



Sustento del uso justo
de Materiales Protegidos
derechos de autor para
fines educativos



UCI

Universidad para la
Cooperación Internacional

UCI
Sustento del uso justo de materiales protegidos por
derechos de autor para fines educativos

El siguiente material ha sido reproducido, con fines estrictamente didácticos e ilustrativos de los temas en cuestión, se utilizan en el campus virtual de la Universidad para la Cooperación Internacional – UCI – para ser usados exclusivamente para la función docente y el estudio privado de los estudiantes pertenecientes a los programas académicos.

La UCI desea dejar constancia de su estricto respeto a las legislaciones relacionadas con la propiedad intelectual. Todo material digital disponible para un curso y sus estudiantes tiene fines educativos y de investigación. No media en el uso de estos materiales fines de lucro, se entiende como casos especiales para fines educativos a distancia y en lugares donde no atenta contra la normal explotación de la obra y no afecta los intereses legítimos de ningún actor.

La UCI hace un USO JUSTO del material, sustentado en las excepciones a las leyes de derechos de autor establecidas en las siguientes normativas:

- a- Legislación costarricense: Ley sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos, No.6683 de 14 de octubre de 1982 - artículo 73, la Ley sobre Procedimientos de Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual, No. 8039 – artículo 58, permiten el copiado parcial de obras para la ilustración educativa.
- b- Legislación Mexicana; Ley Federal de Derechos de Autor; artículo 147.
- c- Legislación de Estados Unidos de América: En referencia al uso justo, menciona: "está consagrado en el artículo 106 de la ley de derecho de autor de los Estados Unidos (U.S, Copyright - Act) y establece un uso libre y gratuito de las obras para fines de crítica, comentarios y noticias, reportajes y docencia (lo que incluye la realización de copias para su uso en clase)."
- d- Legislación Canadiense: Ley de derechos de autor C-11– Referidos a Excepciones para Educación a Distancia.
- e- OMPI: En el marco de la legislación internacional, según la Organización Mundial de Propiedad Intelectual lo previsto por los tratados internacionales sobre esta materia. El artículo 10(2) del Convenio de Berna, permite a los países miembros establecer limitaciones o excepciones respecto a la posibilidad de utilizar lícitamente las obras literarias o artísticas a título de ilustración de la enseñanza, por medio de publicaciones, emisiones de radio o grabaciones sonoras o visuales.

Además y por indicación de la UCI, los estudiantes del campus virtual tienen el deber de cumplir con lo que establezca la legislación correspondiente en materia de derechos de autor, en su país de residencia.

Finalmente, reiteramos que en UCI no lucramos con las obras de terceros, somos estrictos con respecto al plagio, y no restringimos de ninguna manera el que nuestros estudiantes, académicos e investigadores accedan comercialmente o adquieran los documentos disponibles en el mercado editorial, sea directamente los documentos, o por medio de bases de datos científicas, pagando ellos mismos los costos asociados a dichos accesos.

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO

**La problemática de la exportación de banano a la Unión Europea a la luz
del Acuerdo Doha del año 2001 y los arbitrajes comerciales del año 2005.**

Tesis de grado para optar al título de Licenciada en Derecho

Sue Hellen Uriarte Orozco
994114

Ciudad Universitaria Rodrigo Facio
San José, Costa Rica
2010

Dedicatoria

A mis padres, fundamento de mi educación.

Su ejemplo ha sido la mejor de las enseñanzas para enfrentar las situaciones de la vida; gracias porque siempre encontré en ustedes amistad, consejo, apoyo, en fin, mi refugio.

Gracias por todas las preocupaciones, por el tiempo dedicado, por las atenciones y los regaños, por querer siempre lo mejor para mí, gracias por mi casa, por mi familia, por todo lo que poseo y por lo que soy.

Agradecimientos

A Dios, mi refugio y mi fortaleza.

A mi esposo, que me ha dado su amor incondicional y su apoyo siempre.

A mis hermanas, gracias por estar siempre a mi lado, ofreciéndome amor, cariño y una amistad eterna.

A tita, porque desde mis primeros pasos cuidaste de mí, sin ti esto no habría sido posible.

A tito, sé que estás orgulloso de mí desde el cielo.

A mi tío, un gran profesor: no hay suficientes palabras para expresarte mi agradecimiento, siempre estarás en mi corazón.

A mis amigas, gracias por enseñarme la alegría de la amistad.

A mi familia que está lejos, por todo su amor y su apoyo.

A mi director de tesis y mis lectores por todo el tiempo invertido y por sus consejos.

Índice general

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I: CONTEXTO HISTÓRICO DEL CONFLICTO BANANERO INTERNACIONAL	12
A. ANTECEDENTES: BATALLAS JURÍDICAS PREVIAS AL ACUERDO DOHA DEL AÑO 2001.	12
B. OBJETO DEL CONFLICTO.....	32
CAPÍTULO II: EL ACUERDO DOHA: ANÁLISIS DE SUS OBLIGACIONES JURÍDICAS.	34
A. EXENCIÓN O “WAIVER” DE DOHA.	34
B. ANEXO AL “WAIVER” DE DOHA.....	35
1) <i>Documentos que componen el anexo al “waiver” de Doha</i>	38
a) Comunidad Europea – Régimen de Transición para los contingentes arancelarios autónomos de las CE sobre las importaciones de banano	39
b) Comunidad Europea – Acuerdo de Asociación ACP-CE	43
c) Anexo a la decisión del 14 de noviembre del 2001, relativa a las Comunidades Europeas – Acuerdo de Asociación ACP – CE	44
C. EL “WAIVER” DE DOHA Y LOS ARBITRAJES	48
CAPÍTULO III: ÓRGANO DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO. 50	
A. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO	50
1) <i>Conferencia Ministerial</i>	52
2) <i>Consejo General</i>	52
3) <i>La Secretaría de la OMC</i>	53
4) <i>Órgano de Solución de Diferencias</i>	54
CAPÍTULO IV: PROCEDIMIENTOS ARBITRALES.....	72
B. GENERALIDADES	72
C. PRIMER PROCEDIMIENTO DE ARBITRAJE.....	74
1) <i>Alcances del mandato del árbitro</i>	75
2) <i>Nivel arancelario</i>	81
3) <i>Metodología</i>	84
4) <i>Nivel arancelario estándar</i>	90
D. PRIMER LAUDO ARBITRAL	94
E. SEGUNDO PROCEDIMIENTO DE ARBITRAJE.....	99
1) <i>Propuesta de la UE para rectificar la situación</i>	99
2) <i>Precios</i>	100
3) <i>Restricción cuantitativa a las importaciones de proveedores ACP</i>	106
4) <i>Iniciativa “Todo Menos Armas”</i>	108
F. SEGUNDO LAUDO ARBITRAL	111
CONCLUSIONES.....	120
BIBLIOGRAFÍA.....	128

Tabla de abreviaturas

Siglas	Significado
AACUE	Acuerdo de Asociación entre Centroamérica y la Unión Europea
ACP	África, Caribe y Pacífico
CE	Comunidad Europea
CORBANA	Corporación Bananera Nacional
EBA (siglas en inglés)	Todo Menos Armas
ESD	Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias
FAO (siglas en inglés)	Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación
GATT (siglas en inglés)	Acuerdo general sobre aranceles y comercio
NMF	Nación Más Favorecida
OMC (siglas en inglés WTO)	Organización Mundial de Comercio
OSD	Órgano de Solución de Diferencias
PMA	Países Menos Adelantados
UE	Unión Europea

Índice de figuras

Título de la tabla o figura	Número de página
Tabla 1: Países ACP y territorios de ultramar beneficiarios del régimen de importación bananera	14
Tabla 2: Categorías de contingentes arancelarios	21
Tabla 3: Cuadro comparativo de procedimientos de solución de controversias	62
Tabla 4: Primer argumento de las partes en el primer arbitraje	75
Tabla 5: Segundo argumento de las partes en el primer arbitraje	81
Tabla 6: Tercer argumento de las partes en el primer arbitraje	84
Tabla 7: Cuarto argumento de las partes en el primer arbitraje	90
Figura 1: Diagrama de Flujo del proceso después del primer laudo arbitral	98
Tabla 8: Primer argumento de las partes en el segundo arbitraje	99
Tabla 9: Segundo argumento de las partes en el segundo arbitraje	100
Tabla 10: Tercer argumento de las partes en el segundo arbitraje	106
Tabla 11: Cuarto argumento de las partes en el segundo arbitraje	108
Tabla 12: Cronograma de reducción arancelaria	118

Resumen

El comercio internacional ha sido el eje central del mundo globalizado. El intercambio de productos se ha visto envuelto en la divergencia entre la apertura y el proteccionismo. Los conflictos han estado presentes durante la evolución del comercio; sin embargo, también han estado presentes los mecanismos a los que se pueden acceder para solucionar las controversias.

El banano latinoamericano ha estado en la mira del conflicto en múltiples ocasiones y ha sido discutido en distintos paneles y procedimientos de arbitraje, los cuales han dado la razón a Latinoamérica, condenando el trato discriminatorio y proteccionista por parte de la Unión Europea.

La batalla librada ante la OMC no se circunscribe únicamente a la fruta, sino que el conflicto atañe directamente a economías vulnerables de países en vías de desarrollo.

En abril del año 2001, la Comunidad Europea anunció el compromiso de establecer un régimen exclusivamente arancelario, conocido como Arancel Único, que debería entrar a regir el primero de enero del 2006.

En noviembre 2001, en el contexto de las negociaciones multilaterales de la Ronda Doha, las Comunidades Europeas y los países África Caribe y Pacífico, en adelante ACP, lograron que los miembros de la OMC suspendieran la aplicación de las disposiciones del párrafo primero del artículo I GATT¹ de 1994, hasta el 31 de diciembre del 2007. Esta exención es conocida como “waiver”, situación que permitió a la Unión Europea conceder un trato arancelario preferencial a productos originarios de los países ACP, incluido el banano. El anexo al “waiver” de Doha, estableció una serie de consideraciones que

¹ Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y de Comercio.

afectaron directamente a los países miembros de la OMC que exportaran a la Unión Europea, bajo el régimen de Nación Más Favorecida (NMF).

El establecimiento de un arancel único habría sido la mejor opción si se hubiera aplicado a todos los países productores y exportadores de banano en el mundo; sin embargo, la Unión Europea mantuvo libre de aranceles las importaciones de banano provenientes de los países ACP.

Como consecuencia de lo anterior, Costa Rica junto con el grupo de países latinoamericanos exportadores de banano, establecieron un procedimiento arbitral en el año 2005, bajo la exención del artículo I.1 GATT de 1994.

El proceso conjunto para la definición del arancel, falló cuando la Unión Europea propuso un arancel de €230 por tonelada métrica y pretendió mantener las preferencias hacia los países ACP.

La situación resultó complicada para la Unión Europea, puesto que además de cumplir con el mandato contenido en el anexo al “waiver”, o sea, *el mantenimiento, al menos, del acceso total a los mercados para los proveedores de bananos NMF*, debía atender los compromisos comerciales adquiridos en el seno de la Organización Mundial de Comercio.

Finalmente, el grupo arbitral determinó tanto en el primero, como en el segundo arbitraje que la propuesta de la Unión Europea del cambio de un mercado de cuotas y licencias a uno exclusivamente arancelario, no cumplía adecuadamente con el Acuerdo Doha del año 2001. En consecuencia, se pretende recopilar los antecedentes, analizar su contenido, así como estudiar los resultados obtenidos, para determinar si los arbitrajes solucionaron el conflicto del banano entre los países de América Latina y la Unión Europea.

Uriarte Orozco, Sue Hellen. La problemática en torno a la exportación de banano a la Unión Europea a la luz del Acuerdo Doha del año 2001 y los arbitrajes comerciales del año 2005. Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica, 2010. p. viii y 135.

Director: Msc. Mariano Jiménez Zeledón.

Palabras claves:

Arancel.

Arbitraje.

Banano.

Diferencias.

Doha.

Mandato.

Introducción

El tema del comercio internacional resulta de suma importancia, cuando es a partir de este que se determina el desarrollo económico, llámese riqueza o pobreza de las naciones. Uno de sus elementos básicos es la soberanía de los Estados para elegir su sistema económico y, por consiguiente, la ordenación de sus mercados y la regulación de las relaciones con terceros países. A partir de esta premisa, se establecen las políticas internas de cada país en cuanto a la estructuración de su mercado y su afectación directa a otros países, y no podría ser de otra forma, en un contexto de economía global.²

“La historia demuestra que no es una exageración decir que la guerra o la paz dependen del éxito de los Estados en organizar su interdependencia económica.”³

El origen del comercio internacional costarricense, se encuentra íntimamente ligado con la producción del café y del banano, dado que hasta la década de 1930, estos productos eran el pilar del modelo agro exportador de nuestro país⁴. Por esta razón, el estudio del banano

² OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, Carmen. (1997). Las patentes en el Comercio Internacional, 1ed. Madrid, España: Editorial Dykinson, p. 69.

³ OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, Carmen. Op. Cit. p. 69.

⁴ GOVAERE VICARIOLI, Velia. (2007). Introducción al Derecho Comercial Internacional, 1 ed. amp. y corr. San José, Costa Rica: Editorial Universidad Estatal a Distancia, p.57.

reviste una gran importancia desde el punto de vista histórico, pues permitió que el banano surgiera como un producto de importancia económica fundamental.

Hasta la fecha, se ha conservado la importancia de ese cultivo, puesto que para el año 2008, Costa Rica exportó 103 millones de cajas de banano, el equivalente a 1.96 millones de toneladas métricas⁵. Esta situación posicionó al país como el tercer exportador mundial, después de Ecuador y Filipinas. Únicamente 5 países poseen el 60% de las exportaciones de la fruta en el mundo: en primer lugar, Ecuador con un 22%, Filipinas con un 12%, Costa Rica con un 11%, Colombia con un 9% y Guatemala con un 5%.⁶

Entre los temas de derecho comercial internacional de mayor relevancia para Costa Rica, debatidos en el marco de Organización Mundial de Comercio⁷, en adelante OMC, se encuentra el banano, cuya exportación ha sido crucial para la economía y desarrollo social de nuestro país, pues además de ser una fuente importante de divisas, representa una fuente de empleo estable, en una región sin otras alternativas, dado que de 85 de cada 100 trabajadores de la zona Atlántica se encuentran directa o indirectamente ligados a la actividad.

⁵ CORPORACIÓN BANANERA NACIONAL. (2007). Estadísticas de exportación bananera 2006. San José, Costa Rica.

⁶ GOVAERE, Velia. Op. cit. p.58.

⁷ Fuente: Organización Mundial de Comercio. www.wto.org.

Por consiguiente, el banano representa enormes ventajas para nuestro país, por la cantidad de empleos que atrae, por la cantidad de empresarios que se ven beneficiados y por las mejoras de todos los sectores relacionados con el comercio de la exportación de esta fruta.

En el ámbito internacional, tanto la normativa como las resoluciones arbitrales en torno al tema del banano presentaron un panorama interesante, que como se verá en el desarrollo de este trabajo, marcaron el inicio de la solución de este conflicto. De esta premisa se desprende el objetivo general del presente trabajo final de graduación, al estudiar la problemática de la exportación de banano al mercado europeo, a partir del acuerdo tomado en la Ronda Ministerial de Doha, en el año 2001 y el análisis de los procedimientos y laudos arbitrales del año 2005.

El núcleo del conflicto parte del hecho innegable que la Unión Europea a pesar de su fachada capitalista, ha establecido políticas de proteccionismo, mediante esquemas de ayuda a su propia producción, tales como cuotas, licencias y contingentes arancelarios, con una marcada preferencia hacia la fruta de producción propia y de sus ex colonias.

A partir del año 1993, el mercado bananero en la Unión Europea ha estado en constante cambio: la Organización Común del Plátano, cuyo propósito, en razón de las Convenciones de Lomé, consistió en la protección de la producción de banano de sus miembros y sus ex-colonias, dio pie a un panel que dictaminó que este régimen proteccionista resultaba contrario al principio de nación más favorecida y al principio de no discriminación. De ahí

en adelante, la Unión Europea se vio inmersa en varios conflictos en razón de su régimen de importación de banano.

En el año 2001, la Unión Europea, propuso un cambio que se produciría a partir del 1 de enero del 2006, momento en el cual entraría en vigencia un régimen de arancel único, mediante el cual se eliminarían las cuotas y las licencias. La entrada del régimen exclusivamente arancelario, representó un cambio en el esquema europeo de importación de bananos.

El anexo de la Decisión de la Conferencia Ministerial, Comunidades Europeas – Acuerdo de Asociación ACP o “waiver” de Doha, estableció una serie de consideraciones que afectaron directamente a los países miembros de la OMC que exportaran la fruta a la Unión Europea, bajo el régimen de Nación Más Favorecida (NMF).

El anexo al “waiver” estableció los siguientes supuestos:

- a) Un calendario para iniciar negociaciones que determinaran el nivel arancelario, a partir de 1 enero del 2006.
- b) La opción de solicitar un arbitraje en caso que las partes no llegaran a un acuerdo respecto de la metodología aplicada para el cálculo del arancel, que regiría a partir de la fecha pactada. De presentarse el supuesto del punto anterior, el árbitro debía

*“determinar en un plazo de 90 días contados a partir de su nombramiento, si la reconsolidación provista en el arancel de la CE aplicable a los bananos tendría como resultado el mandamiento, al menos, del acceso total a los mercados para los proveedores de banano NMF”.*⁸

El arancel que la Unión Europea propuso fue de €230 por tonelada métrica y dio pie al establecimiento, en el año 2005, de un proceso arbitral y, posteriormente, ante la propuesta de €187 por tonelada métrica, se presentó el segundo proceso de arbitraje; en ambos procedimientos de arbitraje la Unión Europea resultó perdedora.

En el primer arbitraje, los principales argumentos de las partes se centraron en los alcances del mandato del árbitro contemplado en el “waiver”; el nivel arancelario que debía tener la propuesta de la UE para mantener como mínimo el acceso de banano latinoamericano a la UE; la metodología utilizada por la UE para definir el nivel arancelario. Por su parte, para el segundo procedimiento de arbitraje y habiendo determinado el árbitro que el arancel propuesto no cumplía con el mandato del “waiver”, los argumentos de las partes se circunscribieron a determinar si la nueva propuesta arancelaria de la UE rectificaba o no la situación.

⁸ Anexo de la Decisión de la Conferencia Ministerial, Comunidades Europeas – Acuerdo de Asociación ACP – CE (WT\MIN(01)\15, WT\L\436), del 14 de noviembre del 2001

Utilizar la vía de los procedimientos de arbitraje, resultó de suma importancia para los países latinoamericanos, dado que representaban una opción atractiva, con plazos más cortos y la circunscripción del conflicto al cumplimiento o no de un mandato específico, pero, sobre todo, que tendrían como resultado un régimen de sólo aranceles.

El grupo arbitral determinó, en ambos laudos arbitrales, que la propuesta arancelaria de la Unión Europea no cumplía con el mandato contenido en el “waiver”. Esto será analizado en el desarrollo de este trabajo.

El presente trabajo de graduación se desarrollará de la siguiente manera: en el primer capítulo se introduce como antecedentes principales la guerra bananera y las batallas que se suscitaron previas a la celebración del Acuerdo Doha. Con esto, se determina el objeto del conflicto que posteriormente fue conocido en los procedimientos de arbitraje. En esta primera parte, se detallan los principales elementos de los conflictos bananeros y los resultados que se fueron presentando hasta el año 2001, conflictos que desembocaron en una exención que abriría la posibilidad de acudir a un procedimiento arbitral.

Abarcado el punto anterior, este trabajo se centrará en el análisis de las obligaciones jurídicas contenidas en cada uno de los documentos que componen la exención o “waiver” de Doha, desarrollando los aspectos fundamentales de cada una de las partes que componen este documento: a) Comunidad Europea – Régimen de transición para los contingentes arancelarios autónomos de las Comunidades Europeas sobre las

importaciones de banano. b) Comunidad Europea – Acuerdo de Asociación ACP-CE. c) Anexo a la decisión del 14 de noviembre del 2001 relativa a las Comunidades Europeas-Acuerdo de Asociación ACP-CE.

Este trabajo también desarrolla los principales elementos del procedimiento contemplado en el Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias de la Organización Mundial de Comercio (OMC). Se expone una breve explicación de la función e integración de algunos órganos de la OMC y una comparación con el procedimiento arbitral contenido en el “waiver”.

Finalmente, el desarrollo del tema culmina con el análisis de los dos procedimientos de arbitraje que se tramitaron ante la OMC, en el que se detallan los principales argumentos de las partes involucradas en los procedimientos y se analizan los laudos arbitrales que emitió el grupo arbitral y a qué decisión llegó este.

Hipótesis

La normativa internacional, así como las resoluciones de la Organización Mundial de Comercio, representaron soluciones limitadas al conflicto del banano entre los países de América Latina y la Unión Europea.

Objetivo general

Estudiar la problemática de la exportación de banano a la Unión Europea, a la luz del Acuerdo Doha del año 2001 y los arbitrajes comerciales del año 2005

Objetivos específicos

- a. Determinar los antecedentes del Acuerdo Doha del año 2001.
- b. Estudiar y analizar las obligaciones jurídicas del acuerdo Doha del año 2001.
- c. Comparar el mecanismo de solución de controversias de la Organización Mundial de Comercio, en contraste con el procedimiento para los arbitrajes ad hoc del año 2005.
- d. Desarrollar las diferentes etapas presentes en el procedimiento de arbitraje en conjunto con las posiciones técnicas y jurídicas de las partes involucradas.
- e. Analizar los argumentos de las partes involucradas y las conclusiones a las que llegó el grupo arbitral en cada uno de los laudos.

Metodología

Los antecedentes se obtendrán mediante estudio de las fuentes primarias y secundarias en relación con la guerra del banano; particularmente, se hará uso de la hemeroteca especializada y Centro de Documentación de la Corporación Bananera Nacional.

El procedimiento arbitral estructurado en el anexo al “waiver” de Doha es un procedimiento para tomar decisiones, al igual que existen en las instituciones que, por ejemplo, aprueban las leyes; por lo tanto, este se visualizará como un procedimiento de toma de decisiones, el cual tendrá un resultado, según el uso de ese procedimiento reglamentado.

Las obligaciones jurídicas internacionales utilizan un lenguaje ambiguo, por lo que en general se debe acudir al método teleológico para determinar los alcances de las obligaciones pactadas. Desde un punto de vista estructural, se debe analizar el lenguaje utilizado en las obligaciones jurídicas, no según lo que las partes tenían como intención establecer, sino mediante el análisis exacto del lenguaje utilizado, por lo que se acudirá al uso de dicho método.

En general, el desarrollo de esta investigación se basará en el método inductivo, dado que de los hechos individuales, se procurarán obtener conclusiones generales.

Estructura de la investigación

Introducción

Capítulo I: Contexto histórico del conflicto bananero internacional.

- A.** Antecedentes: Batallas jurídicas previas al Acuerdo Doha del año 2001.
- B.** Objeto del conflicto. (arancel bananero)

Capítulo II: El Acuerdo Doha: análisis de sus obligaciones jurídicas.

- A.** Exención o “waiver” de Doha.
- B.** Anexo al “waiver” de Doha.
 - 1) Documentos que componen el anexo al “waiver” de Doha.
 - a) Comunidad Europea – Régimen de transición para los contingentes arancelarios autónomos de las Comunidades Europeas sobre las importaciones de banano.
 - b) Comunidad Europea – Acuerdo de Asociación ACP-CE.
 - c) Anexo a la decisión del 14 de noviembre del 2001 relativa a las Comunidades Europeas Acuerdo de Asociación ACP-CE.
- C.** El “waiver” de Doha y los arbitrajes

Capítulo III: Órgano de Solución de Diferencias de la Organización Mundial de Comercio.

A. Organización Mundial de Comercio.

- 1) Conferencia Ministerial
- 2) Consejo General
- 3) La Secretaría
- 4) Órgano de Solución de Diferencias

Capítulo IV: Procedimientos arbitrales

- A. Generalidades.
- B. Primer procedimiento de arbitraje.
- C. Primer laudo arbitral.
- D. Segundo procedimiento de arbitraje.
- E. Segundo laudo arbitral.

Conclusiones

Capítulo I: Contexto histórico del conflicto bananero internacional.

A. Antecedentes: Batallas jurídicas previas al Acuerdo Doha del año 2001.

La Comunidad Económica Europea (CEE), fue constituida mediante el Tratado de Roma⁹, el cual fue suscrito el 25 de marzo de 1957, por Francia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos y la República Federal de Alemania; este tratado entró en vigor en 1958¹⁰. Dicha comunidad consistió en una unión aduanera en la cual todos sus países miembros debían aplicar políticas aduaneras iguales, sin la aplicación de aranceles a los productos que producían los miembros de la Comunidad¹¹.

La política aplicable a la agricultura, fue una de las principales aristas de la CEE, en la que el proteccionismo era evidente y perseguía la libre circulación de productos entre sus países miembros, al igual que pretendía el autoabastecimiento de productos agrícolas, esto

⁹ Fuente: Organización Mundial de Comercio. www.wto.org.

¹⁰ Actualmente la Unión Europea, como organización se rige por el “Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007”. Fuente: <http://eur-lex.europa.eu>

¹¹ La Unión Europea (UE) constituye una asociación económica y política entre un número de países democráticos europeos, que para el año 2005 estaba conformada por 25 países (anteriormente fueron 15), y se conocía como UE-25, actualmente está conformada por 27 países, dado que en el año 2007 se sumaron Bulgaria y Rumania. Actualmente la conforman los siguientes países Alemania, Francia, Italia, Reino Unido, España, Polonia, Países Bajos, Bélgica, República Checa, Grecia, Hungría, Portugal, Austria, Suecia, Dinamarca, Irlanda, Finlandia, Eslovaquia, Lituania, Luxemburgo, Chipre, Estonia, Letonia, Eslovenia, Malta, Bulgaria y Rumania. Fuente: La web oficial de la Unión Europea. <http://europa.eu>

mediante el otorgamiento de un trato preferencial a los agricultores de los países miembros.

El sistema proteccionista de la CEE, se dio desde sus inicios, y su propósito consistía en proteger la producción de los países que la integraban¹², mediante el establecimiento de aranceles o gravámenes sobre los productos provenientes de países que no conformaban la CEE (terceros países) y el establecimiento de subvenciones a los agricultores de sus países miembros.

Este mecanismo proteccionista resultaba contradictorio al sistema estimulado por el GATT de 1947¹³ que pretendía la exportación libre de aranceles y tarifas; de esta manera, la CEE fue partícipe de disputas comerciales originadas en el seno del GATT.

El artículo 115 del Tratado de Roma¹⁴ permitió la diferenciación, respecto de las restricciones aduaneras, excluyendo el banano proveniente de los países latinoamericanos, de la regla del arancel común. Esta situación fue permitida en razón de los compromisos que la CEE había adquirido con sus ex – colonias, otorgando de esta manera, un trato preferencial hacia la fruta (banano) provenientes

¹² GOVAERE, Velia. Op. cit. p.58.

¹³ Fuente: Organización Mundial de Comercio. www.wto.org.

¹⁴ Artículo 115. (...) cualquier Estado miembro podrá suspender total o parcialmente, durante el periodo transitorio, la percepción de los derechos aplicados a los productos importados de los demás Estados miembros. (...)

de los países de África, el Caribe y el Pacífico, (en adelante ACP¹⁵), en perjuicio de la fruta proveniente de los países latinoamericanos. Este trato preferencial tenía

¹⁵ Los países África, Caribe y Pacífico, son ex – colonias de la UE, países con una gran debilidad estructural, con imposibilidad de desarrollarse económicamente sin el auxilio de los países a los cuales pertenecieron.

La Unión Europea, ha favorecido a los países ACP frente al banano producido en los países de América Latina. El banano que se produce en los países ACP no han desarrollado la tecnología para producir banano de mejor calidad. Debido a lo anterior, los países ACP tienen un régimen de exportación más beneficioso que los países de América Latina, los países que brindaban mayor protección a los países ACP eran Gran Bretaña, España y Francia, los cuales restringían en un mayor grado el banano proveniente de los países latinoamericanos.

El grupo ACP y territorios de ultramar.

Países (ex - colonias)	
España	República Dominicana
Francia	Camerún Costa de Marfil Madagascar
Italia	Somalia
Portugal	Cabo Verde
Reino Unido	Belice Jamaica Santa Lucía San Vicente Granada Surinam Dominica Islas Barlovento

Territorios	
España	Islas Canarias
Francia	Guadalupe Martinica
Grecia	Creta Laconia

como objetivo privilegiar la importación, la distribución y la venta de la producción de fruta de los países ACP.

La preferencia hacia los países ACP, se materializó en las Convenciones de Lomé¹⁶, mediante las cuales se otorgaron privilegios tales como, liberación de todo pago de aduanas sin la obligación de reciprocidad en un 99.5%; además, se les benefició con ayuda técnica y financiera; para el caso del banano, se aplicó específicamente el protocolo V de la Convención Lomé IV, en el cual la Comunidad Europea se comprometió, en primer lugar, a no colocar ningún país que conformara el grupo ACP en una posición menos favorable que la que tenía en ese momento o que la que había tenido en el pasado y, en segundo lugar, se estudiaron medidas que permitirían una mejora en las condiciones de producción y comercialización del banano proveniente de los países ACP.¹⁷

Con la firma del Cuarto Acuerdo de Lomé en 1989, los países ACP se comprometieron a aumentar su producción, siempre y cuando el trato que se les fuera a otorgar por parte de la

Portugal	Madeira Azores Algarbe
----------	------------------------------

Tabla 1 - Países ACP y territorios de ultramar beneficiarios del régimen de importación bananera.

¹⁶ Fuente: The Secretariat of the African, Caribbean and Pacific Group of States. www.acpsec.org

¹⁷ Las Convenciones de Lomé, se reemplazaron con el Acuerdo de Cotonú suscrito el 23 de junio del año 2000, por la Unión Europea y los setenta y siete países ACP. El Acuerdo de Cotonú estableció un acceso preferente y no recíproco a los productos provenientes de los países ACP, este acuerdo estableció un régimen arancelario preferencial que se extendió del 1 de marzo del año 2000 al 31 de diciembre del año 2007.

UE no fuera menos favorable que el que tenían ellos con anterioridad; solicitaron la aplicación del principio “nación más favorecida¹⁸” del GATT de 1947, en el acuerdo se estableció que la fruta que proviniera de los países ACP fuera exenta de aranceles.

En el año 1993, se adoptó el Tratado de la UE¹⁹ y, posteriormente, se adoptó el Tratado de Ámsterdam²⁰. En este último, la CEE cambió su denominación por Unión Europea (UE), la cual estaba constituida por más países que en sus inicios.

Al igual que la UE, el GATT de 1947, cambió en distintas rondas de negociación, siendo de particular interés la Ronda Uruguay²¹, celebrada entre 1986 y 1994, la cual adoptó los acuerdos, decisiones, prácticas y procedimientos del GATT de 1947. El Acta de Marrakech²² contiene los acuerdos a los que se llegó en la Ronda de Uruguay; esta se suscribió el 15 de abril de 1994 y una de las partes firmantes fue la UE. El acta establecía entre sus acuerdos, la sustitución del GATT por la Organización Mundial de Comercio, en adelante OMC, a partir del 1 de enero de 1995, se estableció la OMC como el “marco para la aplicación, administración y funcionamiento de los instrumentos jurídicos de la normativa substantiva”²³.

¹⁸ El principio de nación más favorecida implica que cualquier preferencia que se otorgue a un país, por parte de un país miembro de la OMC, debe extenderse al resto de los países miembros.

¹⁹ Fuente: La web oficial de la Unión Europea. <http://europa.eu>

²⁰ Fuente: La web oficial de la Unión Europea. <http://europa.eu>

²¹ Fuente: Organización Mundial de Comercio. www.wto.org.

²² Fuente: Organización Mundial de Comercio. www.wto.org.

²³ GOVAERE, Velia. Op. cit. p.14.

El artículo tres del Acuerdo de Marrakech establece:

“La OMC facilitará la aplicación, la administración y funcionamiento del presente Acuerdo y de los Acuerdos Comerciales Multilaterales y favorecerá la consecución de sus objetivos, y constituirá también el marco para la aplicación, administración y funcionamiento de los Acuerdos Comerciales Plurilaterales.”²⁴

Como se mencionó anteriormente, en el marco de las negociaciones de la Ronda Uruguay, tanto la UE como los países ACP, solicitaron una exención de las obligaciones contraídas por la primera, en razón del artículo I del GATT, párrafo primero, el cual contiene el principio de nación más favorecida, que consiste en “una disposición convencional en virtud de la cual una parte – la concedente – contrae la obligación de otorgar a la otra – la beneficiaria – o a las personas y cosas que guardan con ella una determinada relación un trato no menos favorable que el que confiere al tercero de la misma naturaleza más favorecido o a las personas y cosas que guardan con él idéntica relación.”²⁵

En 1992, debido a las limitaciones que existían, por la imposición de cuotas para la exportación de banano a Europa, Costa Rica, Colombia, Nicaragua, Guatemala y Venezuela impulsaron el primer conflicto ante el GATT, este es conocido como Banana I. El Grupo Especial, en este caso, determinó que las restricciones cuantitativas que eran

²⁴ Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial de Comercio, artículo III.

²⁵ REMIRO BROTONS, Antonio et al. (1997). **Derecho Internacional**. 1ed. Madrid, España: Editorial McGraw – Hill / Interamericana de España, S.A.U.

impuestas por los países demandados (Francia, Grecia, Inglaterra, Italia, España y Portugal²⁶) resultaban incompatibles con el artículo XI del GATT, y, además, resultaban incompatibles con el principio de nación más favorecida. La aprobación de la resolución del Grupo Especial, fue bloqueada por consenso por parte de la UE durante un año, ante el Consejo de Representantes del GATT.²⁷

El 13 de febrero de 1993, el Consejo de la UE emitió el reglamento 404/93²⁸, el cual unificó la política bananera e implementó la creación de un mercado restringido el que consistía en extender las medidas proteccionistas, que tenían algunos de los países miembros, a toda la Comunidad, creando de esta manera, barreras al acceso de la fruta. Mediante este reglamento, se estableció lo que se conoce como “*Organización Común de Mercados en el sector del plátano*”²⁹. Este reglamento entraría a regir el 26 de febrero de 1993; sin embargo, sería aplicable a partir del 1 de julio de 1993.

El reglamento mencionado estableció un contingente arancelario de dos millones de toneladas métricas anuales y un impuesto superior al 20% *ad valorem*³⁰ para las importaciones procedentes de América Latina.

²⁶ GOVAERE, Velia. Op. Cit. p. 59.

²⁷ GOVAERE, Velia. Op. Cit. p. 59.

²⁸ Fuente: El acceso al derecho de la Unión Europea. <http://eur-lex.europa.eu>

²⁹ Reglamento n° 404/93 del Consejo, de 13 de febrero de 1993, por el que se establece la organización común de mercados en el sector del plátano. Diario Oficial n° L 047 de 25/02/1993, artículo 1, inciso 1.

³⁰ Un arancel que se impone en términos de porcentaje sobre el valor de la mercancía. Fuente: www.sice.oas.org

Se estableció un régimen de importación de banano en el cual se dispuso, en primer lugar, otorgar un subsidio o ayuda compensatoria a la producción que se diera en la CE, hasta un máximo de 854,000 toneladas³¹; en segundo lugar, se otorgó un subsidio para los productores comunitarios que abandonaran total o parcialmente sus cultivos.³²

Además de lo anteriormente expuesto, se crearon los “certificados de exportación”, los cuales eran expedidos por los Estados de la UE a los interesados que los solicitaran.³³

En lo que respecta a la restricción de importaciones, impuesta a los países latinoamericanos, en el reglamento, se estableció un contingente arancelario de 2 millones de toneladas, dentro del cual participarían los ACP no tradicionales; se estableció un arancel de €100 euros por tonelada métrica dentro del contingente y un arancel de €850 euros fuera del contingente.³⁴

³¹ Las 854,000 toneladas se repartieron de la siguiente manera: 420,000 toneladas para las Islas Canarias, 150,000 toneladas para Guadalupe, 219,000 toneladas para Martinica, 50,000 toneladas para Madeira, Azores y Algarve, y finalmente 15,000 toneladas para Creta y Laconia.

³² Reglamento n° 404/93 del Consejo, de 13 de febrero de 1993, por el que se establece la organización común de mercados en el sector del plátano. Diario Oficial n° L 047 de 25/02/1993, artículos 12 y 13.

³³ Reglamento n° 404/93 del Consejo, de 13 de febrero de 1993, por el que se establece la organización común de mercados en el sector del plátano. Diario Oficial n° L 047 de 25/02/1993, artículo 17.

³⁴ Reglamento n° 404/93 del Consejo, de 13 de febrero de 1993, por el que se establece la organización común de mercados en el sector del plátano. Diario Oficial n° L 047 de 25/02/1993, artículo 18.

1. Cada año se abrirá un contingente arancelario de 2 millones de toneladas/peso neto para las importaciones de plátanos de países terceros y de plátanos no tradicionales ACP.

A partir del 1 de julio de 1993, el contingente arancelario se abrió, conforme se establece en el siguiente cuadro³⁵.

En el marco de este contingente arancelario, las importaciones de plátanos de países terceros se verán sometidas a un gravamen de 100 ecus por tonelada, y las importaciones de plátanos no tradicionales ACP estarán sometidas a un derecho arancelario cero.

Para el segundo semestre del año 1993, el volumen del contingente arancelario se fija en un millón de toneladas/peso neto.

En caso de que se incremente la demanda comunitaria determinada con arreglo al balance de previsiones mencionado en el artículo 16, se aumentará en consecuencia el volumen del contingente de acuerdo con el procedimiento del artículo 27. En su caso, dicha revisión se llevará a cabo antes del 30 de noviembre anterior a la campaña de que se trate.

2. Aparte del contingente contemplado en el apartado 1:

- las importaciones de plátanos no tradicionales ACP estarán sometidas a un gravamen de 750 ecus por tonelada,

- las importaciones de plátanos de países terceros estarán sometidas a un gravamen de 850 ecus por tonelada.

3. Las cantidades de plátanos de países terceros y los plátanos no tradicionales ACP reexportados fuera de la Comunidad no se imputarán al contingente contemplado en el apartado 1.

³⁵ América Latina y los países no tradicionales ACP, importaban bajo el contingente arancelario tipo A; mientras que el contingente B correspondía a cantidades autónomas no consolidadas. Por último, el contingente C correspondiente a 857.700 toneladas libre de arancel, estaba dispuesto para los países tradicionales ACP.

Categoría A	Categoría B	Categoría C
66.5% de las licencias de importación se asignan a los operadores que hayan comercializado plátanos de países terceros o plátanos no tradicionales ACP.	30% de las licencias de importación para los operadores que hayan comercializado plátanos comunitarios o tradicionales ACP.	3.5% de las licencias para los operadores establecidos en la Comunidad que hayan empezado, a partir de 1992, a comercializar plátanos distintos de los plátanos comunitarios, tradicionales ACP o ambos.

Tabla 2 – Categorías de contingentes arancelarios

Mediante este Reglamento, se implementó un régimen proteccionista que otorgaba una cuota de 854,000 toneladas repartidas entre los productores comunitarios y un contingente arancelario, un arancel dentro de la cuota y un arancel fuera de la cuota; además, un régimen de certificados de exportación³⁶, a los que se les aplicaba el principio de las reglas de origen.

³⁶Reglamento n° 404/93 del Consejo, de 13 de febrero de 1993, por el que se establece la organización común de mercados en el sector del plátano. Diario Oficial n° L 047 de 25/02/1993, artículo 19 inciso 2.

Tomando como base los cálculos hechos por separado para cada una de las categorías de operadores mencionadas en las letras a) y b) del apartado 1, cada operador recibirá certificados de importación en función de las cantidades medias de plátanos que haya vendido en los últimos tres años de los que se tengan datos.

En el mes de febrero de 1993, Costa Rica, Guatemala, Nicaragua, Venezuela y Colombia solicitaron a la UE iniciar consultas con el propósito de analizar el Reglamento 404/1993, en lo que respecta al sistema de cuotas y la imposición de licencias de importación y con arreglo a lo dispuesto en el Artículo XXII.1 del GATT. Este proceso es conocido como Banana II, el cual tuvo como resultado que el Grupo Especial determinara que “los derechos específicos percibidos por la Comunidad Europea, los tipos preferenciales aplicados a los países ACP y la asignación de los certificados (licencias) que daban acceso al contingente arancelario eran incompatibles con las disposiciones del GATT”³⁷, como se explicará a continuación.

En el mes de febrero de 1993, se celebró en El Salvador la Conferencia Ministerial UE-Centroamérica «*San José IX*», en la cual los países centroamericanos insistieron que el Reglamento 404/1993 resultaba contrario al principio de “nación más favorecida”.

En razón de lo anterior, en abril de 1993, Costa Rica, Guatemala, Nicaragua, Venezuela y Colombia solicitaron el establecimiento de un Grupo Especial, con base en el artículo XXIII.2 del GATT, para que resolviera acerca del régimen. Este Grupo Especial tenía como mandato:

³⁷ GOVAERE, Velia. Op. Cit. p. 60.

“Examinar, a la luz de las disposiciones pertinentes del Acuerdo General, el asunto sometido a las partes contratantes por los gobiernos de Colombia, Costa Rica, Guatemala, Nicaragua y Venezuela en el documento DS38/6 y formular conclusiones que ayuden a las partes contratantes a hacer recomendaciones o resolver sobre la cuestión, conforme a lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo XXIII.”

Para resolver el conflicto, se dio audiencia a las partes los días 20 y 21 de octubre y 11 y 12 de noviembre de 1993, y se presentó el informe respectivo en el mes de enero de 1994.

El Grupo Especial realizó las siguientes conclusiones:

1. Que el establecimiento de un contingente arancelario para las importaciones no era compatible con los artículos XI y XIII del GATT.
2. Que la obligación de constituir una garantía y las formalidades exigidas en relación con la importación de bananos era incompatible con el artículo VIII del GATT.
3. Que la UE no había actuado de forma incompatible con la obligación impuesta por el artículo XVI párrafo 1, la posibilidad de limitar las subvenciones a los bananos.
4. Que los derechos específicos impuestos por la UE eran incompatibles con el artículo II del GATT.

5. Que los tipos preferenciales de aranceles concedidos a los ACP eran incompatibles con el artículo primero y no se podían justificar con lo dispuesto en el artículo XXIV, ni en el apartado h) del artículo XX.
6. Que la asignación de licencias de importación era incompatible con el artículo III y no podían justificarse con lo dispuesto en el artículo XXIV, ni el apartado h) del artículo XX.

La recomendación final del Grupo Especial fue que las partes contratantes solicitaran a la UE que reformara el régimen arancelario y la asignación de licencias para que se ajustara a las obligaciones establecidas en el GATT.³⁸

La Comisión de la UE, ignorando el conflicto suscitado con relación al Reglamento 404/93, adoptó el 10 de junio de 1993, el reglamento 1442/93. Este reglamento estableció prácticas de aplicación para el régimen de importación de banano que contenía el reglamento 404/93. En este reglamento se mantuvo la división del contingente arancelario en las tres categorías contenidas en el reglamento 404/93.

En su artículo primero, el reglamento 1442/93 estableció:

“El presente Reglamento establece las disposiciones de aplicación del régimen de importación de plátanos al amparo del contingente

³⁸ GOVAERE, Velia. Op. Cit. p. 60

arancelario previsto en los artículos 18 y 19 del Reglamento (CEE) no 404/93, fuera de este contingente, y del régimen de importaciones de plátanos tradicionales de los países ACP.”

Este reglamento, básicamente se dirigió a reglamentar lo relativo a los certificados de exportación.

Como medida de oposición al reglamento 1442/93³⁹ Costa Rica, Guatemala, Nicaragua, Venezuela y Colombia solicitaron el establecimiento de un Grupo Especial. La resolución del grupo consistió en señalar la incompatibilidad, con las normas establecidas en el GATT de 1947, del régimen de importación de banano instaurado mediante el reglamento 404/93, indicando que resultaban discriminatorios y contrarios a la ley, los aranceles, los certificados de exportación o licencias y el trato preferencial del que disfrutaban los proveedores ACP.

La UE, con el propósito de evitar la aplicación del informe del Grupo, estableció una ronda de conversaciones con Costa Rica, Guatemala, Nicaragua, Venezuela y Colombia, que resultó en la solicitud por parte de estos países de la no aprobación de este, a cambio de un acuerdo que resolviera las diferencias hasta ahora presentadas. Este acuerdo se suscribió el 29 de marzo de 1994, entre la UE, Costa Rica, Nicaragua, Venezuela y Colombia,

³⁹ Reglamento (CE) n° 1442 /93 del Consejo, 10 de junio de 1993, por el que se establecen disposiciones de aplicación del régimen de importación de plátanos en la Comunidad. Diario Oficial n° L 142 de 12/6/93.

Guatemala no lo suscribió. Este acuerdo se conoce con el nombre de Acuerdo Marco sobre Banano, el cual otorgaba a estos países algunas preferencias, por encima de los países que no lo suscribieron.

El Acuerdo Marco sobre Banano se compuso de dos documentos: el primer documento, indicó que el acuerdo era consecuencia de conversaciones y negociaciones entre las partes, acerca del régimen aplicable a banano, en arreglo con el artículo XXVIII del GATT.

“...El proyecto de Acuerdo sobre los plátanos adjunto constituye un resultado satisfactorio de las negociaciones sobre los plátanos en el contexto de la Ronda Uruguay. El Acuerdo es también el resultado de las negociaciones y consultas celebradas con arreglo al artículo XXVIII, en relación con los plátanos, entre la CE y los países antes citados. Por otra parte, el Acuerdo constituye una solución de la controversia sobre los plátanos, objeto de un informe del grupo de expertos del GATT. Por consiguiente, se ha acordado que Colombia, Costa Rica, Nicaragua, Venezuela y la CE renuncien a solicitar la aprobación del informe del grupo de expertos antes citado. Colombia, Costa Rica, Nicaragua y Venezuela acuerdan no iniciar el procedimiento de solución de diferencias del GATT contra el régimen comunitario de importación de plátanos durante la vigencia del Acuerdo adjunto...”

En el segundo documento se establecieron las disposiciones técnicas del acuerdo, en el que se estableció un contingente arancelario para terceros países y países no tradicionales ACP, de 2,100,000 toneladas para el año 1994 y 100,000 toneladas más para el año 1995 y años posteriores, con un arancel de €75 por tonelada para los proveedores de terceros países y cero arancel para los proveedores ACP. Se continuaría utilizando los certificados de importación, únicamente de las categorías A y C.

La Comisión de la UE aprobó el reglamento 3224/94⁴⁰ en diciembre de 1994. Este reglamento literalmente indicó “que se establecen medidas transitorias para la aplicación del Acuerdo Marco sobre el plátano celebrado dentro de las negociaciones comerciales multilaterales de la Ronda Uruguay.”

El artículo 1 de este reglamento, estableció que el contingente arancelario del reglamento 404/93 se iba a dividir en contingentes específicos que se asignarán a los siguientes países: Costa Rica, Colombia, Nicaragua, Venezuela, República Dominicana y otros estados ACP. Además, este reglamento estableció la obligación de que el certificado de importación debe acompañarse de un certificado de origen válido y estableció los organismos autorizados para expedir estos certificados especiales de exportación, cabe mencionar que para el caso específico de Costa Rica, se autorizó a la Corporación Bananera Nacional.

⁴⁰ Reglamento (CE) n° 3224/94 de la Comisión, 21 de diciembre de 1994, por el que se establecen medidas transitorias para la aplicación del Acuerdo Marco sobre el plátano celebrado dentro de las negociaciones comerciales multilaterales de la Ronda Uruguay. Diario Oficial n° L 337 de 24/12/94.

El 22 de diciembre de 1994, el Consejo de la UE adoptó la Decisión 94/800/CE⁴¹, esta sancionó la celebración de los acuerdos obtenidos en la Ronda Uruguay, los cuales contenían el Acuerdo Marco. Ese mismo día, se aprobó el Reglamento 3290/94⁴² que regulaba las medidas transitorias para la aplicación de los acuerdos obtenidos en la Ronda Uruguay, con el propósito de incorporar el Acuerdo Marco a la legislación de la UE. En marzo de 1995, la Comisión aprobó el reglamento 478/95⁴³. En este se establecieron las disposiciones de aplicación del reglamento 404/93, en lo que se refiere al contingente arancelario.

En el año 1996, en razón de la creación de la Organización del mercado común del banano y el Acuerdo Marco, Estados Unidos, Ecuador, México, Guatemala y Honduras⁴⁴ presentaron ante la OMC una solicitud para celebrar consultas con la UE acerca del régimen de importación aplicable a banano, establecido en el reglamento 404/93 y la normativa posterior. Estas consultas fueron presentadas de conformidad con el artículo 4 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD)⁴⁵. Este conflicto es conocido como Banana III.

⁴¹ Fuente: El acceso al derecho de la Unión Europea. <http://eur-lex.europa.eu>

⁴² Reglamento (CE) no 3290/94 del Consejo 22 de diciembre de 1994 relativo a las adaptaciones y las medidas transitorias necesarias en el sector agrícola para la aplicación de los acuerdos celebrados en el marco de las negociaciones comerciales multilaterales de la Ronda Uruguay. Diario Oficial 349 del 31/12/1994.

⁴³ Reglamento (CEE) n° 478/95 de la Comisión de 1 de marzo de 1995 por el que se establecen disposiciones complementarias de aplicación del Reglamento (CE) n° 404/93 del Consejo en lo que se refiere al régimen del contingente arancelario para la importación de plátanos en la Comunidad y por el que se modifica el Reglamento (CEE) n° 1442/93. Diario Oficial n° L 49/95 de 4/3/95.

⁴⁴ GOVAERE, Velia. Op. Cit. p. 61.

⁴⁵ Fuente: Organización Mundial de Comercio. www.wto.org.

En el mes de marzo de 1996, se llevaron a cabo las consultas solicitadas, en las que no se logró obtener una solución. En razón de lo anterior, los países americanos que habían solicitado las consultas, procedieron a solicitar a la OMC el establecimiento de un Grupo Especial para que analizara el régimen de importación de banano a la luz del GATT de 1994 y el resto de normativa aplicable en materia de comercio.

En mayo de 1996, se constituyó el Grupo Especial mediante el órgano de solución de diferencias, cuyo mandato consistía en "examinar, a la luz de las disposiciones pertinentes (del acuerdo abarcado (de los acuerdos abarcados) que hayan invocado las partes en la diferencia), el asunto sometido al OSD por (nombre de la parte) en el documento y formular conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en dicho acuerdo (dichos acuerdos)."

En este órgano de solución de diferencias, varios de los terceros países interesados, incluyendo Costa Rica, se reservaron sus derechos de participación en su condición de terceros, por la que tenían derecho a ser escuchados por el Grupo Especial y a presentar comunicaciones escritas, lo anterior según lo establecido en el ESD.

La UE apeló el informe del Grupo Especial. El 9 de setiembre de 1997, el Órgano de Apelación resolvió que el régimen de certificados de importación era contrario a las disposiciones del GATT de 1994 y por lo tanto resultaba inaplicable.

En julio de 1998, la UE modificó el régimen de importación de banano que hasta el momento se encontraba vigente, mediante el reglamento 1673/98⁴⁶ otorgado el 20 de julio de 1998, el cual se aplicaría a partir del 1 de enero de 1999. Este reglamento vino a sustituir el reglamento 404/93, en el que se estableció un contingente arancelario de 857,000 toneladas para los proveedores tradicionales ACP.⁴⁷ Además de la anterior modificación, el 28 de octubre de 1998, la Comisión adoptó el Reglamento 2362/98⁴⁸, el cual estableció condiciones para la aplicación del reglamento 404/93, mediante la supresión del reparto del contingente arancelario en las tres categorías establecidas en el reglamento de 1993.

Esta modificación al régimen, provocó la disconformidad por parte de Ecuador y Estados Unidos, por lo que notificaron a la OMC la intención de sancionar las importaciones

⁴⁶ Reglamento (CE) n° 1637/98 del Consejo de 20 de julio de 1998 que modifica el Reglamento (CEE) n° 404/93 por el que se establece la organización común de mercados en el sector del plátano. Diario Oficial 210 del 28/7/1998.

⁴⁷ Reglamento (CE) n° 1637/98 del Consejo de 20 de julio de 1998 que modifica el Reglamento (CEE) n° 404/93 por el que se establece la organización común de mercados en el sector del plátano. Diario Oficial 210 del 28/7/1998,

Artículo 1 “(...) Las "importaciones tradicionales de los Estados ACP", son las importaciones en la Comunidad de plátanos originarios de los Estados mencionados en el anexo, con un límite de 857 700 toneladas (peso neto) al año; los plátanos objeto de estas importaciones se denominarán "plátanos tradicionales ACP". (...)

⁴⁸ Reglamento (CE) n° 2362/98 de la Comisión, de 28 de octubre de 1998, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CEE) n° 404/93 del Consejo en lo relativo al régimen de importación de plátanos en la Comunidad.

europeas con aranceles, si su régimen no se ajustaba a los acuerdos de la OMC. Al respecto, un tribunal arbitral falló a favor de los Estados Unidos y Ecuador autorizándolos a suspender concesiones a la UE. En consecuencia, la UE trató de negociar con estos países un acuerdo satisfactorio que cumpliera con los lineamientos de la OMC.

El 1 de julio de 2001, entró en vigencia el régimen de importación basado en la distribución de licencias de importación con base en referencias históricas y cuotas.⁴⁹ Los operadores tradicionales obtuvieron una ventaja competitiva al obtener un 83% del contingente arancelario y sus correspondientes licencias, mientras que los operadores no tradicionales obtuvieron un 17%.

El 14 de noviembre del 2001, la Conferencia Ministerial de la OMC adoptó el Acuerdo de Asociación ACP-CE (WT/L/436)⁵⁰, en el cual se suspendió la aplicación de las disposiciones del párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994, hasta el 31 de diciembre del 2007, (en adelante “waiver”⁵¹).

⁴⁹ Reglamento (CE) n° 2587/2001 del Consejo, de 19 de diciembre de 2001, que modifica el Reglamento (CEE) n° 404/93, por el que se establece la organización común de mercados en el sector del plátano y Reglamento (CE) n° 896/2001 de la Comisión, de 7 de mayo de 2001, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CEE) no 404/93 del Consejo en lo relativo al régimen de importación de plátanos en la Comunidad.

⁵⁰ Fuente: Organización Mundial de Comercio. www.wto.org.

⁵¹ El “waiver” permitió a las Comunidades Europeas conceder trato arancelario preferencial a los productos originarios, incluyendo el banano, provenientes de los países ACP frente a los países miembros de la OMC que exportan bajo el régimen de Nación Más Favorecida.

“ (...) se suspenderá la aplicación de las disposiciones del párrafo 1 del artículo I del Acuerdo General hasta el 31 de diciembre 2007, en la medida necesaria para permitir que las Comunidades Europeas concedan el trato arancelario preferencial a los productos originarios de los Estados ACP conforme a lo exigido en el párrafo 3 del artículo 36 y el Anexo V y sus Protocolos del Acuerdo de asociación ACP – CE, sin que estén obligados a extender ese mismo trato preferencial a productos similares de cualquier otro Miembro.”

B. Objeto del conflicto.

Debido a que el régimen de importación de bananos de la UE fue considerado contrario a los mandatos del GATT/OMC, en varios paneles, la UE accedió a cambiar las prácticas que no estuvieran acorde con los compromisos contraídos ante esta Organización, por lo que en el 2001, se acordó el anexo al artículo I.1 del GATT, durante la Ronda Doha, que determinó que a partir del 1 de enero 2006 se dismantlaría el sistema de cuotas y licencias y entraría a regir un sistema de tarifa única o *“tariff only”*.

En noviembre 2001, en el contexto de la Conferencia Ministerial de la OMC, en la cual se lanzaron las negociaciones multilaterales de la Ronda Doha, las Comunidades Europeas y los países ACP, miembros del Acuerdo de Asociación, suscribieron el Acuerdo de

Asociación ACP-CE, el cual suspendió la aplicación de las disposiciones del párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994, hasta el 31 de diciembre del 2007. El Anexo establece una exención a lo establecido en el Artículo I del GATT (principio de nación más favorecida), sobre los productos provenientes de los países ACP, hasta el 31 de diciembre del año 2007.

El “waiver” o exención de Doha implicó que la entrada del nuevo régimen exclusivamente arancelario establecía la eliminación de contingentes y el tratamiento preferencial para los productos provenientes de los países ACP, hasta el 31 de diciembre del 2007, el cual se analizará en el capítulo siguiente.

Como consecuencia, Costa Rica, junto con el grupo de países latinoamericanos exportadores de banano, solicitaron un proceso arbitral el 30 de marzo de 2005, ante la OMC, en razón del Anexo de la Decisión de la Conferencia Ministerial, Comunidades Europeas – Acuerdo de Asociación ACP – CE (WT\MIN(01)\15, WT\L\436)⁵², del 14 de noviembre del 2001.

⁵² OMC. (2001) Comunidades Europeas - Acuerdo de Asociación ACP-CE. WT/MIN (01)/15, 14 de noviembre de 2001.

Capítulo II: El Acuerdo Doha: análisis de sus obligaciones jurídicas.

A. Exención o “waiver” de Doha.

Resulta de suma importancia, para el tema del conflicto del banano, el análisis de la exención o “waiver” de Doha, el cual constituye el documento base de los arbitrajes bananeros.

El diccionario de términos de política comercial de la Organización Mundial de Comercio define “waiver” como “una dispensa otorgada por los miembros de la OMC a otro miembro, liberándolo de la obligación de aplicar una medida particular a un aspecto específico de su comercio internacional.”⁵³

En noviembre 2001, en el seno de la Conferencia Ministerial⁵⁴ de la OMC, la cual se llevó a cabo en Doha, Qatar, se lanzaron las negociaciones multilaterales que se denominaron Ronda Doha, en las que la UE y los países ACP, suscribieron el Acuerdo de Asociación ACP-CE (WT/L/436)⁵⁵; en este se formalizaron los componentes del acuerdo entre la Unión Europea, Ecuador y los Estados Unidos. Este acuerdo suspendió la aplicación de las

⁵³ Goode, Walter. Dictionary of trade policy terms. 2004. Cuarta Edición. Cambridge, Reino Unido. Cambridge University Press. p. 387.

⁵⁴ Es el órgano decisorio de más alto nivel de la Organización Mundial de Comercio.

⁵⁵ Fuente: Organización Mundial de Comercio. www.wto.org.

disposiciones del párrafo primero del artículo I del GATT de 1994, hasta el 31 de diciembre del 2007.

El anexo estableció una exención⁵⁶ a lo indicado en el artículo I del GATT (principio de nación más favorecida), sobre los productos provenientes de los países ACP, hasta el 31 de diciembre del año 2007.

El “waiver” o exención de Doha implicó la entrada en vigencia del nuevo régimen exclusivamente arancelario, el cual establecía la eliminación de contingentes y el tratamiento preferencial para los productos provenientes de los países ACP.

B. Anexo al “waiver” de Doha

El “waiver” debía atender la obligación jurídica de mantener, al menos, el acceso total a mercados para el banano proveniente de los países nación más favorecida, y no tomaba en consideración la situación particular de cada país.

En este anexo se estableció un calendario para iniciar las negociaciones, con el fin de determinar el nivel arancelario que se aplicaría a partir de enero del 2006 bajo el artículo

⁵⁶ El banano se encuentra incluido dentro de la lista CXL de las Comunidades Europeas, en la que se registran los compromisos comerciales.

XXVIII del GATT de 1994. Además, estableció la posibilidad de solicitar un arbitraje, en caso de no alcanzar un entendimiento acerca del nivel del arancel y la metodología que se utilizaría para su cálculo.

El 27 de octubre del 2004, la UE anunció la propuesta de un sistema de arancel único de €230 por tonelada métrica, calculado con base en la metodología descrita en el Anexo V del Acuerdo sobre la Agricultura,⁵⁷ basado en la diferencia de precios “price gap”,

⁵⁷ Anexo 5 Trato Especial con respecto al párrafo 2 del artículo 4

Sección A (...) 6. Las medidas en frontera que no sean derechos de aduana propiamente dichos mantenidas con respecto a los productos designados quedarán sujetas a las disposiciones del párrafo 2 del artículo 4 con efecto a partir del comienzo del año en que cese de aplicarse el trato especial. Dichos productos estarán sujetos a derechos de aduana propiamente dichos, que se consolidarán en la Lista del Miembro de que se trate y se aplicarán, a partir del comienzo del año en que cese el trato especial y en años sucesivos, a los tipos que habrían sido aplicables si durante el período de aplicación se hubiera hecho efectiva una reducción de un 15 por ciento como mínimo en tramos anuales iguales. Esos derechos se establecerán sobre la base de equivalentes arancelarios que se calcularán con arreglo a las directrices prescritas en el Apéndice del presente Anexo.

Sección B (...) 10. En caso de que el trato especial previsto en el párrafo 7 no haya de mantenerse una vez terminado el 10º año contado a partir del principio del período de aplicación, los productos en cuestión quedarán sujetos a derechos de aduana propiamente dichos, establecidos sobre la base de un equivalente arancelario calculado con arreglo a las directrices prescritas en el Apéndice del presente Anexo, que se consolidarán en la Lista del Miembro de que se trate. En otros aspectos, se aplicarán las disposiciones del párrafo 6 modificadas por el trato especial y diferenciado pertinente otorgado a los países en desarrollo Miembros en virtud del presente Acuerdo.

Apéndice del Anexo 5 Directrices para el cálculo de los equivalentes arancelarios con el fin específico indicado en los párrafos 6 y 10 del presente Anexo

1. El cálculo de los equivalentes arancelarios, ya se expresen en tipos “*ad valorem*” o en tipos específicos, se hará de manera transparente, utilizando la diferencia real entre los precios interiores y los exteriores. Se utilizarán los datos correspondientes a los años 1986 a 1988. Los equivalentes arancelarios:

-
- a) se establecerán fundamentalmente a nivel de cuatro dígitos del SA;
 - b) se establecerán a nivel de seis dígitos o a un nivel más detallado del SA cuando proceda;
 - c) en el caso de los productos elaborados y/o preparados, se establecerán en general multiplicando el o los equivalentes arancelarios específicos correspondientes al o a los productos agropecuarios primarios por la o las proporciones en términos de valor o en términos físicos, según proceda, del o de los productos agropecuarios primarios contenidos en los productos elaborados y/o preparados, y se tendrán en cuenta, cuando sea necesario, cualesquiera otros elementos que presten en ese momento protección a la rama de producción.
2. Los precios exteriores serán, en general, los valores unitarios c.i.f. medios efectivos en el país importador. Cuando no se disponga de valores unitarios c.i.f. medios o éstos no sean apropiados, los precios exteriores serán:
 - a) los valores unitarios c.i.f. medios apropiados de un país vecino; o
 - b) los estimados a partir de los valores unitarios f.o.b. medios de uno o varios exportadores importantes apropiados, ajustados mediante la adición de una estimación de los gastos de seguro y flete y demás gastos pertinentes en que incurra el país importador.
 3. Los precios exteriores se convertirán en general a la moneda nacional utilizando el tipo de cambio medio anual del mercado correspondiente al mismo período al que se refieran los datos de los precios.
 4. El precio interior será en general un precio al por mayor representativo vigente en el mercado interno o, cuando no se disponga de datos adecuados, una estimación de ese precio.
 5. Los equivalentes arancelarios iniciales podrán ajustarse, cuando sea necesario, para tener en cuenta las diferencias de calidad o variedad, utilizando para ello un coeficiente apropiado.
 6. Cuando el equivalente arancelario resultante de estas directrices sea negativo o inferior al tipo consolidado vigente, podrá establecerse un equivalente arancelario inicial igual al tipo consolidado vigente o basado en las ofertas nacionales sobre el producto de que se trate.
 7. Cuando se ajuste el nivel del equivalente arancelario que haya resultado de la aplicación de las directrices establecidas *supra*, el Miembro de que se trate brindará, previa solicitud, oportunidades plenas para la celebración de consultas con miras a negociar soluciones apropiadas.”

(diferencia real entre los precios internos (PI) y los precios externos (PE) de un mercado)⁵⁸, el cual regiría a partir del 1 de enero del 2006. Los países exportadores de banano de América Latina⁵⁹ rechazaron unánimemente el arancel propuesto por considerar que violaba el anexo al “waiver” o Decisión de Doha (WT/L/436).

1) Documentos que componen el anexo al “waiver” de Doha

El anexo al “waiver” de Doha está compuesto por tres documentos, a saber: a) la decisión del 14 de noviembre 2001 relativa a “Comunidades Europeas – Régimen de Transición para los contingentes arancelarios autónomos de las Comunidades Europeas sobre las importaciones de banano”; b) la decisión del 14 de noviembre 2001 relativa a “Comunidades Europeas – Acuerdo de asociación ACP-CE”; c) el anexo a la decisión del 14 de noviembre del 2001 relativa a las “Comunidades Europeas – Acuerdo de asociación ACP – CE”. Estos tres documentos se encuentran relacionados entre sí, ya que otorgan una exención a favor de los países ACP consistente en permitir la exportación de estos países con cero arancel a los mercados de la Unión Europea, limitando esa preferencia a un contingente de 750 mil toneladas.

⁵⁸ PI: precio al por mayor representativo en el mercado y CE los valores unitarios CIF.

⁵⁹ Brasil, Costa Rica, Colombia, Ecuador, Guatemala, Nicaragua, Honduras, Panamá, Venezuela.

a) Comunidad Europea – Régimen de Transición para los contingentes arancelarios autónomos de las CE sobre las importaciones de banano

Este documento implica una exención al artículo XIII del GATT, el cual prohíbe limitaciones cuantitativas al comercio, y ofreció una protección a los países ACP exportadores de banano, con el fin de facilitarles la preparación para un régimen exclusivamente arancelario; esta exención o “waiver” inició el 1 de enero del año 2002 y finalizó el 31 de diciembre del año 2005.

Artículo XIII Aplicación no discriminatoria de las restricciones cuantitativas

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

2. Al aplicar restricciones a la importación de un producto cualquiera, las partes contratantes procurarán hacer una distribución del comercio de dicho producto que se aproxime lo más posible a la que las distintas

partes contratantes podrían esperar si no existieran tales restricciones, y, con este fin, observarán las disposiciones siguientes:

a) Siempre que sea posible, se fijarán contingentes que representen el monto global de las importaciones autorizadas (estén o no repartidos entre los países abastecedores), y se publicará su cuantía, de conformidad con el apartado b) del párrafo 3 de este artículo;

b) Cuando no sea posible fijar contingentes globales, podrán aplicarse las restricciones mediante licencias o permisos de importación sin contingente global;

c) Salvo a los efectos de aplicación de contingentes asignados de conformidad con el apartado d) de este párrafo, las partes contratantes no prescribirán que las licencias o permisos de importación sean utilizados para la importación del producto de que se trate procedente de una fuente de abastecimiento o de un país determinado;

d) Cuando se reparta un contingente entre los países abastecedores, la parte contratante que aplique las restricciones podrá ponerse de acuerdo sobre la repartición del contingente con todas las demás partes contratantes que tengan un interés substancial en el abastecimiento del producto de que se trate. En los casos en que no pueda razonablemente aplicarse este método, la parte contratante interesada asignará, a las partes contratantes que tengan un interés substancial en el abastecimiento de este producto, partes proporcionales a la contribución

*aportada por ellas al volumen o valor total de las importaciones del producto indicado durante un período representativo anterior, teniendo debidamente en cuenta todos los factores especiales que puedan o hayan podido influir en el comercio de ese producto. No se impondrán condiciones ni formalidades que impidan a cualquier parte contratante utilizar íntegramente la parte del volumen o del valor total que le haya sido asignada, a reserva de que la importación se efectúe en el plazo prescrito para la utilización del contingente.**

3. a) *Cuando se concedan licencias de importación en el marco de restricciones a la importación, la parte contratante que aplique una restricción facilitará, a petición de toda parte contratante interesada en el comercio del producto de que se trate, todas las informaciones pertinentes sobre la aplicación de esta restricción, las licencias de importación concedidas durante un período reciente y la repartición de estas licencias entre los países abastecedores, sobre entendiéndose que no estará obligada a revelar el nombre de los establecimientos importadores o abastecedores.*

b) *En el caso de restricciones a la importación que entrañen la fijación de contingentes, la parte contratante que las aplique publicará el volumen o valor total del producto o de los productos cuya importación sea autorizada durante un período ulterior dado, así como cualquier cambio sobrevenido en dicho volumen o valor. Si uno de estos productos*

se halla en camino en el momento de efectuarse la publicación, no se prohibirá su entrada. No obstante, se podrá computar este producto, dentro de lo posible, en la cantidad cuya importación esté autorizada durante el período correspondiente y, si procede, en la cantidad cuya importación sea autorizada durante el período o períodos ulteriores. Además, si una parte contratante exime habitualmente de dichas restricciones a los productos que, en un plazo de treinta días contados desde la fecha de esta publicación, son retirados de la aduana a la llegada del extranjero o a la salida del depósito aduanero, se considerará que este procedimiento se ajusta plenamente a las prescripciones de este apartado.

c) Cuando se trate de contingentes repartidos entre los países abastecedores, la parte contratante que aplique la restricción informará sin demora a todas las demás partes contratantes interesadas en el abastecimiento del producto de que se trate acerca de la parte del contingente, expresada en volumen o en valor, que haya sido asignada, para el período en curso, a los diversos países abastecedores, y publicará todas las informaciones pertinentes a este respecto.

4. En lo que concierne a las restricciones aplicadas de conformidad con el apartado d) del párrafo 2 de este artículo o del apartado c) del párrafo 2 del artículo XI, la elección, para todo producto, de un período representativo y la apreciación de los factores especiales que*

influyan en el comercio de ese producto serán hechas inicialmente por la parte contratante que aplique dichas restricciones. No obstante, dicha parte contratante, a petición de cualquier otra parte contratante que tenga un interés substancial en el abastecimiento del producto, o a petición de las PARTES CONTRATANTES, entablará consultas lo más pronto posible con la otra parte contratante o con las PARTES CONTRATANTES acerca de la necesidad de revisar el porcentaje establecido o el período de referencia, apreciar de nuevo los factores especiales implicados o suprimir las condiciones, formalidades u otras disposiciones prescritas unilateralmente sobre la asignación de un contingente apropiado o su utilización sin restricciones.

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

b) Comunidad Europea – Acuerdo de Asociación ACP-CE

Este documento implica una exención o “waiver” al artículo I.1 del GATT. Esta exención finalizó el 31 de diciembre del año 2007.

Artículo I Trato general de la nación más favorecida

1. Con respecto a los derechos de aduana y cargas de cualquier clase impuestos a las importaciones o a las exportaciones, o en relación con ellas, o que graven las transferencias internacionales de fondos efectuadas en concepto de pago de importaciones o exportaciones, con respecto a los métodos de exacción de tales derechos y cargas, con respecto a todos los reglamentos y formalidades relativos a las importaciones y exportaciones, y con respecto a todas las cuestiones a que se refieren los párrafos 2 y 4 del artículo III, cualquier ventaja, favor, privilegio o inmunidad concedido por una parte contratante a un producto originario de otro país o destinado a él, será concedido inmediata e incondicionalmente a todo producto similar originario de los territorios de todas las demás partes contratantes o a ellos destinado.(...)*

c) Anexo a la decisión del 14 de noviembre del 2001, relativa a las Comunidades Europeas – Acuerdo de Asociación ACP – CE

Este anexo estableció los procedimientos y el calendario de un eventual proceso de arbitraje que se entablaría en caso de desacuerdo con la tarifa arancelaria para banano que comunicaría la Comunidad Europea.

“La exención sería aplicable a los productos de origen ACP abarcados por el Acuerdo de Cotonou hasta el 31 de diciembre de 2007. En el caso de los bananos, la exención será asimismo aplicable hasta el 31 de diciembre de 2007, con las siguientes salvedades, que se entienden sin perjuicio de los derechos y obligaciones dimanantes del artículo XXVIII.

— Las partes en el Acuerdo de Cotonou iniciarán consultas con los Miembros que realizan exportaciones a la Unión Europea en régimen NMF (partes interesadas) con la suficiente prontitud para finalizar el proceso de consultas del procedimiento que se establece en este anexo tres meses al menos antes de la entrada en vigor del nuevo régimen exclusivamente arancelario de las CE.

— Diez días a más tardar después de la conclusión de las negociaciones en el marco del artículo XXVIII, se informará a las partes interesadas de las intenciones de las CE con respecto a la reconsolidación del arancel de las CE aplicable a los bananos. En el curso de las correspondientes consultas, las CE facilitarán información sobre la metodología utilizada para dicha reconsolidación. A este respecto deberán tenerse en cuenta todos los compromisos de acceso a los mercados en el marco de la OMC contraídos por las CE en relación con los bananos.

— Dentro de los 60 días siguientes al anuncio de esas intenciones, cualquier parte interesada podrá solicitar un arbitraje.

— El árbitro será nombrado dentro de los 10 días siguientes a la solicitud de arbitraje siempre que haya acuerdo entre las dos partes. En caso contrario, el árbitro será nombrado por el Director General de la OMC, tras celebrar consultas con las partes, dentro de los 30 días siguientes a la solicitud de arbitraje. El mandato del árbitro será determinar, en un plazo de 90 días contados a partir de su nombramiento, si la reconsolidación prevista del arancel de las CE aplicable a los bananos **tendría como resultado el mantenimiento, al menos, del acceso total a los mercados para los proveedores de bananos NMF, teniendo en cuenta los compromisos de las CE antes citados.**

— Si el árbitro determina que la reconsolidación no tendría como resultado el mantenimiento, al menos, del acceso total a los mercados de los proveedores en régimen NMF, las CE rectificarán la situación. Dentro de los 10 días siguientes a la notificación del laudo arbitral al Consejo General, las CE iniciarán consultas con las partes interesadas que solicitaron el arbitraje. Si no se llegara a una solución mutuamente satisfactoria, se pedirá al mismo árbitro que determine, dentro de los 30 días siguientes a la nueva solicitud de arbitraje, si las CE han rectificado la situación. El segundo laudo arbitral se notificará al Consejo General.

Si las CE no han rectificado la situación, la presente exención dejará de ser aplicable a los bananos a la entrada en vigor del nuevo régimen arancelario de las CE. Las negociaciones en el marco del artículo XXVIII y el procedimiento de arbitraje finalizarán antes de la entrada en vigor del nuevo régimen exclusivamente arancelario de las CE el 1º de enero de 2006.”

El anexo al “waiver” de Doha, autorizó expresamente la posibilidad de acudir a dos arbitrajes. En caso de que la reconsolidación prevista no tuviera como resultado el mantenimiento, al menos, del acceso total a los mercados para los proveedores NMF (nación más favorecida).

La UE en aras de respetar el acuerdo del anexo al artículo I.1 del GATT, propuso que a partir del 1 de enero 2006, la tarifa de importación de banano sería de €230 por tonelada métrica (desconsolidando el arancel de €75 por tonelada métrica que se venía aplicando) para los países de América Latina, mientras que los países ACP se mantenían con cero arancel; dicha cifra fue notificada oficialmente el 1 de febrero 2005.

En razón de lo anterior, Costa Rica, y el resto de países latinoamericanos exportadores de banano, solicitaron, el 30 de marzo de 2005, el establecimiento de un proceso arbitral ante

la OMC, en razón del anexo de la Decisión de la Conferencia Ministerial, Comunidades Europeas – Acuerdo de Asociación ACP – CE (WT\MIN(01)\15, WT\L\436), del 14 de noviembre del 2001.

C. El “waiver” de Doha y los arbitrajes

Los árbitros del proceso tenían la obligación de determinar si la reconsolidación prevista resultaría en el mantenimiento, al menos, del acceso total a los mercados para los proveedores NMF, para lo cual se debía considerar la totalidad de los compromisos de acceso a mercados, que en el marco de la OMC, en el tema de banano, hubieran sido contraídos por la UE. En este sentido, se entiende la palabra mantenimiento como la obligación de la UE de preservar la situación actual de los países NMF, por lo que, el acceso a los mercados que se disfrutaba antes de la entrada en vigencia del régimen arancelario, debía continuar una vez se diera la reconsolidación arancelaria. Ahora bien, la frase “al menos”, implica que, de darse la reconsolidación se debía como mínimo, preservar el acceso total a los mercados para los proveedores de fruta NMF.

Este acceso total a mercados implica las condiciones en las que un producto es introducido a un mercado, para que pueda competir con el resto de los productos. El diccionario de términos de política comercial de la OMC define acceso a mercados como sigue:

“Es uno de los conceptos básicos en comercio internacional. Describe la exención mediante el cual un bien o servicio puede competir con productos fabricados localmente en otro mercado. En el marco de la OMC es un término legal que señala las condiciones impuestas por los gobiernos mediante las cuales un producto podría entrar a un país bajo condiciones no discriminatorias. El acceso a mercados en el sentido de la OMC, se expresa mediante medidas arancelarias (border measures)(...)”

La totalidad del acceso implica considerar la totalidad de las condiciones de entrada que se ofrecen a los proveedores NMF en los mercados de la UE. Esto sin que el acceso total garantice un nivel o un volumen específico, ya sea de producto o de precios, más bien se refiere a la oportunidad de entrar y competir en el mercado que tienen los proveedores NMF.

Una vez analizados los elementos del “waiver”, resulta claro que este documento aporta el marco procedimental de los arbitrajes que resultaron en un mecanismo expedito para la búsqueda de una solución al conflicto del banano, incluso más expedito que el procedimiento de solución de diferencias, tal como se analizará en el siguiente capítulo.

Capítulo III: Órgano de solución de diferencias de la Organización Mundial de Comercio.

A. Organización Mundial de Comercio

La OMC nació el 1 de febrero de 1995, sin embargo su sistema de comercio es mucho más antiguo. Desde el año de 1947, el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, estableció las reglas de este sistema. Este Acuerdo General dio origen a una organización no oficial, la cual fue conocida como GATT (por sus siglas en inglés). Esta organización fue evolucionando con el paso de los años como consecuencia de varias rondas de negociaciones.

Entre estas negociaciones, encontramos la Ronda de Uruguay⁶⁰, la cual se llevó a cabo entre 1986 y 1994. Esta Ronda dio origen a la OMC, que a diferencia del GATT, se encargaría además del comercio de mercancías, del comercio de servicios, y de la propiedad intelectual.

El 15 de abril de 1994, los estados miembros del GATT suscribieron el Acuerdo de Marrakech⁶¹, en el cual se creó la Organización Mundial de Comercio; este acuerdo entró en vigencia el 1 de enero de 1995.

⁶⁰ La Ronda Uruguay fue la última ronda que se realizó bajo el GATT.

⁶¹ GOVAERE, Velia. Op. Cit. p. 14.

La OMC es un órgano internacional que se ocupa de las normas que tutelan el comercio entre los países miembros, sus documentos constituyen las normas fundamentales del comercio internacional.⁶²

Entre las funciones de la OMC se pueden mencionar, la administración de los acuerdos comerciales; además, constituye un foro para las negociaciones comerciales, un foro para la solución de diferencias comerciales, brinda servicios de asistencia técnica y formación para los países en vías de desarrollo, además, presta cooperación a otras organizaciones internacionales.⁶³ Se trata esencialmente de un lugar al que acuden los países miembros para tratar de solucionar los problemas comerciales que puedan tener entre sí.

Los documentos base de la OMC los constituyen los acuerdos negociados y firmados por la mayoría de los países que participan en el comercio mundial. Estos documentos establecen las normas jurídicas fundamentales del comercio internacional. Esencialmente se trata de los contratos que obligan a sus países miembros a mantener sus políticas comerciales dentro de límites convenidos.

La OMC está compuesta por los siguientes órganos:

⁶² Organización Mundial de Comercio. El comercio hacia el futuro. División y relaciones con los medios de comunicación, Ginebra, 2da edición, 1998, pag.4.

⁶³ Goode, Walter. Dictionary of trade policy terms. 2004. Cuarta Edición. Cambridge, Reino Unido. Cambridge University Press. p. 395.

1) Conferencia Ministerial

La Conferencia Ministerial es el órgano supremo de la OMC, está compuesta por los Ministros y representantes políticos de los países miembros, se reúnen cada dos años por lo menos. Este órgano adopta las decisiones más importantes de la OMC, puede adoptar decisiones sobre todos los ámbitos de cualquiera de los acuerdos comerciales multilaterales de la OMC, además de establecer los lineamientos de la organización.⁶⁴

Entre cada una de las Conferencias, el trabajo lo realiza el Consejo General, que al igual que las Conferencias Ministeriales, está compuesto por todos los países miembros de la OMC.

2) Consejo General

El Consejo General se divide en tres instancias, el Consejo de Comercio de Mercancías, el Consejo de Servicios y el Consejo sobre aspectos relativos a la Propiedad Intelectual⁶⁵. El Consejo General actúa en representación de la Conferencia Ministerial en todos los asuntos de la OMC; este Consejo debe rendir un informe a la Conferencia Ministerial.

⁶⁴ GOVAERE, Velia. Op. Cit. p. 17.

⁶⁵ GOVAERE, Velia. Ibid.

El artículo IV, punto 3 del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, contiene la obligación del Consejo General de desempeñar las funciones del OSD⁶⁶, que se analizarán posteriormente.

3. El Consejo General se reunirá según proceda para desempeñar las funciones del Órgano de Solución de Diferencias establecido en el Entendimiento sobre Solución de Diferencias. El Órgano de Solución de Diferencias podrá tener su propio presidente y establecerá las normas de procedimiento que considere necesarias para el cumplimiento de dichas funciones.

3) La Secretaría de la OMC

La Secretaría está dirigida por un Secretario General nombrado por la Conferencia Ministerial. El Secretario General es asistido por tres Directores Generales Adjuntos.

Este órgano no tiene facultades de adoptar decisiones; sus principales funciones son brindar apoyo técnico y profesional a los consejos y comités, prestar asistencia técnica a los países en vías de desarrollo, prestar asistencia jurídica en los procedimientos de solución de diferencias, vigilar y analizar la evolución del comercio mundial, facilita el acceso a la información para el público en general, y, finalmente, organiza las Conferencias Ministeriales.

⁶⁶ RIVERA SIBAJA, Gustavo. (2004). Manual de Solución de Diferencias en el Comercio Internacional. 1 ed. San José, Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. p 39.

4) Órgano de Solución de Diferencias

El órgano encargado de la solución de diferencias en la OMC, es el Órgano de Solución de Diferencias (OSD), facultado para establecer paneles, adoptar los informes del panel y resolver las apelaciones, así como de mantener la vigilancia respecto de la implementación de mandatos y recomendaciones y autorizar medidas de retorsión en aquellos casos donde las recomendaciones que haya establecido hayan sido ignoradas⁶⁷. El procedimiento mediante el cual este se rige, se conoce como “Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias” (ESD). Básicamente este órgano, supervisa el procedimiento de solución de diferencias entre los miembros de la OMC y “no es otra cosa que el órgano formado por la representación permanente de todos los Miembros, de ahí su carácter de máxima autoridad jerárquica del ESD”⁶⁸.

Como se mencionó anteriormente, una de las principales funciones de la OMC es la solución de conflictos comerciales. Con la creación de la OMC, se creó también un mecanismo de solución de diferencias más completo que el que se estableció en el GATT de 1947; se definieron plazos, se redujo el tiempo de resolución, se definieron con mayor claridad las etapas del proceso, se eliminó la posibilidad que el país perdedor obstruya la adopción de la resolución. Anteriormente, en el GATT de 1947, existió la posibilidad de bloquear la adopción de la resolución, ya que estas únicamente se adoptaban si existía

⁶⁷ Goode, Walter. Dictionary of trade policy terms. 2004. Cuarta Edición. Cambridge, Reino Unido. Cambridge University Press. p.102.

⁶⁸RIVERA, Gustavo. op. cit. p.40.

consenso, y si existía alguna objeción, no se adoptaba la resolución; sin embargo, en el procedimiento de solución de diferencias de la OMC, la resolución es adoptada de forma automática, para conseguir bloquear la resolución. El país perdedor tendría que conseguir que los demás miembros de la OMC compartieran su opinión.

El artículo 3, inciso 2 del ESD, establece que:

“El sistema de solución de diferencias de la OMC es un elemento esencial para aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio. Los Miembros reconocen que ese sistema sirve para preservar los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de los acuerdos abarcados y para aclarar las disposiciones vigentes de dichos acuerdos de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público. Las recomendaciones y resoluciones del OSD no pueden entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados.”

El procedimiento establecido dentro del ESD, consta de varias etapas, entre las cuales se encuentran, un periodo de consultas, el establecimiento de un Grupo Especial, también conocido como panel, el examen de apelación y el cumplimiento de las recomendaciones.

La etapa de las consultas constituye un requisito *sine qua non*, para continuar con el procedimiento. El artículo 4 del ESD, establece el procedimiento por seguir en las consultas, en su inciso 3 indica:

“Cuando se formule una solicitud de celebración de consultas de conformidad con un acuerdo abarcado, el Miembro al que se haya

dirigido dicha solicitud responderá a ésta, a menos que se convenga de mutuo acuerdo lo contrario, en un plazo de 10 días contados a partir de la fecha en que la haya recibido, y entablará consultas de buena fe dentro de un plazo de no más de 30 días contados a partir de la fecha de recepción de la solicitud, con miras a llegar a una solución mutuamente satisfactoria. Si el Miembro no responde en el plazo de 10 días contados a partir de la fecha en que haya recibido la solicitud, o no entabla consultas dentro de un plazo de no más de 30 días, u otro plazo mutuamente convenido, contados a partir de la fecha de recepción de la solicitud, el Miembro que haya solicitado la celebración de consultas podrá proceder directamente a solicitar el establecimiento de un Grupo Especial.”

Existe la obligación, por parte del miembro que solicita las consultas, de indicar las medidas con las que no se está de acuerdo y fundamentar el reclamo. Las consultas tienen efectos jurídicos en caso que se llegue a un acuerdo, sin embargo, estas no tienen efectos jurídicos en caso que fracasen, “concluidas éstas sin un resultado satisfactorio, la parte afectada tiene lo que se ha denominado el "derecho al Grupo Especial" ”⁶⁹. En caso que en las consultas no se obtenga el resultado esperado, las partes pueden solicitar el establecimiento de un panel, a menos que por consenso se decida no hacerlo, esto según lo establecido en el artículo 6.1 del ESD.

El Grupo Especial va a estar compuesto por tres integrantes; sin embargo, si las partes lo acuerdan, puede estar compuesto por cinco, quienes deberán probar su idoneidad para el desempeño de sus funciones. Además, tienen el deber de ser imparciales, y de cumplir con

⁶⁹ RIVERA, Gustavo. op. cit. p.48.

las obligaciones de independencia y confidencialidad. El Grupo Especial no podrá ser integrado por una persona cuyo país sea parte de la disputa por analizar.⁷⁰

La identificación de las medidas concretas que se encuentran en litigio, es un deber fundamental⁷¹ para que se establezca un panel, bajo la pena, en caso de no identificar las medidas, de rechazar el reclamo. Esta identificación debe darse en la solicitud escrita del establecimiento del panel. Además de identificar las medidas que se cuestionan, existe el deber de identificar las normas en las que se fundamenta la reclamación, esto delimita el mandato del Grupo Especial, ya que este no se puede pronunciar sobre lo que no se cuestiona.

El artículo 6 inciso 2 del ESD textualmente establece:

“Las peticiones de establecimiento de grupos especiales se formularán por escrito. En ellas se indicará si se han celebrado consultas, se identificarán las medidas concretas en litigio y se hará una breve exposición de los fundamentos de derecho de la reclamación, que sea suficiente para presentar el problema con claridad. En el caso de que el solicitante pida el establecimiento de un Grupo Especial con un mandato distinto del uniforme, en la petición escrita figurará el texto propuesto del mandato especial.”

⁷⁰ RIVERA, Gustavo. op. cit. ps. 50-52.

⁷¹ RIVERA, Gustavo. op. cit. p.106.

El artículo 7 del ESD, establece el mandato que debe considerar el panel, resulta un “mandato uniforme o estándar el cual rige los procedimientos salvo que las Partes acuerden otra cosa”⁷², o sea otro mandato.

"Examinar, a la luz de las disposiciones pertinentes (del acuerdo abarcado (de los acuerdos abarcados) que hayan invocado las partes en la diferencia), el asunto sometido al OSD por (nombre de la parte) en el documento ... y formular conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en dicho acuerdo (dichos acuerdos)."

El ESD permite la participación de terceros miembros, estos tienen derecho a ser oídos, a presentar argumentos por escrito, a estar presentes en las audiencias orales.

En lo que respecta a la carga de la prueba, el ESD es omiso en cuanto a su regulación, sin embargo, aplicando los principios, la parte que afirma un hecho tiene la obligación de probarlo.

Una vez que el Grupo Especial haya rendido su informe, el ESD establece una etapa intermedia de reexamen, en la cual el Grupo Especial pasará a las partes involucradas el proyecto de informe, al cual las partes tienen un plazo para presentar sus observaciones por escrito. Una vez transcurrido el plazo, el Grupo Especial dará traslado de estas a las partes,

⁷² RIVERA, Gustavo. op. cit. p.104.

junto con el borrador del informe; si no se reciben más observaciones, el informe se considerará definitivo.

El OSD establece un órgano permanente de apelación, que “es en la práctica un Tribunal o Corte Internacional”⁷³ y el cual está compuesto por 7 personas. Atenderá los recursos de apelación que las partes involucradas en la diferencia interpongan contra las decisiones del Grupo Especial. Este órgano tiene limitada su competencia en el artículo 17 inciso 6, el cual establece:

“La apelación tendrá únicamente por objeto las cuestiones de derecho tratadas en el informe del Grupo Especial y las interpretaciones jurídicas formuladas por éste”.

Una vez que se acuda al órgano de apelación, este no puede devolver el asunto al Grupo Especial para que los examine de nuevo, sino que este órgano es el que va a emitir una nueva decisión dentro del procedimiento, que sustituirá la resolución del Grupo Especial; además, el órgano de apelación tendría la opción de pronunciarse acerca de las omisiones del Grupo Especial.

El artículo 17, inciso 13 del ESD establece, en lo que respecta a las facultades del órgano de apelación:

⁷³ RIVERA, Gustavo. op. cit. p.53.

“El Órgano de Apelación podrá confirmar, modificar o revocar las constataciones y conclusiones jurídicas del Grupo Especial.”

Sobre la base de lo resuelto por el órgano de apelación, el artículo 17, inciso 14, se establece que, los informes del órgano de apelación serán adoptados por el OSD y aceptados incondicionalmente por las partes, salvo que el OSD decida por consenso no adoptarlos.

En caso que la resolución del Grupo Especial o del órgano de solución de diferencias resuelva que la medida sobre la que se discutió es incompatible con el acuerdo que se alegó, recomendarán que se “ponga en conformidad⁷⁴” con ese acuerdo.

En caso que la parte no se ponga en conformidad con el acuerdo o la medida incompatible el OSD tiene la facultad, cuando la parte interesada lo solicite, de autorizar a la otra parte la suspensión de concesiones u otras obligaciones.⁷⁵

Existe en el ESD un procedimiento de arbitraje en el artículo 21, inciso 5. Este procedimiento se solicita para determinar el grado de cumplimiento de un miembro con respecto a lo que se le recomendó.

⁷⁴ Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias, artículo 19, inciso 2

⁷⁵ RIVERA, Gustavo. op. cit. p.170.

“En caso de desacuerdo en cuanto a la existencia de medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones o a la compatibilidad de dichas medidas con un acuerdo abarcado, esta diferencia se resolverá conforme a los presentes procedimientos de solución de diferencias, con intervención, siempre que sea posible, del Grupo Especial que haya entendido inicialmente en el asunto. 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 ese plazo, comunicará por escrito al OSD los motivos del retraso, indicando el plazo en que estima podrá presentarlo.”

El artículo 22 establece medidas temporales a las que puede recurrir un miembro. En caso de que la parte llamada a cumplir los mandatos y recomendaciones del panel no acate las medidas ni realice esfuerzos por rectificar la situación dentro de plazo prudencial establecido en el informe, estas medidas pueden consistir en compensación y suspensión de concesiones. En cuanto a la compensación, esta es una medida voluntaria por cuanto constituye un remedio para la parte que ha incumplido un compromiso comercial como reparación del incumplimiento de las recomendaciones del panel o del órgano de apelación. Esta medida debe ser compatible con los acuerdos abarcados y, además, concederse a los otros miembros que se vean afectados. Respecto de la suspensión de concesiones u otras obligaciones, una vez agotada la vía de negociación con la contraparte, para llegar a un acuerdo en cuanto a medidas compensatorias, si estas negociaciones resultan infructuosas, la parte reclamante puede solicitar al OSD que suspenda la aplicación de concesiones al miembro que ha incumplido las recomendaciones. La suspensión debe realizarse en el mismo sector que haya surgido la

diferencia. Si esto no resulta posible, podría imponerse en un sector diferente en el marco del mismo acuerdo; si de igual manera, lo anterior no resulta posible y la medida se torna urgente, se podrán adoptar medidas de suspensión en el marco de otro acuerdo diferente al que originó la disputa.⁷⁶

Sistema	Órgano de solución de Diferencias	“Waiver”
Naturaleza	<p>Órgano encargado de la solución de diferencias en la OMC.</p> <p>Según el artículo el artículo 4 del ESD, en su inciso 3 indica la solución de diferencias</p> <p>“ (...) sirve para preservar los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de los acuerdos abarcados y para aclarar las disposiciones vigentes de dichos acuerdos de conformidad con las normas</p>	<p>Dispensa otorgada por los miembros de la OMC a otro miembro, liberándolo de la obligación de aplicar una medida particular a un aspecto específico de su comercio internacional.</p>

⁷⁶ RIVERA, Gustavo. op. cit. ps.175-176.

	usuales de interpretación del derecho internacional público (...).”	
Norma	Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias” (ESD).	Anexo de la Decisión de la Conferencia Ministerial, Comunidades Europeas – Acuerdo de Asociación ACP-CE (WT\MIN(01)\15,WT\L\436) ⁷⁷ , del 14 de noviembre del 2001.
Mandato	El Grupo Especial deberá: "Examinar, a la luz de las disposiciones pertinentes (del acuerdo abarcado (de los acuerdos abarcados) que hayan invocado las partes en la diferencia), el asunto sometido al OSD por (nombre de la parte) en el documento ... y formular conclusiones que ayuden al OSD	El mandato del árbitro será determinar, en un plazo de 90 días contados a partir de su nombramiento, si la reconsolidación prevista del arancel de las CE aplicable a los bananos tendría como resultado el mantenimiento, al menos, del acceso total a los mercados para los proveedores de bananos

⁷⁷ Fuente: Organización Mundial de Comercio. www.wto.org.

	a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en dicho acuerdo (dichos acuerdos)."	NMF, teniendo en cuenta los compromisos de las CE antes citados.
Procedimiento	<p>Consultas, esta etapa debe necesariamente llevarse a cabo, el miembro de la OMC al que se haya dirigido la consulta tendrá 10 días para responder desde que se le notificó la consulta, y entablarán consultas en un plazo de 30 días. Si no se dan los supuestos dentro de los plazos, el miembro que realizó la consulta puede solicitar el establecimiento de un Grupo Especial.</p> <p>En la solicitud escrita del establecimiento del Grupo Especial, debe identificarse claramente la medida que dio origen a su consulta, además debe identificar las normas en las que</p>	<p>1. Inicio de consultas con los Miembros que realizan exportaciones a la Unión Europea bajo el régimen NMF (partes interesadas). El proceso de consultas debía finalizar al menos tres meses antes de la entrada en vigencia del nuevo régimen exclusivamente arancelario.</p> <p>2. A más tardar 10 días después de concluidas las negociaciones, se informará a las partes interesadas las intenciones de reconsolidar el arancel. En el curso de las correspondientes consultas, las CE facilitarán</p>

	<p>fundamenta su reclamación.</p> <p>El ESD permite la participación de terceros miembros, estos tienen derecho a ser oídos, a presentar argumentos por escrito, a estar presentes en las audiencias orales.</p> <p>El informe rendido por el Grupo Especial pasa por un examen, en el cual se pasa a las partes interesadas para que se realicen las observaciones que consideren pertinentes.</p> <p>El OSD establece un órgano permanente de apelación, el cual atenderá los recursos de apelación que se interpongan contra las decisiones del grupo especial, únicamente las relacionadas con cuestiones de derecho.</p> <p>Una vez que se acuda al órgano de apelación, este no puede devolver</p>	<p>información sobre la metodología utilizada para dicha reconsolidación.</p> <p>3. Una vez comunicadas las intenciones de reconsolidar el arancel, dentro de los 60 días siguientes cualquier parte interesada podrá solicitar un arbitraje.</p> <p>4. El árbitro debía nombrarse dentro de los 10 días siguientes a la solicitud del arbitraje, por acuerdo entre las partes, en caso de que no se llegara a un acuerdo, el árbitro sería nombrado por el Director General de la OMC.</p> <p>5. El árbitro deberá cumplir su mandato en un plazo de 90 días contados a partir de su nombramiento.</p> <p>6. En caso que en el laudo</p>
--	--	---

	<p>el asunto al Grupo Especial para que los examine de nuevo, sino que es este órgano el que va a emitir una nueva decisión dentro del procedimiento.</p> <p>En lo que respecta a la adopción de lo resuelto por el órgano de apelación, el artículo 17, inciso 14 establece que, los informes del órgano de apelación serán adoptados por el OSD y aceptados incondicionalmente por las partes, salvo que el OSD decida por consenso no adoptarlos.</p> <p>En caso que la resolución del Grupo Especial o del órgano de solución de diferencias resuelva que las medida sobre la que se discutió es incompatible con el acuerdo que se alegó, recomendarán que se “ponga en</p>	<p>arbitral se determine que la reconsolidación no mantiene el acceso total al mercado para proveedores NMF, la UE deberá rectificar la reconsolidación del arancel.</p> <p>7. Para lo anterior, dentro de los 10 días posteriores a la notificación del laudo, la UE iniciará consultas con las partes, si no se llega a un acuerdo satisfactorio, se solicitará al árbitro que en un plazo de 30 días determine si el arancel propuesto rectifica la situación.</p> <p>8. Si las CE no han rectificado la situación, la exención dejaría de ser aplicable a banano a la entrada en vigor del nuevo régimen arancelario de las CE.</p>
--	--	---

	<p>conformidad” con ese acuerdo.</p> <p>En caso que la parte no ponga en conformidad, el OSD tiene la facultad, cuando la parte interesada lo solicite, de autorizar a la otra parte la suspensión de concesiones.</p> <p>Existe en el ESD un procedimiento de arbitraje en el artículo 21, inciso 5. Este procedimiento se solicita para determinar el grado de cumplimiento de un miembro con respecto a lo que se le recomendó.</p> <p>“En caso de desacuerdo en cuanto a la existencia de medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones o a la compatibilidad de dichas medidas con un acuerdo abarcado, esta diferencia se resolverá conforme a los presentes procedimientos de solución de</p>	<p>9. Las negociaciones en el marco del artículo XXVIII y el procedimiento de arbitraje finalizarán antes de la entrada en vigor del nuevo régimen exclusivamente arancelario de las CE el 1º de enero de 2006.”</p>
--	--	--

	<p>diferencias, con intervención, siempre que sea posible, del Grupo Especial que haya entendido inicialmente en el asunto. 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 ese plazo, comunicará por escrito al OSD los motivos del retraso, indicando el plazo en que estima podrá presentarlo.”</p> <p>En el artículo 22, se establece la posibilidad de la parte reclamante de suspender las concesiones otorgadas a la parte que no ha cumplido.</p> <p>En síntesis, los plazos establecidos en este procedimiento:</p>	
--	---	--

	<p>Consultas → 60 días</p> <p>Establecimiento del panel y sus miembros → 45 días</p> <p>Traslado del informe a las partes en disputa → 180 días</p> <p>Traslado del informe a los miembros OMC → 3 semanas</p> <p>Adopción del informe por parte del OSD → 60 días.</p> <p>En caso de apelación:</p> <p>Informe del asunto en apelación → 60 a 90 días</p> <p>OSD adopta informe del asunto en apelación → 30 días.</p> <p>Duración total aproximada 1 año y tres meses incluyendo la apelación.⁷⁸</p> <p>En lo que respecta al establecimiento del Grupo Especial o panel y la designación de sus miembros, podría durar 45</p>	
--	---	--

⁷⁸ Fuente: Organización Mundial de Comercio. www.wto.org.

	<p>días.</p> <p>El panel tiene un plazo de 6 meses para trasladar el informe definitivo a las partes y, posteriormente, tiene tres semanas para trasladar su informe definitivo a los miembros de la OMC.</p> <p>El OSD tiene 60 días para adoptar el informe, en caso de no que no haya apelación.</p>	
<p>Ejecución de las resoluciones</p>	<p>La aplicación de las recomendaciones y mandatos se pueden imponer mediante medidas de compensación y suspensión de concesiones.</p>	<p>De no rectificarse la situación por parte de la UE, la exención dejaría de operar para la fruta ACP con la entrada del régimen exclusivamente arancelario.</p> <p>Según el artículo 25 del ESD, se puede aplicar en lo que corresponda lo establecido en los artículos 21 y 22 de este entendimiento.</p>

Duración del procedimiento	1 año y tres meses aproximadamente, estos plazos son determinados, pero flexibles.	El árbitro debía determinar en 90 días el mandato.
Terceras partes	<p>Las terceras partes interesadas son las que tienen un interés directo en el asunto. Estas partes tienen derecho a ser escuchadas y a presentar sus argumentos de forma escrita.</p> <p>Las terceras partes interesadas son miembros que no están directamente involucrados en el centro de una disputa, pero que participan en los procedimientos debido a un interés sustancial en el asunto. Las terceras partes interesadas, tienen derecho a ser escuchados por el panel, además, pueden presentar documentos escritos; sin embargo, no tienen derecho de apelar las decisiones o reportes del panel.</p>	

Tabla 3 – Cuadro comparativo de procedimientos de solución de controversias.

Tal como se mostró en el cuadro anterior, el procedimiento contenido en el “waiver” presentaba una serie de ventajas entre ellas, plazos más cortos y la circunscripción del conflicto al cumplimiento o no de un mandato específico, razón por la cual se utilizó para los procedimientos arbitrales que se explicarán en el siguiente capítulo.

Capítulo IV: Procedimientos arbitrales.

B. Generalidades

Una vez estudiado el Órgano de Solución de Diferencias, resulta de relevancia analizar la forma en la que actuaron las partes involucradas en los dos procedimientos de arbitraje y las determinaciones del grupo arbitral, el cual será conocido como el árbitro.

El régimen de importación de bananos de la UE, fue considerado contrario a las normas del GATT/OMC en varios paneles, como se analizó en el capítulo I de la presente tesis, razón por la que las CE accedieron a cambiar aquellas prácticas que no estuvieran acorde con los compromisos contraídos ante esta Organización. Por esto, se negoció un cambio de régimen hacia uno de importación exclusivamente arancelario (“tariff only”), el cual se aplicaría a partir del primero de enero del año 2006.

Por su parte, el anexo al “waiver” de Doha, estableció una exención al principio de nación más favorecida, regulado en el Artículo I del GATT, sobre los productos provenientes de los países ACP, hasta el 31 de diciembre del año 2007.

Aplicando el procedimiento contenido en el anexo, la UE anunció la reconsolidación arancelaria en €230 por tonelada métrica, el 31 de enero del 2005. “Comunicó a la OMC

sus intenciones de reemplazar el sistema arancelario vigente para la comercialización de bananos (licencias y contingentes), por un arancel único (tariff only),⁷⁹ con lo que se abrió la opción de un periodo de consultas o negociaciones acerca de esa propuesta del arancel para los proveedores de banano NMF.

Dentro de los 60 días siguientes al anuncio de esas intenciones, cualquier parte interesada tenía la facultad para solicitar un arbitraje, por lo que el 20 (sic) de marzo del 2005, Costa Rica, Colombia, Panamá, Ecuador, Nicaragua, Honduras, Guatemala y posteriormente Brasil y Venezuela⁸⁰, notificaron a la OMC la solicitud para activar el proceso de arbitraje de conformidad con el anexo.

Según lo establecido en el anexo, las Partes estaban facultadas para nombrar los árbitros, sin embargo, al no llegar a un acuerdo en cuanto al nombramiento de los árbitros dentro del plazo establecido (10 días), el grupo arbitral fue nombrado por el Director General de la OMC, el 2 de mayo del 2005⁸¹.

El anexo al “waiver” de Doha, estableció como mandato del árbitro su deber de determinar sí la reconsolidación arancelaria prevista por las CE aplicable al banano; tendría como resultado el mantenimiento, al menos, del acceso total a mercados para los proveedores de bananos NMF, teniendo en cuenta los compromisos de la UE adquiridos ante la OMC.

⁷⁹ GOVAERE, Velia. Op. cit. p.62.

⁸⁰ GOVAERE, Velia. Ibid.

⁸¹ GOVAERE, Velia. Ibid.

Al haberse activado el proceso, el grupo arbitral contaba con un plazo de tres meses (90 días), contados a partir de su nombramiento, para cumplir con el procedimiento. El grupo arbitral invitó a las partes a que presentaran sus alegaciones, por lo que los días 28, 29, y 30 de junio del 2005, las partes se reunieron con los árbitros en la sede de la OMC en Ginebra, Suiza. Durante esa reunión, el grupo arbitral decidió que el laudo⁸² sería entregado a las partes el 1 de agosto del 2005.

En el caso que el laudo arbitral determinara que la reconsolidación no tendría como resultado el mantenimiento del acceso total a los mercados, la UE tendría la obligación de rectificar la situación, por lo que se contaba con un periodo de 10 días, posteriores a la notificación del laudo, para iniciar un periodo de consultas, en caso de no conseguir una solución satisfactoria para las partes, se tenía la opción de presentar una segunda solicitud de arbitraje.

C. Primer procedimiento de arbitraje

En lo que respecta a los argumentos presentados por las partes durante el procedimiento de arbitraje, a continuación se presenta una reseña de estos.

⁸² Comunidades Europeas - el Acuerdo de Asociación ACP- CE - recurso al arbitraje de conformidad con la decisión de 14 de noviembre de 2001. WT/1/616, 1° de agosto de 2005.

El primer argumento consistió en el hecho que la UE tenía el deber de demostrar que el arancel de €230 por tonelada métrica, resultaría en, al menos, el mantenimiento del total acceso a mercado del banano NMF. En lo que respecta a este primer hecho, las partes argumentaron:

1) Alcances del mandato del árbitro

NMF	UE
<p>Para los países NMF, el Acuerdo de Cotonou, correspondía a una excepción, dentro de la intencionalidad del artículo IX del Acuerdo de OMC. Sin embargo, esta excepción no fue dispuesta irrestrictamente, sino que se extendía hasta el 31 de diciembre del 2007 y permitía un tratamiento arancelario preferencial para los países ACP. Este trato preferencial se encontraba regulado por el anexo a la exención de Doha, bajo determinadas condiciones, que en el caso del banano,</p>	<p>Según lo contemplado en el anexo, el mandato del árbitro debía limitarse a establecer si el arancel previsto resultaría en al menos, el mantenimiento del acceso total a mercado para proveedores NMF, por lo que todo pronunciamiento más allá del alcance de este cuestionamiento excedería los límites del mandato.</p> <p>En opinión de las UE, el término <i>acceso a mercado</i> se refería a la posibilidad de importar bajo condiciones específicas en un mercado particular.</p>

<p>incluía la introducción del régimen de arancel único.</p> <p>La reconsolidación arancelaria prevista por la UE debería resultar en al menos, el mantenimiento del acceso total a mercado de los proveedores de banano NMF, de otra forma la excepción debería dejar de aplicarse ante la imposición del nuevo régimen arancelario de la UE.</p> <p>El anexo correspondía a una excepción al principio de NMF y su aplicación requería que se probaran las condiciones para su existencia:</p> <p>A. La correspondencia de la reconsolidación arancelaria prevista por la UE (€30 por tonelada métrica), con el Nivel Arancelario Estándar (NAE).</p> <p>B. Que arancel previsto resulte en <i>al menos, el mantenimiento del total acceso a mercado del banano NMF.</i></p>	<p>Implicaba el impacto tendría una concesión determinada sobre las importaciones de un país Miembro; no así respecto del flujo comercial real o la participación acumulada de uno u otro país Miembro o bien, lo relativo a la competencia entre proveedores NMF y proveedores nacionales o preferenciales (ACP).</p> <p>Ningún país miembro tiene la garantía de que un nivel particular de acceso a mercado se traduzca en una participación o flujo comercial específico en ese mercado, solamente se prevé cuáles son las condiciones de acceso. Respecto de una concesión de importación, el país Miembro solamente tiene derecho a que el nivel de protección no se incremente o que el nivel de liberalización no decrezca.</p>
--	---

<p>El mandato implicaba el análisis de todos los compromisos de acceso a mercado relacionados con banano, de la UE ante la OMC.</p>	
<p>En los procedimientos de solución de diferencias de la OMC/GATT, la parte que invoque una excepción para justificar el incumplimiento de una regla general tiene la obligación de demostrar que cumple con las condiciones de excepción, sea que debe probar que las circunstancias para que se dé tal excepción se encuentran presentes en el caso concreto.</p> <p>La intencionalidad del anexo a la exención de Doha no era permitir a la UE, imponer un arancel a cualquier nivel, sino que debía justificar que la aplicación del “waiver” o excepción resultaría en el mantenimiento del acceso a mercado para el banano NMF, antes de otorgar un tratamiento preferencial al producto proveniente de los países ACP.</p>	<p>El hecho de invocar la excepción o “waiver” no constituía un argumento para justificar una violación a las provisiones o reglas de la OMC.</p> <p>En caso de establecerse que el anexo al “waiver” de Doha, es una excepción a la regla general contemplada en el Artículo I del GATT, la re consolidación arancelaria propuesta por la UE no está ligada al deber contemplado en este artículo.</p> <p>La UE considera que no existe relación legal entre el arancel propuesto y los deberes contemplados en el “waiver”.</p> <p>Además, consideraron que la carga de la prueba, recae exclusivamente en las Partes Interesadas.</p> <p>Según lo contemplado en el Anexo, el</p>

<p>Así mismo, se tenía la obligación de demostrar que la reconsolidación arancelaria cumplía con el Nivel Arancelario Estándar como una condición para establecer una excepción al principio de NMF. Esto último fue establecido como condición para que los proveedores de banano NMF aceptaran la aplicación del anexo al “waiver” de Doha.</p> <p>La UE pretendía hacer uso de una excepción en relación a la introducción de una nueva medida, por lo que debía establecer que las condiciones para la aplicación de tal excepción se cumplieran.</p> <p>Bajo los términos estipulados en el anexo al “waiver”, la UE tenía la responsabilidad de invitar a los proveedores NMF a hacer consultas acerca del proceso de control multilateral (metodología y control utilizado para llegar al nivel arancelario correcto).</p>	<p>mandato del árbitro debe limitarse a establecer si el arancel previsto resultaría en al menos, el mantenimiento del acceso total a mercado para proveedores NMF, por lo que todo pronunciamiento más allá del alcance de este cuestionamiento excedería los límites del mandato.</p>
---	---

Tabla 4 – Primer argumento de las partes en el primer arbitraje.

Para el caso específico de Costa Rica, los argumentos se enfocaron en el hecho que el Acuerdo de Cotonou es una excepción condicional al artículo I.1 GATT 1994, que establece el principio de Nación Más Favorecida. Además, se consideró que un miembro de OMC que utilice una excepción a una regla general, tenía la obligación de establecer su observancia con las condiciones para que se produzca tal excepción.

En el caso de los países ACP, consideraron que el único propósito del proceso de arbitraje era examinar si la propuesta de la reconsolidación arancelaria sobre banano NMF resultaba en al menos, el mantenimiento del total acceso a mercado del banano NMF, para lo que indicó que la UE tenía dos compromisos, el primero, respecto del Artículo 5 del Acuerdo sobre Agricultura, la posibilidad de aplicar una medida de salvaguardia especial y el segundo se refería al límite TRQ “Tariff, Rate, Quota⁸³”, de 2,200,000 toneladas, con un arancel dentro de la cuota de €75 por tonelada métrica.

Los países ACP, consideraron que la reconsolidación arancelaria determinaba una equivalencia basada en oportunidades de acceso a mercado y no en el efecto que el arancel propuesto tendría sobre los volúmenes de importación.

⁸³ Esto implica la aplicación de un nivel arancelario más bajo a una cantidad específica de bienes importados. Toda importación que sobrepase la cantidad especificada deberá pagar un arancel más alto. Goode, Walter. Dictionary of trade policy terms. 2004. Cuarta Edición. Cambridge, Reino Unido. Cambridge University Press.

En lo que respecta a los argumentos anteriormente expuestos, los árbitros determinaron que se debían analizar los siguientes elementos.

En primer lugar, consideraron que respecto de la reconsolidación arancelaria prevista aplicable al banano, no se presentaba contención entre las partes, en cuanto resultó evidente que la propuesta de la UE consistía en registrar un nuevo compromiso en la Lista OMC, el cual consistía en un arancel de €230 por tonelada métrica. Consideraron que la reconsolidación prevista guardaba estrecha relación con el anuncio por parte de la UE, notificado el primero de febrero del año 2005.

En segundo lugar, establecieron el punto de referencia, el cual implicaba determinar de dónde se debía partir para evaluar la reconsolidación arancelaria.

En tercer lugar, se debía llevar a cabo un análisis de compromisos de acceso a mercados, en este punto en específico. El grupo arbitral consideró las diferentes interpretaciones que las partes dieron a la frase “acceso total a mercados para proveedores de banano NMF” , así como el significado y alcance de los compromisos de la UE que debían tenerse en cuenta.

El segundo argumento consistió en el hecho que las CE, tenían la obligación de establecer un nivel arancelario que, *resultaría en al menos, el mantenimiento del acceso total a mercado para los proveedores de banano NMF.*

2) Nivel arancelario

NMF	UE
<p>Para los países NMF, la re consolidación arancelaria debe, como mínimo, mantener el acceso al mercado para banano MNF.</p> <p>Los países NMF consideraron que acceso a mercado implicaba las condiciones y las situaciones bajo las cuales un bien puede competir con otros bienes producidos localmente o bien mediante las cuales un producto puede ingresar a un país bajo condiciones no discriminatorias. Por lo que el acceso al mercado guardaba estrecha relación con los compromisos que debían cumplir la UE en el marco de la OMC.</p>	<p>La UE argumentó que las reducciones arancelarias así como el arancel dentro de la cuota consistían en compromisos de acceso a mercado, sin embargo, indicaron que se debía tomar únicamente aquellos relacionados con el banano dentro del arbitraje.</p> <p>En lo que respecta al tema de acceso a mercado, indicaron que las concesiones de la OMC no están dirigidas a preservar participaciones de mercado o volúmenes de importación o exportación, sino que se trata de condiciones de competencia, o bien</p>

<p>En el caso de análisis, el acceso a mercado se encontraba afectado por el margen de preferencia entre banano NMF y la fruta proveniente de los países del ACP.</p> <p>Por consiguiente, consideraron que la concesión del acceso a mercado bajo el artículo II del GATT de 1994, resultaba inútil sin la concomitante obligación de no discriminación bajo el artículo I. 1 GATT 1994.⁸⁴</p> <p>El efecto del arancel de €230 por tonelada métrica, debe como mínimo, mantener un acceso al mercado para banano NMF, efectivo y sin menoscabo, en todos sus aspectos, lo que incluye las condiciones bajo las cuales el banano NMF podía competir con banano proveniente de la UE y de los países ACP.</p>	<p>condiciones legales bajo las cuales un producto entra en un mercado de uno de sus miembros. Indicaron, además, que las Partes Interesadas⁸⁵ extienden erróneamente el alcance del significado de acceso a mercado, al buscar asegurarse una ventaja competitiva y expansión para sus industrias y, no buscan garantizar las condiciones de competencia.</p> <p>En lo que respecta al margen de preferencia otorgado al banano proveniente de los países ACP, la UE afirmó que la preferencia referida no se debía considerar en el arbitraje, dado que era un asunto irrelevante para el arbitraje, por cuanto los argumentos de las partes interesadas carecían de fundamento en ese sentido.</p> <p>Consideraron que la tarea del árbitro es</p>
--	--

⁸⁴ Colombia, Costa Rica, El Ecuador y Guatemala, y Brasil.

⁸⁵ Es aquella parte que tiene derechos en una investigación, deben ser notificadas del inicio de esta y acerca de la información requerida por la autoridad investigadora, debe concedérseles un plazo amplio para el estudio del caso y la revisión de toda la información que se relevante para la presentación de este

<p>En concreto: El Nivel Arancelario Estándar (NAE) requería que el efecto del arancel de €230 por tonelada métrica, debía como mínimo, mantener un acceso al mercado para banano NMF, efectivo y sin menoscabo, en todos sus aspectos, lo que incluía las condiciones bajo las cuales el banano NMF podía competir con banano de las CE y ACP.</p>	<p>determinar si el arancel propuesto de €230 por tonelada métrica, resulta al menos, en el mantenimiento del acceso total al mercado para los proveedores de banano NMF, al contrastarlo con el cumplimiento del alcance de los compromisos de acceso a mercado de la UE.</p> <p>La UE sostuvo que la reconsolidación arancelaria, implicaba la cancelación de ciertas concesiones para ser reemplazadas por otras, entre estas, las relacionadas con el banano, en el paso del régimen de cuotas y licencias a un régimen de arancel único.</p>
---	---

Tabla 5 – Segundo argumento de las partes en el primer arbitraje.

El laudo estableció como obligación del árbitro determinar si la reconsolidación prevista (€230 por tonelada) "*tendría como resultado el mantenimiento, al menos, del acceso total a los mercados para los proveedores de bananos NMF*", para lo que tendría que tener en consideración "*todos los compromisos de acceso a los mercados en el marco de la OMC contraídos por las CE en relación con los bananos*".

En lo que respecta a los datos y la metodología utilizada, las partes argumentaron:

3) Metodología

NMF	UE
<p>La re consolidación arancelaria propuesta por la UE, <i>NO resultaría en al menos, mantenimiento del acceso total a mercado para los proveedores de banano NMF</i> ⁸⁶, por las razones siguientes:</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ La UE utiliza datos inapropiados para determinar el precio interno. <p>El cálculo de un equivalente arancelario</p>	<p>La UE adujo que en el anexo al “waiver” no especifica una metodología a utilizar, por lo que las CE han decidido emplear el la metodología “price gap” para medir el nivel de protección brindado por distintos tipos de instrumentos, que afectan el acceso a mercado y, convertirlos en aranceles equivalentes.</p>

⁸⁶ De acuerdo a las CE, la metodología contemplada en la Directriz Price Gap Guilines, utilizada para calcular el nuevo límite arancelario se basa en las condiciones del Apéndice al Anexo V del Acuerdo sobre Agricultura. Las CE afirman que la conformidad con el NAE, se reduce a la determinación del equivalente arancelario de las barreras no arancelarias del régimen TRQ (Tariff, Rate, Quote). Según las CE, dicha metodología se utiliza para calcular el acceso a mercado permitido bajo barreras no arancelarias, tal como si este acceso al mercado, pudiera ser alcanzado a través de la aplicación de aranceles solos. A este respecto el Anexo del Acuerdo sobre Agricultura establece que el cálculo de los equivalentes arancelarios, sean ad valorem o específicos, el cálculo de la diferencia de entre precios internos y externos se hará de manera transparente.

<p>debe realizarse utilizando la diferencia real entre precio interno⁸⁷ (PI) y precio externo (PE), en una forma transparente.</p> <p>El cálculo realizado por la UE se basaba en precios oficiales y no en precios reales. Los precios dados por la FAO (Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación) representan precios guía que se utilizan como punto de partida para la negociación del precio final. Estos precios guía son significativamente superiores al precio real obtenido.</p> <p>El precio oficial cotizado derivado de los datos aportados por la FAO, no correspondía al precio real de venta ya que hay precios de oferta y cotización (punto de partida de la negociación del precio real</p>	<p>En lo que respecta a la información utilizada para el cálculo del arancel propuesto, las CE afirmaron que esta es de dominio público, y se refiere a precios y proporciones.</p> <p>Sus fuentes de información fueron:</p> <p>De la FAO: el precio interno para el pago de impuestos de banano verde originario de Centroamérica en el mercado de Hamburgo, las CE consideraron la FAO como una fuente confiable de información, que brinda precios reales y exactos, además ha recolectado información del banano, en cuanto a producción, consumo y precios, en diferentes etapas y países, información que no ha sido desacreditada.</p> <p>De Eurostat: las estadísticas sobre las cuales</p>
--	--

⁸⁷ El precio interno corresponde al precio mayorista dominante, representativo en el mercado nacional o un estimado de este cuando no existan datos disponibles. La frase diferencia real entre precio interno y externo significa que, el cálculo del equivalente arancelario debe basarse en precios reales, a partir de un período de referencia que en opinión de las CE corresponde a los años 2000, 2001, 2002. Esta diferencia entre precio interno y externo corresponde al equivalente arancelario de una medida no arancelaria.

<p>final) que son más altos que el precio real negociado.</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Costos de carga y descarga. <p>La metodología precio “<i>gap</i>” es un medio para calcular el equivalente arancelario de una restricción comercial, a partir de la comparación del precio interno real y el precio externo real. Cuando se aplica esta metodología es esencial que la diferencia entre precio interno y externo tome exclusivamente el efecto de la restricción comercial, excluyendo otros elementos que afectan o distorsionan precios, que no están relacionados con la restricción, tal como los costos de carga y descarga.</p> <p>El cálculo utilizado por la UE, no tomaba en consideración este elemento, no descontaba estos costos que no están relacionados con</p>	<p>se basa la diferencia de precios entre banano originario de Centroamérica y banano originario de Suramérica, en el mercado alemán.</p> <p>Según las CE, los árbitros debían examinar si los nuevos compromisos propuestos por las CE cumplen o no con al menos, el mantenimiento del mismo nivel de protección o liberalización, de las concesiones existentes.</p> <p>El margen de preferencia dado al banano ACP no es parte del alcance de este proceso.</p> <p>Las Partes Interesadas establecieron distintos cálculos para determinar que el margen de preferencia referido incidía sobre el acceso a mercado para proveedores NMF, pero ninguna presentaba información</p>
---	---

<p>la restricción comercial en sí misma.</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Margen de preferencia <p>Tal como estaba establecido el régimen el arancel dentro de la cuota que pagaba el banano NMF es de €75 por tonelada métrica, mientras que el banano ACP 0 euros por tonelada métrica. Por ello se afirmó que el acceso a mercado de banano NMF se encontraba afectado por el margen de preferencia dado al banano ACP, que se traduce en un arancel dentro de la cuota de €75 por tonelada métrica.</p> <p>El incrementar el margen de preferencia en cualquier nivel superior a €75 por tonelada métrica podría ocasionar un efecto adverso para el total acceso a mercados de banano NMF.</p>	<p>sustancial.</p> <p>El anexo al “waiver” no se hacía referencia alguna acerca del margen de preferencia otorgado a los países ACP.</p> <p>En el caso que el acceso a mercado deba ser aplicado en relación al deber de no discriminación bajo el Artículo I. 1 GATT 1994, esto no implicaba que el alcance del acceso a mercado deba ser entendido como incorporado. Esto significa que la totalidad de los derechos de las Partes Interesadas serían mantenidos, es decir que se conservarían las condiciones de acceso a mercado, pero no de cada aspecto de este, ya que implicaría garantizar volúmenes y participaciones, fueran o no relevantes.</p> <p>La preferencia concedida a los ACP no tiene un efecto sobre las condiciones legales de acceso a mercado de los proveedores</p>
--	--

<p>Aun manteniendo el margen de preferencia actual, la introducción del régimen de arancel único supone un incremento de la ventaja competitiva para el producto ACP, ya que el equivalente arancelario (de una barrera no arancelaria: cuota) será reducido también a cero.</p> <p>Las CE utilizaban la metodología “Price Gap” para determinar el equivalente arancelario de las barreras no arancelarias para la importación de banano NMF, sin embargo no se hizo una determinación similar para el banano ACP, ni tampoco se establecieron los efectos para el acceso total a mercados del banano NMF cuando compiten con el producto ACP.</p> <p>Según el argumento de América Latina debería tomarse en consideración lo siguiente: A) Se trata de productos similares</p>	<p>NMF.</p> <p>Las CE afirmaron que deseaban mantener el nivel de protección para los proveedores nacionales en la entrada del nuevo régimen y el nivel de preferencia para los países ACP equivale a esa protección en el régimen actual.</p>
---	--

<p>por lo que su precio interno debería ser el mismo; B) La aplicación de la ley de precio único; C) Los costos de carga y descarga deberían ser los mismos sin importar el origen del producto, D) El equivalente arancelario resulta de la diferencia entre el precio externo del banano NMF y el banano ACP.</p>	
---	--

Tabla 6 – Tercer argumento de las partes en el primer arbitraje.

Los países ACP consideraron que la metodología de precio era el medio reconocido en el marco de la OMC para calcular el equivalente arancelario de una barrera no arancelaria, por lo que lo consideraron el método de aplicación general para el proceso de reconsolidación arancelaria. Además, consideraron que un arancel inferior a €230 por tonelada métrica podría beneficiar injustamente a los proveedores NMF y dañar los intereses de los países ACP.

En lo que respecta al hecho que la observancia del Nivel Arancelario Estándar, debe tomar en cuenta el factor de competencia entre banano NMF y banano ACP. Las partes argumentaron:

4) Nivel arancelario estándar

NMF	CE
<p>Bajo el régimen de cuotas y licencias el arancel cuota que pagaba el banano NMF era de €75 por tonelada métrica, mientras que el banano ACP tenía un arancel de 0 euros por tonelada métrica, razón por la que se afirma que el acceso a mercado de banano NMF se encuentra afectado por el margen de preferencia dado al banano ACP. El incrementar el margen de preferencia en cualquier nivel superior a €75 por tonelada métrica podría ocasionar un efecto adverso para el total acceso a mercados de banano NMF.</p> <p>Aun manteniendo el margen de preferencia actual, la introducción del régimen de arancel único suponía un incremento de la ventaja competitiva para el producto ACP,</p>	<p>El argumento del incremento en el margen de preferencia producto del arancel previsto; o que el margen de preferencia existente incrementa la ventaja competitiva del banano ACP, no resulta relevante y no debe ser considerado dentro del alcance del arbitraje.</p> <p>La noción de acceso a mercado contenida en el mandato tiene que ser una noción legalmente relevante, tutelable y exigible dentro del contexto de la OMC. Esta noción legal de acceso a mercado garantiza solamente las condiciones legales de importación y no importaciones reales.</p> <p>El margen de preferencia dado al banano ACP no es parte del alcance de este</p>

<p>ya que el arancel equivalente (de una barrera no arancelaria: cuota) será reducido también a cero.</p> <p>El arancel equivalente ACP permitía la protección de la producción nacional y correspondía a un arancel equivalente de una barrera no arancelaria del régimen de cuotas y licencias.</p> <p>Las CE utilizaban la metodología “Price Gap” para determinar el arancel equivalente de las barreras no arancelarias del Régimen de “tariff”, “rate”, quota” para banano NMF, sin embargo no se hizo una determinación similar para el banano ACP, ni tampoco se establecieron los efectos para el acceso total a mercados del banano NMF cuando compiten con el producto ACP.</p>	<p>proceso, sino que si el arancel previsto cumple o no con el mantenimiento del total acceso a mercado para banano NMF. Las Partes Interesadas establecieron distintos cálculos para determinar que el margen de preferencia referido incide sobre el acceso a mercado para proveedores NMF, pero ninguna presenta información sustancial acerca de por qué cualquier margen de preferencia establecido podría ser relevante respecto de si el arancel NMF mantiene el total acceso a mercado.</p> <p><u>Argumentos:</u></p> <p>-El anexo al “waiver” no hace referencia alguna acerca del margen de preferencia otorgado a los países ACP.</p> <p>-En el caso que el acceso a mercado deba ser aplicado en relación al deber de no discriminación bajo el Artículo I. 1 GATT 1994, esto no implica que el alcance del</p>
--	---

	<p>acceso a mercado deba ser entendido como incorporado. Esto significa que la totalidad de los derechos de las Partes Interesadas serán mantenidos, es decir que se conservan las condiciones de acceso a mercado, pero no de cada aspecto de este, ya que implicaría garantizar volúmenes y participaciones, fueran o no relevantes.</p> <p>-La preferencia concedida a los ACP no tiene un efecto sobre las condiciones legales de acceso a mercado de los proveedores NMF.</p> <p>-Las CE afirmaron que desean mantener el nivel de protección para los proveedores nacionales en la entrada del nuevo régimen y el nivel de preferencia para los países ACP equivale a esa protección en el régimen actual.</p>
--	--

Tabla 7 – Cuarto argumento de las partes en el primer arbitraje.

Para el caso específico de Costa Rica, se consideró que la reconsolidación arancelaria incrementaba el margen de preferencia entre el banano proveniente de los países ACP y el

banano proveniente de los países NMF, y no observaba el cumplimiento del Nivel Arancelario Estándar.

Entre las conclusiones de los países NMF, el argumento principal consistió en el hecho que el arancel propuesto no resultaba en “*al menos el mantenimiento del total acceso a mercados para banano NMF*”. Además, consideraron que las CE utilizaron el precio oficial y no el precio real para la determinación del precio interno dentro de la metodología de la diferencia de precios “price gap”, la cual consideran una metodología estática, por lo que lo consideraron un medio inadecuado para el cálculo de la reconsolidación arancelaria.

En este sentido, el cálculo de la UE de €230 por tonelada métrica no consideraba el ajuste relacionado con los costos de transporte y de descarga. Además, no tomó en consideración las condiciones de competencia entre el banano NMF y las preferencias otorgadas al banano ACP, a la hora de calcular la tarifa arancelaria. El total acceso implica todo el mercado, lo que incluye el margen de preferencia de los países ACP y su efecto sobre las oportunidades de los proveedores NMF.

En lo que respecta a las conclusiones de las CE, estas sostuvieron que el arancel propuesto mantenía el acceso total a mercado para los proveedores de banano. El mandato del árbitro, considera que el término acceso a mercado no es una garantía del volumen de comercio o de las participaciones comerciales y no incluía el margen de preferencia otorgado a los

países ACP. Adujeron que el párrafo primero del “waiver”⁸⁸ no es parte del imperativo de los árbitros. Consideraron que Las Partes Interesadas eran las que llevan la carga de la prueba. En lo que respecta a la metodología del “Price Gap”, está confirmada como medio más apto para asegurar que el nuevo arancel propuesto por las CE, mantiene el total acceso a mercado para proveedores NMF.

D. Primer laudo arbitral⁸⁹

A partir de lo dispuesto en el laudo arbitral, se determinó que la cuestión principal por discutir, se debía centrar en sí la re consolidación arancelaria cumplía la norma de preservar, al menos, las oportunidades efectivas de entrada en el mercado de bananos de las CE que las actuales condiciones de entrada ofrecen a los proveedores NMF.

En el laudo el árbitro constató los siguientes hechos:

- 1) El análisis de la re consolidación arancelaria no puede solamente tomar en cuenta los compromisos consolidados, sino también otros aspectos del régimen de importación.

⁸⁸ Con sujeción a los términos y condiciones que a continuación se enuncian, se suspenderá la aplicación de las disposiciones del párrafo 1 del artículo I del Acuerdo General hasta el 31 de diciembre de 2007, en la medida necesaria para permitir que las Comunidades Europeas concedan el trato arancelario preferencial a los productos originarios de los Estados ACP conforme a lo exigido en el párrafo 3 del artículo 36 y el Anexo V y sus Protocolos del Acuerdo de Asociación ACP-CE⁸⁸, sin que estén obligadas a extender ese mismo trato preferencial a productos similares de cualquier otro Miembro.

⁸⁹ WT/L/616 Comunidades Europeas – El Acuerdo de Asociación ACP – CE, Recurso al arbitraje de conformidad con la Decisión de 14 de noviembre de 2001. Laudo Arbitral, OMC, Ginebra, primero de agosto de 2005.

- 2) El impacto real del margen de preferencia otorgado a los proveedores de banano ACP, sobre las oportunidades efectivas de acceso a mercados existentes para los bananos NMF.
- 3) La metodología de la diferencia de precios aplicada correctamente, tiene la característica de ser imparcial en cuanto a sus efectos sobre los productores nacionales y sobre las importaciones totales.
- 4) La metodología de la diferencia de precios está ideada para que refleje el nivel de protección ofrecido a los productores nacionales frente a los competidores extranjeros, pero no toma en cuenta las condiciones de competencia entre importaciones de distintas fuentes (NMF respecto de proveedores preferenciales).
- 5) El equivalente arancelario propuesto por la UE tendría por resultado un aumento en el margen de preferencia del que ya disfrutaban actualmente los proveedores ACP⁹⁰. El arancel propuesto de €230 por tonelada métrica, vendría a aumentar la ventaja de que disfrutaban los proveedores preferenciales frente a los proveedores de banano NMF, antes de la reconsolidación.
- 6) El aumento significativo del margen de preferencia resultante de la reconsolidación influiría en las oportunidades efectivas que ofrecen a los proveedores NMF, las actuales condiciones de entrada en el mercado de bananos de las CE, hecho que no ha sido tomado en cuenta en el cálculo de la reconsolidación propuesta. Por esta razón, si no se realiza ningún ajuste para tener en cuenta el impacto de la reconsolidación sobre el margen de preferencia otorgado a los proveedores ACP, la metodología de la

⁹⁰ Cero arancel en comparación con los €75 euros por tonelada métrica que pagan los países NMF dentro del contingente.

diferencia de precios utilizada por las CE para calcular la reconsolidación prevista desemboca en un resultado que no será mantener, al menos, el acceso total a los mercados para los proveedores de bananos NMF.

- 7) El tope al volumen de importaciones preferenciales no asegura que la reconsolidación prevista tendrá como resultado el mantenimiento, al menos, del acceso total a los mercados para los proveedores de bananos NMF. Este “ "techo" o "tope máximo" a las exportaciones de banano de los países ACP, a través de un contingente, anunciada por la Unión Europea en el proceso arbitral, no era suficiente para mantener, al menos, el acceso total a los mercados para proveedores NMF”⁹¹.
- 8) En lo que respecta a los datos obtenidos de la FAO, estos no reflejan precios interiores reales, sino ofertas de precios.
- 9) El grupo arbitral indicó que los precios interiores calculados por las CE para establecer su reconsolidación prevista no reflejaban con la mayor exactitud posible los precios reales a los que los bananos se venden en el mercado de las CE.

Por lo anterior, la determinación del grupo arbitral consistió en que la reconsolidación prevista por las CE para el banano, **no** tendría como resultado el mantenimiento, al menos, del acceso total a los mercados para los proveedores de bananos NMF, teniendo en cuenta

⁹¹ GOVAERE, Velia. Op. cit. p.63.

todos los compromisos de acceso a los mercados en el marco de la OMC, contraídos por las CE en relación con los bananos.⁹²

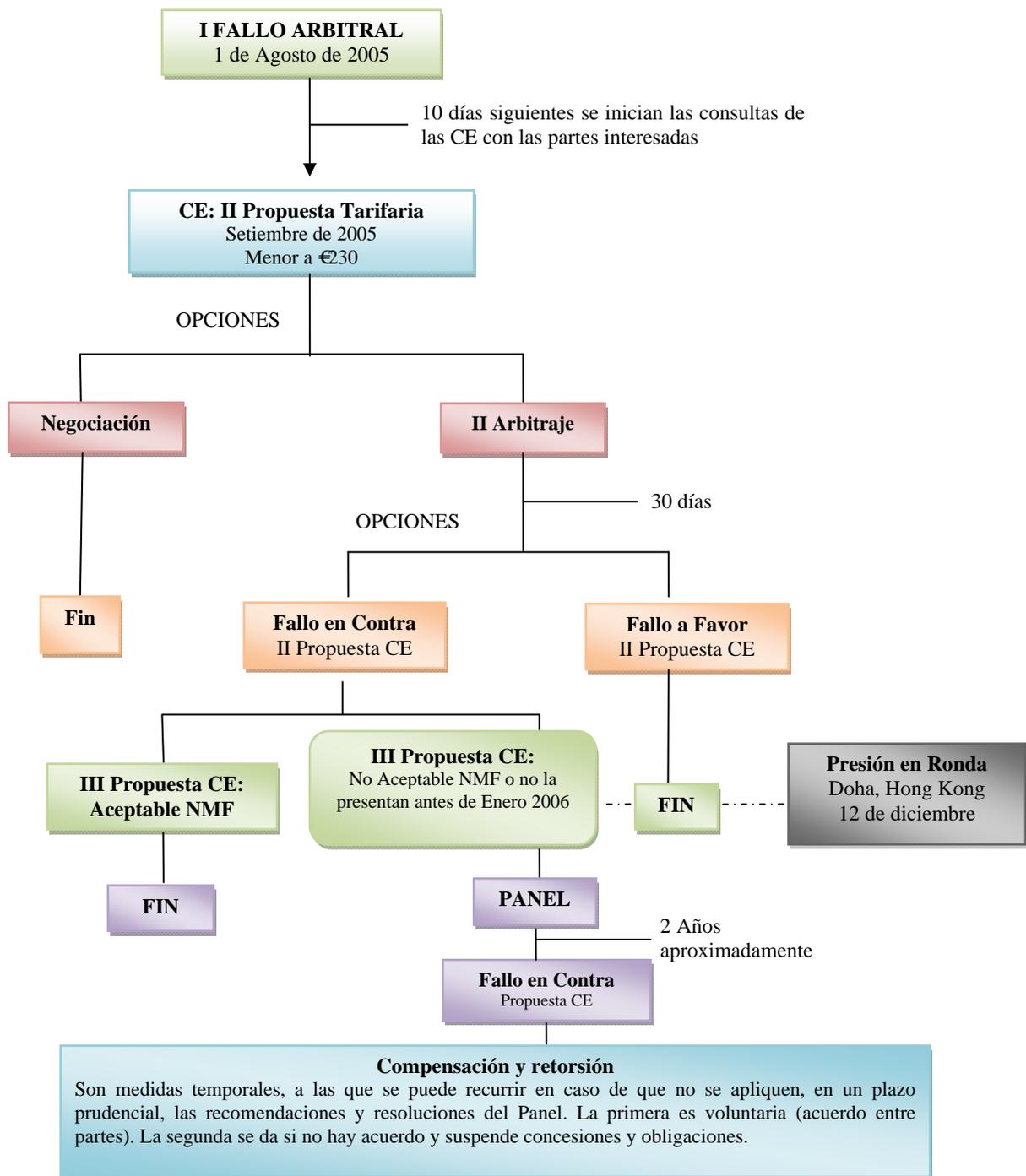
En razón de la determinación del grupo arbitral, el siguiente paso por seguir consistió en un periodo de consultas, las cuales al resultar infructuosas, se estableció el segundo procedimiento de arbitraje.

El flujograma⁹³ que se adjunta a continuación, explica de manera resumida el procedimiento que se siguió.

⁹² Comunidades Europeas – El Acuerdo de Asociación ACP – CE, Recurso al arbitraje de conformidad con la decisión de 14 de noviembre de 2001. Laudo Arbitral, OMC, Ginebra, primero de agosto de 2005.

⁹³ Flujograma realizado por la Sección de Política Bananera/ Sección de Estadísticas de la Corporación Bananera Nacional.

DIAGRAMA FLUJO
PROCESO DESPUÉS DEL PRIMER LAUDO
ARBITRAL



E. Segundo procedimiento de arbitraje

El 26 de setiembre 2005, la Comisión Europea presentó su propuesta para el reglamento del Consejo acerca de la rectificación al arancel para banano.

En lo que respecta a la nueva tarifa arancelaria, este reglamento estableció en su artículo primero que al primero de enero de 2006, la tarifa arancelaria para banano sería de €187 por tonelada métrica y “un contingente arancelario para los ACP de 775,000 toneladas métricas anuales, libres de aranceles”⁹⁴.

A continuación se reseñan los argumentos de las partes.

1) Propuesta de la UE para rectificar la situación

UE	NMF ⁹⁵
La UE presentó su propuesta de €187 por tonelada métrica aduciendo que se encontraba conforme a los requerimientos del anexo al “waiver” de Doha.	Consideraron que el arancel de €187 por tonelada métrica, continúa siendo un arancel alto y no resultaba en el mantenimiento al menos del acceso total al

⁹⁴ GOVAERE, Velia. Op.cit. p. 63.

⁹⁵ En este procedimiento de arbitraje las NMF presentaron dos “submission” o documentos uno suscrito por Colombia, Costa Rica, Ecuador y Guatemala y otro suscrito por Honduras, Panamá y Nicaragua.

	mercado para los proveedores NMF.
Esta propuesta fue calculada sobre la base de la metodología “Price Gap”, de manera objetiva y transparente. Se utilizaron diversas fuentes de información, aduciendo que los resultados de los cálculos se encontraban en un rango de €187 por tonelada métrica a €286 por tonelada métrica.	Se consideró que la propuesta no rectifica la situación, ya que se incrementaba el margen de preferencia existente, por lo que no se mantienen las condiciones de acceso a mercados para los proveedores de países NMF.

Tabla 8 – Primer argumento de las partes en el segundo arbitraje.

En lo que respecta a la metodología utilizada por la UE, se presentaron los siguientes argumentos:

2) Precios

UE	NMF
La UE utilizó datos de Sopisco, al considerarla una fuente confiable, para obtener precios internos.	Los proveedores NMF consideran que los datos obtenidos de esta fuente, son estimaciones futuras de precios y no

	precios reales, se hizo la sugerencia de utilizar datos auditados. ⁹⁶
En lo que respecta a los precios externos (valor C.I.F), el cálculo se realizó mediante aproximaciones de precios F.O.T. con datos de Sopisco. En este caso, se descartó la utilización de datos provenientes de Eurostat, fuente que habían utilizado como método de cálculo en el primer arbitraje.	Las Partes NMF consideraron que los precios externos fueron calculados de forma correcta en el primer arbitraje, se encontraban de acuerdo con el uso de los datos de Eurostat, ya que se consideran datos precisos y confiables. En el primer arbitraje, el grupo arbitral consideró que el cálculo de los precios externos no se encontraba en disputa ya que ninguna de las partes lo cuestionó.
En lo que respecta al periodo de referencia, utilizaron los datos de 2002, 2003 y hasta abril del 2004, aduciendo que se llega hasta este mes para excluir los resultados de la ampliación que ocurrió el 01 de mayo del 2004.	Consideraron que la UE debió utilizar todo el año 2004. Además, el mandato arbitral estableció que el periodo de referencia debía ser el trienio más cercano y en ese caso se incumplió: se utilizaron únicamente los datos de 2 años y 4 meses.
Los datos obtenidos de Sopisco se refieren	Argumentaron que existe falta de

⁹⁶ Existe una especie de base de datos con precios reales ponderados promedio auditados para bananos verdes descargados en el puerto de Hamburgo, de la cual la Asociación de Importadores de banano de Alemania le ha informado a las CE.

al puerto de Hamburgo.	representatividad, al utilizar datos del puerto de Hamburgo, cuyos precios son mayores que en el resto de la UE15, por lo que se propone se utilice un coeficiente que relacione los precios internos de Alemania y los precios internos de la UE15.
------------------------	--

Tabla 9 – Segundo argumento de las partes en el segundo arbitraje.

Acerca de los países ACP, específicamente en cuanto a la restricción cuantitativa⁹⁷ las CE afirmaron que mantendrían el trato preferencial otorgado a los países ACP, una vez entrara en vigencia el régimen de arancel único, preferencia que se basa en compromisos contraídos en razón de acuerdos y políticas promovidas por la Unión Europea, respecto del acceso a mercado otorgado a los productos provenientes de estas naciones.

La propuesta dispuso que se abrirá una cuota de 775, 000 toneladas (peso neto) sujeta a cero arancel para banano originario de los países ACP, cada año, a partir del primero de enero, comenzando esta apertura el primero de enero del 2006.

⁹⁷ Se trata de un “techo” o restricción cuantitativa dirigida a las importaciones de fruta originaria de los países ACP.

Esta propuesta debe atender lo establecido en el artículo XIII del GATT⁹⁸ referente a la aplicación no discriminatoria de las restricciones cuantitativas, razón por la que la UE debe

⁹⁸ Artículo XIII Aplicación no discriminatoria de las restricciones cuantitativas

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

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

- siempre que sea factible, habrán de fijarse los contingentes representativos del total de las importaciones permitidas (estén o no repartidos entre los países abastecedores), y se notificará su cuantía, de conformidad con el párrafo 3 B) de este artículo;
- en los casos en que la fijación de los contingentes no sea de licencias o permisos de importación sin contingente;
- Salvo para los fines de aplicación de contingentes asignados conforme al subpárrafo D) de este párrafo, las partes contratantes no exigirán el uso de licencias o permisos de importación, para la importación del producto de que se trate de determinado país o procedencia;
- en los casos en que haya sido repartido un contingente entre los países abastecedores, la parte contratante que aplique las restricciones podrá, respecto a las asignación de participaciones en el contingente, buscar el acuerdo con todas las demás partes contratantes que tengan interés esencial en el abastecimiento del producto de que se trate. En los casos en que este método no sea suficientemente práctico, la parte contratante interesada asignará sus contingentes a la partes contratantes que tengan interés esencial en el abastecimiento del producto, basando las participaciones en la proporción del volumen o del valor total de las importaciones del producto, suministradas por tales partes contratantes durante un período tipo anterior, tomando en cuenta cualquier factor especial que pueda haber influido o influir en el comercio del producto. No se impondrán condiciones o formalidades que impidan a cualquier parte contratante utilizar íntegramente la parte de tal cantidad o valor total que le haya sido asignada, siempre que la importación se efectúe dentro del plazo prescrito para la utilización del contingente.

3. **A.** En el caso en que sea necesario el uso de licencias de importación respecto a restricciones a la importación, la parte contratante que aplique las restricciones deberá suministrar, a solicitud de cualquier parte contratante que tenga interés en el comercio del producto de que se trate, todos los datos pertinentes sobre la administración de las restricciones, las licencias de importación expedidas durante un período reciente y la distribución de tales licencias entre los países abastecedores; a condición de que no estará obligada a suministrar informes respecto a los nombres de las empresas importadores o abastecedores.**B.** En el caso de restricciones a la importación que entrañen la fijación de contingentes, la parte contratante que las

aplicar la restricción cuantitativa de forma tal, que la distorsión comercial causada sea la menor posible, para que se aproxime lo más posible a lo que se habría producido en ausencia del régimen aplicado.

La restricción no puede ser discriminatoria, es decir, los productos que estén sujetos a esta, deben ser objeto de una restricción semejante, sin importar el origen de estos. La

aplique anunciará públicamente la cantidad o el valor del producto o de los productos cuya importación habrá de permitirse durante un período ulterior determinado, así como cualquier cambio en tal cantidad o valor. No se prohibirá la entrada de ningún envío del producto de que se trate, que en el momento de la notificación se hallare en ruta; a condición de que éste pueda ser descontado en la medida posible de la cantidad cuya importación esté autorizada durante el período correspondiente y también, cuando sea necesario, de las cantidades cuya importación haya de permitirse durante el período o los períodos siguientes a condición, además, de que si una parte contratante habitualmente exime de tales restricciones a los productos importados o retirados del depósito aduanero para el consumo durante un plazo de treinta días a partir de la fecha de tal notificación pública, se considerará tal práctica plenamente conforme con lo establecido en este subpárrafo. C. Cuando se trate de contingentes repartidos entre los países abastecedores, la parte contratante que aplique la restricción informará sin demora a todas las demás partes contratantes interesadas en el abastecimiento del producto de que se trate acerca de la participación en el contingente, expresadas en cantidad o en valor, asignadas a los diversos países abastecedores y hará la correspondiente notificación pública.

4. En cuanto a las restricciones que se apliquen conforme a lo dispuesto en el párrafo 2 D) de presente artículo o del párrafo 2 C) del [artículo XI](#), la parte contratante que aplique tal restricción hará la selección inicial del período tipo para cualquier producto y evaluará los factores especiales que influyan en el comercio de tal producto; a condición de que tal parte contratante, o a petición de cualquier otra parte contratante que tenga interés esencial en el abastecimiento del producto, o a solicitud de las Partes Contratantes, celebre consultas a la mayor brevedad posible con la otra parte contratante o con las Partes Contratantes, acerca de la necesidad de ajustar la proporción determinada o el período básico seleccionado, o para evaluar nuevamente los factores especiales del caso, o para eliminar las condiciones, formalidades u otras disposiciones establecidas unilateralmente, relativas a la asignación de un contingente adecuado o a su utilización sin restricciones.

5. Las disposiciones de este artículo serán aplicables a cualquier contingente arancelario instituido o mantenido por cualquier parte contratante; y, hasta donde sea factible, los principios de este artículo serán también aplicables a las restricciones de exportación.

aplicación de la restricción cuantitativa que se establece en la reglamentación mencionada, necesita la existencia de una exención o “waiver” que esté autorizado por la OMC.

La propuesta de la UE presentaba, además, una modificación al Reglamento CE 404/93 que en su artículo 18, inciso c, estableció un contingente autónomo denominado C, de 750, 000 toneladas peso neto, destinado a la importación de productos originarios de los países ACP a cero arancel, aumentando este contingente en 25 000 toneladas, lo que constituye una mayor participación en el mercado para los países, incrementando la participación otorgada en el Reglamento CE 404/93.

Al existir este aumento en la participación del contingente C, esto implicaría que los países pertenecientes a la iniciativa “todo menos armas” EBA⁹⁹ podrían tener acceso al mercado europeo, libre de aranceles y sin restricciones de contingente.

⁹⁹ Por sus siglas en inglés es conocida como EBA “Everything But Arms”.

Esta iniciativa consiste en una propuesta adoptada por la Comisión Europea establecida originalmente en el Reglamento CE 416/2001 del 28 de febrero 2001, el cual fue sustituido por el Reglamento CE 2501/2001 del 10 de diciembre 2001. Este último Reglamento amplía el periodo de aplicación de las preferencias arancelarias para los productos originarios de los países menos adelantados (PMA), con el propósito de incentivar el desarrollo de los países más pobres.

La iniciativa todo menos armas es parte del Sistema Generalizado de Preferencias (SGP) que implementa la política para la facilitación del acceso al mercado de los productos que provengan de los países menos adelantados eliminando los aranceles y contingentes de todos sus productos con excepción del armamento.

La iniciativa promueve la corrección de las desigualdades existentes en lo que se refiere al acceso al mercado europeo, además, ser congruente con los intereses de todos los países y no únicamente con los intereses de los países más desarrollados, pretende una potenciación del uso de los recursos naturales y presentan un escenario en el cual la UE podrá adaptarse progresivamente a la nueva política agrícola.

3) Restricción cuantitativa a las importaciones de proveedores ACP

UE	NMF
<p>La propuesta de la UE incluyó el establecimiento de una restricción cuantitativa a las importaciones provenientes de los países ACP, esto con el fin de preservar las condiciones de competencia de los países NMF.</p> <p>Como se mencionó anteriormente, se propuso una restricción de 775,000 toneladas a cero arancel para los proveedores ACP, de la cual el 18% se asigna a operadores no tradicionales.</p>	<p>Se consideró que el establecimiento de una restricción o cuota no es suficiente para determinar si la UE ha rectificado la situación.</p> <p>Adujeron que la UE no justifica el mantenimiento de las condiciones de competencia entre los proveedores NMF y los proveedores ACP con el margen de preferencia.</p>
<p>La UE es omisa en referirse al requisito de</p>	<p>Se debe obtener, por parte de la OMC, una</p>

Esta iniciativa está dirigida a la totalidad de productos de los países PMA, los productos agrícolas, además, carne, productos diarios, frutas procesadas y vegetales, maíz, cereales, productos de azúcar y cacao, aceites, pasta, bebidas alcohólicas.

Entre los países menos adelantados se encuentran varios países productores de banano, la mayoría de los cuales son africanos, de estos países, los principales países exportadores son Costa de Marfil y Camerún. En lo que respecta al banano, el acceso exento de aranceles se dio en el año 2006.

UE	NMF
<p>establecimiento de un “waiver” por parte de la OMC que autorice la propuesta de la restricción cuantitativa para los ACP.</p>	<p>autorización para implementar un “waiver” que permita la restricción. La UE está en la obligación de respetar las obligaciones del artículo XIII del GATT, como se mencionó anteriormente.</p>
<p>La UE consideró que la re consolidación arancelaria debe observar dos elementos, en primer lugar, el impacto en la preferencia en las oportunidades efectivas de competencia para las naciones NMF y en segundo lugar, que no se dé un incremento en el nivel de protección para los proveedores ACP.</p>	<p>Consideraron que la restricción cuantitativa incrementa el margen de preferencia de tres formas, en primer lugar respecto del contingente C, en segundo lugar, se da en un contingente de cero arancel y en tercer lugar, la preferencia que se da a los proveedores ACP va más allá de la cuota, ya que tienen la posibilidad de exportar fuera de la cuota pagando un arancel de €187 por tonelada métrica.</p> <p>Además, consideran que la restricción cuantitativa tiene carácter provisional por lo que debería ser eliminada con la entrada</p>

UE	NMF
	<p>del nuevo régimen.</p> <p>La restricción cuantitativa propuesta podría estar sujeta a cambios unilaterales por parte de la UE y no cumple con los compromisos que la UE tiene con respecto a la entrada en vigencia del nuevo régimen.</p>

Tabla 10 – Tercer argumento de las partes en el segundo arbitraje.

La UE planteó en este arbitraje, la iniciativa “everything but arms”, o sea, todo menos armas, la cual otorga un régimen especial a los países menos adelantados (PMA) o países menos desarrollados, al permitirles importar todos sus productos a cero arancel con excepción de las armas.

4) Iniciativa “Todo Menos Armas”

UE	NMF
Indicaron que la iniciativa EBA no se	En este tema específico, el alegato o

<p>debía analizar en el contexto del anexo al “waiver”.</p>	<p>“submission” de Colombia, Costa Rica, Ecuador y Guatemala no se refirieron a este tema.</p> <p>Por su parte en el “submission” de Honduras, Panamá y Nicaragua, se consideró que se beneficiarían los 41 países ACP que están dentro de la iniciativa EBA.</p>
<p>La UE estableció que la iniciativa EBA y el margen de preferencia ACP, son dos sistemas distintos que no tienen relación legal entre sí.</p> <p>Alegaron, que el margen de preferencia otorgado a los países ACP se da por medio del “waiver” o exención al artículo I del GATT, en relación con el Acuerdo de Asociación CE-ACP. Por otro lado, la iniciativa EBA se aplica a los países menos adelantados, por medio de la “enabling</p>	<p>Para este argumento, Honduras, Panamá y Nicaragua consideraron que era necesario analizar la preferencia EBA, pues representa un volumen adicional de 323,000 toneladas métricas, situación que afectaría las condiciones de entrada al mercado para los proveedores NMF.</p>

<p>clause”, la cual permite que se otorgue una preferencia a estos países; consideran que esta es la razón por la cual la preferencia EBA no debe tratarse de la misma manera que la preferencia ACP, no deberían considerarse en la determinación del grupo arbitral.</p>	
--	--

Tabla 11 – Cuarto argumento de las partes en el segundo arbitraje.

Adicionalmente, la UE sugirió el establecimiento de un modelo de simulación, con el que se demostraría que el nivel arancelario propuesto por la UE “mantiene, al menos, el acceso total a mercados”, incluso indica que la cantidad de banano importado por parte de los proveedores NMF se vería incrementado.

En relación con este argumento, las partes interesadas consideran que el grupo arbitral no debe tener en cuenta este modelo, por cuanto los datos utilizados no son los más aptos: algunos datos resultan inconsistentes.

F. Segundo laudo arbitral¹⁰⁰

En primer lugar, el laudo arbitral trató el tema de la solicitud que fue presentada por Costa Rica, Ecuador, Honduras, Nicaragua, y Panamá; esta solicitud consistió en cuestionar la legitimación de la UE, para plantear la segunda solicitud de arbitraje.

Consideraban las partes interesadas que la UE no estaba legitimada para presentar la solicitud de arbitraje, según lo establecido en el anexo al “waiver” de Doha.

En lo que respecta a esta solicitud, el árbitro consideró que al establecer el anexo al “waiver” de Doha que “si no se llegara a una solución mutuamente satisfactoria, se pedirá al mismo árbitro que determine, dentro de los 30 días siguientes a la nueva solicitud de arbitraje, si las CE han rectificado la situación”. No existe en el texto una limitación expresa o una autorización expresa acerca de la parte facultada para presentar la solicitud de arbitraje, al contrario del texto del tercer inciso del anexo, el cual se refiere al primer arbitraje, y que expresamente establece que son las partes interesadas las facultadas para presentar la solicitud de arbitraje.

¹⁰⁰ Comunidades Europeas - El acuerdo de Asociación ACP-CE -segundo recurso al arbitraje de conformidad con la decisión de 14 de noviembre de 2001.WT/L/625, 27 de octubre de 2005.

Consideró el árbitro que la condición previa o requisito para presentar la solicitud del segundo arbitraje que es “la ausencia de una solución que sea mutuamente satisfactoria” se cumplió.

El mandato del árbitro en este proceso, consistió en determinar si la propuesta de la UE “ha rectificado el asunto” en relación con el primer laudo arbitral, para comprobar si la propuesta resulta en el mantenimiento del acceso total a mercados para los proveedores NMF, considerando todos los compromisos de la UE ante la OMC¹⁰¹. En lo que respecta a este segundo arbitraje, el anexo al “waiver” de Doha no especifica los elementos que debe considerar el árbitro en su análisis, no se especifica la manera en que la UE debe arribar a la rectificación a la que está obligada.

Cabe agregar que el punto de partida del grupo arbitral, en este segundo arbitraje es el arancel de €187 por tonelada métrica propuesto como reconsolidación arancelaria, además de un elemento nuevo que consiste en el tope impuesto a los proveedores ACP de 775,000 t/m, con cero arancel dentro de la cuota.

Las partes interesadas consideran que el establecimiento del contingente arancelario de 775, 000 /tm, requiere el establecimiento de un “waiver” o exención al artículo XIII del GATT, para que se pueda establecer este tope, el árbitro consideró que la existencia o no de este “waiver”, impedía considerar este tope dentro del proceso.

¹⁰¹ Segundo laudo arbitral, párrafo 23.

En lo que respecta a la iniciativa “todo menos armas” (“everything but arms” EBA por sus siglas en inglés), el árbitro consideró que esta iniciativa proviene de un marco jurídico de la OMC distinto de la exención de Doha; sin embargo, consideraron que las preferencias de la iniciativa EBA podrían influir en el acceso total a los mercados para los proveedores NMF.

El árbitro procedió a estudiar a la luz de las consideraciones esbozadas en el primer laudo arbitral, su determinación de que utilizando los precios correctos y aplicando correctamente la metodología “price gap”, se producía un estimado arancel equivalente que tendría un efecto neutral sobre la producción doméstica y debía considerar el incremento en el margen de preferencia otorgado a los ACP.

La UE propuso el establecimiento de una restricción cuantitativa para las importaciones de los países ACP de 775, 000 toneladas anuales a cero arancel, asignando un 18% de esta cuota a los operadores no tradicionales. La propuesta incrementó el contingente en 25,000 toneladas, que implica una mayor participación en el mercado del banano proveniente de los países ACP.

En lo que respecta a los precios internos, el árbitro se refiere al apéndice del anexo 5 del Acuerdo de Agricultura, el cual define precio interno como “un precio mayor al representativo vigente en el mercado interno o, cuando no se disponga de datos adecuados,

una estimación de ese precio”, por lo que el árbitro estima que existe un grado de flexibilidad a la hora de determinar el precio interno; sin embargo, hace la aclaración que esta determinación debe estar basada en datos adecuados. El árbitro hace la aclaración que las directrices del Acuerdo sobre Agricultura, acerca de la diferencia de precios, no son vinculantes en relación con la exención de Doha; sin embargo, resultan útiles a la hora del cálculo de precios.

A pesar de los argumentos en contra de los proveedores NMF, en lo que respecta a la utilización de datos de Sopisco News, ya que se refieren a precios relativos al puerto de Hamburgo, el árbitro consideró que no existía suficiente evidencia para desestimar los datos obtenidos de Sopisco, para el cálculo de precios.

En lo que respecta a los precios internos, el árbitro “no considera que el uso de la UE de datos de Sopisco News para determinar el precio interno del banano en el mercado de la CE fuera inapropiado.”¹⁰²

En lo que respecta al cálculo del precio externo, la UE decidió utilizar los datos de Sopisco, descartando los datos de Eurostat, utilizados en el primer arbitraje, a pesar que las partes NMF no objetaron en el primer proceso arbitral la utilización de estos. En este sentido, el árbitro consideró que los problemas que la UE identificó para proceder con el cambio de fuente, no fueron significativos por lo que no se justifica que la UE los

¹⁰² Párrafo 80, segundo laudo arbitral.

considere inapropiados, más aún cuando habían sido utilizados y defendidos por ellos en el primer arbitraje.

El párrafo 84 del segundo laudo arbitral indicó, “la modificación de la fuente de los datos sobre los precios tiene importantes repercusiones en el cálculo del precio exterior.”

Además, consideró el árbitro que, al utilizar el precio no- UE y al constituir este un precio interior, la diferencia de precios se estaría calculando con dos series de precios internos. El árbitro consideró, finalmente, que las UE subestimó el precio externo, al utilizar los datos de Sopisco, por lo que la diferencia de precios o “Price Gap” fue aumentada.

Para el tema del periodo de referencia, el grupo arbitral consideró, en el primer arbitraje, que “(...) el uso del periodo de referencia representativo más reciente reduce al mínimo la necesidad de hacer ajustes *ad hoc* en los datos (...)”¹⁰³.

La UE utilizó como periodo de referencia del año 2002 al mes de abril del año 2004, o sea, 28 meses. El árbitro consideró que las razones esbozadas por la UE no resultan convincentes; este argumento hace presumir que el árbitro considera más acertado utilizar los datos de todo el año 2004.

En lo que respecta al modelo de simulación, el árbitro no se refirió a este tema.

¹⁰³ Primer laudo arbitral, párrafo 83.

Una vez analizados los argumentos de las partes, el árbitro determinó que “la propuesta de reconsolidación arancelaria de €187 por tonelada métrica no tendría como resultado el mantenimiento, al menos, del acceso total a los mercados para los proveedores de banano NMF, independientemente de que se aplique o no un contingente arancelario de 775,000 toneladas métricas a las importaciones de bananos ACP y con independencia de la respuesta previsible de la oferta de los beneficiarios de la iniciativa “Todo Menos Armas” al margen preferencial resultante del arancel propuesto.”¹⁰⁴

Los árbitros condenaron ambas cifras propuestas por la UE, tanto la de €230, como la de €187, al considerar que no mantenían, al menos, el acceso total a mercados para los proveedores NMF, razón que llevó a la UE después de un proceso interno a establecer el arancel aplicado en €176 por tonelada métrica, sin la existencia de cuotas ni licencias, régimen que fue aplicado a partir del 1 de enero del 2006.

Los países latinoamericanos consideraron que el nivel arancelario continuaba alto, razón por la cual los Estados Unidos y Ecuador impulsaron un método de solución de diferencias con base en el artículo 21.5 del ESD, ya visto en el capítulo segundo. En este procedimiento, Ecuador y Estados Unidos, alegaron que la UE había incumplido lo resuelto en el año 1997, en el conflicto comúnmente denominado Banana III, cuestionando el régimen de importación de bananos a la UE. Estos paneles impulsados por estos dos

¹⁰⁴ Segundo laudo arbitral, párrafo 116.

países americanos, tuvieron su resolución en los meses de diciembre del 2007 y febrero del 2008, resultando favorable la resolución para los intereses de Ecuador y Estados Unidos.

No obstante que para el año 2008 se habían ganado un total de 7 procesos interpuestos contra la UE por el régimen de importación, venta y distribución de bananos, los países latinoamericanos continuaban inconformes con los resultados y la UE continuaba eludiendo su obligación de rectificar la situación. Por su parte, en la Ronda Doha se continuaba la negociación.

En el mes de julio del 2008, se logró dentro de las negociaciones de la Ronda Doha, por parte del señor Pascal Lamy, actual Director de la OMC, un acuerdo entre la UE y los países latinoamericanos. El señor Lamy presentó una propuesta que contenía la reconsolidación del arancel y, además, una reducción gradual de este, con el paso de los años. Este acuerdo fue aceptado por la UE el 27 de julio del 2008, sin embargo, al confirmar el señor Lamy el fracaso de las negociaciones de la Ronda Doha, la UE decidió no suscribir el acuerdo, al considerarlo un acuerdo dependiente de los resultados de la Ronda Doha, y que debía formar parte de un acuerdo general dentro de la OMC.

Los países latinoamericanos consideraron que la UE, al no cumplir con lo acordado, a partir del 1 de enero del 2009, estaba transgrediendo del principio “pacta sunt servanda”, contenido en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre los Tratados¹⁰⁵.

Finalmente, el 1 de junio del 2010, los países exportadores de banano de Latinoamérica suscribieron un acuerdo, en el marco de la OMC, con la UE en el cual se estableció un cronograma de reducción del arancel (este acuerdo fue tomado el 15 de diciembre 2009 y desde esa fecha se encuentra vigente). La suscripción de este acuerdo, que se conoce como “Acuerdo de Ginebra sobre el comercio de bananos”, implica la reducción inmediata del arancel de €176 por tonelada métrica a €148, que debía aplicarse desde diciembre 2009; sin embargo, la UE solicitó un plazo para realizar ajustes a lo interno, por lo que el monto pagado de más por los países latinoamericanos será devuelto. Posteriormente, el arancel continuará siendo reducido de la siguiente manera:

Fecha	Arancel
1 de enero 2011	€143 por tonelada métrica
1 de enero 2012	€136 por tonelada métrica
1 de enero 2013	€132 por tonelada métrica
1 de enero 2014	€127 por tonelada métrica
1 de enero 2015	€122 por tonelada métrica

¹⁰⁵ Artículo 26 Convención de Viena. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

1 de enero 2016	€17 por tonelada métrica
1 de enero 2017	€14 por tonelada métrica

Tabla 12 – Cronograma de reducción arancelaria.

Aunado a este logro, en el Acuerdo de Asociación Centroamérica – Unión Europea (ACCUE), otro de los frentes en los cuales se buscaba un arreglo para el tema de banano, se acordó que se reducirá el arancel aplicable a banano hasta €75 por tonelada métrica en el año 2020.

Conclusiones.

La promulgación del reglamento 404/1993, mediante el cual la UE definió el régimen de importación de su mercado común en cuanto a banano se refiere, marcó el inicio del conflicto conocido como la Guerra del Banano.

Este era un sistema proteccionista impuesto por la UE para favorecer a su propia producción y a los países ACP, que consistió en el establecimiento de un arancel, un contingente arancelario y licencias de importación, lo cual no era suficiente frente América Latina,

Del análisis realizado en este trabajo, resulta claro que el mercado único del plátano y el sistema de importación de la UE contravenían el principio de nación más favorecida y que la intención de la UE fue en todo momento no adecuar su régimen de importación a los compromisos comerciales internacionales; prueba de esto es que de la recomendación del Grupo Especial de 1994, respecto de la obligación de la UE de adecuar su régimen de importación de banano a los compromisos adquiridos en el seno de la OMC. La UE buscó evadir la recomendación del Grupo Especial, mediante la suscripción del Acuerdo Marco sobre banano con algunos de los países latinoamericanos exportadores de la fruta, concediéndoles algunas ventajas sobre otros países no firmantes, pero sin modificar el régimen ni eliminar las preferencias hacia los países ACP.

Los países latinoamericanos continuaron ejecutando acciones jurídicas y políticas en el marco de la OMC lo que tuvo como consecuencia la suscripción del anexo al “waiver” de Doha, en el cual se estableció el mandato para la UE, que al imponer un sistema de tarifa única, tenía la obligación de mantener, al menos, el acceso total a mercado para proveedores de banano NMF. En otras palabras, la adecuación del régimen anterior a un sistema exclusivamente arancelario no debía menoscabar el acceso a ese mercado para la fruta latinoamericana.

Los países de América Latina, al obtener lo anterior, otorgaron una dispensa o “waiver” mediante el cual se suspendió la aplicación del artículo I.1 del GATT para fruta proveniente de los países ACP, mientras se definía, en forma conjunta, entre la UE y los países exportadores, el nivel arancelario y la metodología que tendría como resultado la definición del arancel aplicable a banano por parte de la UE. Al no llegar a un acuerdo satisfactorio para las partes, se abrió el proceso de arbitraje contenido en el anexo al “waiver”.

El proceso conjunto para la definición del arancel por la vía diplomática fue un fracaso, dado que la Unión Europea al proponer un arancel de €230 por tonelada métrica, excluyó cualquier posibilidad de arreglo político, por lo que se activó el sistema de arbitraje pactado en el año 2001.

Los países latinoamericanos invocaron la apertura del procedimiento arbitral contenido en el anexo al “waiver” de Doha, como primera opción sobre el procedimiento contenido en el *Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias*, por cuanto el arbitraje suponía un procedimiento más expedito, cuyos laudos iban a resultar vinculantes para la Unión Europea y que circunscribiría la discusión al mandato contenido en el anexo, el cual establecía que la obligación de los árbitros era *determinar, en un plazo de 90 días contados a partir de su nombramiento, si la reconsolidación prevista del arancel de las CE aplicable a los bananos tendría como resultado el mantenimiento, al menos, del acceso total a los mercados para los proveedores de bananos NMF, teniendo en cuenta los compromisos de las CE antes citados”*.

La resolución a la que llegaran los árbitros, le resultaría aplicable los artículos 21 y 22 del ESD, lo cual constituía una medida de presión adicional para la UE. Así las cosas, la situación resultaba complicada para la UE, puesto que debía cumplir con el mandato del anexo al “waiver” y a la vez tenía que cumplir con los compromisos comerciales adquiridos en el seno de la OMC, los cuales la UE no podía desconocer, por lo que la reconsolidación arancelaria y la consecuente rectificación de la situación debían establecer un equilibrio.

Objetivamente, la re consolidación arancelaria no fue un tema de contención entre las partes, puesto que era de su conocimiento que el régimen de importación de banano iba a cambiar a uno exclusivamente arancelario.

El punto de evaluación de la re consolidación arancelaria, se centró en determinar si el nivel arancelario cumpliría con lo indicado en el mandato del anexo al “waiver”.

Por consiguiente, el efecto del arancel propuesto por la UE de €30 por tonelada métrica, debía no sólo permitir el acceso total a mercado para la fruta NMF, sino que además, debía garantizar condiciones de acceso y competencia frente al banano ACP, entendiéndose por condiciones de acceso los supuestos bajo los cuales un bien (banano) puede competir o ingresar a un mercado sin discriminación.

Para la UE, el arancel y cuota propuestos cumplían con los compromisos de acceso a mercado en materia de banano, adquiridos por esta, por lo que la discusión no debía extenderse a la preservación de condiciones de acceso a los países NMF. Interpretar la frase acceso a mercado en un espectro más amplio, implicaría otorgarles una ventaja competitiva a estos países. Además, las supuestas preferencias otorgadas a los ACP, no debían ser consideradas dentro de la discusión, sino circunscribirse al mandato del “waiver”.

El árbitro concluyó que el arancel para la entrada del régimen de tarifa única, debía cumplir con todos los compromisos adquiridos por la UE y que en atención a los argumentos analizados, dicho arancel tendría un impacto en el margen de preferencia del cual padecía el actual régimen de importación. Respecto de la metodología “price gap”, esta debía ser imparcial y que de lo presentado por la UE, esta no tomaba en consideración las condiciones de competencia entre importaciones de distintas fuentes, por consiguiente el arancel equivalente resultaba en un aumento de la preferencia otorgada a los países ACP y que los precios internos utilizados por la UE, no reflejaban los precios reales.

Al final del procedimiento, el árbitro determinó en el primer laudo arbitral, que el arancel de €30 propuesto no cumplía con el mandato del mantenimiento, al menos, del acceso total a mercados para los proveedores de bananos NMF.

Por su parte, el segundo procedimiento arbitral fue accionado por la UE y se circunscribiría a determinar si la nueva propuesta de arancel de €187 por tonelada métrica, rectificaba o no la situación.

Para los países NMF, resultó claro que el incremento en el margen de preferencia otorgado por la UE a los países ACP, tenía un efecto adverso para el acceso de fruta NMF, evidente tanto en el hecho del pago de cero arancel, como en el hecho del incremento del tope en 25,000 toneladas respecto del régimen anterior.

En este segundo procedimiento arbitral, se discutió ampliamente que las restricciones que se apliquen a un bien no podía resultar discriminatorias; es decir, que en cuanto a acceso a mercado, los bienes se merecen un trato igualitario, sin importar su origen: cualquier diferenciación que se haga requiere autorización (exención / “waiver”) por parte de la OMC.

Por consiguiente, para que la UE rectificara la situación con el arancel y el tope propuesto, debía necesariamente contar con la autorización de la OMC, dado que el aumento en 25,000 toneladas al tope cero arancel para países ACP, incrementaba significativamente la participación en el mercado de estos países.

Cabe agregar que, además de aunado a lo indicado en el párrafo anterior, la UE había suscrito acuerdos para poner en ejecución la iniciativa EBA en la cual se permitiría el acceso de mercancías a la UE sin arancel, de esto se beneficiarían 41 países ACP, que a su vez eran PMA y, por lo tanto, beneficiarios de la iniciativa EBA.

Pese a que la UE alegó que el tope de 775,000 toneladas métricas implicaba una restricción para el acceso de fruta ACP, los países NMF argumentaron que esto no era suficiente para rectificar la situación, sino que la UE debía demostrar que las nuevas condiciones del régimen de importación cumplían con el artículo XIII del GATT.

La conclusión del árbitro se centró en indicar que el arancel propuesto por la UE, nuevamente no cumplía con el mandato, es decir, que no rectificaba la situación.

Teniendo como antecedente la resolución arbitral, la UE aprobó un arancel de €176 por tonelada métrica, sin embargo, de conformidad con el anexo al “waiver” de Doha, sólo se habían previsto dos arbitrajes *ad hoc*, y no se contempló qué ocurriría si la nueva fijación arancelaria no satisfacía a los países de América Latina.

Si bien esto último aconteció, los arbitrajes *ad hoc* facilitaron la transición del viejo régimen proteccionista, a uno en el cual sólo existiría un arancel, que aunque relativamente elevado, permitía a los países de América Latina competir con los ACP, a pesar de que estos pagaban cero arancel.

En lo que respecta a la hipótesis del presente trabajo de graduación, se puede concluir que los litigios en la OMC y los procedimientos arbitrales no finalizaron la Guerra del Banano, pero tendieron los cimientos para que posteriormente se llegara a un acuerdo, dado que al desestructurar parte de la protección, el conflicto futuro se centraría, en forma exclusiva, en el tema arancelario, sin tener que tomar en cuenta el “lobby” y los intereses de los tenedores de licencias de importación.

No es sino hasta diciembre del año 2009, que la UE acuerda con los países NMF un cronograma de reducción arancelaria de €176 por tonelada métrica a la entrada en vigencia

del régimen a €75 para el año 2020, dentro de los acuerdos de asociaciones o tratados del libre comercio entre ambas regiones.

Sin embargo, si bien la Guerra del Banano que se dio por motivos arancelarios no se volverá a presentar, dada la fuerte tendencia en la UE a continuar con el proteccionismo, resulta probable que la discusión se traslade a conflictos no arancelarios, pero igualmente proteccionistas, y ya se vislumbra que de existir conflictos en el futuro, estos van a ser iniciados por parte de la UE, mediante el establecimiento de medidas o barreras no arancelarias en materia laboral y en materia ambiental¹⁰⁶, por lo que el monitoreo a futuro para los países NMF consistirá en vigilar que la presión que se va a ejercer por parte de grupos laboristas y ambientalistas de la UE, no consiga eliminar las ventajas comerciales alcanzadas por las naciones NMF, a través del tiempo y no impida que los mercados europeos adquieran la fruta que provenga de estos países.

¹⁰⁶ JIMÉNEZ ZELEDÓN, Mariano. (2010). "Guerra Bananera: el fin de una etapa." Entorno Bananero. No.34:16-18.

Bibliografía

BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO et al. (2004). Solución de controversias comerciales Inter-gubernamentales: Enfoques Multilaterales y Regionales. 1 ed. Buenos Aires, Argentina: BID-INTAL.

CORPORACIÓN BANANERA NACIONAL. (2007). Estadísticas de exportación bananera 2006. San José, Costa Rica.

ECHEVERRÍA BRENES, Milena. (2002). Restricciones Cuantitativas de la Unión Europea a la luz de los Acuerdos de la Organización Mundial de Comercio: El caso del banano. Tesis de grado para optar por el Título de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica.

GOODE, Walter. (2004). Dictionary of trade policy terms. 4th ed. Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press.

GOVAERE VICARIOLI, Velia. (2007). Introducción al Derecho Comercial Internacional, 1 ed. amp. y corr. San José, Costa Rica: Editorial Universidad Estatal a Distancia.

HÉRNANDEZ BALMACEDA, Paul. (1991). La Celebración de Tratados Internacionales. Tesis para optar al título de licenciado en Derecho. Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, San José, Costa Rica: Universidad de Costa Rica.

JACKSON, John. (2002). The Jurisprudence of GATT & the WTO. 1 ed. Cambridge, Reino Unido. Cambridge University Press.

MANZANARES MURILLO, Rafael. (1994). El trato discriminatorio a las exportaciones costarricenses de banano en la Comunidad Europea como violación del Derecho Internacional. Tesis para optar al título de licenciado en Derecho. Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, San José, Costa Rica: Universidad de Costa Rica.

MATSUSHITA, Mitsuo et al. (2003). The World Trade Organization, Law, Practice, and Policy. 1 ed. Oxford, New York: Oxford University Press.

McMAHON, Joseph. (2001). Trade & Agriculture Negotiating a New Agreement. 1 ed. London, United Kingdom: Cameron May Ltd.

McMAHON, Joseph. (2006). The WTO Agreement on Agriculture. 1 ed. Oxford, New York: Oxford University Press.

MYERS, Gordon. (2004). Banana wars the price of free trade. 1 ed. London, United Kingdom: Zed Books Ltd.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO. (2003). Los resultados de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales. 1 ed. Ginebra, Suiza: Publicaciones de la OMC.

OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, Carmen. (1997). Las patentes en el Comercio Internacional, 1ed. Madrid, España: Editorial Dykinson.

REMIRO BROTONS, Antonio et al. (1997). Derecho Internacional. 1ed. Madrid, España: Editorial McGraw – Hill / Interamericana de España, S.A.U.

RIVERA SIBAJA, Gustavo. (2004). Manual de Solución de Diferencias en el Comercio Internacional, 1 ed. San José, Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

WORLD TRADE ORGANIZATION. (2005). WTO appellate body repertory of reports and awards 1995-2004. Compiled by the appellate body secretariat. Cambridge, Reino Unido. Cambridge University Press.

WORLD TRADE ORGANIZATION. (2005). The WTO dispute settlement procedures. 2nd ed. Cambridge, Reino Unido. Cambridge University Press.

Artículos

JIMÉNEZ ZELEDÓN, Mariano. (2006). “La Futura Negociación con la Unión Europea y su mercado bananero.” Entorno Bananero. No.7:7-10.

LÓPEZ LEE, Tania. (2006). “El Comercio de banano y las negociaciones sobre productos en la Ronda Doha”. Entorno Bananero. No.22: 26-29.

JIMÉNEZ ZELEDÓN, Mariano. (2008). “Credibilidad europea en entredicho.” Diario La Extra. Página Abierta. 16 de setiembre 2008.

JIMÉNEZ ZELEDÓN, Mariano. (2010). “Guerra Bananera: el fin de una etapa.” Entorno Bananero. No.34:16-18.

JIMÉNEZ ZELEDÓN, Mariano. (2010). “¿Cuotas Bananeras?” Diario La Extra. Opinión. 17 de junio 2010.

Referencias electrónicas

Organización Mundial de Comercio. www.wto.org

The Secretariat of the African, Caribbean and Pacific Group of States. www.acpsec.org

El acceso al derecho de la Unión Europea. <http://eur-lex.europa.eu>

La web oficial de la Unión Europea. <http://europa.eu>

Normativa internacional

Acuerdo de Ginebra sobre el comercio de bananos.

Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial de Comercio.

Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio. GATT

Convención de Viena sobre el derecho de los tratados U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969),
1155 U.N.T.S. 331, Viena, 23 de mayo de 1969.

Primer laudo arbitral. Comunidades Europeas - el Acuerdo de Asociación ACP- CE -
recurso al arbitraje de conformidad con la decisión de 14 de noviembre de 2001. WT/1/616,
1º de agosto de 2005.

Reglamento n° 404/93 del Consejo, de 13 de febrero de 1993, por el que se establece la organización común de mercados en el sector del plátano. Diario Oficial n° L 047 de 25/02/1993

Reglamento (CE) n° 1442 /93 del Consejo, 10 de junio de 1993, por el que se establecen disposiciones de aplicación del régimen de importación de plátanos en la Comunidad. Diario Oficial n° L 142 de 12/6/93.

Reglamento (CE) n° 3224/94 de la Comisión, 21 de diciembre de 1994, por el que se establecen medidas transitorias para la aplicación del Acuerdo Marco sobre el plátano celebrado dentro de las negociaciones comerciales multilaterales de la Ronda Uruguay. Diario Oficial n° L 337 de 24/12/94.

Reglamento (CEE) n° 478/95 de la Comisión de 1 de marzo de 1995 por el que se establecen disposiciones complementarias de aplicación del Reglamento (CE) n° 404/93 del Consejo en lo que se refiere al régimen del contingente arancelario para la importación de plátanos en la Comunidad y por el que se modifica el Reglamento (CEE) n° 1442/93. Diario Oficial n° L 49/95 de 4/3/95.

Reglamento (CE) n° 1637/98 del Consejo de 20 de julio de 1998 que modifica el Reglamento (CEE) n° 404/93 por el que se establece la organización común de mercados en el sector del plátano. Diario Oficial 210 del 28/7/1998.

Reglamento (CE) n° 2362/98 de la Comisión, de 28 de octubre de 1998, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CEE) n° 404/93 del Consejo en lo relativo al régimen de importación de plátanos en la Comunidad.

Reglamento (CE) n° 2587/2001 del Consejo, de 19 de diciembre de 2001, que modifica el Reglamento (CEE) n° 404/93, por el que se establece la organización común de mercados en el sector del plátano.

Reglamento (CE) n° 896/2001 de la Comisión, de 7 de mayo de 2001, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CEE) no 404/93 del Consejo en lo relativo al régimen de importación de plátanos en la Comunidad.

Segundo laudo arbitral. Comunidades Europeas - El acuerdo de Asociación ACP-CE - segundo recurso al arbitraje de conformidad con la decisión de 14 de noviembre de 2001.WT/L/625, 27 de octubre de 2005.

Tratado de Roma constitutivo de la Comunidad Económica Europea (CEE).