de los requisitos de su Servicio de Aduanas en materia de fianzas y en las modificaciones introducidas el 3 de marzo de 1999 con respecto a las importaciones de las Comunidades Europeas incluidas en una lista. Sin embargo, las cuestiones que tiene ante sí este Grupo Especial no se limitan a los requisitos en materia de fianzas. Las pruebas que tenemos ante nosotros demuestran que los Estados Unidos trataban de imponer sanciones comerciales contra las Comunidades Europeas. Recordamos a este respecto que el sentido corriente de la expresión "*traten de reparar*" (utilizada en el párrafo 1 del artículo 23) es "procurar, intentar obtener o lograr"⁷², lo que supone un deseo, un esfuerzo (fructífero o no) encaminado a "reparar". A nuestro juicio, de las

reparar el incumplimiento de normas de la OMC, determinado unilateralmente, era incompatible con lo dispuesto en el apartado a) del párrafo 2 del artículo 23 y el párrafo 5 del artículo 21 y, por ende, infringía necesariamente el párrafo 1 del artículo 23.

5.15 Reiteramos que el 3 de marzo los Estados Unidos no tenían derecho -ni autorización del OSD- para recaudar derechos de importación superiores a sus consolidaciones. Al poner en práctica requisitos de fianzas superiores para garantizar, a partir del 3 de marzo, el pago de derechos arancelarios de hasta el 100 por ciento sobre las importaciones procedentes de las Comunidades Europeas que figuraban en una lista, los Estados Unidos comenzaron unilateralmente a aplicar coercitivamente un derecho que no tenían, ya que los requisitos en materia de fianzas tienen el carácter de garantía y de mecanismo de aplicación coercitiva.

5.16 En cuarto lugar, los Estados Unidos también impugnan nuestra descripción de la interpretación estadounidense sobre el carácter obligatorio del plazo de 60 días en el cual se debe llevar a cabo el arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22. A nuestro juicio, esta interpretación de los Estados Unidos se desprendía claramente de las actas de las reuniones del OSD y de la Decisión de los árbitros conforme a lo previsto en el párrafo 6 del artículo 22, de 9 de abril de 1999⁷³, en el asunto *CE - Bananos III*. El principal aspecto de nuestras constataciones es que el 3 de marzo, cuando pusieron en práctica el aumento de los requisitos en materia de fianzas, los Estados Unidos no habían solicitado la aplicación retroactiva de la suspensión de concesiones y deberían haber sabido esto. Por consiguiente, el 3 de marzo no podían alegar que tenían facultades para aplicar un derecho retroactivo eventual a fin de recaudar el 100 por ciento de los aranceles de importación sobre las importaciones procedentes de las Comunidades Europeas incluidas en la lista.

5.17 Los Estados Unidos alegan asimismo que no hay pruebas de que existieran cargas por concepto de intereses, costos o tasas. Remitimos a los Estados Unidos al párrafo 6.42 *infra*, en el que el Grupo Especial realiza una estimación de los costos representados por el aumento de los requisitos en materia de fianzas, del 3 de marzo, basándose en las pruebas presentadas por los Estados Unidos. Con respecto a la argumentación de los Estados Unidos acerca de las prácticas corrientes del Servicio

5.20 En sus comunicaciones de réplica, las Comunidades Europeas alegan que la medida de los

adoptada por las CE, llevada a cabo por la Decisión de los árbitros de 9 de abril de 1999, tomada al amparo del párrafo 6 del artículo 22, no es válida. Es por ello que las Comunidades Europeas consideran que este Grupo Especial ni siquiera tenía que mencionar la Decisión de los árbitros adoptada al amparo del párrafo 6 del artículo 22 porque, a juicio de las Comunidades Europeas, esa Decisión de los árbitros del 9 de abril se refería exclusivamente al nivel de anulación o menoscabo del régimen revisado de las CE para los bananos.

5.22 No estamos de acuerdo con las Comunidades Europeas. En cambio, constatamos que el 3 de marzo estaba en trámite un procedimiento jurisdiccional en el marco de la OMC, sobre la determinación de la compatibilidad con la OMC de la medida de aplicación adoptada por las CE. Pero el 3 de marzo, contrariamente a lo que sucedió el 19 de abril, este órgano jurisdiccional (el Grupo Especial encargado del arbitraje de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22) no había terminado su labor.

5.23 Por consiguiente, hemos modificado la redacción de algunos párrafos del informe de este Grupo Especial a fin de asegurar una mejor comprensión de nuestro análisis. También hemos tenido en cuenta otras observaciones formuladas por las Comunidades Europeas y hemos revisado nuestras constataciones en consecuencia.

VI. CONSTATAIONES

A. INTRODUCCIÓN

6.1 La presente diferencia se refiere a una presunta medida unilateral de retorsión⁷⁷ adoptada el 3 de marzo de 1999 por los Estados Unidos contra las importaciones de las Comunidades Europeas (incluidas en una lista), contraviniendo lo dispuesto en el Acuerdo sobre la OMC.

6.2 El 3 de marzo, en el comunicado de prensa del USTR se expresó lo siguiente:

"Los Estados Unidos adoptan medidas aduaneras sobre importaciones europeas

A partir del día de la fecha, el Servicio de Aduanas de los Estados Unidos comenzará a 'suspender la liquidación' de importaciones por un valor superior a 500 millones de dólares de determinados productos procedentes de la Unión Europea (UE) de conformidad con los derechos que incumben a los Estados Unidos en virtud de los Acuerdos de la OMC. La suspensión de la liquidación impone una obligación contingente correspondiente a derechos del 100 por ciento sobre los productos afectados a partir del 3 de marzo de 1999."⁷⁸

6.3 El 4 de marzo de 1999, las Comunidades Europeas solicitaron la celebración de consultas con los Estados Unidos con respecto a la decisión de los Estados Unidos, efectiva desde el 3 de marzo de 1999, por la que se exigían requisitos adicionales en materia de fianzas con respecto a los productos procedentes de las Comunidades Europeas (incluidos en una lista) con ocasión de su importación.⁷⁹

⁷⁷ En el párrafo 20 de su primera comunicación (apéndice 1.1 de este informe del Grupo Especial), las Comunidades Europeas alegaron la existencia de "sanciones comerciales" impuestas por los Estados Unidos. Examinamos brevemente estos diversos conceptos más adelante.

⁷⁸ Comunicado de prensa del USTR de 3 de marzo de 1999, "*United States Takes Customs Action on European Imports*" (anexo VII de las CE).

⁷⁹ Véase WT/DS165/1 y el párrafo 1.2 de este informe del Grupo Especial.

se hubieran respetado las etapas procesales del ESD, el informe de los árbitros para autorizar la suspensión de concesiones o de otras obligaciones de forma compatible con la OMC se hubiera comunicado a las partes antes del 3 de marzo de 1999.

C. SOLICITUD DE LOS ESTADOS UNIDOS DE QUE SE ADOPTE UNA RESOLUCIÓN PRELIMINAR

6.9 El 21 de enero de 2000, en la carta de remisión de su comunicación de réplica, los Estados Unidos pidieron que "el Grupo Especial aclare, antes del comienzo de la segunda reunión sustantiva, las medidas que considera incluidas en el mandato del Grupo Especial [...]".

6.10 Las Comunidades Europeas respondieron, mediante su carta de 24 de enero de 2000, que el "Grupo Especial no debería acceder a esta petición en esta etapa tardía del procedimiento que tramita ante él [...] a menos que los Estados Unidos puedan demostrar la existencia de una 'causa apropiada' para que se conceda una excepción".⁸⁸

6.11 El 9 de febrero de 2000 (al comienzo de la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial), éste oyó las opiniones de las partes sobre este asunto. El mismo día, el Grupo Especial resolvió lo siguiente:

"9. En la decisión de los Estados Unidos de que se formule esta resolución, parecería estar implícita la preocupación de que este Grupo Especial pueda exceder los términos de su mandato si examina medidas distintas de las del 3 de marzo de 1999.

10. Las alegaciones de las Comunidades Europeas y la defensa opuesta por los Estados Unidos nos obligan a interpretar qué es lo que se hizo efectivamente el 3 de marzo en comparación con lo que se hace habitualmente con respecto a esas importaciones (incluidas en una lista) o lo que se hizo con respecto a las mismas importaciones (incluidas en una lista) el 19 de abril de 1999. Las alegaciones de las CE nos obligan también a informarnos cabalmente de la secuencia de hechos que rodearon a la decisión del 3 de marzo, incluida la decisión del 19 de abril.

11. Algunas de las preguntas formuladas por el Grupo Especial a las partes y en particular a los Estados Unidos, se refieren a los requisitos aplicados normalmente por los Estados Unidos en materia de fianzas, a los requisitos en materia de fianzas impuestos el 3 de marzo a las importaciones (incluidas en una lista), y a toda medida posterior de los Estados Unidos que pudiera aclarar la naturaleza y los efectos de la medida del 3 de marzo. El Grupo Especial considera que las respuestas de los Estados Unidos a estas preguntas son importantes para la comprensión del asunto en cuestión por parte del Grupo Especial.

12. Observamos que su informe en el asunto Argentina - Medidas que afectan a las importaciones de calzado, textiles, prendas de vestir y otros artículos (WT/DS56/R, párrafo 6.63), el Grupo Especial examinó efectivamente hechos ocurridos después de la fecha de la medida en cuestión a los fines de entender la forma en que funcionaba el sistema arancelario argentino.

13. En consecuencia, seguiremos limitándonos a nuestro mandato y a la medida indicada en el mismo, teniendo presente que es posible que sea necesario referirse a los hechos que rodearon a la medida del 3 de marzo a fin de que el Grupo Especial pueda dar una respuesta a las alegaciones planteadas.

⁸⁸ Carta de las CE de 24 de enero de 2000 (apéndice 1.6 de este informe del Grupo Especial).

14. Por último, tenemos conciencia de nuestros deberes, de conformidad con el artículo 11 del ESD, de hacer una evaluación objetiva de los hechos y de la ley aplicable al asunto objeto de litigio."

D. ALEGACIONES DE LAS CE, EN EL SENTIDO DE QUE LA MEDIDA DEL 3 DE MARZO INFRINGIÓ EL ARTÍCULO 23 Y OTROS ARTÍCULOS DEL ESD

1. Alegaciones en virtud del artículo 23

a) El artículo 23 del ESD en su conjunto

6.12 Entendemos que el elemento central de las alegaciones de las CE es que la medida del 3 de

abarcados en el caso de que el Miembro afectado no haya aplicado las recomendaciones y resoluciones dentro de ese plazo prudencial.

6.14 Una razón importante por la que el artículo 23 del ESD se debe interpretar con miras a prohibir toda forma de medida unilateral es que tales medidas unilaterales amenazan la estabilidad y la previsibilidad del sistema multilateral de comercio, que es un componente necesario de las "condiciones de mercado que fomentan la actividad económica individual en los mercados nacionales"⁹¹ que, a su vez, constituyen un objetivo fundamental de la OMC. Por lo tanto, las medidas unilaterales contravienen la esencia del sistema multilateral de comercio de la OMC. Como se expresó en el informe del Grupo Especial que examinó el asunto *Estados Unidos - Artículo 301*:

"7.75 La seguridad y la previsibilidad del sistema multilateral de comercio son otros de los principales objetos y fines del sistema y pueden contribuir a la consecución de los amplios objetivos del preámbulo. De todas las disciplinas de la OMC, el ESD es uno de los instrumentos más importantes para proteger

6.17 La estructura del artículo 23 consiste en que en el primer párrafo se expresa la prohibición general u obligación general, es decir que cuando traten de reparar el incumplimiento de una obligación dimanante de la OMC⁹⁴, los Miembros sólo lo harán por conducto del ESD. Esta es una obligación de carácter general. Todo intento de tratar de "reparar" sólo se puede llevar a cabo en el marco institucional de la OMC y de conformidad con las normas y procedimientos del ESD.

6.18 La prohibición de la reparación unilateral en varias esferas de la OMC se establece más directamente en el segundo párrafo del artículo 23. Del sentido corriente de las palabras utilizadas en el encabezamiento del párrafo 2 del artículo 3 ("en tales casos, los Miembros"), se desprende claramente que el segundo párrafo del artículo 23 está "explícitamente vinculado al párrafo 1 del artículo 23 y tiene que interpretarse junto con él y supeditándolo a él".⁹⁵ Esto significa que las prohibiciones específicas del párrafo 2 del artículo 23 se deben interpretar en el contexto del primer párrafo, esto es, cuando tal medida es realizada por un Miembro de la OMC con miras a reparar el incumplimiento de normas de la OMC.

6.19 También coincidimos con el informe del Grupo Especial que examinó el asunto *Estados Unidos - Artículo 301*, en el sentido de que el párrafo 2 del artículo 23 contiene "destacados ejemplos de actuaciones que están en contradicción con las normas [...] del OSD"⁹⁶ y que constituyen formas más específicas de medidas unilaterales, prohibidas en términos generales por el párrafo 1 del artículo 23 del ESD.

"esas normas y procedimientos [el párrafo 1 del artículo 23] abarcan mucho más que las normas y procedimientos mencionados expresamente en el párrafo 2 del artículo 23. Hay muchos más comportamientos estatales que pueden incumplir la obligación general impuesta por el párrafo 1 del artículo 23 de recurrir a las normas y procedimientos que lo incumplen las 12.75 o i.1154 Tw (y que conaTD -0.1261 Tc 3.3136 Tw e loinel ar

9a

p355culo 23. Del sentido42 Tw (, 56".) Tj (147Tc 4.5 re párrafi rmas y procedimientos que lort rrafmi, 711j 3 cu

b) Aplicación del artículo 23 a la presente diferencia

6.21 El párrafo 1 del artículo 23 del ESD estipula que el criterio para determinar si el artículo 23 es aplicable consiste en que el Miembro que ha impuesto la medida esté "tratando de reparar" el

incumplimiento de normas de la OMC". Mediante el incremento de los requisitos en materia de fianzas dispuesto el 3 de marzo, los Estados Unidos pusieron en práctica un mecanismo de aplicación coercitiva, efectivo desde el 3 de marzo.

6.29 Respondiendo a la petición del USTR, el Sr. Philip Metzger, Director de la División de Cumplimiento de Normas Comerciales del Servicio de Aduanas de los Estados Unidos, en un memorándum de 4 de marzo de 1999¹⁰⁸, impartió las siguientes instrucciones a los Directores de Territorios Aduaneros y de Puertos. Observamos que el título de este memorándum se refiere exclusivamente a la medida del 3 de marzo y lleva el título "Sanciones europeas".¹⁰⁹ Esto demuestra que los Estados Unidos estaban "tratando" de reparar el incumplimiento de normas de la OMC:

"RE: Sanciones europeas [...]"

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

No se programará la liquidación de ninguna importación de mercancías antes del 314º día, asegurando así la suspensión de la liquidación según lo solicitado por el USTR. [...]."¹¹⁰ (Cursivas añadidas.)

6.30 El 16 de marzo de 1999, el Sr. Philip Metzger, Director de la División de Cumplimiento de Normas Comerciales, emitió un memorándum titulado "Aclaración de los requisitos en materia de fianzas para las *sanciones europeas*" (cursivas añadidas), dirigido a los directores de puertos.¹¹¹ En este memorándum se indicaba que las autoridades estadounidenses consideraban que el incremento de los requisitos en materia de fianzas se había impuesto como una "sanción" contra las Comunidades Europeas. Rezaba así:

del Comercio", en cuyo artículo 3, párrafo F) se da instrucciones al Representante Comercial para suspender la liquidación de las importaciones procedentes de las CE incluidas en una lista "en ningún caso después del 2 de marzo de 1999". Si bien un proyecto de ley no es vinculante, éste demuestra que los Estados Unidos estaban "tratando de reparar el incumplimiento de normas de la OMC" (anexo V de las CE).

¹⁰⁸ *Memorandum of 4 March 1999 to Customs Area and Port Directors, CMC Directors from Trade* (anexo VIII de las CE).

¹⁰⁹ En el *New Shorter Oxford English Dictionary*, el término "sanción" ("sanction") se define como "una pena aplicada para obligar a la observancia de una ley; después, con carácter más amplio, un castigo o una reprobación por la desobediencia o la obediencia a una ley." En *Webster's New Encyclopedic Dictionary*, se lo define como "una medida económica o militar adoptada usualmente por varios países contra otro que viola la ley internacional."

¹¹⁰ *Memorandum of 4 March 1999 to Customs Area and Port Directors, CMC Directors from Trade* (anexo VIII de las CE).

¹¹¹ *Memorandum to Customs Area and Port Directors, CMC Directors from Trade in the Trade Division, US Customs Service, Regarding Clarification of Bond Requirements for European States*, de 16 de marzo de 1999 (prueba documental N° 15 de los Estados Unidos).

"El presente memorándum se emite como resultado del gran número de preguntas que hemos recibido con respecto a los requisitos sobre suficiencia de las fianzas correspondientes a las mercancías *sujetas a las sanciones europeas*. Con el objeto de establecer uniformidad para los importadores y los puertos, todos los puertos deberán ajustarse a los siguientes requisitos en materia de suficiencia de las fianzas:

Si el importador designado presenta una declaración en el momento de la entrada (despacho) en la que se certifique que ha revisado su fianza continuada y le ha añadido un importe igual al 10 por ciento del total del valor declarado importado por el importador en el año precedente, con respecto a las *mercancías actualmente sujetas a las sanciones*, el Director del Puerto aceptará la fianza continuada."¹¹²
(Cursivas añadidas.)

6.31 La conferencia de prensa ofrecida por el Representante Adjunto de los Estados Unidos para las Cuestiones Comerciales Internacionales, Sr. P. Scher, el 3 de marzo constituye otro elemento de prueba que confirma que la medida del 3 de marzo trataba de obtener una reparación. Se facilitan a continuación algunos extractos:

Pregunta ¿Cumple la suspensión de la liquidación las condiciones de la carta Bowles, en la que se expresa 'Si la UE procura el arbitraje [...] la medida de retorsión entrará en vigor en la fecha en que concluya el arbitraje, pero en ningún caso en fecha posterior al 3 de marzo de 1999'?

Respuesta [...] *Hemos adoptado medidas de retorsión frenando efectivamente el comercio* a partir del 3 de marzo para *responder al* perjuicio causado por el régimen de los bananos de las *CE, incompatible con la OMC*. Ese propósito se logra mediante la suspensión de la liquidación de los productos que figuran en la *lista de retorsión* [...]

Pregunta ¿Cuál es la diferencia entre la imposición de derechos y la suspensión de la liquidación?

Respuesta *Existe escasa diferencia*. La suspensión, *según esperamos frenará efectivamente las importaciones del mismo modo que lo haría la imposición inmediata de derechos*. Los importadores *no estarán más dispuestos a aceptar la obligación contingente del 100 por ciento de derechos de lo que estarían dispuestos a pagar el 100 por ciento de derechos*. *Esperarán hasta tener certidumbre*.

Pregunta ¿Por qué mantienen ustedes los compromisos de la Casa Blanca?

Respuesta [...] *Estamos frenando efectivamente el comercio a partir del 3 de marzo* [...]

Pregunta ¿Cómo prevé que reaccionarán las CE?

Respuesta [...] Pero nuestra medida deja absolutamente en claro que *existen consecuencias por el incumplimiento de las resoluciones de la OMC* [...]

¹¹² *Ibid.*

Pregunta ¿De qué modo es esto compatible con la carta de la Casa Blanca y la OMC?

Respuesta La carta de la Casa Blanca encomienda a la Administración *que adopte medidas de retorsión, efectivas a partir del 3 de marzo; eso es lo que hemos hecho.*"¹¹³ (Cursivas añadidas.)

6.32 El contenido de esta conferencia de prensa habla por sí mismo. Mediante el incremento de

6.37 El apartado c) del párrafo 2

(incluidas en una lista) no constituyó una suspensión de concesiones u otras obligaciones en el marco del Acuerdo sobre la OMC. Sabemos perfectamente que nuestro mandato no incluye la evaluación de las prácticas relativas a los requisitos en materia de fianzas del Servicio de Aduanas de los Estados Unidos en términos generales. Hemos examinado el mecanismo de requisitos en materia de fianzas de los Estados Unidos y los efectos comerciales de la medida adoptada por los Estados Unidos el 3 de marzo sólo para entender la naturaleza de esta medida. Nuestra evaluación de la compatibilidad con la OMC de los requisitos adicionales en materia de fianzas contenidos en la medida del 3 de marzo se basa exclusivamente en las pruebas presentadas por los Estados Unidos.

6.41 Las fianzas constituyen un medio de asegurar y garantizar el ejercicio de determinados derechos/obligaciones. Por lo tanto, las fianzas son exigidas por el Miembro importador para garantizar el cumplimiento de derechos específicos de ese Miembro importador (que constituyen obligaciones para otros Miembros). Por ejemplo, numerosos Miembros exigen fianzas con ocasión de la importación a fin de garantizar el pago de los derechos aplicables o el cumplimiento de alguna disposición reglamentaria interna.

6.42 Se deben evaluar dos aspectos diferentes de los requisitos adicionales en materia de fianzas contenidos en la medida del 3 de marzo. Uno de los aspectos que se debe examinar es el incremento de los requisitos en materia de fianzas en sí mismo, en relación con los aranceles que se supone deben garantizar. El otro aspecto de la medida del 3 de marzo que analizaremos es si dicha medida dio lugar a un aumento de los gastos necesarios para obtener esas fianzas adicionales. Los Estados Unidos sugieren que tales costos serían habitualmente los siguientes: i) en el caso de las fianzas únicas adquiridas para la entrada de importaciones (incluidas en la lista) por un valor de 50.000 dólares, de aproximadamente 175 dólares, tomando como hipótesis un tipo de 3,50 dólares por mil dólares de valor de la fianza, y ii) en el caso de las fianzas continuadas calculadas sobre la base de las importaciones (incluidas en la lista) del año precedente de 50.000 dólares, de 50 a 100 dólares, tomando como hipótesis un tipo de 10 a 20 dólares por mil dólares de valor de la fianza.¹¹⁵ Estos gastos no son pagaderos a los Estados Unidos, sino a la institución que concede la fianza. Por consiguiente examinaremos ambos aspectos de la medida del 3 de marzo.

i) *El incremento de los requisitos en materia de fianzas*

6.43 Un requisito en materia de fianzas es esencialmente un mecanismo coercitivo accesorio del derecho que está destinado a proteger. Como se ha examinado *infra*, la jurisprudencia del GATT también ha llegado a la conclusión de que los requisitos en materia de fianzas son mecanismos coercitivos y que su compatibilidad con las normas del GATT se debe evaluar juntamente con los derechos/obligaciones principales que tienen la finalidad de garantizar. En otros términos, un requisito en materia de fianzas no tiene un fundamento jurídico separado, distinto del derecho/obligación principal que garantiza. Por lo tanto, una fianza es parte del derecho que está destinada a garantizar y está incluida en éste. En la presente diferencia, los Estados Unidos alegan que los requisitos adicionales en materia de fianzas establecidos el 3 de marzo fueron aplicados para garantizar el pago de derechos del 100 por ciento y, como observó el Representante Adjunto de los Estados Unidos para las Cuestiones Comerciales Internacionales, Sr. P. Scher, el 3 de marzo¹¹⁶, existe escasa diferencia entre imponer derechos del 100 por ciento e imponer una obligación contingente del 100 por ciento sobre el valor de las importaciones. Por consiguiente, debemos evaluar la compatibilidad con las normas de la OMC de los requisitos específicos en materia de fianzas

¹¹⁵ Respuesta de los Estados Unidos a las preguntas adicionales del Grupo Especial, de 10 de febrero de 2000, párrafo 5 (apéndice 2.10 de este informe del Grupo Especial). Sin embargo, sobre la base del ejemplo descrito en los párrafos 6.46 a 6.51 del presente informe, parecería existir la posibilidad de un aumento de gastos más importante, de al menos 500 dólares antes del 3 de marzo, a 10.000 dólares después del 3 de marzo, en el caso de las fianzas continuadas.

¹¹⁶ Véase el párrafo 6.31 de este informe del Grupo Especial.

establecidos el 3 de marzo, a la luz de los derechos (obligaciones) arancelarios que tratan de garantizar.

6.44 La jurisprudencia del GATT confirma nuestra interpretación sobre la naturaleza jurídica de los requisitos en materia de fianzas. En el informe del Grupo Especial que examinó el asunto *CEE - Medidas en relación con las proteínas destinadas a la alimentación animal*¹¹⁷, adoptado, el Grupo Especial concluyó que "la caución, con inclusión de los costes que pudiese entrañar, constituía únicamente un mecanismo de aplicación del requisito de compra y, como tal, debía ser examinado con la obligación de compra" (en el marco del artículo III del GATT).¹¹⁸ El informe del Grupo Especial, adoptado, que examinó el asunto *CEE - Programa de precios mínimos, licencias y depósitos de garantía para la importación de determinadas frutas, legumbres y hortalizas elaboradas*¹¹⁹ también llegó a la conclusión de que el sistema de garantías era necesario para aplicar el precio mínimo de importación y debía evaluarse junto con éste. En ese caso, el Grupo Especial concluyó que "el sistema del precio mínimo de importación y la fianza adicional conexa [...] no satisfacía las condiciones necesarias para quedar exento de las disposiciones de los incisos i) y ii) del apartado c) del párrafo 2 del artículo XI, habida cuenta de lo que disponía el párrafo 1 de dicho artículo [...] este [...] sistema era incompatible con [el] artículo XI".¹²⁰

6.45 En el informe del Grupo Especial, adoptado, en *Estados Unidos - Artículo 337 de la Ley Arancelaria de 1930*¹²¹, el Grupo Especial examinó el artículo 337 de la ley estadounidense, cuya finalidad era hacer cumplir la Ley de patentes de los Estados Unidos con respecto a las importaciones. El Grupo Especial expresó que "los procedimientos encaminados a hacer respetar disposiciones sustantivas no pueden separarse de éstas", y examinó si tales procedimientos gozaban de una excepción con arreglo al apartado d) del artículo XX (ya que el artículo 337, conjuntamente con la Ley de patentes cuyo cumplimiento procuraba, infringía el párrafo 4 del artículo III). El Grupo Especial llegó a una conclusión negativa. La conclusión final del informe del Grupo Especial fue que el artículo 337 de la ley estadounidense era en sí mismo (esto es, el mecanismo de aplicación coercitiva) incompatible con lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo III del GATT.

6.46 Observamos que el día 3 de marzo, los tipos arancelarios consolidados aplicables a las importaciones de las CE (incluidas en una lista) eran los enumerados en el párrafo 2.35 del presente informe del Grupo Especial, todos los cuales eran bastante inferiores al 100 por ciento *ad valorem*. El 3 de marzo de 1999, los Estados Unidos aumentaron los requisitos en materia de fianzas para garantizar el pago de derechos del 100 por ciento sobre 520 millones de dólares de importaciones de las CE (incluidas en una lista). Es útil examinar, mediante un ejemplo, el efecto real de esta medida del 3 de marzo, tomando como base importaciones anuales de 10 millones de dólares (todas importaciones procedentes de las CE incluidas en la lista), sujetas a, por ejemplo, derechos consolidados del 5 por ciento (500.000 dólares), tanto en el caso de las fianzas continuadas como de

Estados Unidos y de sus respuestas a nuestras preguntas, entendemos que el incremento de los requisitos en materia de fianzas dispuesto el 3 de marzo es el que se expresa a continuación.

6.47 La práctica normal del Servicio de Aduanas de los Estados Unidos en lo que se refiere a los requisitos en materia de fianzas es la siguiente:

- i) Con respecto a la mayor parte de los productos, excepto los abarcados por una disposición de la Ley de Productos Alimenticios y Farmacéuticos:
 - Una fianza continuada tiene que cubrir el 10 por ciento de los derechos, impuestos y tasas aplicables a todos los productos durante el año precedente, y no ha de ser inferior a 50.000 dólares.
 - Una fianza única por transacción tiene que cubrir el valor declarado más todos los derechos, impuestos y tasas correspondientes a la entrada de la mercancía.
- ii) Con respecto a los productos abarcados por un requisito adicional de la Ley de Productos Alimenticios y Farmacéuticos:
 - Una fianza continuada tiene que cubrir el 10 por ciento de los derechos,

abarcadas en el año precedente. En nuestro ejemplo, el requisito de la fianza, por tanto, se habría incrementado de 50.000 a 1 millón de dólares. Esto parecería compatible con el Memorándum del Servicio de Aduanas mencionado en el párrafo 2.24 *supra*.

6.49 Antes del 3 de marzo, en el caso de una fianza única por transacción, y tomando como hipótesis 50 envíos individuales por un valor de 200.000 dólares cada uno, la fianza exigida era el valor declarado, o sea 200.000 dólares más los derechos (5 por ciento - 10.000 dólares), es decir un total de 210.000 dólares. A partir del 3 de marzo, la fianza exigida era el importe del valor declarado, de modo que la cuantía de la fianza habría sido de 200.000 dólares para cada envío, es decir que habría habido una reducción. En los casos en que los importadores fueran autorizados a utilizar una fianza única por transacción para un envío en lugar de incrementar la fianza continuada, habría habido un aumento, esto es, hasta llegar a la cuantía total de la fianza única por transacción (en nuestro ejemplo, 200.000 dólares), que es un incremento inferior a la opción de una fianza continuada de 1 millón de dólares).

6.50 Los requisitos en materia de fianzas para las importaciones sujetas a prescripciones de la Ley de Productos Alimenticios y Farmacéuticos de los Estados Unidos no registraron variaciones en el caso de las fianzas únicas por transacción, de tres veces el valor declarado. En el caso de las fianzas continuadas, la situación sería la descrita en el párrafo 6.48 *supra*.

6.51 Recordamos que aproximadamente el 93 por ciento de las importaciones procedentes de las CE (y, por tanto, presumiblemente una cifra aproximada al 93 por ciento de las importaciones comunitarias incluidas en la lista) estaban sujetas a fianzas continuadas.¹²² Basándonos en las pruebas que tenemos ante nosotros, creemos que en la mayor parte de las importaciones comunitarias incluidas en la lista, la medida del 3 de marzo dio lugar a un aumento de los requisitos en materia de fianzas. Sin embargo, pueden existir situaciones en las que los requisitos adicionales en materia de fianzas impuestos por la medida del 3 de marzo fueron insignificantes o no representaron un aumento. No obstante, consideramos que el objeto de nuestro examen es la totalidad del mecanismo puesto en práctica mediante la medida del 3 de marzo.

6.52 En este contexto, recordamos las conclusiones del Órgano de Apelación en el asunto *Argentina - Medidas que afectan a las importaciones de calzado, textiles, prendas de vestir y otros artículos ("Argentina - Textiles")*¹²³ en el sentido de que si existe la posibilidad de que se infrinja el artículo II, se deberá considerar que el mecanismo arancelario existente viola el artículo II:

"53. Teniendo presente ese análisis, podemos establecer la generalización de que, en virtud del sistema argentino, cuando la cuantía del DIEM se determina aplicando un tipo del 35 por ciento, o un tipo menor del 35 por ciento, al precio internacional representativo, **existe la posibilidad** de que haya un precio suficientemente bajo como para determinar un equivalente *ad valorem* del DIEM mayor del 35 por ciento. En otras palabras, la estructura y el diseño del sistema argentino es tal que respecto de cualquier DIEM, e independientemente de qué tipo *ad valorem* se utilice como multiplicador del precio internacional representativo, existe la posibilidad de que haya un "precio de equilibrio" (*break-even price*) por debajo del cual el equivalente *ad valorem* del derecho arancelario recaudado excede del tipo *ad valorem* consolidado del 35 por ciento.

¹²² Respuestas de los Estados Unidos a las preguntas adicionales del Grupo Especial, de fecha 8 de febrero de 2000, párrafo 13 (apéndice 2.6 de este informe del Grupo Especial).

¹²³ Informe del Órgano de Apelación en el asunto *Argentina - Medidas que afectan a las importaciones de calzado, textiles, prendas de vestir y otros artículos ("Argentina - Textiles")*, adoptado el 22 de abril de 1998, WT/DS56/AB/R.

[...]

62. Recordamos nuestra constatación de que el régimen de los DIEM, por su estructura y diseño, da como resultado la aplicación de derechos específicos con equivalentes *ad valorem* que exceden del 35 por ciento [...] Por consiguiente, estamos de acuerdo con la Argentina en que la aplicación de los DIEM no da como resultado una violación del artículo II en *todas y cada una* de las transacciones de importación correspondientes a una categoría arancelaria determinada. Al mismo tiempo, sin embargo, estamos de acuerdo con el Grupo Especial en que hay razones suficientes para llegar a la conclusión de que *la estructura y el diseño* de los DIEM darán como resultado, *en relación con una gama determinada de precios de importación* respecto de una categoría arancelaria pertinente, una violación de las obligaciones contraídas por la Argentina en virtud del párrafo 1 del artículo II respecto de todas las categorías arancelarias de los capítulos 51 a 63 de la N.C.M."¹²⁴ (Cursivas añadidas.)

6.53 Las Comunidades Europeas alegan que la medida del 3 de marzo infringió el artículo I del GATT, ya que era aplicable sólo a los productos de las CE y no a otros productos similares procedentes de otros Miembros de la OMC.

6.54 Cons

"1. *a)* Cada parte contratante concederá al comercio de las demás partes contratantes un trato no menos favorable que el previsto en la parte apropiada de la lista correspondiente anexa al presente Acuerdo.

b) Los productos enumerados en la primera parte de la lista relativa a una de las partes contratantes, que son productos de los territorios de otras partes contratantes no estarán sujetos -al ser importados en el territorio a que se refiera esta lista y teniendo en cuenta las condiciones o cláusulas especiales establecidas en ella- a derechos de aduana propiamente dichos que excedan de los fijados en la lista. Dichos productos estarán también exentos de todos los demás derechos o cargas de cualquier clase aplicados a la importación o con motivo de ésta que excedan de los aplicados en la fecha de este Acuerdo o de los que, como consecuencia directa y obligatoria de la legislación vigente en el territorio importador en esa fecha hayan de ser aplicados ulteriormente."

6.56 Ya hemos examinado la naturaleza de los requisitos en materia de fianzas y hemos llegado a la conclusión de que su compatibilidad con la OMC se deberá evaluar juntamente con los derechos y obligaciones que están destinados a garantizar. En particular, cuando se utilizan para garantizar el pago de derechos de aduana, los requisitos en materia de fianzas pasan a ser parte del derecho de

obligación arancelaria contingente de los productos comunitarios (incluidos en una lista) por encima de sus niveles consolidados, todos los cuales son muy inferiores al 100 por ciento *ad valorem* (el más elevado es del 18 por ciento). En realidad, el 3 de marzo, con los requisitos adicionales en materia de fianzas aplicables a las importaciones de las CE (incluidas en una lista), los Estados Unidos comenzaron "hacer cumplir" la imposición de derechos arancelarios del 100 por ciento sobre las importaciones de las CE (incluidas en una lista), contraviniendo los niveles consolidados en su Lista.

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

Opinión de un miembro del Grupo Especial

6.60 Uno de los miembros del Grupo Especial opina que los requisitos en materia de fianzas pueden aplicarse legítimamente para hacer cumplir derechos y obligaciones compatibles con la OMC. Tales requisitos en materia de fianzas podrían beneficiarse de la aplicación del apartado d) del artículo XX, en calidad de medidas "necesarias para lograr la observancia de las leyes y de los reglamentos que no sean incompatibles con las disposiciones del presente Acuerdo", suponiendo que protejan derechos/obligaciones compatibles con la OMC y que no sean incompatibles con las disposiciones del encabezamiento del artículo XX. Si los requisitos en materia de fianzas se utilizan para garantizar el cumplimiento de derechos/obligaciones compatibles con la OMC, no parecerían ser incompatibles con el Acuerdo sobre la OMC. No obstante, en caso contrario, podría considerarse que imponen efectivamente una forma de "restricción" incompatible con el artículo XI del GATT.¹²⁸

6.61 En la presente diferencia, el incremento de los requisitos en materia de fianzas no hace cumplir derechos arancelarios legítimos en el marco de la OMC y, por tanto, no podría ser considerado necesario "para lograr la observancia de las leyes y de los reglamentos que no sean incompatibles" con el GATT. El 3 de marzo, los aranceles estaban consolidados a niveles inferiores al 100 por ciento (el nivel más alto es del 18 por ciento). Todo requisito en materia de fianzas destinado a garantizar el pago de aranceles superiores a sus niveles consolidados no puede ser considerado como un mecanismo destinado a lograr la observancia de aranceles compatibles con la OMC y, por consiguiente, constituyeron restricciones a la importación que carecían de justificación. Los efectos comerciales reales de la medida del 3 de marzo, que se reflejan en los gráficos contenidos en el párrafo 2.37 de este informe del Grupo Especial, confirman su naturaleza y sus efectos restrictivos. Por lo tanto, un miembro del Grupo Especial constató que la medida del 3 de marzo constituía una "restricción", contraria a lo dispuesto en el artículo II del GATT, y no un derecho o una carga en virtud del artículo II.

ii) Cargas por concepto de intereses y gastos y tasas relacionados con la imposición del requisito adicional en materia de fianzas

6.62 El otro aspecto de la medida del 3 de marzo que debemos examinar es si el aumento de las cargas por concepto de intereses, gastos y tasas se encuadra en el concepto de otros "derechos o cargas" aplicados por los Estados Unidos a las importaciones procedentes de las CE (incluidas en una lista), contraviniendo lo dispuesto en la última oración del apartado b) del párrafo 1 del artículo II,

¹²⁸ El artículo XI del GATT reza así: "Ningun Miembro impondrá ni mantendrá -aparte de los derechos de aduana, impuestos u otras cargas- prohibiciones ni restricciones a la importación de un producto del territorio de otro Miembro o a la exportación o a la venta para la exportación de un producto destinado al territorio de otro Miembro, ya sean aplicadas mediante contingentes, licencias de importación o de exportación, o por medio de otras medidas."

según alegan las Comunidades Europeas.¹²⁹ Los Estados Unidos sostienen que los gastos necesarios para cumplir los requisitos adicionales en materia de fianzas no constituyen cargas en el sentido de la última oración del apartado b) del párrafo 1 del artículo II porque no se pagan a los Estados Unidos, sino a una entidad independiente.

6.63 El apartado b) del párrafo 1 del artículo II del GATT prohíbe la imposición de otros derechos

*los concentrados de tomate eran incompatibles con las obligaciones resultantes para la Comunidad del apartado b) del párrafo 1 del artículo II.*¹³¹
(Cursivas añadidas.)

6.66 Los Estados Unidos han confirmado que los requisitos adicionales en materia de fianzas no dieron lugar a un aumento de los gastos.¹³²

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

6.68 Las Comunidades Europeas alegan asimismo que la medida del 3 de marzo infringió el artículo VIII del GATT. No alcanzamos a ver de qué manera los gastos relacionados con los requisitos en materia de fianzas con ocasión de la importación podrían constituir el "coste aproximado de los servicios prestados" en el sentido del artículo VIII.

6.69 El sentido del artículo VIII fue examinado en el informe del Grupo Especial, adoptado, en *Estados Unidos - Derecho de usuario de la aduana*¹³³ y en los informes del Órgano de Apelación y del Grupo Especial, adoptados, en el asunto *Argentina - Textiles*. Se constató que el requisito del artículo VIII, de que la carga cumnto

6.77 En la presente diferencia, los Estados Unidos no alegan que el 3 de marzo exigieron garantías adicionales porque el valor en aduana de las importaciones procedentes de las CE (incluidas en una lista) habían aumentado o se habían modificado el 3 de marzo de 1999. En la presente diferencia, no existe desacuerdo entre las partes sobre el valor en aduana de las importaciones comunitarias (incluidas en una lista). El artículo 13 del Acuerdo sobre Valoración en Aduana autoriza un sistema de garantías cuando hay incertidumbre con respecto al valor en aduana de las mercancías importadas, pero no se refiere al nivel de las obligaciones arancelarias en sí mismas. El artículo 13 del Acuerdo sobre Valoración en Aduana no autoriza la introducción de modificaciones en los niveles arancelarios aplicables, entre el momento en que las importaciones llegan al puerto de entrada de los Estados Unidos y una fecha posterior, una vez que las importaciones han entrado al mercado estadounidense. Como analizamos más extensamente *infra*, el arancel aplicable (la obligación dimanante de la OMC aplicable, que es la ley aplicable con ese fin¹³⁷) debe ser el que estaba en vigor en el día de la importación, el día en que se aplica el arancel. En otros términos, el artículo 13 del Acuerdo sobre Valoración en Aduana no guarda ninguna relación con la presente diferencia. Por consiguiente, desestimamos esta defensa de los Estados Unidos.

ii) *La defensa de los Estados Unidos basada en el aumento del "riesgo" representado por las importaciones de las CE (incluidas en una lista)*

6.78 En su primera serie de respuestas, los Estados Unidos confirmaron que la fecha de aplicación de sus aranceles es la fecha en que las mercancías llegan en un buque a un puerto aduanero, y no una fecha posterior si se produce algún acontecimiento ulterior.¹³⁸

6.79 Según los Estados Unidos, el 13 de marzo el tipo arancelario aplicable a las importaciones de las CE (incluidas en una lista) podía variar en función de un acontecimiento futuro, es decir, una autorización del OSD de suspender concesiones u otras obligaciones con respecto a las mismas importaciones de las CE (incluidas en una lista). Esta variación del nivel arancelario constituía un "riesgo" que -entendemos que con arreglo a la legislación de los Estados Unidos- brindaba una justificación al Servicio de Aduanas para modificar los requisitos en materia de fianzas aplicables a esas importaciones de las CE.

6.80 Entendemos que, en términos generales, el despacho de aduanas se basa en dos tipos diferentes de factores: 1) los factores relativos a la evaluación de la corrección de la clasificación, la valoración en aduana y el origen de las mercancías: esto depende de las particularidades de cada operación de importación, que debe ser declarada por el importador; y 2) los factores determinados por la legislación aduanera pertinente, aplicable en la fecha en que se genera la obligación aduanera, esto es, en el caso de los Estados Unidos, la fecha de entrada en el territorio aduanero estadounidense. Esa obligación fija, entre otras cosas, el tipo del derecho aplicable.

6.81 Los requisitos en materia de fianzas cumplen a menudo el fin de garantizar la corrección de las declaraciones presentadas por los operadores con respecto al primer conjunto de factores (valor en aduana, clasificación, origen de las importaciones). No obstante, la medida del 3 de marzo no impuso

¹³⁷ Informe del Órgano de Apelación en *Comunidades Europeas - Clasificación aduanera de determinado equipo informático*, adoptado el 22 de junio de 1998, WT/DS62, 67 y 68/AB/R, párrafo 84: "[L]as concesiones previstas en esa Lista son parte de *los términos del tratado*. Así pues, las únicas reglas que pueden aplicarse para interpretar el sentido de una concesión son las reglas generales de interpretación establecidas en la Convención de Viena." (Cursivas añadidas.)

¹³⁸ Respuestas de los Estados Unidos a las preguntas del Grupo Especial y de las partes, de 15 de enero de 2000, párrafos 6 y 7 (apéndice 2.4 del presente informe del Grupo Especial). Observamos que el Convenio de Kyoto obliga a especificar el momento que se ha de tener en cuenta con el propósito de determinar los tipos de derechos de importación e impuestos aplicables a las mercancías declaradas para uso doméstico (Norma 47 del anexo B.1).

6.84 Por consiguiente, desestimamos la defensa de los Estados Unidos, de que el 3 de marzo tenían derecho a garantizar, mediante un requisito adicional en materia de fianzas, el pago de derechos del 100 por ciento porque existía el riesgo de que, de conformidad con el ESD, los Estados Unidos fueran autorizados retroactivamente a suspender concesiones u otras obligaciones con respecto a las importaciones de las CE (incluidas en una lista).

c)

obligaciones. En opinión de las Comunidades Europeas, tal infracción tiene un carácter continuado, o

a las normas del ESD o aplicando las conclusiones de un grupo especial, del Órgano de Apelación o un informe arbitral (apartado a) del párrafo 2 del artículo 23) o recurriendo a alguno de los procedimientos de solución de diferencias de la OMC.

6.96 Recordamos que el apartado a) del párrafo 2 del artículo 23 establece lo siguiente:

"2. En tales casos, los Miembros:

- a) no formularán una determinación de que se ha producido una infracción, se han anulado o menoscabado ventajas o se ha comprometido el cumplimiento de uno de los objetivos de los acuerdos abarcados, excepto mediante el recurso a la solución de diferencias de conformidad con las normas y procedimientos del presente Entendimiento, y formularán tal determinación de forma coherente con las constataciones que figuran 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;"

6.97 El apartado a) del párrafo 2 del artículo 23 del ESD confirma la obligación general del párrafo 1 del artículo 23 y prohíbe más explícitamente toda determinación unilateral de que se ha producido una infracción de normas de la OMC, al establecer que todas las determinaciones de que se ha producido una infracción a las normas de la OMC sólo se puede realizar de conformidad con el procedimiento previsto en el ESD.¹⁴⁶

6.98 El término "determinación" (en inglés "determination") se define en el New Shorter Oxford English Dictionary como "La acción de llegar a una decisión; el resultado de ésta; una intención firme. La acción de establecer definitivamente la naturaleza de algo [en el caso del apartado a) del párrafo 2 del artículo 23, sería la naturaleza de una infracción a las normas de la OMC]; indicación exacta". En el contexto de la OMC, consideramos que una "determinación" de que se ha producido una infracción de normas de la OMC es una decisión de que un Miembro de la OMC ha violado el Acuerdo sobre la OMC y ello tiene consecuencias en las relaciones comerciales en el marco de la OMC.

6.99 Observamos que el apartado a) del párrafo 2 del artículo 23 significa *a contrario sensu* que las determinaciones formuladas por los Miembros mediante el recurso al ESD y conforme a las constataciones de los grupos especiales, el Órgano de Apelación y el arbitraje son compatibles con la OMC. Por ejemplo, cuando, en enero de 1999, los Estados Unidos solicitaron la aplicación del procedimiento previsto en el artículo 22, habían formulado una "determinación" interna en el sentido

¹⁴⁶ En el informe del Grupo Especial que examinó el asunto *Estados Unidos - Artículo 301* se sugirió que deben hallarse presentes cuatro elementos para que un acto determinado en una diferencia dada infrinja el apartado a) del párrafo 2 del artículo 23 del ESD: "a) que la medida se tome en 'tales casos' (frase inicial del párrafo 2 del artículo 23), es decir, en una situación en que un Miembro '[trate] de reparar el incumplimiento de obligaciones u otro tipo de anulación o menoscabo de las ventajas resultantes de los acuerdos abarcados, o un impedimento al logro de cualquiera de los objetivos de los acuerdos abarcados', según se dispone en el párrafo 1 del artículo 23; b) que la medida constituya una 'determinación'; c) que la 'determinación' sea en el sentido 'de que se ha producido una infracción, se han anulado o menoscabado ventajas o se ha comprometido el cumplimiento de uno de los objetivos abarcados'; d) que la 'determinación' no se haga 'mediante el recurso a la solución de diferencias de conformidad con las normas y procedimientos del [ESD]' o no se haga '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 [ESD]'. Los dos elementos de esta prescripción son de carácter acumulativo. Sólo se autorizan las determinaciones que se hayan formulado recurriendo al ESD y que sean coherentes con las constataciones que haya adoptado el OSD o que figuren en un laudo arbitral dictado conforme al ESD." Informe del Grupo Especial en *Estados Unidos - Artículo 301*, *op. cit.*, nota de pie de página 657.

de que la medida de aplicación de las CE era incompatible con la OMC y exigían que la OMC adoptara una decisión jurisdiccional sobre este asunto. Esta determinación de los Estados Unidos se formuló en el contexto de un procedimiento previsto en el ESD y obviamente no constituía una infracción del artículo 23. Sin embargo, el 3 de marzo, como se analiza más detalladamente *infra*, los Estados Unidos decidieron actuar al margen del procedimiento previsto en el ESD.

6.100 A nuestro entender, existen amplias pruebas de que la medida del 3 de marzo constituyó una medida unilateral de los Estados Unidos en el sentido de que se había producido una infracción de normas de la OMC respecto de la cual los Estados Unidos determinaron que era menester tomar una medida correctiva. Cuando el 3 de marzo los Estados Unidos decidieron adoptar una medida correctiva contra las importaciones de las CE (incluidas en una lista), no existía ninguna determinación de la OMC (constataciones de un grupo especial, del Órgano de Apelación o de un órgano de arbitraje) en la que se concluyera que la medida de aplicación de las CE era incompatible con el Acuerdo sobre la OMC. La medida unilateral (como hemos concluido *supra* en el párrafo 6.86) adoptada por los Estados Unidos supone necesariamente una determinación unilateral previa de los Estados Unidos en el sentido de que la medida de aplicación de las CE era incompatible con la OMC. Cuando los Estados Unidos hicieron referencia a sus "derechos" y a la necesidad de preservar sus derechos de recaudar impuestos más elevados, esta determinación estadounidense de sus derechos fue, por tanto, unilateral. En el anuncio oficial del Representante de los Estados Unidos para las cuestiones comerciales internacionales se expresaba lo siguiente:

"Los Estados Unidos *adoptan medidas aduaneras* sobre importaciones europeas

A partir del día de la fecha, el Servicio de Aduanas de los Estados Unidos *comenzará* a 'suspender la liquidación' de exportaciones por un valor superior a 500 millones de dólares de *determinados productos procedentes de la Unión Europea* (UE) de conformidad con *los derechos que incumben a los Estados Unidos* en virtud de los Acuerdos de la OMC. La suspensión de la liquidación impone una *obligación contingente correspondiente a derechos del 100 por ciento* sobre los productos afectados a partir del 3 de marzo de 1999 [...].

El 1º de enero de 1999 fue la fecha límite para que la UE aplicara un régimen de los bananos compatible con la OMC. *La UE no respetó esta fecha límite*, autorizando así a los Estados Unidos a suspender concesiones arancelarias a partir del 1º de

régimen de los bananos de las CE, *incompatible con la OMC. Ese propósito se logra*

enero de 1999, que fue examinada por el OSD el 25 de enero de 1999, y en segundo lugar, el 18 de febrero de 2000), a esperar que el Grupo Especial encargado del arbitraje respetaría los límites temporales generales del párrafo 6 del artículo 22, no podían suponer el 3 de marzo que se beneficiarían finalmente de un derecho retroactivo concedido por el OSD.¹⁵² Los Estados Unidos no solicitaron la retroactividad, y las medidas de reparación retroactivas son ajenas a la práctica de larga data del GATT/OMC, con arreglo a la cual las medidas correctivas han sido siempre prospectivas. El 3 de marzo, los Estados Unidos no tenían ningún "derecho" compatible con la OMC (ni siquiera potencial) para aplicar ninguna suspensión de concesiones u otras obligaciones que pudiera haber sido confirmado retroactivamente. Por ende, la afirmación de los Estados Unidos de que tenían tal derecho sólo se podía haber determinado de manera unilateral.

6.107 Por consiguiente, concluimos que la medida del 3 de marzo constituyó una determinación unilateral contraria a lo dispuesto en el apartado a) del párrafo 2 del artículo 23 y el párrafo 5 del artículo 21 del ESD. Como se ha examinado *supra*, consideramos que el apartado a) del párrafo 2 del artículo 23 y el párrafo 5 del artículo 21 dejan en claro que la determinación de la compatibilidad de las medidas de aplicación con las normas de la OMC sólo puede realizarse mediante el recurso al ESD. El 3 de marzo, tal determinación de la OMC no existía. Las Comunidades Europeas alegan que se debe imputar la culpa a los Estados Unidos, pero ¿quién debía activar esta determinación de la OMC relativa a la compatibilidad de una medida de aplicación con las normas de la OMC?

6.108 Las Comunidades Europeas y los Estados Unidos discrepan sobre a cuál de las partes incumbe la carga de demostrar el cumplimiento o no cumplimiento de dicha medida de aplicación. Consideramos que, en tanto existe una medida adoptada para dar cumplimiento a las obligaciones del Grupo Especial y del Órgano de Apelación (una medida de aplicación) y el contenido de esa medida de aplicación es distinto de la medida que fue objeto de las recomendaciones del grupo especial y del Órgano de Apelación, el párrafo 5 del artículo 21 ordena que debe estar a cargo de la OMC la determinación de si tal medida de aplicación es compatible con la OMC. Observamos que la existencia de una medida, es decir, la cuestión de dilucidar si se ha adoptado efectivamente una nueva medida para cumplir las recomendaciones del Grupo Especial y del Órgano de Apelación, es una cuestión que también debe ser determinada por el OSD, y no de manera unilateral.

6.109 Por consiguiente, incumbiría al Miembro que impugna la compatibilidad con las normas de la OMC de la medida de aplicación (o que impugna la mera existencia de una auténtica medida de aplicación) el solicitar que el asunto sea sometido a un procedimiento de solución de diferencias de la OMC/ESD (ese Miembro está obligado a hacerlo de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 y el apartado a) del párrafo 2 del artículo 23 del ESD), en particular con intervención, siempre que sea posible, del grupo especial que haya entendido inicialmente en el asunto. Tradicionalmente, en el marco de GATT/OMC, corresponde que lo solicite el país que procura la aplicación de una disposición o un derecho específicos. Observamos en este contexto que es relativamente simple (no es necesario ningún interés especial protegido jurídicamente, y el requisito de "legitimidad" consiste

¹⁵² El 3 de marzo, los Estados Unidos no habían solicitado ninguna autorización retroactiva del OSD y los árbitros no habían perdido su jurisdicción sobre el asunto. Recordamos la conclusión de los árbitros en su Decisión relativa al párrafo 6 del artículo 22 en el asunto *CE - Bananos III*: "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. Recordamos una conclusión similar a la que se llegó en el informe del Grupo Especial en el asunto *Estados Unidos - Artículo 301* (párrafo 7.31). Los Estados Unidos debían haber sabido que esa medida del 3 de marzo era unilateral y no se basaba en ninguna expectativa razonable de aplicación retroactiva.

sólo en un interés de mercado "potencial"¹⁵³) iniciar un procedimiento de solución de diferencias de conformidad con el ESD. El Miembro que se propone solicitar la autorización del OSD para suspender concesiones u otras obligaciones debe, por ende, en caso de desacuerdo entre las partes, impugnar la medida de aplicación y activar el mecanismo de solución de diferencias de la OMC para obtener una determinación de la OMC en el sentido de que la medida de aplicación es incompatible con las normas de la OMC. Con arreglo a las normas generales de la OMC¹⁵⁴, incumbirá a ese Miembro la carga de probar que la nueva medida de aplicación infringe disposiciones del Acuerdo sobre la OMC.

6.110 Nuestra posición se ve confirmada por la siguiente declaración formulada por el Órgano de Apelación en el asunto

6.111 Nuestra interpretación respecto de la carga de la prueba no favorecerá la adopción de medidas de aplicación "tramposas". Por el contrario, sabemos perfectamente que la aplicación inmediata de las recomendaciones del OSD constituye el criterio pertinente, repetido expresamente en el párrafo 7 del artículo 3 y en los párrafos 1 y 3 del artículo 21 del ESD. En este contexto, mencionamos la jurisprudencia concordante de los árbitros de conformidad con el apartado c) del párrafo 3 del artículo 21 del ESD, en el sentido de que "[...] el primer objetivo en general es la *supresión inmediata* de la medida juzgada incompatible [...]. Solamente si no es factible esa supresión, el Miembro afectado tiene derecho a un plazo prudencial para la aplicación"¹⁵⁷. Por consiguiente, resulta claro que la aplicación se deberá realizar rápidamente.

6.112 Si el Miembro que tiene a su cargo la aplicación abusa de su derecho a aplicar las recomendaciones de los grupos especiales y del Órgano de Apelación dentro del plazo prudencial, ese Miembro no se beneficiará de la adopción de ninguna medida tramposa, ya que parece claro que le incumbe la carga de probar que el nivel inicial de suspensión de subvenciones u otras obligaciones autorizado inicialmente por el OSD se debe reducir (de acuerdo con la adopción de una nueva medida compatible con la OMC). Esto se ajusta a la norma de que la carga de la prueba siempre incumbe al Miembro que impugna la compatibilidad de una medida con la OMC. Una vez que un Miembro impone suspensiones de concesiones u otras obligaciones autorizadas por el OSD, esa medida del Miembro es compatible con la OMC, ya que fue expresamente autorizada por el OSD. Si el Miembro afectado por la medida del otro Miembro (la imposición de una suspensión de concesiones u otras obligaciones) desea impugnar la compatibilidad de esa medida con la OMC (por ejemplo, alegando que su nivel ya no es equivalente al nivel de la anulación), incumbe a ese Miembro afectado soportar la carga de la prueba pertinente.

6.113 Consideramos que nuestra interpretación es compatible con los términos del párrafo 8 del artículo 22 del ESD, que es muy específico sobre esta cuestión, y que establece lo siguiente:

"22.8 La suspensión de concesiones u otras obligaciones será temporal y sólo se aplicará *hasta que* se haya suprimido 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, o hasta que se llegue a una solución mutuamente satisfactoria." (Cursivas añadidas.)

6.114 Es lógico que el Miembro que ha adoptado la medida declarada incompatible está en las mejores condiciones para saber si la situación ha cambiado, es decir, si la medida (o una parte de ella) ha sido suprimida y, en consecuencia, si la medida que impone la suspensión debe ser impugnada. Ese Miembro deberá soportar la carga de probar que la medida de suspensión ya no es compatible con la OMC porque su nivel no es equivalente al nivel de anulación de ventajas resultantes de la OMC. Nuestra interpretación es compatible con la norma fundamental de la OMC/ESD de que las recomendaciones de los grupos especiales y del Órgano de Apelación se deben aplicar "inmediatamente" (apartado c) del párrafo 3 del artículo 21 del ESD) y de que, a más tardar al vencimiento del plazo prudencial, el mecanismo de aplicación de la OMC/ESD puede ser activado por un Miembro interesado.

6.115 Habiendo constatado que la primera frase del párrafo 5 del artículo 21 ordena la evaluación de la compatibilidad con la OMC de una medida de aplicación recurriendo exclusivamente al mecanismo

de solución de diferencias de la OMC, y que incumbe al Miembro que impugna la compatibilidad con la OMC de una medida el activar ese procedimiento, debemos abordar la cuestión de qué procedimientos de solución de diferencias de la OMC se pueden utilizar.

6.116 Las Comunidades Europeas alegan que los Estados Unidos infringieron el párrafo 5 del artículo 21 porque el 3 de marzo no disponían de un informe de grupo especial emitido con arreglo al párrafo 5 del artículo 21. Las Comunidades Europeas van más allá y sostienen que los Estados Unidos debían haber tenido a su disposición un informe de grupo especial de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 cuando solicitaron al OSD la aplicación del procedimiento previsto en el artículo 22 (o al menos cuando, el 19 de abril, el OSD autorizó la suspensión de concesiones y otras obligaciones por los Estados Unidos). En opinión de las Comunidades Europeas, la infracción del 3 de marzo tiene un carácter continuado y, como la medida del 19 de abril es la confirmación de la medida del 3 de marzo, que a su vez es incompatible con el ESD, la medida del 19 de abril carece de validez a tenor del ESD.

6.117 En primer lugar, examinaremos si un órgano de arbitraje puede adoptar una determinación con arreglo al párrafo 5 del artículo 21 mediante el procedimiento del párrafo 6 del artículo 22. Aplicando el principio claramente expresado en la primera frase del párrafo 5 del artículo 21, el final de la primera frase (y la segunda frase) del párrafo 5 del artículo 21 hacen referencia a la "posibilidad" específica de remitir el asunto al grupo especial que haya entendido inicialmente en el asunto, como uno de los procedimientos de solución de diferencias disponible en el marco de la OMC para determinar tal compatibilidad de las medidas de aplicación con las normas de la OMC:

"En caso de desacuerdo en cuanto a la existencia de medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones o a la compatibilidad de dichas medidas con el acuerdo abarcado, esta diferencia *se resolverá* conforme a los *presentes* procedimientos de solución de diferencias, *con intervención*, siempre que sea posible, del grupo especial que haya entendido inicialmente en el asunto (*'including wherever possible resort to the original panel'* en la versión inglesa).

El grupo especial distribuirá su informe dentro de los 90 días siguientes a la fecha en que se le haya sometido el asunto. Si el grupo especial considera que no le es posible presentar su informe en este plazo, comunicará por escrito al OSD los motivos del retraso, indicando el plazo en que estima podrá presentarlo." (Cursivas añadidas.)

6.118 A nuestro juicio, esta frase confirma que si resulta necesaria una evaluación de la compatibilidad de una medida de aplicación con las normas de la OMC (porque las partes están en desacuerdo) esa determinación sólo puede obtenerse mediante los procedimientos de solución de diferencias de la OMC. Ahora bien, ¿cuáles son los "presentes procedimientos de solución de diferencias"? El párrafo 5 del artículo 21 no contiene ninguna indicación sobre esta cuestión. Debemos proseguir nuestro examen del sentido corriente de los términos empleados en el párrafo 5 del artículo 21 del ESD.

6.119 Si examinamos el contexto del párrafo 5 del artículo 21 (con inclusión de las disposiciones del ESD que rodean al párrafo 5 del artículo 21) y el objeto y fin del ESD, observamos que existen en el ESD varios tipos diferentes de procedimientos de solución de diferencias en el marco de la OMC que se podrían emplear para evaluar la compatibilidad de la nueva medida de aplicación con las normas de la OMC. Recordamos que la primera frase del artículo 5 del artículo 21 dice *"including recourse to the original panel"*. Si bien el procedimiento de los grupos especiales (y del Órgano de Apelación) es el procedimiento de solución de diferencias de la OMC más asiduamente empleado, el artículo 25 del ESD, por ejemplo, prevé expresamente el arbitraje como medio de resolver las diferencias en la OMC. El párrafo 4 del artículo 25 dispone que los artículos 21 y 22 del ESD serán aplicables a los resultados de tal arbitraje. No existe razón alguna para negar que la evaluación de la compatibilidad de una medida de aplicación con las normas de la OMC pueda ser determinada por un

arbitraje de conformidad con el artículo 25, que es uno de los procedimientos de solución de diferencias de la OMC.

6.120 Observamos que los antecedentes de la redacción del párrafo 5 del artículo 21 parecen

previsto en el párrafo 6 del artículo 22 está facultado para determinar si "el nivel de esa suspensión es equivalente al nivel de la anulación", tiene facultades para evaluar ambas variables de la ecuación.

6.122 Sabemos perfectamente que nuestro mandato no consiste en evaluar la compatibilidad con el ESD de lo dispuesto en los informes del Grupo Especial que examinó la cuestión de la aplicación y de los árbitros en el asunto *CE - Bananos III*.¹⁶³ Sin embargo, consideramos que si, cuando se solicita el arbitraje de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22, no ha tenido lugar ninguna determinación de la compatibilidad de la medida de aplicación con las normas de la OMC, quienes actúan en el arbitraje están obligados a evaluar en primer lugar si la medida de aplicación anula o menoscaba derechos resultantes de la OMC para el Miembro que solicita la autorización del OSD para adoptar medidas de retorsión. Se trata de una cuestión de simple lógica jurídica: es jurídicamente imposible evaluar el nivel de suspensión basado en el nivel de anulación antes de evaluar si la medida de aplicación anula o menoscaba derechos resultantes de la OMC. Sólo después de haber evaluado la compatibilidad de la medida de aplicación con las normas de la OMC puede un órgano jurisdiccional de la OMC evaluar las consecuencias de tal incompatibilidad con la OMC, lo que indicará el "nivel equivalente de suspensión de concesiones y otras obligaciones". Como el procedimiento de arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 está facultado para determinar "un nivel de suspensión equivalente al nivel de la anulación", tiene facultades para evaluar ambas variables de la ecuación, incluidas la cuestión de dilucidar si la medida de aplicación anula alguna ventaja y el nivel de las ventajas anuladas.

6.123 Observamos también que tanto el párrafo 6 del artículo 22 como la primera frase del párrafo 5 del artículo 21 mencionan la posibilidad de recurrir al grupo especial que haya entendido inicialmente en el asunto; existe en cada diferencia sólo un grupo especial que haya entendido inicialmente en el asunto. Por consiguiente, es razonable considerar que el mismo grupo especial que entendió originalmente en el asunto, mediante su procedimiento de arbitraje, evaluará en primer lugar la compatibilidad de la nueva medida con la OMC; en segundo lugar, evaluará las consecuencias, si existieran, de tal medida incompatible con la OMC, y en tercer lugar determinará el nivel equivalente de suspensión de concesiones u otras obligaciones. Entendemos que ésta es la práctica actual del OSD, desarrollada en el marco del ESD: los miembros del grupo especial que ha entendido originalmente en el asunto tienen instrucciones de actuar de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 5 del artículo 21 y/o los párrafos 6 y 7 del artículo 22 del ESD.¹⁶⁴ Por lo tanto, es razonable

¹⁶³ *Ibid.*

¹⁶⁴ En los casos siguientes, el OSD decidió que el asunto se remitiera al grupo especial que había entendido inicialmente en el asunto de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD: i) *CE - Bananos III*, Recurso del Ecuador al párrafo 5 del artículo 21 (comunicación de 18 de diciembre de 1998, WT/DS27/41), WT/DSB/M/53; ii) *CE - Bananos III*, Recurso de las Comunidades Europeas al párrafo 5 del artículo 21, WT/DSB/M/53; iii) *Australia - Salmones*, Recurso del Canadá al párrafo 5 del artículo 21 (comunicación de 3 de agosto de 1999, WT/DS18/14), WT/DSB/M/66; iv) *Canadá - Medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles*, Recurso del Brasil al párrafo 5 del artículo 21 (comunicación de 26 de noviembre de 1999, WT/DS46/13), WT/DSB/M/72; v) *Brasil - Programa de financiación de las exportaciones para aeronaves*, Recurso del Canadá al párrafo 5 del artículo 21 (comunicación de 23 de noviembre de 1999, WT/DS70/9), WT/DSB/M/72; y vi) *Australia - Subvenciones concedidas a los productores y exportadores de cuero para automóviles*, Recurso de los Estados Unidos al párrafo 5 del artículo 21 (comunicación de 4 de octubre de 1999, WT/DS126/8), WT/DSB/M/69. En esos casos, excepto ii) *supra*, el Miembro que invocó el procedimiento pidió concretamente que el asunto se remitiera al grupo especial que había entendido inicialmente en el asunto. Además, en los siguientes procedimientos de arbitraje de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22, los miembros del grupo especial que había entendido inicialmente en el asunto fueron designados en calidad de árbitros: i) *CE - Bananos III*, Recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD, WT/DSB/M/54; ii) *Australia - Salmones*, Recurso de Australia al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD, WT/DS18/16; y iii) Decisión de los árbitros en *CE - Hormonas*, Recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD, *op. cit.*, párrafo 2. En el caso i) *supra*, las Comunidades Europeas solicitaron concretamente que el arbitraje estuviese a cargo del grupo especial que había entendido inicialmente en el asunto. Comunicación de 3 de febrero de 1999, remitida por las Comunidades Europeas al Presidente del OSD, WT/DS27/46.

interpretar el ESD de modo que permita que un único órgano jurisdiccional de la OMC lleve a cabo la determinación de la compatibilidad de la medida de aplicación con la OMC (párrafo 5 del artículo 21 y apartado a) del párrafo 2 del artículo 23) y la evaluación del nivel adecuado de suspensión (de conformidad con los párrafos 6 y 7 del artículo 22).¹⁶⁵

6.124 No estamos de acuerdo con el argumento de las Comunidades Europeas de que, como los informes de arbitraje no son "adoptados" por el OSD, el arbitraje no está abarcado por los términos "los presentes procedimientos de solución de diferencias" que figuran en la primera frase del párrafo 5 del artículo 21. La adopción no es el único medio de acción institucional del OSD. Es el OSD el que somete todo asunto a arbitraje de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22. Es el OSD el que toma nota del informe de arbitraje con arreglo al párrafo 6 del artículo 22, y los resultados de esa decisión de arbitraje darán lugar a un nivel de suspensión que institucionalmente será autorizado por la OMC/OSD. Consideramos que el procedimiento de arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 constituye una forma de mecanismo decisorio aprobado en el marco de la OMC/ESD. Tampoco estamos de acuerdo con el argumento de las Comunidades Europeas de que quienes actúan mediante el arbitraje de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 no tienen mandato para examinar la compatibilidad de una medida de aplicación con la OMC. Una determinación del "nivel equivalente de las suspensiones" requiere una determinación previa de la OMC sobre el nivel de anulación, si existiera, y quienes actúan de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del ESD tienen atribuciones para formular tal determinación. Consideramos que según el ESD en su forma actual, la determinación de si una medida de aplicación anula o menoscaba ventajas resultantes de la OMC sólo puede ser revisada por un órgano jurisdiccional de la OMC.¹⁶⁶

6.125 También sabemos perfectamente que los Miembros de la OMC no están de acuerdo sobre la relación entre uno de los posibles procedimientos de solución de diferencias que pueden emplearse, esto es, el recurso al grupo original que entendió inicialmente en el asunto, que debe expedir su informe dentro de los 90 días, y la oportunidad para ejercer el derecho de solicitar autorización al OSD para suspender obligaciones y concesiones. Observamos los esfuerzos realizados por los Miembros para resolver esta cuestión en el contexto de la revisión del ESD.¹⁶⁷ Consideramos que puede ser posible evaluar la compatibilidad de una medida de aplicación con la OMC antes del vencimiento del plazo prudencial. Para que se pueda evaluar la compatibilidad de una medida con la OMC, dicha medida debe tener un cierto grado de firmeza. Estimamos que, tan pronto como una medida ofrece un nivel suficiente de certidumbre de modo que resulta jurídicamente posible decidir la existencia de esa característica de la medida, se puede evaluar su compatibilidad con la OMC.¹⁶⁸

¹⁶⁵ La decisión de si la medida de aplicación anula derechos resultantes de la OMC y si el nivel de las sanciones propuestas es equivalente al nivel de anulación constituye una tarea gravosa y en algunos casos puede dar lugar a demoras en la emisión del informe arbitral sobre este asunto. Observamos en este contexto, como lo hizo el Grupo Especial que examinó el asunto *Estados Unidos - Artículo 301* (párrafo 7.180 y nota de pie de página 720), así como el Grupo Especial encargado del arbitraje en *Bananos III* (nota de pie de página 7), que según sus propios términos el plazo de 60 días indicado en el párrafo 6 del artículo 22 no limita ni define la jurisdicción de los árbitros *ratione temporis*. Examinamos este aspecto más detalladamente cuando nos referimos a la defensa de los Estados Unidos, de que si las Comunidades Europeas no hubieran retrasado indebidamente el procedimiento, los Estados Unidos habrían estado facultados, al vencimiento de los 60 días (el 3 de marzo), para obtener autorización del OSD a fin de adoptar medidas de retorsión.

¹⁶⁶ Por supuesto, los Miembros pueden acordar o reglamentar más ampliamente el procedimiento que deberá usarse para obtener tal determinación.

¹⁶⁷ Prueba documental N° 3 de los Estados Unidos.

¹⁶⁸ En cuanto al argumento de los Estados Unidos de que tuvieron que presentar su solicitud al amparo de los párrafos 2 a 6 del artículo 22 dentro de los 30 días siguientes al vencimiento del plazo prudencial a fin de no perder el beneficio de la adopción de decisiones mediante consenso "en contrario", observamos también que el párrafo 4 del artículo 2 del ESD es categórico: la adopción de decisiones del OSD se debe realizar mediante

6.126 Por consiguiente, desestimamos la alegación de las CE de que, porque los Estados Unidos no habían agotado el procedimiento previsto en el párrafo 5 del artículo 21 cuando solicitaron al OSD

artículo 23, constatamos que, cuando los Estados Unidos pusieron en vigor la medida del 3 de marzo, ningún órgano jurisdiccional de la OMC había determinado que la medida de aplicación adoptada por las CE era incompatible con la OMC. Por lo tanto, los Estados Unidos, cuando pusieron en vigor la medida del 3 de marzo, infringieron el párrafo 5 del artículo 21 del ESD y de este modo se negaron a cumplir las normas del ESD, violando así el párrafo 1 del artículo 23 del ESD.

E. ALEGACIONES DE LAS CE EN EL SENTIDO DE QUE LA MEDIDA DEL 3 DE MARZO INFRINGIÓ LOS ARTÍCULOS I, II, VIII Y XI DEL GATT

6.131 Ya hemos constatado *supra* que la medida del 3 de marzo constituyó una suspensión de concesiones u otras obligaciones y que i) el incremento de los requisitos en materia de fianzas de la medida del 3 de marzo infringió el artículo I, el apartado a) del párrafo 1 del artículo II y la primera frase del apartado b) del párrafo 1 del artículo II del GATT (un miembro del grupo especial opinó que ese incremento de los requisitos en materia de fianzas dio lugar, en cambio, a infracciones del artículo XI del GATT), y ii) las cargas adicionales por concepto de intereses, los gastos y las tasas resultantes del incremento de los requisitos en materia de fianzas infringieron la segunda frase del apartado b) del párrafo 1 del artículo II del GATT. Constatamos asimismo que la medida del 3 de marzo violó el artículo I del GATT. Por último, desestimamos la reclamación de las CE de que la medida del 3 de marzo violó el artículo VIII del GATT.

F. LA DEFENSA DE LOS ESTADOS UNIDOS BASADA EN LAS TÁCTICAS DILATORIAS DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

6.132 Los Estados Unidos alegan que las Comunidades Europeas frustraron y demoraron todos los esfuerzos de los Estados Unidos encaminados a cumplir las normas del ESD. Al parecer, los Estados Unidos alegan que las Comunidades Europeas violaron normas del ESD y de las reuniones del OSD y que esto de algún modo justificaría la medida (unilateral) de los Estados Unidos.

6.133 Incluso si fuera cierto que las Comunidades Europeas demoraron las reuniones del OSD y el procedimiento de arbitraje (y pudiera sostenerse que violaron las normas del ESD y las reglas de las reuniones del OSD), resulta claro que un Miembro no puede hallar justificación en la infracción cometida por otro Miembro para dejar de lado las prescripciones del ESD. El argumento de los Estados Unidos (que supone que consideran justificado obrar como lo hicieron porque lo que habrían hecho las Comunidades Europeas era ilícito en el marco de la OMC) es exactamente lo que prohíbe el artículo 23 del ESD: la determinación unilateral de que se ha producido un incumplimiento de normas de la OMC y la imposición unilateral de suspensiones de concesiones u otras obligaciones. Dicho brevemente, el régimen de contramedidas, represalias o medidas de retorsión ha sido regulado estrictamente en el Acuerdo sobre la OMC. Actualmente, sólo en el marco institucional de la OMC/OSD los Estados Unidos podían obtener una determinación compatible con la OMC, de que las Comunidades Europeas habían violado el Acuerdo sobre la OMC, y sólo en este marco institucional de la OMC/OSD los Estados Unidos podían obtener autorización para adoptar medidas correctivas.¹⁷⁰

6.134 Los Estados Unidos alegan asimismo que las Comunidades Europeas retrasaron indebidamente el procedimiento del Grupo Especial encargado del arbitraje de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22, lo que tuvo como consecuencia que no fuera posible que el Grupo Especial dictara su decisión final el día 3 de marzo. Al parecer, los Estados Unidos sugieren que las Comunidades Europeas deberían aceptar la consecuencia de este retraso y soportar las consecuencias

¹⁷⁰ Por lo tanto, en el contexto de la OMC, la disposición del artículo 60 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) relativa a esta cuestión no es aplicable porque el artículo 23 del ESD ha adoptado disposiciones más específicas.

de las medidas unilaterales adoptadas por los Estados Unidos, que no se hubiesen adoptado si el Grupo Especial encargado del arbitraje se hubiera expedido rápidamente.

6.135 Ofreceremos sólo dos breves observaciones sobre esta defensa. En primer lugar, *ninguna* violación de las normas de la OMC puede justificar una medida de retorsión unilateral por parte de otro Miembro; este es el objeto de las prohibiciones contenidas en el párrafo 1 del artículo 23 del ESD. Si los Miembros no están de acuerdo en cuanto a si se ha producido un incumplimiento de normas de la OMC, el único recurso disponible es iniciar un proceso de solución de diferencias en el marco del ESD/OMC y obtener una determinación de la OMC en el sentido de que se ha producido tal incumplimiento de normas de la OMC. En segundo lugar, como observó el Grupo Especial que examinó el asunto *Estados Unidos - Artículo 301*, la mayor parte de los plazos que figuran en el ESD son plazos mínimos sin límites superiores o bien plazos máximos que, no obstante, tienen sólo un carácter indicativo. En el asunto *CE - Bananos III*, el Grupo Especial encargado del arbitraje declaró expresamente que 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".¹⁷¹ Las demoras en los procedimientos de solución de diferencias siempre pueden producirse. La obligación fundamental del artículo 23 del ESD resultaría malograda si cada vez que se produce una demora en el procedimiento de un grupo especial o de arbitraje, el Miembro descontento pudiera simplemente determinar de manera unilateral que se ha producido una infracción e imponer unilateralmente cualquier medida correctiva. Por consiguiente, desestimamos esta defensa de los Estados Unidos.

VII. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

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

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

¹⁷¹ Arbitraje (párrafos 6 y 7 del artículo 22) en *CE - Bananos III*, *op. cit.*, nota de pie de página 7.

- Apéndice 1.1 Primera comunicación de las Comunidades Europeas (10 de noviembre de 1999)
- Apéndice 1.2 Intervención oral de las CE en la primera reunión sustantiva (16 de diciembre de 1999)
- Apéndice 1.3 Declaración final de las CE en la primera reunión sustantiva (17 de diciembre de 1999)
- Apéndice 1.4 Respuestas de las CE a las preguntas del Grupo Especial y de las Partes (13 de enero de 2000)
- Apéndice 1.5 Comunicación de réplica de las Comunidades Europeas (21 de enero de 2000)
- Apéndice 1.6 Carta de las CE de fecha 25 de enero de 2000 sobre la amplitud del mandato del Grupo Especial (25 de enero de 2000)
- Apéndice 1.7 Respuestas de las CE a nuevas preguntas del Grupo Especial (8 de febrero de 2000)
- Apéndice 1.8 Intervención oral de las CE en la segunda reunión sustantiva (9 de febrero de 2000)
- Apéndice 1.9 Declaración final de las CE en la segunda reunión sustantiva (9 de febrero de 2000)
- Apéndice 1.10 Respuestas de las CE a nuevas preguntas del Grupo Especial (10 de febrero de 2000)
- Apéndice 2.1 Primera comunicación de los Estados Unidos de América (6 de diciembre de 1999)
- Apéndice 2.2 Intervención oral de los Estados Unidos en la primera reunión sustantiva (16 de diciembre de 1999)
- Apéndice 2.3 Observaciones finales de los Estados Unidos en la primera reunión sustantiva (17 de diciembre de 1999)
- Apéndice 2.4 Respuestas de los Estados Unidos a las preguntas del Grupo Especial y de las Partes (13 de enero de 2000)
- Apéndice 2.5 Comunicación de réplica de los Estados Unidos (incluida la carta de remisión) (21 de enero de 2000)
- Apéndice 2.6 Respuestas de los Estados Unidos a nuevas preguntas del Grupo Especial (8 de febrero de 2000)
- Apéndice 2.7 Intervención oral de los Estados Unidos sobre cuestiones relacionadas con el ámbito de la presente diferencia, en la segunda reunión sustantiva (9 de febrero de 2000)
- Apéndice 2.8 Intervención oral de los Estados Unidos en la segunda reunión sustantiva (9 de febrero de 2000)
- Apéndice 2.9 Declaración final de los Estados Unidos en la segunda reunión sustantiva (9 de febrero de 2000)
- Apéndice 2.10 Respuestas de los Estados Unidos a nuevas preguntas del Grupo Especial (10 de febrero de 2000)
- Apéndice 3 Intervención oral del Commonwealth de Dominica y Santa Lucía en la sesión destinada a terceros (17 de diciembre de 1999)

- Apéndice 4 Intervención oral del Ecuador en la sesión destinada a terceros (17 de diciembre de 1999)
- Apéndice 5 Comunicación de la India en calidad de tercero (10 de diciembre de 1999)
- Apéndice 6 Comunicación de Jamaica en calidad de tercero (8 de diciembre de 1999)
- Apéndice 7 Intervención oral del Japón en la sesión destinada a terceros (17 de diciembre de 1999)
-