

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

WT/DS108/ARB
30 de agosto de 2002

(02-4605)

Original: inglés

ESTADOS UNIDOS – TRATO FISCAL APLICADO A LAS "EMPRESAS DE VENTAS EN EL EXTRANJERO"

**Recurso de los Estados Unidos al Arbitraje previsto en el
párrafo 6 del artículo 22 del *ESD*
y el párrafo 11 del artículo 4 del *Acuerdo SMC***

DECISIÓN DEL ÁRBITRO

La decisión del Árbitro sobre *Estados Unidos – Trato fiscal aplicado a las "empresas de ventas en el extranjero"* se distribuye a todos los Miembros de conformidad con el *ESD*. El informe se distribuye como documento de distribución general a partir del 30 de agosto de 2002 de conformidad con los Procedimientos para la distribución y supresión del carácter reservado de los documentos de la OMC (WT/L/452).

Índice

I.	INTRODUCCIÓN	1
A.	ACTUACIONES INICIALES	1
B.	SOLICITUD DE ARBITRAJE Y ELECCIÓN DEL ÁRBITRO	1
II.	CUESTIONES PRELIMINARES	3
A.	MANDATO DEL ÁRBITRO	3
B.	CARGA DE LA PRUEBA.....	4
C.	MEDIDA PERTINENTE Y FECHA DE LOS CÁLCULOS	5
III.	RESUMEN DE LOS PRINCIPALES ARGUMENTOS.....	7
IV.	PLANTEAMIENTO DEL ÁRBITRO.....	8
V.	LA NOCIÓN DE "CONTRAMEDIDAS APROPIADAS" EN EL PÁRRAFO 10 DEL ARTÍCULO 4 DEL ACUERDO SMC.....	10
A.	TEXTO DE LA DISPOSICIÓN	10
1.	"Contramedidas"	11
2.	"Contramedidas apropiadas"	11
3.	Nota 9 del Acuerdo SMC.....	12
B.	ANÁLISIS DEL CONTEXTO DEL PÁRRAFO 10 DEL ARTÍCULO 4	15
1.	El párrafo 10 del artículo 4 en el contexto del Acuerdo SMC	17
2.	El párrafo 10 del artículo 4 y el párrafo 4 del artículo 22 del ESD	20
C.	OBJETO Y FIN.....	21
VI.	EVALUACIÓN DE LAS CONTRAMEDIDAS PROPUESTAS POR LAS COMUNIDADES EUROPEAS.....	23
A.	LAS CONTRAMEDIDAS PROPUESTAS EN RELACIÓN CON LA SUBVENCIÓN PROHIBIDA.....	26
B.	LOS EFECTOS DE LA SUBVENCIÓN SOBRE EL COMERCIO DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS	30
C.	OBSERVACIONES FINALES.....	38
VII.	SOLICITUD FORMULADA POR LAS CE EN RELACIÓN CON LA VIOLACIÓN DEL PÁRRAFO 4 DEL ARTÍCULO III DEL GATT DE 1994.....	39
VIII.	LAUDO DEL ÁRBITRO	39
A.	ARGUMENTOS DE LAS PARTES	40
1.	Cálculo del valor sin ajustes	40
2.	Ajustes del total estimado.....	43
B.	EVALUACIÓN DE LOS ÁRBITROS.....	44
1.	Proyección del valor de la subvención.....	44
2.	Ajustes de la subvención	44
	<u>Contabilización de los servicios</u>	44
3.	Desglose de la agricultura	45
a)	Introducción.....	45
b)	Cobertura del Acuerdo sobre la Agricultura	46
c)	Categorías Industriales Normalizadas de los Estados Unidos (SIC)	46
d)	Conclusión.....	47
4.	Nuevo cálculo del valor de la subvención.....	47
C.	CONCLUSIÓN	47

I. INTRODUCCIÓN

A. ACTUACIONES INICIALES

1.1 El 20 de marzo de 2000, el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) adoptó los informes del Grupo Especial y el Órgano de Apelación sobre esta diferencia. EL OSD recomendó, en particular, que los Estados Unidos pusieran en conformidad las medidas que habían sido declaradas incompatibles con las obligaciones dimanantes del *Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (Acuerdo SMC)* y el *Acuerdo sobre la Agricultura* y que los Estados Unidos retiraran sus subvenciones relativas a las EVE "a más tardar el 1º de octubre del año 2000".¹ El 12 de octubre de 2000, el OSD acordó² acceder a la solicitud de los Estados Unidos de que el OSD modificara el plazo fijado en esta diferencia de modo que expirara el 1º de noviembre de 2000.³ El 15 de noviembre de 2000, el Presidente de los Estados Unidos firmó la Ley del Congreso de los Estados Unidos denominada "Ley de derogación de las disposiciones relativas a las EVE y exclusión de los ingresos extraterritoriales, de 2000"⁴ (la "Ley IET"). Con la promulgación de esta legislación, los Estados Unidos consideraron que habían cumplido las recomendaciones y resoluciones del OSD sobre la diferencia y que la legislación era compatible con las obligaciones de los Estados Unidos en el marco de la OMC.⁵

1.2 El 17 de noviembre de 2000, las Comunidades Europeas recurrieron a las disposiciones del párrafo 5 del artículo 21 del *Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias* (el "ESD"), considerando que los Estados Unidos no habían retirado las subvenciones según lo previsto en el párrafo 7 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* y que por consiguiente no habían cumplido las recomendaciones y resoluciones del OSD. El Grupo Especial establecido de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD (el "Grupo Especial sobre el cumplimiento") constató que la Ley constituía una infracción de las obligaciones que correspondían a los Estados Unidos en virtud del *Acuerdo SMC*, el *Acuerdo sobre la Agricultura* y el párrafo 4 del artículo III del *GATT de 1994*. El Órgano de Apelación confirmó estas conclusiones. Los informes del Grupo Especial sobre el cumplimiento y el Órgano de Apelación fueron adoptados por el OSD el 29 de enero de 2002.

B. SOLICITUD DE ARBITRAJE Y ELECCIÓN DEL ÁRBITRO

1.3 El 2 de octubre de 2000, las partes informaron al OSD de su entendimiento con respecto a un "Procedimiento acordado en virtud de los artículos 21 y 22 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD) y el artículo 4 del *Acuerdo SMC* aplicable en el seguimiento de la diferencia *Estados Unidos – Trato fiscal aplicado a las 'empresas de ventas en el extranjero'*", a que habían llegado el 29 de septiembre de 2000.⁶ El procedimiento acordado mediante este entendimiento

¹ Párrafo 8.8 del informe del Grupo Especial sobre el asunto *Estados Unidos – Trato fiscal aplicado a las "empresas de ventas en el extranjero"* ("*Estados Unidos - EVE*"), WT/DS108/R, adoptado el 20 de marzo de 2000 con las modificaciones introducidas en el Informe del Órgano de Apelación original, WT/DS108/AB/R.

² Véase el acta de la reunión que celebró el OSD el 12 de octubre de 2000, WT/DSB/M/90, párrafos 6-7.

³ WT/DS108/11, de 2 de octubre de 2000.

⁴ *Public Law* 106-519 de los Estados Unidos, 114 Stat. 2423 (20002), CE - Prueba documental 5 y EE.UU.- Prueba documental 1 en el procedimiento ante el Grupo Especial sobre el cumplimiento que se estableció de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ISD.

⁵ Acta de la reunión del OSD celebrada el 17 de noviembre de 2000, WT/DSD/M/92, párrafo 143.

⁶ Véase el documento distribuido con la signatura WT/DS108/12, de 5 de octubre de 2000.

preveía que si las Comunidades Europeas consideraban que se había producido la situación descrita en el párrafo 5 del artículo 21 del *ESD* y habían iniciado consultas de conformidad con las disposiciones de dicho párrafo, podían solicitar autorización para suspender concesiones u otras obligaciones con arreglo al párrafo 2 del artículo 22 del *ESD* y adoptar contramedidas de conformidad con el párrafo 10 de artículo 4 del *Acuerdo SMC*.⁷ También preveía que "[a] los efectos del párrafo 6 del artículo 22 del *ESD*, incluido el párrafo 4 del artículo 11 del *Acuerdo SMC* [(sic)]", los Estados Unidos impugnarían el carácter apropiado de las contramedidas y/o el nivel de la suspensión de concesiones u otras obligaciones y/o presentarían una alegación de conformidad con el párrafo 3 del artículo 22 antes de la fecha de la reunión del OSD en la que fuera a examinarse la solicitud de las Comunidades Europeas, y que el asunto se sometería a arbitraje de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del *ESD*.⁸ Asimismo se acordó que en caso de que las Comunidades Europeas solicitaran el establecimiento de un grupo especial, ambas partes solicitarían al árbitro que suspendiera sus trabajos hasta: a) la adopción del informe del grupo especial del artículo 21.5 sobre el cumplimiento o, b) si existiera una apelación, la adopción del informe del Órgano de Apelación.⁹

1.4 El 17 de noviembre de 2000, las Comunidades Europeas pidieron autorización al OSD para adoptar contramedidas apropiadas y suspender concesiones de conformidad con el párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* y el párrafo 2 del artículo 22 del *ESD* por una cuantía de 4.043 millones de dólares EE.UU. (en adelante "dólares") anuales. El 27 de noviembre de 2000, los Estados Unidos cuestionaron la adecuación de las contramedidas y el nivel de la suspensión de concesiones que habían propuesto las Comunidades Europeas y pidieron que "como lo dispone el párrafo 6 del artículo 22 del *ESD* (y, por tanto, el párrafo 11 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*), 'la cuestión se someterá a arbitraje'".¹⁰

1.5 El OSD, en la reunión celebrada el 28 de noviembre de 2000, acordó que la cuestión planteada por los Estados Unidos en el documento WT/DS108/15 se sometiera a arbitraje de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del *ESD* y el párrafo 11 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*.¹¹ Habida cuenta de que se haya establecido un grupo especial sobre el cumplimiento de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21, y de acuerdo con el Procedimiento acordado por las Comunidades Europeas y los Estados Unidos, ambas partes pidieron al Árbitro que suspendiera el procedimiento de arbitraje hasta la adopción del informe del grupo especial o, si hubiera una apelación, hasta la adopción del informe del Órgano de Apelación.¹²

1.6 El 29 de enero de 2002 fueron adoptados los informes de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del *ESD* del Grupo Especial y el Órgano de apelación y, de conformidad con el entendimiento de las partes a que se hace referencia en el párrafo 1.3 *supra*, el Árbitro reanudó su labor.

⁷ *Ibid.*, párrafo 8.

⁸ *Ibid.*, párrafo 10.

⁹ WT/DS108/12, párrafo 11.

¹⁰ Véase el documento WT/DS108/15.

¹¹ Véase el documento WT/DS108/17.

¹² Véase documento WT/DS1018/18.

1.7 El arbitraje estuvo a cargo del Grupo Especial que entendió inicialmente en el asunto, a saber:

Presidente: Sr. Crawford Falconer
Miembros: Sr. Didier Chambovey
Prof. Seung Wha Chang.

II. CUESTIONES PRELIMINARES

A. MANDATO DEL ÁRBITRO

2.1 Los Estados Unidos han iniciado este procedimiento de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del *ESD* y el párrafo 11 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*. El párrafo 6 del artículo 22 del *ESD* establece lo siguiente en la parte pertinente:

"Cuando se produzca la situación descrita en el párrafo 2, el OSD, previa petición, concederá autorización para suspender concesiones u otras obligaciones dentro de los 30 días siguientes a la expiración del plazo prudencial, a menos que decida por consenso desestimar la petición. No obstante, si el Miembro afectado impugna el nivel de la suspensión propuesta, (...) la cuestión se someterá a arbitraje. (...)"

2.2 No obstante, el párrafo 11 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* establece, en lo que respecta a las contramedidas que se adopten en respuesta a infracciones del párrafo 1 del artículo 3 de dicho Acuerdo, referente a las subvenciones prohibidas, el siguiente mandato para los árbitros:

"En caso de que una parte en la diferencia solicite un arbitraje al amparo de lo dispuesto en el párrafo 6 del artículo 22 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias (*ESD*), el árbitro determinará si las contramedidas son apropiadas."¹⁰

(*nota original a pie de página*)¹⁰ Este término no permite la aplicación de contramedidas que sean desproporcionadas sobre la base de que las subvenciones a que se refieren las disposiciones del presente artículo están prohibidas.

2.3 En lo que respecta a la posible cuantía de la suspensión de concesiones que se solicite en relación con una infracción del párrafo 4 del artículo III del *GATT de 1994* o del *Acuerdo sobre la Agricultura*, nuestro mandato está definido por el párrafo 7 del artículo 22 del *ESD*, que establece en su parte pertinente lo siguiente:

"El árbitro que actúe en cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo 6 no examinará la naturaleza de las concesiones u otras obligaciones que se hayan de suspender, sino que determinará si el nivel de esa suspensión es equivalente al nivel de la anulación o el menoscabo ..."

2.4 Los Estados Unidos alegan que la cuantía de la suspensión de concesiones solicitada por las Comunidades Europeas es incompatible con el párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* puesto que las contramedidas propuestas no son "apropiadas" según los términos de esa disposición, y que el nivel de la suspensión de concesiones solicitado por las Comunidades Europeas es incompatible con las disposiciones del párrafo 4 del artículo 22 puesto que no es "equivalente al nivel de la anulación o menoscabo" sufrido por las Comunidades Europeas.

2.5 Las Comunidades Europeas han aclarado en el curso de las actuaciones del procedimiento que basaron su solicitud de autorización de contramedidas por una cuantía de 4.043 millones de dólares EE.UU. en las disposiciones tanto del *Acuerdo SMC* como del *ESD*. Las Comunidades Europeas opinan que, si tuviéramos que decidir que la cuantía apropiada de las compensaciones de conformidad con el párrafo 11 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* es inferior a la cuantía solicitada, tendríamos en ese

caso que considerar si, en virtud del párrafo 7 del artículo 22 del *ESD*, es necesario que se apruebe una cuantía adicional de suspensión de concesiones, en particular por lo que respecta a la infracción del párrafo 4 del artículo III del *GATT de 1994*.¹³ En consecuencia, decidimos examinar primero si las contramedidas propuestas por las Comunidades Europeas son apropiadas según los términos del párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*. A continuación, de ser necesario, procederemos a examinar si el nivel de la suspensión de concesiones solicitado por las Comunidades Europeas es incompatible con el párrafo 4 del artículo 22 del *ESD*.

2.6 Recordamos también los términos del artículo 30 del *Acuerdo SMC*, que aclara que las disposiciones del *ESD* son aplicables en los procedimientos relativos a medidas incluidas en el ámbito del *Acuerdo SMC*. Por consiguiente, el párrafo 6 del artículo 22 del *ESD* sigue afectando a los procedimientos de arbitraje a que hace referencia el párrafo 11 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*, como ilustra la referencia textual al párrafo 6 del artículo 22 del *ESD* que contiene esa disposición. No obstante, las normas y procedimientos especiales o adicionales del *Acuerdo SMC*, incluidos los párrafos 10 y 11 del artículo 4, prevalecen en la medida en que haya alguna discrepancia entre las dos series de disposiciones.¹⁴

2.7 Por último, observamos que no hay ninguna diferencia sobre el *tipo* de medida propuesta en el presente caso. Por consiguiente, nuestro mandato en virtud del párrafo 11 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* en relación con una infracción del artículo 3 de dicho Acuerdo es sólo determinar si el *nivel* de las contramedidas propuestas es apropiado.

B. CARGA DE LA PRUEBA

2.8 Las dos partes están de acuerdo en que corresponde a los Estados Unidos, como solicitante en el presente caso, la carga de la prueba de sus afirmaciones de que el nivel de suspensión de concesiones solicitado no es una contramedida apropiada según los términos del párrafo 11 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* y no es equivalente al nivel de la anulación o menoscabo sufrido por las Comunidades Europeas según los términos del párrafo 4 del artículo 22 del *ESD*.¹⁵

2.9 Sin embargo, los Estados Unidos impugnan la descripción hecha por las Comunidades Europeas de los deberes de los Estados Unidos en este procedimiento en la medida en que ésta sugiere que corresponde a los Estados Unidos la carga de desautorizar todas las afirmaciones de carácter fáctico hechas por las Comunidades Europeas.¹⁶

2.10 Recordamos que los principios generales aplicables a la carga de la prueba, según lo establecido por el Órgano de Apelación, exigen que la parte que alegue una infracción de una disposición del *Acuerdo sobre la OMC* por otro Miembro debe afirmar y probar su alegación.¹⁷ Consideramos que estos principios son también aplicables a los procedimientos de arbitraje a que

¹³ Respuesta de las Comunidades Europeas a la pregunta 2 del Árbitro.

¹⁴ Véase el informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Guatemala - Investigación antidumping sobre el cemento Portland procedente de México ("Guatemala - Cemento I")*, WT/DS60/AB/R, adoptado el 25 de noviembre de 1998, párrafos 65 y 66, en los que se desarrolla la noción de "discrepancia".

¹⁵ Primera comunicación de las Comunidades Europeas, párrafo 6, y Primera comunicación de los Estados Unidos, párrafo 27.

¹⁶ Primera comunicación de los Estados Unidos, párrafo 27.

¹⁷ Informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Estados Unidos - Medida que afecta a las importaciones de camisas y blusas de tejidos de lana procedentes de la India ("Estados Unidos - Camisas y blusas")*, WT/DS33/AB/R, adoptado el 23 de mayo de 1997, página 19.

hace referencia el párrafo 6 del artículo 22 del *ESD* y el párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*.¹⁸ Por tanto, estamos de acuerdo en que en el presente procedimiento corresponde a los Estados Unidos, que han impugnado la compatibilidad de la cuantía de la suspensión de concesiones propuesta por las Comunidades Europeas de conformidad con el párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* y el párrafo 4 del artículo 22 del *ESD*, la carga de la prueba de que la cuantía propuesta no es compatible con esas disposiciones.

2.11 Observamos también, sin embargo, que en general corresponde a la parte que alega un hecho, sea el demandante o el demandado, aportar la prueba correspondiente.¹⁹ A este respecto, por consiguiente, corresponde también a las Comunidades Europeas aportar las pruebas de los hechos que alegue. Además, consideramos que ambas partes en general tienen el deber de cooperar en el procedimiento con el fin de ayudarnos a cumplir nuestro mandato, aportando la información pertinente.²⁰

C. MEDIDA PERTINENTE Y FECHA DE LOS CÁLCULOS

2.12 Observamos que el plazo dentro del cual los Estados Unidos tenían que haber retirado la subvención prohibida relativa a las EVE que es motivo de la presente diferencia expiraba originalmente el 1º de octubre de 2000.²¹ Recordamos también que el OSD aprobó la propuesta de los Estados Unidos de que modificara el plazo fijado en esta diferencia de modo que expirara el 1º de noviembre de 2000.²² Observamos además que los Estados Unidos promulgaron la Ley IET el 15 de noviembre de 2000. La Ley IET fue examinada por el Grupo Especial sobre el cumplimiento y, en apelación, por el Órgano de Apelación de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del *ESD*.

2.13 Las partes en esta diferencia están de acuerdo en que la Ley IET, en cuanto que medida de aplicación que ha sido declarada incompatible con las obligaciones que corresponden a los Estados Unidos en virtud del *Acuerdo sobre la OMC*, es la medida pertinente a considerar. Estamos de acuerdo en que esta medida es la pertinente a los efectos de nuestro examen.²³

¹⁸ Para una aplicación previa de estas normas en procedimientos de arbitraje incluidos en el ámbito del párrafo 6 del artículo 22 del *ESD*, véase la Decisión de los Árbitros sobre el asunto *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (Hormonas) - Reclamación inicial del Canadá - Recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD* ("*Comunidades Europeas - Hormonas (Canadá) (Párrafo 6 del artículo 22 - Comunidades Europeas)*", WT/DS48/ARB, 12 de julio de 1998, párrafos 8 y siguientes. Para una aplicación en el contexto del párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*, véase la Decisión de los Árbitros sobre el asunto *Brasil - Programa de financiación de las exportaciones para aeronaves - Recurso del Brasil al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD y el párrafo 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC, (Brasil - Aeronaves, (párrafo 6 del artículo 22 - Brasil))*), WT/46/ARB, de 28 de agosto de 2000, párrafos 2.8 y siguientes.

¹⁹ Informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Estados Unidos - Camisas y blusas*, página 16.

²⁰ Informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Canadá - Medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles ("Canadá - Aeronaves")*, WT/DS70/AB/R, adoptado el 20 de agosto de 1999, párrafo 190.

²¹ WT/DS108/11.

²² *Ibid.*

²³ Recordamos que en el asunto *Comunidades Europeas - Bananas III*, los Árbitros consideraron que el nivel de la suspensión de concesiones propuesta tenía que ser valorado en función de la medida adoptada para dar cumplimiento a las recomendaciones y resoluciones del OSD, y no en función de la medida original. Véase WT/DS27/ABR, párrafo 4.3: "En la diferencia inicial *Bananas III*, las constataciones de anulación y menoscabo se basaron en la conclusión de que determinados aspectos de las medidas de las CE en litigio eran incompatibles con las obligaciones de las CE en el marco de la OMC. En consecuencia, la evaluación del nivel de anulación o

2.14 No obstante, si consideramos que la Ley IET es la medida pertinente, tendremos que abordar dos cuestiones básicas:

- a) La primera es la fecha en que debemos evaluar si las contramedidas propuestas por las Comunidades Europeas son apropiadas. Observamos que los Estados Unidos debían retirar la subvención el 1º de noviembre de 2000 y que la Ley IET fue promulgada el 15 de noviembre de 2000. También recordamos: i) que las Comunidades Europeas recurrieron a las disposiciones del párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* y del párrafo 2 del artículo 22 del *ESD* el 17 de noviembre de 2000²⁴; ii) que el OSD acordó el 28 de noviembre de 2000 que se sometiera a arbitraje la cuestión sobre la base de la solicitud presentada por los Estados Unidos de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del *ESD* y el párrafo 11 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*; y iii) que este arbitraje fue *suspendido* el 21 de diciembre de 2000, a la espera de la conclusión de los procedimientos iniciados de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del *ESD*.

Recordamos que, en anteriores arbitrajes, los árbitros se han referido a la fecha en que expiraba el plazo para la aplicación como aquella que servía para evaluar si las suspensiones de concesiones u otras obligaciones propuestas eran equivalentes al nivel de anulación o menoscabo o constituían unas contramedidas apropiadas.²⁵ Como el presente arbitraje fue *suspendido* a la espera de la terminación del procedimiento abierto de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del *ESD*, daremos al término "suspensión" todo su contenido jurídico y consideraremos que las contramedidas propuestas por las Comunidades Europeas deben ser evaluadas en la fecha de expiración del plazo para la aplicación.²⁶

- b) En segundo lugar, hemos de hacernos ciertas consideraciones en nuestra evaluación de los datos que se nos han sometido, en particular, en qué medida podemos basarnos en estimaciones de cifras económicas basadas en el régimen anterior a la Ley IET. Hemos considerado si necesitábamos ajustar esas cifras para tener en cuenta la entrada en vigor y aplicación de la Ley IET.²⁷ Hemos tenido en cuenta los siguientes factores:
 - i) Primero, observamos que la aplicación efectiva de la Ley IET hasta la fecha ha sido limitada. Fue promulgada en noviembre de 2000 y, en virtud de sus

menoscabo presupone la evaluación de la compatibilidad o incompatibilidad de las medidas de aplicación adoptadas por las Comunidades Europeas, es decir del régimen revisado para el banano, con las normas de la OMC, en lo que respecta a las constataciones del Grupo Especial y del Órgano de Apelación relativas al régimen anterior."

²⁴ WT/DS108/13.

²⁵ Decisión de los Árbitros sobre el asunto *Comunidades Europeas - Hormonas*, WT/DS48/ARB, párrafos 38 a 42, y Decisión de los Árbitros sobre el asunto *Brasil - Aeronaves*, WT/46/ARB, párrafo 3.66.

²⁶ Observamos que en el arbitraje sobre el asunto *Brasil - Aeronaves* se utilizó como base para los cálculos el número de las entregas de aeronaves y ventas que tuvieron lugar desde la expiración del plazo para la aplicación y hasta el último período respecto del cual se disponía de cifras (18 de noviembre de 1999-30 de junio de 2000). Sin embargo, esta solución se basaba en las circunstancias particulares del caso, en virtud de las cuales la cuantía de la subvención concedida tenía una relación expresa con las entregas de aeronaves que se realizaran después de que expirara el plazo prudencial.

²⁷ Véase el Anexo 1, "cambio a la Ley IET".

propios términos, no era aplicable a las transacciones que se produjeran antes del 1º de enero de 2002 si se trataba de EVE que ya existían el 30 de septiembre de 2000. Además, en el caso de las EVE que ya existían el 30 de septiembre de 2000, las subvenciones relacionadas con las EVE seguían siendo operativas durante un año y, en lo que respecta a las EVE que establecieran contratos vinculantes a largo plazo con partes no vinculadas antes del 30 de septiembre de 2000, la Ley IET no alteraba el trato fiscal aplicado a esos contratos durante un período indefinido. Algunos aspectos del régimen de las EVE están actualmente protegidos por una "cláusula de habilitación", en algunos casos indefinidamente.²⁸

ii) Segundo, observamos que los Estados Unidos han sugerido que las disposiciones transitorias de la Ley IET antes mencionadas se podían ignorar a los efectos de estimar la cuantía de la subvención y el efecto o el impacto sobre el comercio. Ambas partes estaban de acuerdo en que la cuantía del beneficio para el contribuyente era la misma con el régimen de la Ley IET y con el antiguo régimen de las EVE.²⁹

iii) Los Estados Unidos coinciden con las Comunidades Europeas en que debe realizarse un ajuste al alza de la cuantía de la subvención para tener en cuenta la cobertura adicional de productos de la Ley IET en comparación con el programa inicial relativo a las EVE.³⁰

2.15 Por consiguiente, hemos decidido evaluar la suspensión de concesiones propuesta en el momento en el que los Estados Unidos debieron haber retirado la subvención prohibida en cuestión, es decir, en 2000. Habida cuenta de la naturaleza de las contramedidas propuestas por las Comunidades Europeas, consideramos esto importante para calcular las contramedidas apropiadas sobre una base anual. Por tanto, hemos decidido incluir todo el año 2000 en nuestra evaluación, teniendo en cuenta el ajuste correspondiente al cambio a la Ley IET.

III. RESUMEN DE LOS PRINCIPALES ARGUMENTOS

3.1 Los **Estados Unidos** alegan que la cuantía de las contramedidas propuestas por las Comunidades Europeas no es la apropiada porque es desproporcionada con el impacto sobre el comercio de las Comunidades Europeas de la medida incompatible.³¹ Interpretan que el párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* exige que las contramedidas no sean desproporcionadas con el impacto de la medida infractora sobre el comercio del Miembro demandante.³² También consideran que, en el presente caso, puede y debe utilizarse la cuantía de la subvención como "aproximación" del impacto comercial de la medida.³³ Los Estados Unidos estiman que el valor total de la subvención

²⁸ Recordamos, en particular, que las disposiciones de la Ley IET que "habilitan" las subvenciones formaron parte del objeto del examen que se llevó a cabo en el procedimiento sobre el cumplimiento.

²⁹ Respuestas de las Comunidades Europeas a las preguntas adicionales del Árbitro, párrafo 4, y respuestas de los Estados Unidos a las preguntas adicionales, párrafo 2.

³⁰ Segunda Comunicación de los Estados Unidos.

³¹ Primera comunicación de los Estados Unidos, párrafo 15.

³² Primera comunicación de los Estados Unidos, párrafos 16 a 57.

³³ Primera comunicación de los Estados Unidos, párrafo 62.

durante el año 2000 se elevó a 4.125 millones de dólares EE.UU.³⁴, y plantean que, si se desglosa esa suma para atribuir a las Comunidades Europeas la parte que les corresponde, las contramedidas apropiadas tendrían una cuantía máxima de 1.110 millones.³⁵ Además, alientan a los árbitros a que se abstengan de utilizar modelos económicos, dadas las circunstancias del caso, a causa del grado de incertidumbre de las mediciones y la gama de posibles resultados "razonables" que puede derivar de la utilización de modelos económicos. Sin embargo, en respuesta a preguntas, los Estados Unidos han indicado también que, si insistimos en la utilización de modelos económicos, habrán de tenerse en cuenta ciertas consideraciones.

3.2 Las **Comunidades Europeas** alegan que la cuantía de las contramedidas que han propuesto se corresponde con el valor de la subvención y que esta cuantía es "apropiada" según los términos del párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*. En opinión de las Comunidades Europeas, el párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* establece un solo criterio para las contramedidas que se adopten en respuesta a infracciones de una disposición concreta del *Acuerdo SMC*, a saber, el artículo 3.³⁶ En opinión de las Comunidades Europeas, el párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* permite que se adopten contramedidas que induzcan al cumplimiento y, en el presente caso, unas contramedidas equivalentes al valor de la subvención que ha de retirarse son las apropiadas, aunque reflejen un planteamiento conservador.

IV. PLANTEAMIENTO DEL ÁRBITRO

4.1 Recordamos que el párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* establece lo siguiente:

"En caso de que no se cumpla la recomendación del OSD en el plazo especificado por el grupo especial, que comenzará a partir de la fecha de la adopción del informe del grupo especial o del informe del Órgano de Apelación, el OSD autorizará al Miembro reclamante a adoptar contramedidas apropiadas⁹, a menos que decida por consenso desestimar la petición."

(nota original a pie de página) ⁹ Este término no permite la aplicación de contramedidas desproporcionadas sobre la base de que las subvenciones a que se refieren las disposiciones del presente artículo están prohibidas.

4.2 Además, el párrafo 11 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* define nuestro mandato del siguiente modo:

"En caso de que una parte en la diferencia solicite un arbitraje al amparo de lo dispuesto en el párrafo 6 del artículo 22 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias ("ESD"), el árbitro determinará si las contramedidas son apropiadas.¹⁰"

(nota original a pie de página) ¹⁰ Este término no permite la aplicación de contramedidas que sean desproporcionadas sobre la base de que las subvenciones a que se refieren las disposiciones del presente artículo están prohibidas.

³⁴ EE.UU. - Prueba documental 17.

³⁵ Segunda comunicación de los Estados Unidos, párrafo 4. En su Primera comunicación, los Estados Unidos estimaban inicialmente que el valor real de la subvención era menor. Sin embargo, posteriormente revisaron esa cifra para tener en cuenta algunos argumentos de las Comunidades Europeas sobre los elementos que debían tenerse en cuenta en el cálculo. La cifra que se cita es la aceptada por los Estados Unidos para cifrar la cuantía de la subvención, ajustada para tener en cuenta la cobertura de la subvención y el cambio a la Ley IET. En el Anexo 1 puede encontrarse un análisis más detallado de los factores y las cifras pertinentes.

³⁶ Segunda comunicación de las Comunidades Europeas, párrafo 22.

4.3 Estas dos disposiciones se complementan entre sí: el mandato del árbitro en lo que respecta a la adopción de contramedidas de conformidad con el artículo 4 del *Acuerdo SMC* frente a unas subvenciones prohibidas se define, bastante lógicamente, por referencia a la noción incorporada en las disposiciones subyacentes del párrafo 10 del artículo 4. Los términos "contramedidas apropiadas" definen qué medidas pueden ser autorizadas en caso de incumplimiento y nuestro mandato nos obliga a examinar si el Miembro vencedor ha respetado los parámetros de lo permisible de conformidad con esa disposición al proponer la adopción de ciertas medidas en aplicación de la misma.

4.4 Para ello, tenemos que procurar determinar si, en este caso particular, las contramedidas propuestas por las Comunidades Europeas son "apropiadas".

4.5 Recordamos a este respecto que las Comunidades Europeas han propuesto unas contramedidas de una cierta cuantía y han explicado los motivos de esa propuesta. Los Estados Unidos, como antes se ha indicado, impugnan la cuantía por ser desproporcionada con el impacto de la medida infractora sobre el comercio de las Comunidades Europeas. Entendemos que el argumento de los Estados Unidos tiene un doble contenido esencial. Los Estados Unidos parecen alegar que el criterio fundamental para evaluar si las contramedidas son apropiadas, o no, es el criterio de los "efectos negativos" y que, además, la evaluación ha de hacerse de una forma comparable en términos generales con la que se llevaría a cabo si se tratara de un caso de anulación o menoscabo según lo previsto en el párrafo 4 del artículo 22 del *ESD*. Ello equivale a proponer un argumento doble: a) que las Comunidades Europeas están autorizadas a responder a la subvención ilegal, pero sólo hasta el límite del efecto sobre su comercio; y b) que el modo de cálculo es comparable, aunque no idéntico en su precisión, al que se utilizaría para la evaluación a que hace referencia el párrafo 4 del artículo 22 del *ESD*.

4.6 Por consiguiente, para examinar la demanda de los Estados Unidos, necesitamos considerar primero si, en efecto, como alegan los Estados Unidos, es necesario que las contramedidas a que se hace referencia en el párrafo 10 del artículo 4 sean proporcionadas, o al menos no sean desproporcionadas, con el impacto de la medida infractora sobre el comercio del Miembro demandante. Después de eso estaremos en condiciones de evaluar, en función de nuestra conclusión sobre ese punto, si en las circunstancias del presente caso las medidas propuestas son "apropiadas", o no.

4.7 Consideraremos primero los términos "contramedidas apropiadas" que figuran en los párrafos 10 y 11 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*. Observamos a este respecto que el ámbito de aplicación del párrafo 2 del artículo 3 del *ESD* no se limita a los procedimientos ante los grupos especiales y el Órgano de Apelación. Por consiguiente, al examinar el asunto que se nos ha sometido, tenemos que aclarar las disposiciones pertinentes, en la medida necesaria, de conformidad con las normas consuetudinarias de interpretación del derecho internacional público. Estas normas están reflejadas en los artículos 31, 32 y 33 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados ("Convención de Viena"). Recordamos, en particular, que el párrafo 1 del artículo 31 exige que un tratado:

"deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin".³⁷

³⁷ El texto completo del artículo 31 de la Convención de Viena dice lo siguiente:

Artículo 31

Regla general de interpretación

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

4.8 Por consiguiente, consideraremos los términos del párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* de conformidad con estas normas.

V. LA NOCIÓN DE "CONTRAMEDIDAS APROPIADAS" EN EL PÁRRAFO 10 DEL ARTÍCULO 4 DEL ACUERDO SMC

5.1 Para evaluar la validez de la afirmación estadounidense de que las contramedidas que se adopten de conformidad con el párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* no deben ser desproporcionadas con el impacto de la medida sobre el comercio del Miembro reclamante, en el presente caso las Comunidades Europeas consideramos útil, examinar primero los términos de dicho párrafo en sí mismo.³⁸ Este análisis inicial del texto servirá de base para el resto de nuestro análisis, en el que abordaremos detalladamente la interpretación estadounidense y, más en general, cómo entendemos los términos "contramedidas apropiadas" que figuran en el párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*, en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

A. TEXTO DE LA DISPOSICIÓN

5.2 Recordamos una vez más que el párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* establece lo siguiente:

"En caso de que no se cumpla la recomendación del OSD en el plazo especificado por el grupo especial, que comenzará a partir de la fecha de la adopción del informe del grupo especial o del informe del Órgano de Apelación, el OSD autorizará al Miembro reclamante a adoptar contramedidas apropiadas⁹, a menos que decida por consenso desestimar la petición."

(*nota original a pie de página*) ⁹ Este término no permite la aplicación de contramedidas desproporcionadas sobre la base de que las subvenciones a que se refieren las disposiciones del presente artículo están prohibidas.

5.3 Por tanto, esta disposición prevé la autorización de "contramedidas apropiadas". Consideraremos estos términos el uno después del otro.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

- a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;
- b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

- a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;
- b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;
- c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

³⁸ Debe entenderse que el análisis que realizamos en esta sección de los términos "contramedidas apropiadas" que figuran en el párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* (con las precisiones de la nota 9) es aplicable también a los mismos términos que figuran en el párrafo 11 del artículo 4 (con las prescripciones de la nota 10).

1. "Contramedidas"

5.4 Las definiciones de diccionario del término "contramedida" sugieren que es fundamental la referencia al acto ilícito a que se supone que responde. El *New Oxford Dictionary* define "countermeasure" (contramedida) como "an action taken to counteract a danger, threat, etc" (un acto destinado a contrarrestar un peligro, amenaza, etc).³⁹ El significado de "counteract" (contrarrestar) es "hinder or defeat by contrary action; neutralize the action or effect of" (dificultar o impedir mediante un acto contrario; neutralizar la acción o el efecto).⁴⁰ Igualmente, el prefijo "counter" (contra) se define entre otras cosas como "opposing, retaliatory" (oposición, retorsión).⁴¹ El sentido corriente del término sugiere así que una contramedida presupone una relación con el acto que ha de ser contrarrestado, o con los efectos de éste (dificultar o impedir mediante un acto contrario; neutralizar la acción o el efecto).⁴²

5.5 En el contexto del artículo 4 del *Acuerdo SMC*, el término "contramedidas" se utiliza para definir las medidas temporales el Miembro vencedor que puede ser autorizado a adoptar en respuesta a una infracción persistente del artículo 3 del *Acuerdo SMC* mientras no se cumplan plenamente las recomendaciones del OSD. Este uso del término es acorde con el significado ordinario que le atribuyen los diccionarios, según se ha mostrado anteriormente. Se autorizan estas medidas, en este contexto, para contrarrestar un acto ilícito que adopta la forma de una subvención a la exportación que está prohibida *per se*, o los efectos de ésta.

5.6 De conformidad con el sentido inmediato del concepto de contramedidas, resulta coherente decir que pueden tener por finalidad contrarrestar la medida en cuestión (en el presente caso, neutralizar efectivamente la subvención a la exportación) o contrarrestar sus efectos sobre la parte afectada, o ambas cosas.

5.7 Sin embargo, necesitamos ampliar nuestro análisis del texto para ver si podemos lograr una mayor precisión en la interpretación del término "contramedidas" en este contexto. Así pues, pasamos a examinar la expresión contramedidas "apropiadas" con el fin de aclarar qué nivel de contramedidas puede ser autorizado legítimamente.

2. "Contramedidas apropiadas"

5.8 Los términos "contramedidas apropiadas" que se utilizan en el párrafo 10 del artículo 4 son precisados por la nota 9, que ofrece orientaciones sobre qué debe entenderse que significa la expresión "apropiadas". Por motivos de claridad, consideraremos primero el término "apropiadas" y a continuación los términos de la nota a pie de página. Sin embargo, se parte del entendimiento de que estos dos elementos son parte de una evaluación única y que el significado de la expresión "contramedidas apropiadas" debe derivar de un examen combinado de estos términos del texto, teniendo en cuenta la nota a pie de página.

5.9 El sentido ordinario del término "appropriate" (apropiadas) remite a lo que es "especially suitable or fitting" (especialmente conveniente o apto).⁴³ El término "suitable" (conveniente) puede ser definido, a su vez, como "fitted for or appropriate to a purpose, occasion..." (apto o apropiado

³⁹ *The New Shorter Oxford English Dictionary* (1993).

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ *Webster's New Encyclopaedic Dictionary* (1994).

⁴² *The New Shorter Oxford English Dictionary* (1993).

⁴³ *Webster's New Encyclopaedic Dictionary* (1994).

para un propósito, ocasión ...)⁴⁴ o "*adapted to a use or purpose*" (adaptado a un uso o finalidad).⁴⁵ El significado del término "*fitting*" (apto) puede ser definido como "*of a kind appropriate to the situation*" (de un tipo adecuado a la situación).⁴⁶

5.10 En lo que respecta a la cuantía o nivel de las contramedidas, la expresión "apropiadas" no predefine en sí misma y por sí misma las condiciones precisas y exhaustivas de aplicación de las contramedidas, y mucho menos lo hace de una forma matemáticamente exacta. No cabe duda de que, en sí mismo, ello es significativo. No hay ningún motivo *a priori* que explique por qué no se pudo establecer de antemano un planteamiento definido y/o una fórmula para la aplicación de contramedidas. Los términos del *Acuerdo SMC* sobre esta cuestión excluyen manifiestamente un planteamiento semejante. Pero las disposiciones utilizadas de hecho no resultan menos significativas ni pierden categoría jurídica por ello. Mucho menos podrá aceptarse ningún tipo de presunción inherente de que deben ser forzadas para adaptarlas a una especie de lecho de Procusto que adopte las proporciones de una fórmula, cuando es manifiesto que no se encuentra tal fórmula en el propio texto.

5.11 Después de todo, apenas cabe discutir que no se pueden imaginar todas las situaciones de antemano. Pero, aunque se adopte el punto de vista de que, por tanto, no puede haber ningún manual que establezca el camino exacto a seguir en una situación determinada, eso no significa que se carezca completamente de orientaciones o, en su caso, que no haya límites para los actos permisibles. Esta es, con bastante claridad, la situación que estamos examinando en el presente caso, en la que un Miembro se puede sentir autorizado a recurrir a contramedidas. Las disposiciones pertinentes no están destinadas a establecer una fórmula precisa o un criterio cuantificado de otro modo o una cuantía para las contramedidas que estarían autorizadas legítimamente en todos y cada uno de los casos. Al contrario, se recurre al concepto de "apropiadas" como calidad.

5.12 Basándose en el significado textual del término, ello significa que las contramedidas deben estar adaptadas al caso particular en cuestión. El término es coherente con el propósito de no prejuzgar qué circunstancias pueden presentarse en un caso concreto en el contexto específico de los mecanismos de solución de diferencias. En esa medida, contiene un elemento de flexibilidad, en el sentido de que excluye cualquier fórmula cuantitativa *a priori* rígida. Pero también está claro que existe, no obstante, una relación objetiva que ha de ser absolutamente respetada: las contramedidas han de ser aconsejables o aptas como respuesta en el caso en cuestión.

5.13 Subrayamos que el adjetivo "apropiadas" no deja claro, en sí mismo y por sí mismo, si las "contramedidas" en cuestión lo son a causa de que están destinadas a neutralizar el acto ilícito original, o sus efectos, o ambas cosas. En esa medida, sólo afirmamos en este momento que el criterio permite en principio una gama de posibilidades.

5.14 Por consiguiente, tenemos que examinar la nota 9 del *Acuerdo SMC* para ver si nos permite aclarar más la cuestión.

3. Nota 9 del *Acuerdo SMC*

5.15 La nota 9 del *Acuerdo SMC*, que contiene la única indicación expresa de lo que abarca la expresión "contramedidas apropiadas" dice lo siguiente:

⁴⁴ The New Shorter Oxford English Dictionary (1993).

⁴⁵ Webster's New Encyclopaedic Dictionary (1994).

⁴⁶ Webster's New Encyclopaedic Dictionary (1994).

"Este término [apropiadas] no permite la aplicación de contramedidas desproporcionadas sobre la base de que las subvenciones a que se refieren las disposiciones del presente artículo están prohibidas."

5.16 Esta nota a pie de página aclara efectivamente más cómo ha de interpretarse el término "apropiadas". Entendemos que significa que no se pueden considerar "apropiadas" según los términos del párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* las contramedidas que sean "desproporcionadas sobre la base de que las subvenciones a que se refieren las disposiciones del presente artículo están prohibidas". Procedamos a un examen más a fondo de estos términos.

5.17 El término "*disproportionate*" (desproporcionadas) puede ser definido como "*lacking proportion, poorly proportioned, out of proportion*" (carentes de proporción, mal proporcionados, sin proporciones).⁴⁷ El término "*proportion*" (proporción) remite entre otras cosas a una "*comparative relation or ratio between things in size, quantity, numbers*" (relación comparativa, o coeficiente, entre el tamaño, la cantidad o el número de las cosas) o una "*relation between things in nature, etc.*" (relación entre cosas por su naturaleza, etc.).⁴⁸ Así pues, el término "desproporcionadas" sugiere la falta de una relación correcta o adecuada entre dos elementos.

5.18 Basándose en el sentido corriente de los términos, el concepto en cuestión se entiende bastante bien en la experiencia cotidiana. Es una forma de describir unas relaciones adecuadas a las circunstancias, en las que el instrumento de medición es la estimación a simple vista y no el escrutinio con un microscopio. No se supone que exija una ecuación matemática exacta sino que se respeten de forma suficientemente cabal las proporciones relativas de que se trate para que no haya un manifiesto desequilibrio o una manifiesta incongruencia.⁴⁹ En resumen, existe la obligación de evitar una respuesta a la ofensa inicial que sea desproporcionada, es decir, de mantener una relación congruente al contrarrestar la medida en cuestión de forma que la reacción no sea excesiva en vista de la situación a la que ha de darse respuesta. Pero eso no exige una equivalencia exacta, es decir, la relación que ha de respetarse es precisamente la de "proporción" y no la de "equivalencia".

5.19 Por tanto, consideramos que la nota 9 confirma de nuevo que, si bien la noción de "contramedidas apropiadas" tiene por finalidad garantizar la suficiente flexibilidad en la respuesta a un caso concreto, la flexibilidad de que se trata está claramente limitada. Los límites son los que fija la relación de adecuación que supone la calidad de "apropiado". Esa adecuación, a su vez, conlleva que se evite la desproporción entre las contramedidas propuestas y, según nos ha llevado a considerar nuestro análisis del tema, la medida infractora en sí misma o los efectos de la misma en el Miembro afectado, o ambas cosas.

5.20 Encontramos, sin embargo, unas orientaciones más concretas sobre estos elementos en la parte final de la nota a pie de página, que dice lo siguiente:

"... desproporcionadas sobre la base de que las subvenciones a que se refieren las disposiciones del presente artículo están prohibidas." (sin cursivas en el original)

⁴⁷ *The New Shorter Oxford English Dictionary* (1993). Volumen I, página 700.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ Véase al respecto el arbitraje sobre el caso *Air Services Agreement of 27 March 1946 (United States of America v. France)* (1978) *International Law Reports*, Volumen 54 (1979), página 304 (en adelante "arbitraje sobre Servicios aéreos"): "Se ha señalado, en general, que la apreciación de la proporcionalidad de las contramedidas no es tarea fácil, y sólo puede realizarse, cuando más por aproximación" (párrafo 83, página 338).

5.21 El uso de los términos "sobre la base de" nos lleva a pensar que la parte final de la nota a pie de página es un asunto que ha de ser considerado en cualquier caso. Parece razonable concluir también que no parece que sea una consideración menor o insignificante. Por el contrario, se trata más bien de un elemento que condiciona o matiza toda la evaluación. Esta, al menos, es la única forma razonable de interpretar cómo se examina algo "sobre la base de" otra cosa.

5.22 Tal como lo leemos, el texto nos remite sin ninguna duda a las disposiciones de la Parte II del *Acuerdo SMC* y nos obliga a asegurarnos de que nuestra perspectiva de las contramedidas está basada en, y matizada por, la consideración de la naturaleza y la condición jurídica de la medida particular en cuestión, respecto de la cual se aplican las contramedidas. En resumen, se establece que, al evaluar las contramedidas que se adopten de conformidad con el párrafo 10 del artículo 4, ha de tenerse en cuenta el hecho de que la subvención a la exportación en cuestión está prohibida y ha de ser retirada.

5.23 La importancia atribuida al carácter ilegal de las subvenciones a la exportación, en nuestra opinión, invita a la consideración del impacto que pueda tener este carácter ilegal, en sí mismo. Observamos a este respecto que el mantenimiento de la medida ilegal por el Miembro de que se trate, en incumplimiento de sus obligaciones, tiene por sí mismo el efecto de alterar el equilibrio de derechos y obligaciones entre las partes, con independencia de cuáles puedan ser, de hecho, los efectos reales sobre el comercio del reclamante. Recordamos a este respecto que la prohibición de las subvenciones a la exportación es una obligación *per se*, que no está condicionada en sí misma por el criterio de los efectos sobre el comercio. Los Miembros tienen derecho a comerciar sin que los demás Miembros recurran a las subvenciones a la exportación. En nuestra opinión, la segunda parte de la nota establece que se trata en sí misma de una consideración necesaria cuando se evalúa si unas contramedidas son desproporcionadas según los términos del párrafo 10 del artículo 4. La única interpretación razonable de esta consideración es que se trata de un factor agravante, y no de un factor atenuante, que ha de reflejarse debidamente en nuestra evaluación de si las medidas son apropiadas.⁵⁰ En efecto, nos exige que consideremos el "carácter apropiado" de las contramedidas que se adopten de conformidad con el párrafo 10 del artículo 4 desde esta perspectiva de que contrarrestan un acto ilícito y teniendo en cuenta el carácter esencial de éste de ruptura del equilibrio de derechos y obligaciones existente entre los Miembros. Concluimos que ésta es la forma en que se nos exige que evaluemos el asunto. En cambio, no se nos pide en realidad, por ejemplo, que consideremos los efectos demostrados de la medida sobre el comercio del Miembro reclamante.

5.24 Sobre esta última observación señalaremos simplemente que no había, ni hay, nada en el texto que impida a un Miembro aplicar contramedidas en el sentido de medidas destinadas a contrarrestar el daño, concebido éste en términos más estrictos, que ha sufrido a consecuencia del acto ilícito.⁵¹ No obstante, esta nota a pie de página deja claro que no puede interpretarse el texto de forma que "confine" el criterio del carácter apropiado al elemento de contrarrestar los efectos perjudiciales para una parte, y además, y esto resulta más importante, que el derecho a adoptar contramedidas ha de evaluarse teniendo en cuenta el carácter jurídico del acto ilícito y la forma en que el quebrantamiento de esa obligación ha alterado el equilibrio de derechos y obligaciones establecido entre los Miembros. El juicio acerca de si las contramedidas son desproporcionadas ha de hacerse desde esa perspectiva.

⁵⁰ Sobre este aspecto, véase WT/DS46/ARB, párrafo 3.51.

⁵¹ Añadiremos únicamente sobre este punto que, en lo que respecta a las medidas para contrarrestar los efectos demostrados, la base del juicio sigue siendo que éstas sean de carácter apropiado, en el sentido de que no sean desproporcionadas, lo que en nuestra opinión significa un juicio que no exige una exactitud matemática en la equivalencia sino una proporcionalidad, en el sentido de que no sean manifiestamente excesivas. Consideramos que esta opinión es coherente con la del Árbitro del asunto *Brasil - Aeronaves* (nota 55 a pie de página), según la cual "no debe darse a la palabra 'apropiada' el mismo significado que a la palabra 'equivalente', sino que debe entenderse en el sentido de que ofrece más libertad para evaluar el nivel de las contramedidas adoptadas en compensación de subvenciones prohibidas".

5.25 Por consiguiente, una vez considerados los términos concretos del párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*, observamos en esta etapa de nuestro análisis que no sugieren que haya de respetarse un volumen específico en todos y cada uno de los casos en que se determine la cuantía de las contramedidas que pueden ser autorizadas de conformidad con esa disposición. Al contrario, nos exigen que consideremos si las contramedidas propuestas tienen una relación adecuada con la situación que ha de ser contrarrestada, y nos dan instrucciones específicas de que consideremos que las subvenciones incluidas en el ámbito de la Parte II del *Acuerdo SMC* están prohibidas cuando evaluemos si las contramedidas propuestas son desproporcionadas.

5.26 Debe observarse también que la formulación negativa de la obligación que establece la nota 9 tiene el sentido de permitir un grado mayor de libertad del que hubiera permitido una obligación positiva: la nota 9 aclara que el párrafo 10 del artículo 4 no tiene por finalidad permitir contramedidas que sean "desproporcionadas". No exige una proporcionalidad estricta.⁵²

5.27 Teniendo presentes todas estas observaciones, examinaremos a continuación si se confirma este planteamiento interpretativo cuando se leen estos términos en su contexto y teniendo en cuenta su objeto y fin, y si pueden obtenerse nuevas aclaraciones sobre la forma en que debe evaluarse el carácter de "apropiadas" de las contramedidas a que hace referencia el párrafo 10 del artículo 4.

B. ANÁLISIS DEL CONTEXTO DEL PÁRRAFO 10 DEL ARTÍCULO 4

5.28 Así pues, pasamos a examinar los términos del párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* tomados en su contexto para aclarar más cómo debe interpretarse la noción de "contramedidas apropiadas". A este respecto, abordaremos los argumentos de los Estados Unidos con respecto al

⁵² Recogemos a este respecto la opinión del comentarista Sir James Crawford sobre el artículo correspondiente del texto de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad del Estado reflejado en una resolución adoptada el 12 de diciembre de 2001 por la Asamblea General de las Naciones Unidas (A/RES/56/83), y que establece, pero sólo en términos positivos, la obligación de que las contramedidas sean proporcionales:

"En el artículo 51 se ha adoptado la formulación positiva del requisito de proporcionalidad. Una formulación negativa podría resultar demasiado amplia." (J. Crawford, *The ILC's Articles on State Responsibility, Introduction, Text and Commentaries* 2002, CUP, párrafo 5 dedicado al artículo 51).

El artículo 51 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado de la Comisión de Derecho Internacional (titulado "*Proporcionalidad*") dice lo siguiente:

"Las contramedidas deben ser proporcionales al perjuicio sufrido, teniendo en cuenta la gravedad del hecho internacionalmente ilícito y los derechos en cuestión." (Sin cursivas en el original.)

Observamos también a este respecto que, mientras que en esa disposición se hace una referencia expresa al perjuicio sufrido (a diferencia de la nota 9 del *Acuerdo SMC*), también se exige que se tengan en cuenta la gravedad del hecho ilícito y los derechos en cuestión. Se ha entendido que esta disposición introduce un elemento cualitativo en la evaluación aunque lo que esté en cuestión sea la proporcionalidad con el daño. Tomamos nota de la opinión manifestada por Sir James Crawford sobre este asunto en sus comentarios al proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional:

"Teniendo en cuenta la necesidad de asegurar que la adopción de contramedidas no lleve a resultados inequitativos, la proporcionalidad debe evaluarse teniendo en consideración no sólo el elemento puramente 'cuantitativo' al daño sufrido, sino también factores 'cualitativos' tales como la importancia del interés protegido por la norma violada y la gravedad de la violación. El artículo 51 establece primordialmente una relación de la proporcionalidad con el perjuicio sufrido pero 'teniendo en cuenta' otros dos criterios: la gravedad del hecho internacionalmente ilícito y los derechos de que se trate. La referencia a 'los derechos en cuestión' tiene un significado amplio y comprende no sólo los efectos del hecho ilícito sobre el Estado lesionado sino también los derechos del Estado responsable. Además, también debe tenerse en cuenta la posición de otros Estados que puedan resultar afectados." (*op. cit.*, párrafo 6 de los comentarios dedicados al artículo 51.)

papel del impacto comercial de la medida cuando se evalúa si las contramedidas son apropiadas de conformidad con el párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*.

5.29 En opinión de los Estados Unidos, unas contramedidas "apropiadas" de conformidad con el párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* no han de ser desproporcionadas con el "impacto de la medida sobre el comercio" del Miembro reclamante. Los Estados Unidos reconocen que el criterio que establece el párrafo 10 del artículo 4 ("no ... desproporcionadas") no es idéntico al criterio del párrafo 4 del artículo 22 del ESD ("equivalente"). Sin embargo, en su opinión el criterio del párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* no se puede aplicar como si estuviera aislado clínicamente del ESD y de forma incompatible con el objeto y fin de éste. Los Estados Unidos alegan en particular que, a la vista del párrafo 4 del artículo 22 del ESD y el párrafo 9 del artículo 7 y el párrafo 4 del artículo 9 del *Acuerdo SMC*, es insostenible interpretar que el párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* permite contramedidas desproporcionadas con el impacto sobre el comercio del Miembro reclamante.⁵³ En opinión de los Estados Unidos, el término "contramedidas" que se utiliza en el *Acuerdo SMC* no tiene un significado especial y estas contramedidas no tienen el objetivo único de inducir el cumplimiento. El artículo 4 del *Acuerdo SMC* debe ser interpretado más bien en función de los objetivos del mecanismo de solución de diferencias de la OMC, con inclusión del objetivo de mantener un equilibrio adecuado entre los derechos y obligaciones de los Miembros, según lo previsto en el párrafo 3 del artículo 3 del ESD. En opinión de los Estados Unidos, el único planteamiento compatible con el objeto y fin del párrafo 10 del artículo 4 es evaluar el carácter de "apropiadas" de las contramedidas adoptadas de conformidad con el mismo remitiéndose al impacto de la medida infractora sobre el comercio del Miembro reclamante.⁵⁴

5.30 Para empezar, recordamos primero que hemos constatado no sólo que, a través de la nota 9 se permite tener en cuenta el carácter ilegal del acto inicial que da origen a las contramedidas sino también que esta es la perspectiva de evaluación que exige expresamente el *Acuerdo SMC*. No creemos que el contenido textual del párrafo 10 del artículo 4 excluya de ningún modo la aplicación de contramedidas destinadas a contrarrestar los efectos del acto ilícito de un Miembro siempre que respeten en todos los demás sentidos los términos del *Acuerdo SMC*, pero no creemos que sea éste el criterio necesario de evaluación según los términos del párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*. No vemos nada en el contenido literal del texto que, en su lectura inmediata, obligue a entender que los términos "contramedidas apropiadas" hayan de *limitarse* en su significado a "equivalencia" o correspondencia (o cualquier otro sinónimo) con el "impacto sobre el comercio" del Miembro reclamante.⁵⁵

5.31 Por consiguiente, hemos de abordar la cuestión de si, leyendo la disposición en su contexto, existe alguna obligación distinta e imperativa de evaluar el carácter "apropiado" de las contramedidas de conformidad con el párrafo 10 del artículo 4 desde la perspectiva de los efectos demostrados sobre el comercio del Miembro reclamante.

⁵³ Véase la Primera comunicación de los Estados Unidos, párrafos 32 y siguientes.

⁵⁴ Véase la Primera comunicación de los Estados Unidos, párrafo 44.

⁵⁵ Los Estados Unidos reconocen que el párrafo 10 del artículo 4 no obliga a la estricta equivalencia impuesta por el párrafo 4 del artículo 22 del ESD. No obstante, interpreta que la evaluación del carácter "apropiado" de las contramedidas adoptadas de conformidad con el párrafo 10 del artículo 4 consiste fundamentalmente en un análisis de los "efectos sobre el comercio" de una naturaleza comparable al previsto en el párrafo 4 del artículo 22. Véanse las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas del Árbitro, párrafos 4 y 5.

1. El párrafo 10 del artículo 4 en el contexto del *Acuerdo SMC*

5.32 El recurso a la adopción de contramedidas está previsto en tres disposiciones del *Acuerdo SMC*: el párrafo 10 del artículo 4, del que nos ocupamos ahora, el párrafo 9 del artículo 7 y el artículo 9.⁵⁶ En lo que respecta a las subvenciones recurribles, el párrafo 9 del artículo 7 prevé la autorización de contramedidas "proporcionadas al grado y naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado". La precisión expresa de estas indicaciones pone claramente de manifiesto la ausencia de una expresa indicación textual análoga en el párrafo 10 del artículo 4 y contrasta con el criterio más amplio y general del carácter de "apropiadas" que establecen los párrafos 10 y 11 del artículo 4.

5.33 En resumen, en lo que afecta a las subvenciones prohibidas, no hay referencia alguna en las medidas correctivas previstas en el artículo 4 a conceptos tales como los "efectos sobre el comercio", los "efectos negativos" o el "impacto sobre el comercio". Por el contrario, estos conceptos pueden encontrarse muy claramente expuestos cuando se hace referencia a las medidas correctivas en el artículo 7, a través de la noción de "efectos desfavorables".

5.34 Creemos que ha de darse un significado a esta divergencia y que debemos prestar la debida consideración al hecho de que los redactores (que evidentemente pudieron haber utilizado otros términos para cuantificar exactamente el volumen permisible de las contramedidas que se adopten en el contexto del párrafo 10 del artículo 4) decidieran no hacerlo. Nuestra labor no consiste en leer en el texto del tratado palabras que no están en él.⁵⁷ También somos conscientes de que ha de presuponerse que todos los términos que figuran en el texto del tratado tienen un significado y han de ser leídos de forma que sean efectivos.⁵⁸ Por consiguiente, han de reconocerse las implicaciones del uso del término "apropiadas" y tenemos que dar a esta expresión su pleno significado dentro del párrafo 10 del artículo 4.⁵⁹

5.35 No puede considerarse que este asunto consista sólo en una simple divergencia terminológica, haciendo abstracción de cualquier otra consideración. Después de todo, las subvenciones a la exportación tienen "efectos desfavorables" para los terceros. En términos sistemáticos, las subvenciones a la exportación, como categoría, están inherentemente más inclinadas a tener tales efectos, que ninguna otra categoría. Así pues, no había ningún motivo inherente para que los redactores no hubieran podido establecer unas disciplinas para las subvenciones a la exportación del tipo previsto en los artículos 5 y 7, bajo los términos de "efectos desfavorables", y no hubieran previsto la adopción de contramedidas sobre la base del mismo criterio que se aplicó, por ejemplo, en el artículo 7. Al contrario, había todo tipo de motivos para tratar esta categoría de subvenciones del mismo modo que si el propósito orientador fuera aplicar el criterio de los "efectos desfavorables". Sin embargo, se decidió no actuar así. En nuestra opinión, ello pone claramente de manifiesto que

⁵⁶ Somos conscientes de las disposiciones del artículo 31 del *Acuerdo SMC* y de que los Miembros no adoptaran ninguna medida para ampliar el plazo de aplicación de las disposiciones de los artículos 8 y 9 del *Acuerdo* relativas a las subvenciones no recurribles más allá de cinco años contados a partir de la fecha de entrada en vigor del *Acuerdo sobre la OMC*. En nuestra opinión, sin embargo estas disposiciones pueden ser útiles para entender la arquitectura general del *Acuerdo* con respecto a los diferentes tipos de subvenciones que pretende y procura abordar.

⁵⁷ Véanse, por ejemplo, los informes del Órgano de Apelación sobre los asuntos *India - Restricciones cuantitativas*, WT/DS90/AB/R, párrafo 94; *Comunidades Europeas - Hormonas*, WT/DS26/AB/R y WT/DS48/AB/R, párrafo 181; *India - Patentes (Estados Unidos)*, WT/DS50/AB/R, párrafo 45.

⁵⁸ Véanse, por ejemplo, los informes del Órgano de Apelación sobre los asuntos *Estados Unidos - Gasolina*, WT/DS2/AB/R, página 28, y *Corea - Productos lácteos*, WT/DS98/AB/R, párrafo 81.

⁵⁹ Véanse los párrafos 4.24 a 4.26 *supra*.

tiene un significado y que es reflejo de un motivo racional. En otras palabras, no se puede presuponer que la distinción sea arbitraria o casual, y mucho menos eliminarla efectivamente del texto en su totalidad.

5.36 Consideramos que su motivo racional no es difícil de adivinar. Las diferencias de redacción reflejan, en nuestra opinión, el carácter y el tratamiento jurídico distinto que prevé el *Acuerdo SMC* para los distintos tipos de subvención. La distinción fundamental entre subvenciones recurribles y subvenciones prohibidas, que está subyacente en toda la estructura y la lógica del *Acuerdo SMC*, encuentra una forma de expresión general en las diferencias entre los elementos que definen las obligaciones correspondientes y en las diferencias en el trato previsto para las medidas, desde el punto de vista de las medidas correctivas que pueden adoptarse para contrarrestarlas.⁶⁰

5.37 La distinción que se establece en la terminología referente a las contramedidas es, a su vez, reflejo de la distinción entre las disciplinas sustantivas que afectan a las subvenciones a la exportación, es decir, el propósito claro y sin ambigüedades de aplicar unas disciplinas diferentes y más exigentes cuando se trata de una subvención a la exportación sometida a una prohibición.

5.38 El motivo subyacente de esta distinción está bastante claro. Las disposiciones relativas a las medidas correctivas que se pueden aplicar de conformidad con los artículos 5 y 7 hacen referencia a subvenciones que se acepta que, en sí mismas, no son ilegales. Pero, aunque en sí mismas sean aceptables, otros Miembros tienen no obstante derecho a protección frente a sus posibles efectos desfavorables. Así pues, el fundamento de que estas medidas sean recurribles es su efecto desfavorable para otros Miembros.⁶¹ En caso de que se alegue una anulación o menoscabo, el efecto

⁶⁰ En lo que respecta a las diferencias entre los elementos que definen las obligaciones correspondientes, recordamos que el párrafo 1 a) del artículo 3 del *Acuerdo SMC*, que establece los elementos definitorios de las subvenciones a la exportación prohibidas, establece lo siguiente:

"3.1 A reserva de lo dispuesto en el *Acuerdo sobre la Agricultura*, las siguientes subvenciones, en el sentido del artículo 1, se considerarán prohibidas:

a) las subvenciones supeditadas *de jure* o *de facto*⁴, a los resultados de exportación, como condición única o entre otras varias condiciones, con inclusión de las citadas a título de ejemplo en el anexo I⁵;"

(*nota original a pie de página*). ⁴ Esta norma se cumple cuando los hechos demuestran que la concesión de una subvención, aún sin haberse supeditado *de jure* a los resultados de exportación, está de hecho vinculada a las exportaciones o los ingresos de exportación reales o previstos. El mero hecho de que una subvención sea otorgada a empresas que exporten no será razón suficiente para considerarla subvención a la exportación en el sentido de esta disposición.

⁶¹ Por eso, el concepto de "efectos desfavorables" se puede encontrar efectivamente en el *Acuerdo SMC*, pero sólo en disposiciones que contrastan con la prohibición de las subvenciones a la exportación que establece el artículo 4. El artículo 7 deja claro que cuando un Miembro considere que la concesión o el mantenimiento de una subvención se traduce, entre otras cosas, en una anulación o menoscabo, serán aplicables las disposiciones sobre medidas correctivas que contiene el propio artículo. Debe subrayarse que, por definición, la constatación positiva de anulación y menoscabo es también una constatación de "efectos desfavorables" (lo que deriva en último extremo de la utilización de los términos "es decir" en el artículo 5 que pone de manifiesto que la anulación y menoscabo es una categoría que se incluye dentro del concepto general de "efectos desfavorables" en el marco del *Acuerdo SMC*). También cabe señalar que si se formula una constatación positiva, la parte de que se trate puede "eliminar los efectos desfavorables de la subvención" (artículo 7.9) o bien retirarla (*Ibid.*). En caso de que la parte contra la que se haya formulado una constatación incumpla ésta, el Miembro reclamante está autorizado a "adoptar contramedidas, proporcionadas al grado y naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado".

desfavorable se define como aquél "causado a los intereses del Miembro que pida la celebración de consultas".⁶²

5.39 Por supuesto, esta situación es bastante distinta de la de las subvenciones a la exportación. En el artículo 4 del *Acuerdo SMC* podemos ver que el carácter de prohibidas de las subvenciones supeditadas a resultados de exportación justifica unos procedimientos de solución de diferencias más estrictos (rápidos)⁶³ y que existe una obligación clara de retirarlas *sin demora*.⁶⁴ Lo más importante es que están prohibidas *per se*. Los demás Miembros no están obligados a demostrar los efectos desfavorables para oponerse con éxito a estas medidas. Solamente están obligados a establecer la existencia de una medida que, por cuestión de principio, está expresamente prohibida. Desde un punto de vista empírico, sin duda tienen efectos desfavorables, pero este no es el fundamento jurídico que permite adoptar medidas para denunciarlas en el marco del *Acuerdo SMC*.

5.40 Así queda continuamente reflejado, a su vez, en las disposiciones relativas a las medidas correctivas. De conformidad con las disposiciones pertinentes de los artículos 5 y 7, el Miembro que se haya constatado que ha cometido una infracción (por haber concedido una subvención que no estaba prohibida pero que ha producido efectos desfavorables demostrados en otro Miembro) tiene la alternativa de retirar la medida o eliminar estos efectos desfavorables.⁶⁵ Lo que es importante a los presentes efectos es que, en cambio, el artículo 4, relativo a las subvenciones a la exportación prohibidas, no prevé ninguna opción para la parte infractora que consista en eliminar sencillamente los efectos desfavorables y mantener la medida. El Miembro que se haya constatado que ha cometido una infracción ha de retirar la medida sin demora, lo que contrasta con las medidas correctivas previstas en el artículo 7 del mismo Acuerdo cuando se trata de subvenciones recurribles. En todas las disposiciones relativas a las subvenciones prohibidas de la Parte II del *Acuerdo SMC*, las medidas correctivas disponibles son más firmes y rápidas que las previstas en la Parte III del *Acuerdo SMC* para las subvenciones recurribles. Claramente no se trata de una simple distinción al azar. Refleja el carácter jurídico de una prohibición: si la medida está prohibida *per se*, con independencia de sus efectos, la única medida correctiva coherente es retirarla.⁶⁶

5.41 Esta lectura del texto en su contexto nos confirma en nuestra opinión de que, lejos de que exista la obligación de reducir las "contramedidas apropiadas" a la eliminación de los efectos de la medida sobre el Miembro de que se trate, se ha puesto de manifiesto la existencia de una motivación racional clara que refuerza nuestra interpretación textual en el sentido de que el Miembro afectado está autorizado a adoptar contramedidas que estén destinadas expresamente a neutralizar la medida infractora en cuanto tal, por ser un acto ilegal. En nuestra opinión, los términos "contramedidas apropiadas" autorizan al Miembro reclamante a adoptar contramedidas que contrarresten al menos el

⁶² *Acuerdo SMC*, párrafo 2 del artículo 7.

⁶³ *Acuerdo SMC*, artículo 4, incluido su párrafo 12.

⁶⁴ *Acuerdo SMC*, párrafo 7 del artículo 4.

⁶⁵ Cabe observar, de paso, que no existe ninguna disposición que prevea una compensación en caso de anulación y menoscabo en estas disposiciones del *Acuerdo SMC* similar a las que contiene el artículo XXIII del GATT de 1994 y el artículo 22 del *ESD*, aunque esta observación no sea importante a los presentes efectos.

⁶⁶ Por supuesto, por razones lógicas, la supresión de la medida sin duda incluiría la supresión del efecto. Si una medida no existe, sin duda no puede tener efectos. Cabe subrayar aquí que se trata de la supresión de *todos* los efectos. El efecto práctico de una medida correctiva adoptada de conformidad con el artículo 4 consiste claramente en eliminar una medida en su totalidad, incluidos sus efectos. Se trata de un efecto claramente distinto del efecto práctico de las disciplinas de los artículos 5 y 7 que prevén que pueda aplicarse una medida correctiva que garantice la eliminación del efecto para la parte reclamante pero abren la posibilidad de que se mantengan los efectos sobre otras partes.

efecto perjudicial de la medida ilegal que se mantiene contra él. Sin embargo, no *exige* que los efectos sobre el comercio sean el criterio efectivo que deba utilizarse para dilucidar si las contramedidas son de carácter apropiado. Tampoco puede interpretarse que las disposiciones pertinentes *limitan* la evaluación a este criterio. Los Miembros pueden adoptar contramedidas que no sean desproporcionadas en función de la gravedad del acto ilícito inicial y del objetivo de garantizar la retirada de una subvención a la exportación prohibida, con el fin de restablecer el equilibrio de derechos y obligaciones alterado por el acto ilícito.

5.42 Llegar a otra conclusión significaría erosionar efectivamente la distinción fundamental que establece el *Acuerdo SMC* entre las disposiciones referentes únicamente a medidas correctivas "orientadas por los efectos" y las previstas diferenciadamente de conformidad con el artículo 4. En virtud de las primeras disposiciones, está claro que la premisa es que el Miembro conserva el derecho a persistir en la concesión de ciertas subvenciones, ya que no están prohibidas *per se*. La obligación de ese Miembro es la de atenuar sus *efectos* demostrados sobre el comercio. En consecuencia, las medidas correctivas a que tiene derecho un Miembro afectado se limitan a contrarrestar esos efectos. En tal situación, se produce un "reequilibrio" efectivo, pero éste reequilibrio se reduce al nivel de los efectos recíprocos reales sobre el comercio. En ese caso, el carácter jurídico de la medida original no resulta afectado en sí mismo.

5.43 Ello contrasta con la situación de las subvenciones a la exportación prohibidas. Insistir en una medida correctiva limitada a esos efectos equivaldría exactamente a optar por un "reequilibrio" en ese nivel, lo que significaría no tener expresamente en cuenta la obligación de retirar la medida original ni procurar reestablecer el equilibrio de derechos y obligaciones que alteró el acto ilícito original. Equivaldría a eliminar efectivamente la distinción fundamental entre las disposiciones pertinentes y socavar el motivo racional de esa distinción. En nuestra opinión, las notas 9 y 10, en su parte final, nos obligan expresamente a tener en cuenta y a atribuir la debida importancia a esa distinción en nuestra determinación acerca de si las contramedidas son "apropiadas".

2. El párrafo 10 del artículo 4 y el párrafo 4 del artículo 22 del ESD

5.44 Aunque las disposiciones mencionadas nos parezcan el contexto más directo y relevante, examinaremos también si hay alguna disposición que, teniendo en cuenta el párrafo 4 del artículo 22 del *ESD*, nos lleve de algún modo a modificar nuestra interpretación. Obramos así, en particular, teniendo presente el hecho de que los Estados Unidos consideran que el *ESD* tiene trascendencia sobre el asunto del papel de los efectos sobre el comercio de conformidad con el párrafo 10 del artículo 4.

5.45 Recordamos que el párrafo 4 del artículo 22 del *ESD* establece lo siguiente:

"El nivel de la suspensión de concesiones u otras obligaciones autorizado por el OSD será equivalente al nivel de la anulación o menoscabo."

5.46 Los redactores establecieron expresamente un criterio cuantitativo para determinar el nivel de la suspensión de concesiones u otras obligaciones que puede ser autorizado. Este hecho se refleja de forma similar en el párrafo 7 del artículo 22, que define el mandato de los árbitros en los procedimientos de ese tipo del siguiente modo:

"El árbitro que actúe en cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo 6 ... determinará si el nivel de esa suspensión es equivalente al nivel de la anulación o el menoscabo" (omitidas las notas a pie de página)

5.47 Como ya hemos observado en nuestro análisis anterior del texto del párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*, no existe en esa disposición, en cambio, ninguna indicación semejante de un criterio cuantitativo explícito. Debe recordarse aquí que los párrafos 10 y 11 del artículo 4 del

Acuerdo SMC son "normas especiales o adicionales" de conformidad con el Apéndice 2 del *ESD*, y que de conformidad con el párrafo 2 del artículo 1 del *ESD* es posible que estas normas o procedimientos prevalezcan sobre los del *ESD*. No cabe hacer ninguna presunción, por consiguiente, de que los redactores pretendían hacer necesariamente coextensivo el criterio del párrafo 10 del artículo 4 con el del párrafo 4 del artículo 22, de forma que la noción de "contramedidas apropiadas" del párrafo 10 del artículo 4 se limitara a unas contramedidas por una cuantía "equivalente al nivel de la anulación o menoscabo" sufrido por el Miembro reclamante. Al contrario, en los párrafos 10 y 11 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* se utiliza un lenguaje distinto y ha de darse significado a esa divergencia.

5.48 En efecto, si se lee el texto del párrafo 10 del artículo 4 en su contexto, cabe observar razonablemente que si los redactores hubieran tenido el propósito de que la disposición se interpretara en ese sentido sin duda hubieran podido dejarlo claro. En efecto, en las demás disposiciones pertinentes tanto del *Acuerdo SMC* como del *ESD* se utilizan términos distintos para establecer precisamente el criterio descrito por los Estados Unidos de forma tan extensa. Sin embargo, los redactores eligieron para esta disposición del *Acuerdo SMC* unos términos distintos de los que se encuentran en el párrafo 2 del artículo 22 del *ESD*. No sería compatible con una traducción efectiva del tratado borrar sencillamente esas diferencias de terminología.

5.49 Por consiguiente, no encontramos ningún fundamento en el propio texto o en el contexto del párrafo 6 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* para concluir que pueda o deba ser leído como si equivaliera a una disposición "orientada por los efectos sobre el comercio" en la que ha de eliminarse el texto expresamente alternativo para adaptarlo a los términos diferentes que se encuentran en el párrafo 2 del artículo 22 del *ESD*.

5.50 Añadiremos sencillamente que, aunque consideremos que ha de darse un significado adecuado a la diferencia precisa de lenguaje, no debe irse más allá de eso. Nuestra interpretación del párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*, que incorpora una norma distinta de la del párrafo 4 del artículo 22 del *ESD*, no hace que éste sea en otros sentidos inaplicable o redundante.

C. OBJETO Y FIN

5.51 Nuestra forma de entender los términos del párrafo 10 del artículo 4, incluida la nota 9, que se basa en un análisis de los términos pertinentes tomados en su contexto, en nuestra opinión es también compatible con el objeto y fin del *Acuerdo SMC*, en lo que respecta a dicho párrafo 10 del artículo 4, y del *Acuerdo sobre la OMC*, en la medida en que se refieren a las medidas correctivas para la solución de diferencias.

5.52 En nuestra opinión, el objeto y fin del mandato del OSD de autorizar contramedidas de conformidad con el párrafo 10 del artículo 4 pueden deducirse, en primer lugar, del lenguaje mismo de dicho párrafo. El párrafo 10 del artículo 4 establece que el OSD autorizará al Miembro reclamante a adoptar contramedidas apropiadas en caso de incumplimiento de sus recomendaciones. En otras palabras, las contramedidas se adoptan contra el incumplimiento, y por eso su autorización por el OSD tiene por finalidad inducir o garantizar el cumplimiento de sus recomendaciones. En este contexto, de conformidad con el párrafo 7 del artículo 4, el OSD *sólo* puede recomendar que el Miembro que concede la subvención la retire sin demora. Por consiguiente, consideramos que el objeto del *Acuerdo SMC* con respecto al párrafo 10 del artículo 4, en particular, es garantizar el cumplimiento de la recomendación del OSD de que se retire la subvención sin demora.

5.53 Al permitir la imposición de contramedidas en caso de incumplimiento, el párrafo 10 del artículo 4 prevé un instrumento específico temporal que pueden utilizar los Miembros de la OMC en caso de que se plantee una diferencia sobre subvenciones prohibidas. Este instrumento contribuye al logro final de los objetivos de la solución de diferencias.

5.54 Observamos a este respecto que el párrafo 7 del artículo 3 del *ESD* establece también que "[d]e no llegarse a una solución de mutuo acuerdo, el primer objetivo del mecanismo de solución de diferencias, será en general conseguir la supresión de las medidas de que se trate" si se constata que éstas son incompatibles con las obligaciones de la OMC.

5.55 Observamos también que el párrafo 2 del artículo 3 del *ESD* establece que el sistema de solución de diferencias (del que este tipo de arbitraje forma parte integrante) es "un elemento esencial para aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio", y que "[l]os Miembros reconocen que este sistema sirve para preservar los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de los acuerdos abarcados".

5.56 En el caso de las subvenciones prohibidas, opinamos que es significativo el hecho de que un grupo especial que determine que una subvención está prohibida "sólo" pueda recomendar su retirada sin demora y que ha de dársele algún significado cuando se determine el carácter de "apropiadas" de las contramedidas propuestas. Además, en nuestra opinión los medios jurídicos prescritos para restablecer en último extremo el "equilibrio de derechos y obligaciones" de los Miembros con respecto a las subvenciones prohibidas están previstos expresamente en el párrafo 7 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*. Si se produce la situación de que se haya alterado el equilibrio de derechos y obligaciones mediante la concesión de una subvención prohibida, el grupo especial sólo podrá recomendar que el Miembro que concede la subvención la retire "sin demora" con el fin de restablecer el equilibrio.

5.57 En vista de lo antedicho, creemos que las contramedidas autorizadas por el párrafo 10 del artículo 4 contribuyen a la finalidad de inducir el cumplimiento de las recomendaciones del OSD, de forma compatible con el restablecimiento del equilibrio de derechos y obligaciones entre los Miembros. En nuestra opinión, los términos del párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*, incluida la nota 9, confirman que al evaluar el alcance de lo que pueden considerarse contramedidas "apropiadas" debemos tener presente el hecho de que la subvención en cuestión ha de ser retirada y de que la contramedida debe contribuir al logro del objetivo final de que se retire la subvención prohibida sin demora.

5.58 Por último, observamos que el término "contramedidas" ha adquirido un significado en el derecho internacional general⁶⁷, que se refleja en la labor de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) sobre la responsabilidad del Estado. Aunque el término "contramedidas" tenga un significado específico dentro del *Acuerdo SMC* por lo que respecta a su naturaleza y aplicación, constatamos que nuestra interpretación de los textos pertinentes parece ser compatible con el objeto y fin de las contramedidas según quedan reflejados en la labor de la CDI.

5.59 El artículo 49 del texto resultante de la labor de la CDI sobre la responsabilidad del Estado (del que ha tomado nota en una reciente resolución la Asamblea General de las Naciones Unidas) establece con respecto al objeto y límites de las contramedidas en el derecho internacional, entre otras cosas, lo siguiente:

"El Estado lesionado solamente podrá adoptar contramedidas contra el Estado que sea responsable de un hecho internacionalmente ilícito con el objeto de inducirlo a cumplir las obligaciones que le incumban a tenor de lo dispuesto en la segunda parte"⁶⁸.

⁶⁷ Véase, por ejemplo, el laudo arbitral *Naulilaa* (1928), U.N.R.I.A.A., Volumen II, página 1028 y el arbitraje sobre *Servicios Aéreos*, *op. cit.*

⁶⁸ Resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, A/RES/56/83, Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, aprobada el 12 de diciembre de 2001. Observamos que la labor de la CDI se basó en la práctica pertinente de los Estados así como en las decisiones

5.60 Observamos que el párrafo 1 del artículo 49 del texto de la CDI no determina, *per se*, la cuantía de las contramedidas que pueden ser autorizadas. Más bien define el único objeto y fin por los que pueden imponerse contramedidas legítimamente: es decir, inducir al Estado que haya cometido un acto internacionalmente ilícito a que cumpla sus obligaciones.⁶⁹ En nuestra opinión, ello no es incompatible con la noción de la existencia de unas contramedidas dentro del sistema de solución de diferencias de la OMC si tales medidas se imponen como respuesta temporal ante la falta de cumplimiento. Tomamos nota a este respecto de la observación del Árbitro en el asunto *Comunidades Europeas - Banano*, en el contexto del párrafo 4 del artículo 22 del ESD, de que "ese carácter *temporal* indica que las contramedidas tienen por finalidad *inducir al cumplimiento*".⁷⁰

5.61 Así pues, tal y como interpretamos el párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*, un Miembro está autorizado a adoptar con contramedidas que tengan en cuenta adecuadamente la gravedad de la infracción y la naturaleza de la alteración del equilibrio de derechos y obligaciones en cuestión, lo que no puede reducirse a una prescripción que limite las contramedidas a los efectos sobre el comercio, por los motivos que antes hemos indicado.

5.62 Al mismo tiempo, el párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* no equivale a un cheque en blanco. Ninguna disposición del texto o de su contexto sugiere una autorización para adoptar medidas manifiestamente punitivas. Por el contrario, la nota 9 nos previene expresamente contra tal interpretación sin límites, al aclarar que no se puede entender que la expresión "apropiadas" permita contramedidas "desproporcionadas". Sin embargo, interpretar esta indicación como si reintrodujera efectivamente en la disposición un límite cuantitativo equivalente al que se encuentra en otras disposiciones del *Acuerdo SMC* o en el párrafo 4 del artículo 22 del ESD significaría hacer una lectura del texto que excluiría los términos específicos del párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*. En términos estrictos, las contramedidas que se adopten de conformidad con el párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* ni siquiera tienen que ser "proporcionadas" sino no ser "desproporcionadas". Los Miembros no sólo están autorizados a adoptar contramedidas destinadas expresamente a compensar el acto ilícito original y la alteración del equilibrio de derechos y obligaciones que ese acto ilícito supone, sino que, al evaluar el carácter de "apropiadas" de estas contramedidas en función de la gravedad de la infracción, ha de aceptarse un margen de apreciación, en función de la gravedad de esa infracción.

VI. EVALUACIÓN DE LAS CONTRAMEDIDAS PROPUESTAS POR LAS COMUNIDADES EUROPEAS

6.1 Como antes se ha indicado, las partes están de acuerdo en que, en términos cualitativos, el *tipo* de medidas previsto por las Comunidades Europeas en este caso es apropiado. Su desacuerdo se cifra en si es apropiada la *cuantía* de la contramedida, en términos cuantitativos.

6.2 Las Comunidades Europeas han pedido autorización para suspender concesiones por una cuantía de 4.043 millones de dólares. Como cuestión general, alegan que el párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* permite que las contramedidas tengan una cuantía tal que induzcan efectivamente al cumplimiento y que, sobre esa base, podían haber pedido unas contramedidas de cuantía mayor.

judiciales y los escritos doctrinales que son fuentes reconocidas del derecho internacional de conformidad con el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

⁶⁹ Véase J. Crawford, *op. cit.*, página 286. Este autor observa en particular que "las contramedidas se adoptan como una forma de inducción, no de castigo" (párrafo 7 de los comentarios dedicados al artículo 49).

⁷⁰ Decisión de los Árbitros, *Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos – Recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD* ("*Comunidades Europeas - Bananos III (Estados Unidos)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE)"), WT/DS27/ARB, de 9 de abril de 1999, párrafo 6.3.

Sin embargo, han explicado que la cuantía que efectivamente han pedido en este caso se basa en la cuantía gastada por los Estados Unidos en la concesión de la subvención.

6.3 Por consiguiente, consideraremos si unas contramedidas de esta cuantía pueden ser consideradas "apropiadas" según los términos del párrafo 10 del artículo 4, teniendo en cuenta el análisis que hemos hecho en la sección anterior.

6.4 Recordamos que estamos obligados a aplicar, en nuestro análisis, los términos de la nota 9 y que, a ese respecto, es preciso tener en cuenta su segunda parte. Por consiguiente, necesitamos considerar si las contramedidas propuestas por las Comunidades Europeas no son desproporcionadas "sobre la base de que las subvenciones a que se refieren las disposiciones del presente artículo están prohibidas".

6.5 Al abordar la cuestión, queremos subrayar primero exactamente cuál es nuestra responsabilidad al formular esta determinación. De conformidad con el párrafo 11 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* estamos obligados a dilucidar si las contramedidas propuestas por las Comunidades Europeas son "apropiadas". En esta evaluación nos guiaremos en particular por los términos de la nota 10, que nos obliga a considerar si estamos persuadidos de que las contramedidas de las Comunidades Europeas son "desproporcionadas" sobre la base de que las subvenciones de que se trata están prohibidas. Como antes hemos indicado, esto no es lo mismo exactamente que estar persuadidos de que son "proporcionadas". Si no estamos efectivamente persuadidos de que son desproporcionadas, concluiremos que las contramedidas propuestas por las Comunidades Europeas están dentro de los límites de lo que están autorizadas a aplicar de conformidad con el párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*.

6.6 Como antes se ha indicado, para evaluar si las contramedidas propuestas son "desproporcionadas" teniendo en cuenta el hecho de que las subvenciones a que hace referencia esta disposición están prohibidas, "nuestra perspectiva de las contramedidas está basada en, y matizada por, la consideración de la naturaleza y la condición jurídica de la medida particular en cuestión, respecto de la cual se aplican las contramedidas".⁷¹ Como hemos subrayado en el párrafo 5.61 *supra*, consideramos que las Comunidades Europeas están autorizadas a actuar adoptando contramedidas que tengan en cuenta adecuadamente la gravedad de la infracción y la naturaleza de la alteración del equilibrio de derechos y obligaciones en cuestión. En el presente caso, consideraremos a continuación lo que ello trae consigo.

6.7 En lo que respecta al asunto del equilibrio de derechos y obligaciones entre los Miembros que se está alterando a causa de la concesión de la subvención, las Comunidades Europeas tenían el "derecho" a esperar que no se aplicarían subvenciones a la exportación en favor de las mercancías abarcadas por el *Acuerdo SMC*. Los Estados Unidos, por su parte, tenían la correspondiente obligación de abstenerse de aplicar tales subvenciones a la exportación. La persistencia de los Estados Unidos en este quebrantamiento de sus obligaciones altera el "equilibrio de derechos y obligaciones" a que nos hemos referido en la sección anterior del presente informe.

6.8 En lo que respecta a la cuestión de que hay un interlocutor comercial afectado, el asunto, en términos jurídicos, no es problemático en función de un factor distinto, por ejemplo, los efectos reales de la medida en cuestión. Es problemático porque adopta la forma de una alteración del equilibrio recíproco de derechos y obligaciones de la que la medida en sí misma es razón e instrumento y, en el presente caso, el carácter intrínseco de la medida, como acto ilícito, hace que los Estados Unidos incurran en costos por la concesión y mantenimiento de la subvención a la exportación. Una vez que la medida es operativa, sus efectos reales no se pueden separar de la incertidumbre que genera inherentemente la simple existencia de tal subvención a la exportación.

⁷¹ Véase *supra*, párrafo 5.22.

Por su misma naturaleza, la medida es inherentemente desestabilizadora. Su carácter esencial es éste y se refleja en el hecho de que la medida está prohibida *per se*. En el presente caso, además, la subvención en cuestión, el programa EVE/IET, es una medida de aplicación extensiva que, de hecho, está potencialmente abierta a una gama muy amplia de productos de exportación. No tiene ninguna semejanza con una medida para productos o incluso para sectores específicos que suponga, por ejemplo, una tasa específica o un volumen concreto de fondos. Se trata de una subvención a la exportación muy compleja y difundida que se concede a multitud de empresas.

6.9 El programa EVE/IET tiene un carácter muy amplio y puede accederse a él sistemáticamente, lo que como mínimo no puede sino intensificar el grado en que, en el presente caso, la medida de que se trata genera una incertidumbre sistemática y una inestabilidad de las expectativas sobre las condiciones del comercio, en contradicción con la seguridad y estabilidad de tales condiciones que se basa en el entendimiento, plasmado en una obligación expresa, de que las subvenciones a la exportación están prohibidas. Consideramos que este asunto es relevante para responder a la cuestión de la "gravedad" del acto ilícito inicial. Por supuesto, las Comunidades Europeas no pueden por sí solas contrarrestar la subvención a la exportación en su fuente, es decir, proceder a su eliminación. Pero en lo que respecta al equilibrio de derechos y obligaciones entre los Miembros, están autorizadas a "contrarrestar" la alteración de ese equilibrio por medio de contramedidas.⁷²

6.10 En el presente caso, el elemento cuantitativo de la infracción es, de hecho, que los Estados Unidos han gastado aproximadamente 4 millones de dólares infringiendo sus obligaciones.⁷³ En nuestra opinión, es como si cada dólar significara el mismo quebrantamiento de las obligaciones de los Estados Unidos que cualquier otro. Algunos dólares no se empequeñecen ni quedan aislados por una "cuarentena" efectiva de su condición jurídica de quebrantamiento de una obligación en virtud de otros criterios (por ejemplo, los efectos sobre el comercio). Por decirlo de otro modo, el quebrantamiento de sus obligaciones por los Estados Unidos no queda objetivamente vacío de contenido porque algunos de los productos que se benefician de la subvención sean, por ejemplo, exportados a otro interlocutor comercial. Se trata de una obligación *erga omnes* que se contrae en su totalidad con todos y cada uno de los Miembros. No puede considerarse que sea "prorratable" entre los Miembros. En caso contrario, sólo existiría una obligación parcial con todos y cada uno de los Miembros, lo que manifiestamente es incompatible con el carácter de una obligación *erga omnes per se*. Así pues, los Estados Unidos han quebrantado su obligación con las Comunidades Europeas por todo el dinero que han gastado, porque el gasto infractor, es decir, los costos en que se haya incurrido, constituye la esencia misma del acto ilícito.⁷⁴

6.11 Así pues, hablando en términos jurídicos y en lo que respecta al restablecimiento del equilibrio de derechos y obligaciones, se ha tratado de una consideración importante en nuestra evaluación de las contramedidas propuestas por las Comunidades Europeas. A este respecto, recordamos nuestra conclusión anterior de que las contramedidas que se adopten de conformidad con el párrafo 10 del artículo 4 pueden ser adaptadas al acto ilícito inicial que deben contrarrestar. En el presente caso, las Comunidades Europeas han propuesto adoptar contramedidas que adaptan exactamente la respuesta a la cuantía de este acto ilícito inicial. A la vista de la interpretación que

⁷² Por supuesto, el equilibrio de derechos y obligaciones entre los Miembros sólo se restablecerá adecuadamente en último extremo si se cumplen plenamente las recomendaciones del OSD, es decir, en el presente caso, se procede a la retirada de la subvención ilegal. Las contramedidas se limitan a ofrecer una compensación *temporal* e imperfecta frente a la persistente infracción, que de ningún modo aminoran la necesidad de cumplir las recomendaciones del OSD o la sustituyen.

⁷³ Para un análisis detallado del valor de la subvención, véase el anexo A *infra*.

⁷⁴ Uno de los Árbitros desea subrayar que no se debe interpretar que este párrafo y el siguiente signifiquen que la cuantía total de la subvención sea un criterio aplicable de forma universal y general en todo momento, sin tener en cuenta las circunstancias particulares de cada caso individual.

hemos hecho en la sección anterior de los términos del párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*, consideramos que este planteamiento, que pretende oponerse al acto ilícito en sí mismo, es decir, al quebrantamiento de la obligación, es permisible en principio. En efecto, en nuestra opinión es totalmente compatible con la esencia de la noción de contramedidas puesto que pretende responder exactamente a la infracción cuya persistencia es origen de la autorización para adoptar contramedidas.

6.12 Pasamos pues a considerar las contramedidas propuestas en relación con el acto ilícito inicial que deben contrarrestar, es decir, la subvención prohibida.

A. LAS CONTRAMEDIDAS PROPUESTAS EN RELACIÓN CON LA SUBVENCIÓN PROHIBIDA

6.13 Para proceder al análisis de las contramedidas propuestas en relación con el acto ilícito que deben contrarrestar, tenemos que definir primero los elementos de ese acto ilícito. Nos parece que los factores pertinentes que se pueden utilizar cuando se trata de definir la subvención prohibida en sí misma no se pueden definir artificialmente. Deben deducirse del propio *Acuerdo SMC* y estar enraizados en éste. Recordamos a este respecto la orientación que contiene en particular la nota 9, que nos obliga a tomar en consideración que la subvención subyacente está prohibida de conformidad con la Parte II del *Acuerdo SMC*.

6.14 Examinamos primero lo que consideramos fundamental para tratar de caracterizar la medida *qua* medida, a saber, la "contribución financiera", dado que se trata de un elemento fundamental de la definición de subvención según los términos del artículo 1 del *Acuerdo SMC*.

6.15 Observamos primero, a este respecto, que no cabe duda de que la cuantía de las contramedidas propuestas trasluce una relación manifiesta de proporcionalidad, tal y como entendemos este término⁷⁵, con la cuantía de la subvención a la exportación concedida. En el presente caso, las partes efectivamente no tienen ningún desacuerdo fundamental sobre el valor real de la subvención a la exportación respecto de la cual se ha constatado que los Estados Unidos han incurrido en una persistente violación.⁷⁶ Su desacuerdo deriva sólo de la cuestión de si la cuantía de las contramedidas es "apropiada" según los términos del párrafo 10 del artículo 4.

6.16 Como antes se indicó, el elemento cuantitativo de la infracción en el presente caso, es, de hecho, que los Estados Unidos han gastado aproximadamente 4.000 millones de dólares en infracción de sus obligaciones.⁷⁷ Las Comunidades Europeas, por su parte, piden autorización para adoptar contramedidas por una cuantía de 4.043 millones de dólares.

6.17 Los valores en cuestión no son desproporcionados. En términos puramente numéricos, su correspondencia de hecho es prácticamente total.⁷⁸

6.18 Pero no se trata sólo de una cuestión de simple proporcionalidad aritmética en abstracto. Las contramedidas propuestas muestran que hay un elemento de proporcionalidad subyacente de carácter más "estructural" que permite establecer una relación jurídicamente trascendente entre la medida y las contramedidas. En primer lugar, la concesión de una subvención lleva consigo una contribución financiera, es decir, un gasto en que incurre el Gobierno. La "medida" en cuestión, *stricto sensu*, es ésta, pues es el acto ilícito del Estado responsable. En el presente caso, el Gobierno de los Estados Unidos otorgó a sus exportadores en el año 2000 una suma aproximada de 4.000 millones de dólares

⁷⁵ Véase *supra*, el párrafo 5.18.

⁷⁶ Para un análisis detallado de los cálculos de la cuantía de la subvención, véase el anexo A *infra*.

⁷⁷ Para un análisis detallado del valor de la subvención, véase el anexo A *infra*.

⁷⁸ Véase el documento WT/DS46/ARB, párrafo 3.60.

de una forma que se ha constatado que es incompatible con el *Acuerdo SMC*. Esta suma representa el gasto asumido por el Gobierno de los Estados Unidos al aprobar la medida, consistente en el programa EVE/IET. Como acto ilícito, es decir, como quebrantamiento de una obligación frente a las Comunidades Europeas en el presente caso, es el acto fundamental del Gobierno.

6.19 Así pues, siguiendo nuestro razonamiento anterior, esta es la perspectiva básica desde la que tenemos que considerar el carácter "apropiado" de las contramedidas en cuestión. Los Estados Unidos han incurrido efectivamente en unos gastos que pueden valorarse como próximos a 4.000 millones de dólares en el año 2000, actuando el Gobierno en quebrantamiento de las obligaciones dimanantes del *Acuerdo SMC*. En el presente caso, las Comunidades Europeas evidentemente no pueden cegar de forma directa, en la fuente, ese gasto. En nuestra opinión, las Comunidades Europeas proponen como respuesta la suspensión de una obligación contraída con los Estados Unidos equivalente en términos numéricos. De no ser por las contramedidas, los Estados Unidos seguirían disfrutando de sus derechos, lo mismo que las Comunidades Europeas seguirían disfrutando sus derechos de no existir el gasto de los Estados Unidos. Nos parece que es una forma correcta de juzgar la congruencia de la contramedida con la medida en cuestión, es decir, examinarla como categoría jurídica: por una parte, un gasto de un Gobierno, de un valor determinado, que constituye una alteración del equilibrio de derechos y obligaciones; y por consiguiente, de otra parte, un derecho congruente que impone el Gobierno que responde mediante la retirada de una obligación gemela.

6.20 Evidentemente hemos atribuido una importancia fundamental al papel de la contribución financiera pues se trata del acto en función del cual debemos evaluar las contramedidas. Queda reflejado así el hecho de que se trata del elemento que refleja con más exactitud el acto del propio Miembro, un acto sobre el que ejerce directo control.⁷⁹

6.21 Por supuesto, el segundo elemento fundamental de toda subvención, según la definición del artículo 1 del *Acuerdo SMC*, es el beneficio para el receptor. En el presente caso, el programa EVE/IET otorga manifiestamente un beneficio. El beneficio se otorga a empresas estadounidenses. En términos amplísimos, habría que considerar que la contramedida de las Comunidades Europeas tiene por finalidad privar a esas empresas de una ventaja en el acceso al mercado de las Comunidades Europeas de que disfrutarían en caso contrario. No cabe duda de que el carácter de la respuesta de las Comunidades Europeas, además de ser un acto que responde a un quebrantamiento cuantificable de una obligación con un quebrantamiento congruente, tiene la consecuencia también de obrar así a través de las empresas estadounidenses. Es un hecho que las empresas estadounidenses se están beneficiando de la subvención prohibida. En esa medida, se respeta una clara proporcionalidad básica. En el presente caso, los poderes de las Comunidades Europeas se limitan a su propia jurisdicción. Una forma de contrarrestar el beneficio absoluto recibido por las empresas es imponer un gasto absoluto equivalente. Sin duda, los efectos generales variarán, lo mismo que el impacto sobre las empresas. No habrá una equivalencia pura en términos de impacto económico. Pero, teniendo en cuenta los límites reales de la actuación estatal y que se trata de un régimen tan generalizado como el programa EVE/IET, el principio que efectivamente se está aplicando aquí es el de imponer a las empresas del Miembro afectado unos gastos equivalentes por lo menos a aquellos en los que incurrió inicialmente el Tesoro del Miembro afectado cuando les otorgó beneficios. En ese sentido, existe una correlación cierta entre los beneficios concedidos inicialmente a las empresas estadounidenses y la respuesta propuesta por las Comunidades Europeas.

6.22 Sin duda es cierto que las contramedidas propuestas por las Comunidades Europeas no equivalen en sentido literal (ni se ha pretendido que así sea) a un contrapeso exacto de los beneficios otorgados a los receptores de la subvención EVE/IET. En nuestra opinión, eso no constituye un

⁷⁹ No siempre tiene ese control directo sobre los efectos de la medida, dándose por supuesto, claro está, que, en términos de responsabilidad, ésta abarca no sólo el acto sino también las consecuencias.

problema fundamental en el presente caso. Resulta casi inevitable que en muchas situaciones sea imposible en la práctica diseñar una contramedida de forma que contrarreste exactamente los beneficios conferidos, ni tampoco, en nuestra opinión, existe la obligación de hacerlo, precisamente porque los términos en que se justifican las contramedidas han de ser considerados fundamentalmente, por los motivos que hemos expuesto, desde la perspectiva de que contrarrestan la infracción jurídica que supone el acto ilícito. Sea como fuere, en el caso de un programa como el que nos ocupa, que se aplica a empresas de una considerable gama de industrias y productos, resulta claramente imposible que un Gobierno extranjero contrarreste exactamente los beneficios concretos de cada empresa concreta. La labor de cálculo sola sería casi imposible, por no hablar de adaptar la respuesta a cada empresa particular.

6.23 En el presente caso, las Comunidades Europeas han basado la cuantía de las contramedidas propuesta en el valor directo de la subvención, en lugar de hacerlo directamente en los beneficios que ésta confiere.⁸⁰ Tampoco los Estados Unidos han querido oponerse por esta causa al nivel de las contramedidas. Teniendo todo esto en cuenta, por nuestra parte hemos constatado, sin duda, que no hay motivo para considerar que, aún admitiendo que la cuestión sea relevante, sea motivo para alejarnos de nuestra decisión de que no es desproporcionado que se autorice que el nivel de las contramedidas derivadas del acto ilícito se mida en función del gasto del Gobierno.

6.24 Así pues, en nuestra opinión y en vista de estas consideraciones, las contramedidas propuestas no son desproporcionadas con el acto ilícito inicial contra el que se pretende responder.

6.25 Nuestro análisis anterior y el hecho de que hayamos concluido que las contramedidas propuestas en el presente caso no son desproporcionadas con el acto ilícito inicial (el mantenimiento por los Estados Unidos de la subvención a la exportación ilícita en quebrantamiento de sus obligaciones en virtud del artículo 3 del *Acuerdo SMC*) bastarían por sí mismos, en nuestra opinión, para permitirnos considerar que, en las circunstancias del presente caso, la cuantía propuesta de las contramedidas es "apropiada" según los términos del párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*. Recordamos a este respecto la conclusión a que llegábamos en la sección V *supra* con respecto a la autorización para adoptar contramedidas destinadas expresamente a restablecer el equilibrio de derechos y obligaciones alterado por el acto ilícito original, y teniendo en cuenta su gravedad. En el presente caso, el planteamiento seguido por las Comunidades Europeas ha sido éste y constatamos que es compatible con los términos del párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*.⁸¹

⁸⁰ Las Comunidades Europeas hicieron referencia en el curso de las actuaciones del procedimiento a la noción de los beneficios que obtienen los Estados Unidos del programa, en el contexto de una propuesta de planteamientos metodológicos alternativos para calcular la cuantía de las "contramedidas apropiadas", pero sugirieron que "como los beneficios que los Estados Unidos obtienen del programa EVE/IET son superiores al valor de la subvención, se puede considerar que la imposición de unas contramedidas equivalentes al valor de la subvención es una estimación modesta y conservadora de lo que es necesario para inducir el cumplimiento" (primera comunicación, párrafo 69). También alegaron que habían propuesto "contramedidas basándose en el beneficio otorgado por el programa EVE/IET a los exportadores estadounidenses, y proporcionales con éste" (segunda comunicación, párrafo 55). Sin embargo, las Comunidades Europeas no han querido cuantificar directamente estos beneficios para demostrar la existencia de una correspondencia exacta entre ellos y la cuantía que proponen en el presente caso. Se limitan a alegar que estos beneficios serían superiores a la cuantía de la subvención.

⁸¹ Queremos señalar únicamente que nuestra decisión, en cualquier caso, es simplemente que las contramedidas propuestas por las Comunidades Europeas no son desproporcionadas, basándonos en nuestro razonamiento y en los hechos del caso. Al formular esta determinación no hemos establecido necesariamente que esta cuantía de las contramedidas es *el* límite definitivo. No hemos hecho, y no hacemos, ningún juicio sobre este asunto. La única cuestión que se nos ha sometido es si la cuantía propuesta por las Comunidades Europeas no es desproporcionada.

6.26 Es éste un lugar adecuado para señalar que hay un asunto, que responde a las circunstancias particulares del presente caso y que tiene importancia para su conclusión, que no se ha abordado expresamente hasta el momento.

6.27 En las circunstancias del presente caso, las Comunidades Europeas son el único demandante que pretende adoptar contramedidas en relación con esta medida infractora concreta. En nuestra opinión, es una consideración pertinente a nuestro análisis. Sin duda, si hubiera habido muchos demandantes que pretendieran, cada uno, adoptar contramedidas por una cuantía igual al valor de la subvención, esta consideración se hubiera tenido en cuenta al evaluar si se podría considerar que las contramedidas no eran "apropiadas" dadas las circunstancias. Sin embargo, la situación que tenemos ante nosotros no es ésta.

6.28 De una forma puramente abstracta, puede interpretarse que el razonamiento que hemos seguido anteriormente es aplicable de forma inherente a los demás Miembros lo mismo que al reclamante en el presente caso, a saber, las Comunidades Europeas.⁸² Señalaremos únicamente, a este respecto, que en el presente caso no se nos ha sometido una reclamación múltiple sino la reclamación de un Miembro. Así pues, no estábamos obligados a considerar si debería desglosarse la autorización para adoptar contramedidas sobre la base de nuestro razonamiento anterior entre más de un reclamante, o cómo. Así pues, en la medida en que hubiera habido un problema de desglose, no era necesario que lo consideráramos, y no lo hicimos, como elemento que pudiera "disminuir" de otro modo la autorización concedida a las Comunidades Europeas para adoptar contramedidas en este caso concreto.

6.29 Como cabe esperar, nuestra esperanza es que esta determinación tenga el efecto práctico de facilitar el pronto cumplimiento por los Estados Unidos. En la hipótesis de que hubiera en el futuro otro reclamante, sólo podemos observar que ello daría origen inevitablemente a una situación diferente a evaluar. Cabe pensar que, en la medida en que se alegara que la base de las contramedidas era pura y simplemente contrarrestar la medida inicial (y no, por ejemplo, los efectos sobre el comercio del Miembro afectado) se plantearía la cuestión del desglose (aunque debería prestarse la debida atención a la observación hecha en la nota 84 anterior). Tomamos nota, en este punto, de la declaración de las Comunidades Europeas:

"... es muy posible que las Comunidades Europeas se sintieran muy contentas de compartir con otro Miembro la labor de aplicar contramedidas a los Estados Unidos y que aceptara voluntariamente suprimir algunas de las contramedidas con el fin de abrir un margen mayor para que se autorice a otro Miembro de la OMC a obrar del mismo modo. Este sería otro hecho que los futuros árbitros podrían tener en cuenta".⁸³

6.30 Ha de subrayarse, sin embargo, que no existe ningún automatismo mecánico para ello. La esencia de la evaluación es que se trata de juzgar qué es apropiado en el presente caso. Es muy posible que si la cuestión esencial en juego fuera, por ejemplo, los efectos sobre el comercio bilateral, hubiera que tener en cuenta otros factores por derecho propio.

6.31 Llegados a este punto de nuestro análisis disponemos ya, en nuestra opinión, de elementos suficientes para permitirnos constatar que las contramedidas propuestas pueden considerarse

⁸² Uno de los Árbitros desea subrayar que, en circunstancias diferentes y en un caso concreto, esta única consideración no puede conducir automáticamente a la conclusión de que las contramedidas son "apropiadas" según los términos del párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*.

⁸³ Respuesta de las Comunidades Europeas a la pregunta 42 del Árbitro, párrafo 116.

"apropiadas" según los términos del párrafo 10 del artículo 4, sobre la base de su relación con la medida infractora inicial.

6.32 Al obrar de este modo, somos conscientes de que no hemos considerado expresamente la alegación de que el asunto debe decidirse por medio de una referencia a los efectos perjudiciales de la subvención sobre el comercio de las Comunidades Europeas. Recordamos, además, que los Estados Unidos han alegado que la base para evaluar el carácter "apropiado" de las contramedidas debía ser precisamente la de esos efectos perjudiciales para el comercio (o "impacto sobre el comercio"). Abordamos esta cuestión con más detalle a continuación.

B. LOS EFECTOS DE LA SUBVENCIÓN SOBRE EL COMERCIO DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

6.33 Como se ha señalado en la sección anterior, no hemos interpretado que el párrafo 10 del artículo 4 impida que un Miembro adopte contramedidas diseñadas expresamente para contrarrestar los efectos perjudiciales que haya sufrido a resultas de la medida ilegal. Por consiguiente, no excluimos *a priori* que puedan entrar en consideración en un caso particular los efectos de la medida sobre el comercio del Miembro afectado como factor relevante para determinar la cuantía "apropiada" de las contramedidas según los términos del párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*. En efecto, como hemos observado anteriormente, la expresión "contramedidas apropiadas", en nuestra opinión, autoriza al Miembro demandante a adoptar contramedidas que contrarresten al menos el efecto perjudicial de la persistencia en la medida ilegal.⁸⁴

6.34 Sin embargo, también hemos determinado que el párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* no *exige* que los efectos sobre el comercio sean el criterio efectivo en función del cual deba dilucidarse el carácter "apropiado" de las contramedidas. Tampoco puede interpretarse que la disposición pertinente *limita* la evaluación a ese criterio.

6.35 No obstante, teniendo presente nuestra opinión de que los efectos sobre el comercio no han de ser excluidos *a priori* como relevantes en un caso particular, consideramos que merece la pena examinar si, *aun en caso de que* se abordara el asunto de los efectos sobre el comercio en el presente caso, habría algún motivo para llegar a una conclusión diferente. En el presente caso, de hecho, no encontramos ningún motivo para llegar a una conclusión diferente después de examinar los argumentos presentados por los Estados Unidos con respecto a los efectos sobre el comercio de las Comunidades Europeas del programa EVE/IET.

6.36 Recordamos a este respecto que los Estados Unidos plantearon esencialmente dos líneas argumentales con respecto a la evaluación de los efectos del programa EVE/IET sobre el comercio de las Comunidades Europeas. En primer lugar, los Estados Unidos sugirieron principalmente que, en el presente caso, debía considerarse que el valor nominal de la subvención era una "aproximación" al impacto de la medida sobre el comercio y que a continuación esa suma debía ser prorrateada en función de la parte correspondiente a las Comunidades Europeas en el comercio mundial, para llegar a una aproximación al efecto de la subvención sobre el comercio de las Comunidades Europeas. En segundo lugar, previendo la posibilidad de que decidiéramos, no obstante, examinar los datos económicos referentes a los efectos comerciales de la medida, los Estados Unidos presentaron una

⁸⁴ Véase el párrafo 5.41 *supra*. Por ejemplo, cabe imaginar que algunos efectos perjudiciales para un Miembro sean manifiestamente mayores que la cuantía de la subvención que se otorga. En tales casos, será difícil interpretar que el Acuerdo impide a un Miembro adoptar contramedidas para responder a esa situación tomando precisamente como base los efectos perjudiciales sobre el comercio de ese Miembro, en especial si se tiene en cuenta que, en caso contrario, ello significaría que sólo podría recurrir a unas contramedidas que serían *menos* efectivas que las que el artículo 5 del *Acuerdo SMC* ponen a disposición de los Miembros (o ya puestos, a las medidas compensatorias del Acuerdo, si se cumplen las demás condiciones para su aplicación). Por supuesto, esta no es la situación en que nos encontramos en el presente caso. Las Comunidades Europeas no están pidiendo autorización para adoptar contramedidas superiores al valor nominal de la subvención.

gama de posibles estimaciones del impacto comercial de esta medida usando metodologías distintas del planteamiento por "aproximación". Los Estados Unidos alegaron en primera instancia, no obstante, que no se debían utilizar estas metodologías para estimar los efectos comerciales de la medida en el presente caso, debido a su poca fiabilidad y la gama excesivamente amplia de resultados de los cálculos. Consideraremos estos dos argumentos uno después de otro.

6.37 Si consideramos primero el planteamiento por "aproximación" propuesto, en virtud del mismo, si se utiliza como punto de partida la cifra de 4.125 millones de dólares⁸⁵ sugerida por los Estados Unidos, que representaría el valor de la subvención, y reteniendo el 26,8 por ciento de esa cifra como porcentaje de los efectos sobre el comercio mundial de la subvención correspondiente a las Comunidades Europeas, según lo propuesto por los Estados Unidos⁸⁶, la cuantía apropiada de las contramedidas se situaría en torno a 1.100 millones de dólares.⁸⁷

6.38 Hemos señalado ya que no vemos nada en el texto que obligue a analizar los efectos sobre el comercio, y que no puede interpretarse que se limite a ello. Además, ninguna disposición del texto establece expresamente *cómo* han de estimarse los efectos sobre el comercio en un caso de contramedidas adoptadas en respuesta a unas subvenciones a la exportación. El planteamiento por "aproximación" propuesto por los Estados Unidos, sin embargo, no parece tener ningún apoyo sólido en las disposiciones en cuestión o en los hechos del caso.

6.39 Para empezar, el planteamiento por aproximación propuesto por los Estados Unidos no se basa en ningún razonamiento económico particular. Presupone sencillamente una correspondencia uno a uno entre cada dólar de subvención y cada dólar de impacto sobre el comercio. Esto es manifiestamente arbitrario. Incluso se podría alegar que es un concepto fundamentalmente contradictorio en sí mismo: si 1 dólar de subvención condujera siempre y en todo lugar a 1 dólar de efectos sobre el comercio se podría determinar claramente de antemano cuáles serían esos efectos sobre el comercio. Sin embargo, el concepto mismo de *efecto* sobre el comercio consiste precisamente en evaluar qué ha sucedido en el mundo real como *efecto* diferenciado de cada dólar gastado. En nuestra opinión, si ya se ha determinado que el efecto *es* igual al gasto real, quedaría excluido de hecho determinarlo. Ello haría redundante o carente de significado todo el concepto de "efecto". De acuerdo con este planteamiento, nunca se necesitaría tal evaluación: la conclusión estaría predeterminada, una vez que se supiera la cuantía del gasto del Gobierno.

6.40 En efecto, el planteamiento propuesto por los Estados Unidos es difícilmente conciliable con una lectura coherente del Acuerdo. Cuando los efectos comerciales se abordan expresamente en el *Acuerdo SMC* en disposiciones distintas del artículo 4, los criterios de evaluación no son en absoluto arbitrarios o artificiales de este modo. Ello es evidente en las disposiciones del *Acuerdo SMC* en las que tiene trascendencia una demostración de los efectos sobre el comercio y en las disposiciones referentes a esas evaluaciones (por ejemplo, las relativas al daño a la rama de producción nacional o el perjuicio grave -artículo 6, referente a las subvenciones recurribles- y la aplicación de derechos compensatorios -parte V-). En tales casos, los conceptos pertinentes (como subvaloración, contención o reducción de los precios, etc.) están manifiestamente destinados a determinar de forma objetiva ciertos efectos. En esas disposiciones no se hace la más mínima sugerencia de que se pueda dilucidar la cuestión por medio de una "aproximación" arbitraria tal como la propuesta por los Estados Unidos en el presente caso.

⁸⁵ Cuantía de la subvención en el año 2000 calculada por los Estados Unidos, incluidos los ajustes pertinentes.

⁸⁶ Véase la primera comunicación de los Estados Unidos, párrafo 69.

⁸⁷ Véase la segunda comunicación de los Estados Unidos, párrafo 4.

6.41 Además, si la cuestión consistiera simplemente en determinar el gasto, quedaría totalmente eliminada la necesidad de aplicar esos conceptos tan precisos al evaluar los efectos. Teniendo esto en cuenta, es poco coherente considerar que, tratándose de las prescripciones manifiestamente más estrictas que afectan a las subvenciones a la exportación, deba aceptarse la presunción de una metodología implícita que es *menos* probable que establezca una relación objetiva con los hechos del caso.

6.42 Tampoco nos han convencido los Estados Unidos del motivo por el que esta predeterminación particular sería inherentemente más plausible que otras. El Árbitro del caso *Brasil - Aeronaves* sugiere que, de hecho, una presunción más probable sería en cualquier caso que la relación entre gasto y efecto es de multiplicación, y no estática.⁸⁸ No adoptamos ninguna postura sobre este punto en el presente caso. Observamos, no obstante, que el planteamiento de los Estados Unidos equivale de hecho a atribuir valores implícitos a unas variables económicas respecto de las cuales los propios Estados Unidos han alegado, refiriéndose a los modelos económicos, que eran demasiado inciertas para ser utilizadas.⁸⁹ No tenemos nada claro por qué estos valores implícitos habrían de ser inherentemente más plausibles que cualquiera de los que se podrían asignar para crear modelos económicos que ofrezcan al menos unas estimaciones analíticas, más que una presunción no razonada. En nuestra opinión, ello pone de manifiesto el carácter inherentemente arbitrario del planteamiento propuesto por los Estados Unidos.

6.43 A continuación examinamos las metodologías alternativas presentadas por las partes para estimar los efectos de la medida sobre el comercio de las Comunidades Europeas. Estas metodologías eran de carácter similar. No obstante, las estimaciones obtenidas eran diferentes, por encima y debajo de la cuantía de las contramedidas propuestas por las Comunidades Europeas, debido a las presunciones diferentes sobre los valores que debían asignarse a los parámetros pertinentes en los cálculos.⁹⁰

6.44 Las Comunidades Europeas propusieron que los Árbitros consideraran la metodología utilizada por el Departamento del Tesoro de los Estados Unidos en 1997, en su informe al Congreso sobre el impacto comercial del programa EVE.⁹¹ Los Estados Unidos se opusieron a esta metodología

⁸⁸ Véase la Decisión del Árbitro sobre el asunto *Brasil – Aeronaves* (párrafo 6 del artículo 22 – *Brasil*) WT/DS46/ARB, párrafo 3.54 ("... dado que normalmente las subvenciones a la exportación tienen un efecto multiplicador (una cantidad dada permite a una empresa hacer una serie de ventas, que a su vez le permiten introducirse en un mercado específico, con la posibilidad de expandirse y capturar cuotas de mercado), opinamos que un cálculo basado en el nivel de la anulación o el menoscabo arrojaría, como sugiere el cálculo del Canadá basado en el perjuicio causado a su rama de producción, cifras más altas que un cálculo basado exclusivamente en la cuantía de la subvención").

⁸⁹ Suponiendo que se traspase totalmente la subvención, el valor del efecto sobre el comercio equivalente al valor de la subvención disminuiría -1,65 por ciento la elasticidad de precios de la curva de la demanda agregada de exportaciones de los Estados Unidos (EE.UU. - Prueba documental 17).

⁹⁰ La estimación cuantitativa del impacto de una subvención a la exportación sobre el comercio depende de la relación entre el modo de entrega de la subvención y diversos parámetros económicos. En el presente caso, la subvención se distribuye en función de los ingresos de exportación. Los ingresos de exportación calificados permiten reducir la carga fiscal total de las empresas. El impacto total depende de cuatro factores: el valor de la subvención; la reducción del precio de la mercancía que se beneficia de la subvención; la respuesta exportadora de los productores que se benefician de la subvención; y la elasticidad de precios de la demanda de exportaciones de los Estados Unidos.

⁹¹ Primera comunicación de las Comunidades Europeas, párrafo 62. Por ejemplo, utilizando el modelo del Tesoro según la propuesta de las Comunidades Europeas y el valor estimado por las Comunidades Europeas y los Estados Unidos de las subvenciones otorgadas a productos industriales según se explica en el anexo A puede establecerse que la gama de las estimaciones de los efectos comerciales se situaría entre 3.253 y 4.294 millones de dólares EE.UU.

por los siguientes motivos: 1) la estimación de la elasticidad de precios de la demanda de exportaciones es demasiado elevada; 2) las estimaciones de las elasticidades de precios de la oferta de exportaciones son también demasiado elevadas; y 3) está sobrevalorado el traspaso de la subvención a los precios.

6.45 La metodología del Tesoro de los Estados Unidos era más elaborada que la propuesta por los Estados Unidos, consistente en utilizar sencillamente el valor de la subvención como aproximación. Reconociendo este hecho, los Estados Unidos sometieron a nuestra consideración dos nuevas propuestas. La primera era una metodología alternativa que los Estados Unidos alegaban que era más correcta para estimar los efectos sobre el comercio de las Comunidades Europeas.⁹² La segunda era aplicar el modelo del Tesoro de los Estados Unidos con un conjunto diferente de parámetros.⁹³

6.46 De hecho, los propios Estados Unidos pusieron posteriormente en duda la metodología alternativa que habían propuesto debido al hecho de que contenía datos incompletos.⁹⁴ Así pues, las opciones que tenemos ante nosotros para evaluar los efectos comerciales se limitan al modelo del Tesoro de los Estados Unidos, según la propuesta de las Comunidades Europeas, y a las modificaciones de este modelo propuestas por los Estados Unidos.

⁹² Los Estados Unidos propusieron el modelo Armington, que asigna elasticidades a los productos en función del país de origen. Por consiguiente, según los Estados Unidos, el modelo presentaba la ventaja de aislar el impacto específico de la subvención sobre el comercio de las Comunidades Europeas (segunda comunicación de los Estados Unidos, párrafo 122).

⁹³ Los Estados Unidos adoptaron la posición de que las estimaciones de la elasticidad "imputadas" a partir de las estimaciones de la elasticidad frente a la sustitución de productos eran más sólidas que las estimaciones facilitadas por las Comunidades Europeas. Los Estados Unidos justificaban los cálculos facilitados alegando que eran más recientes y que se podían calcular de forma desagregada.

⁹⁴ Aunque reconocemos la contribución general que el planteamiento de Armington puede hacer a la creación de modelos del comercio diferenciados por productos, los Estados Unidos no han explicado de forma satisfactoria, en el caso que se nos ha sometido, por qué estaríamos obligados a constatar que el planteamiento concreto propuesto por ellos es más razonable que el planteamiento propuesto por las Comunidades Europeas. Por el contrario, el planteamiento de los Estados Unidos presenta unas fallas demostrables si se quiere aplicar al presente caso. Observamos que, en el caso presente, la estimación del impacto de la subvención sobre el comercio que obtienen los Estados Unidos utilizando el modelo de Armington *de hecho* no supone la utilización de elasticidades cruzadas de precios, específicas, dentro de las Comunidades Europeas ni las elasticidades específicas de la demanda de exportaciones de los Estados Unidos (Segunda comunicación de los Estados Unidos, nota 97). Además, en respuesta a una pregunta del Árbitro referente a la utilización de la metodología alternativa, los Estados Unidos subrayaron la ausencia de base fiable para utilizar este planteamiento. Su respuesta fue que: "Aunque los Estados Unidos *no puedan encontrar la información necesaria* para distinguir entre las Comunidades Europeas y el resto del mundo, no obstante, los resultados de la aplicación del modelo de Armington ofrecen al menos al Árbitro una evaluación independiente del impacto de la subvención estadounidense sobre el comercio de las Comunidades Europeas basada en una serie diferente de parámetros estimados" (sin cursivas en el original) (Respuesta de los Estados Unidos a las preguntas adicionales del Árbitro, párrafo 30). Los Estados Unidos también han indicado que carecen de alguna información que, de haberse dispuesto de ella, les hubiera permitido calcular con más precisión los efectos sobre el comercio. "Con esta información adicional, el modelo de Armington *es posible que hubiera* ofrecido unas orientaciones mejores que el modelo del Tesoro porque *hubiera* incorporado más información (por ejemplo, la medida en que son sustituibles entre sí las exportaciones de los Estados Unidos y las mercancías de las Comunidades Europeas) y *hubiera* suprimido la necesidad de determinar cómo calcular la parte correspondiente a las Comunidades Europeas" (Respuesta de los Estados Unidos a las preguntas adicionales del Árbitro, párrafo 30) (sin cursivas en el original). Así pues, como mucho, los Estados Unidos sostienen la hipótesis de que *podría* haber un planteamiento más fiable y sólido. No obstante, han sido ellos mismos incapaces de ofrecernos una base alternativa fiable para formular un juicio que prevalezca definitivamente sobre los que se basan en el modelo del Tesoro.

6.47 En la medida en que consideremos conveniente en el presente caso evaluar los efectos de la medida sobre el comercio de las Comunidades Europeas, nuestra función no es juzgar, con absoluta precisión, cuál es el único modelo correcto o cuáles son los parámetros correctos, sino examinar los resultados de estos modelos para ver si nos ofrecen una visión de la gama de efectos comerciales que causa el programa EVE que tenga suficiente peso para influir de forma importante en nuestro juicio acerca de si las contramedidas propuestas son desproporcionadas.

6.48 A este respecto, el simple hecho de que el informe del Tesoro fuera sometido al Congreso tiene, en nuestra opinión, un peso considerable. En ese informe se sugiere que quizás los resultados estén algo sobrevalorados. De hecho, no pueden ser absolutamente exactos. No obstante, el Tesoro de los Estados Unidos llegó evidentemente a la conclusión de que, si se quería presentar los efectos del programa EVE al Congreso (que, señalamos, era el autor de la legislación en cuestión), el informe, incluidas las presunciones en que se basaba el modelo, tenía la suficiente credibilidad como para ofrecer un reflejo fiable del impacto del programa, cuando se planteó la cuestión de informar al Congreso de los Estados Unidos sobre sus operaciones y efectos. Cabe presumir que esa decisión no se adoptó a la ligera y, cuando menos, que no se consideraba que indujera manifiestamente a error. En nuestra opinión, esa perspectiva nos remite al tipo de juicio que es correcto hacer cuando ha de procederse a una evaluación de si algo es desproporcionado. No cabe esperar, ni se pretende, una certitud matemática sino sólo si algo está, o no, fuera de proporción (para unos ojos razonables). En estas circunstancias, la cuestión no es si el estudio del Tesoro de los Estados Unidos es, o no, cierto en sus conclusiones. La cuestión es si tenemos un motivo más fundamental para rechazar de forma solvente el estudio del Tesoro. En este sentido, creemos que, en términos prácticos, corresponde a los Estados Unidos en el presente caso, en nuestra opinión, desautorizar el modelo desarrollado por su propio Departamento del Tesoro para evaluar el programa ante el Congreso de los Estados Unidos.

6.49 Por supuesto, tenemos que tomar debida nota de las reservas que han expresado los Estados Unidos sobre su propio estudio. Siempre se pueden debatir todas las estimaciones, pero la cuestión real no es si son posibles algunas alternativas sino si hay algo fiable que nos obligue a considerar que los parámetros generales de los resultados de ese estudio no son razonables. En ese contexto, somos conscientes de que la labor de evaluación de los efectos del programa sobre el comercio no se puede realizar con precisión matemática. No obstante, la ciencia económica nos permite aceptar con un cierto grado de confianza una gama de posibles efectos comerciales.

6.50 En nuestra opinión, sin embargo, los Estados Unidos no han demostrado en cualquier caso que sean más plausibles unas presunciones alternativas que dan lugar a unas estimaciones más bajas que las utilizadas en el estudio del Tesoro de los Estados Unidos y utilizadas como base por las Comunidades Europeas en el presente caso. Primero, los Estados Unidos alegaron que debían utilizarse diferentes elasticidades de la demanda de exportaciones⁹⁵ y que las tasas de traspaso debían ser inferiores. Sin embargo, no han explicado de forma convincente por qué motivo debían preferirse a éstas frente a las utilizadas de hecho por su propia Administración en el estudio. Los Estados

⁹⁵ Los Estados Unidos señalaron que la gama de estimaciones de la elasticidad de precios de la demanda agregada de exportaciones de los Estados Unidos oscilaba entre -1,13 y -2,53, mientras que el promedio simple de las estimaciones de las elasticidades de precios utilizadas en el estudio del Tesoro era -3,0. La diferencia entre estas estimaciones, alegan los Estados Unidos, es uno de los motivos por los que el modelo utilizado por el Tesoro de los Estados Unidos da lugar a que se sobrestime el impacto real sobre el comercio. Los Estados Unidos, sin embargo, no han presentado pruebas que sirvan de apoyo a la utilización de estas estimaciones agregadas alternativas. Más en concreto, no han abordado el hecho de que en el estudio del Tesoro hubiera cuatro sectores que por sí solos fueran el origen del 66 por ciento de los ingresos totales exentos en virtud del programa EVE, y de que, según el estudio del Tesoro, las estimaciones correspondientes a escala sectorial fueran de -1,7, -3,8, -4,1 y -3,8 respectivamente. Dado el peso de estos sectores en el efecto total de la subvención sobre el comercio, nuestro análisis debería centrarse en el valor de las elasticidades de precios de estos sectores. Ello coincide con la opinión de que resulta inherentemente más probable que la agregación simple de las elasticidades infraestime éstas a los efectos de un análisis del programa EVE/IET.

Unidos presentaron una reestimación de los parámetros del modelo del Tesoro utilizando datos más recientes, pero los cálculos se realizaron a partir de estimaciones de las *importaciones* de los Estados Unidos, en lugar de las exportaciones, que son lo que nos preocupa en el presente caso.⁹⁶

6.51 En segundo lugar, por lo que se refiere a la cuestión del traspaso, el razonamiento económico en que se basaron los Estados Unidos para ajustar la tasa a la baja no era intrínsecamente más convincente que el utilizado en su propio estudio (Tesoro de los Estados Unidos). La estimación realizada por las Comunidades Europeas del impacto sobre el comercio supone un efecto de traspaso total de la subvención al precio de los productos estadounidenses.⁹⁷ Los Estados Unidos aducen que los hechos empíricos no apoyan necesariamente esta hipótesis que, por lo tanto, introduciría un sesgo

⁹⁶ Los Estados Unidos adoptaron la posición de que las estimaciones de la elasticidad "imputada" a partir de estimaciones de la elasticidad de la demanda de productos de sustitución eran más sólidas que las estimaciones presentadas por las Comunidades Europeas. Los Estados Unidos justificaron los cálculos que habían presentado alegando que eran más recientes y que se podían hacer de forma desagregada. Sin embargo, los Estados Unidos nunca detallaron claramente cuál era el proceso que se seguía para imputar elasticidades. Las estimaciones originales a partir de las cuales se hicieron las estimaciones imputadas procedían de dos estudios académicos (Gallaway et al., 2001; Shiells y Reinert (1993)). En ambos estudios se hace referencia a los Estados Unidos. Observamos que estas estimaciones derivan de funciones de la demanda de los consumidores estadounidenses. Por consiguiente, se relacionan con la capacidad de sustitución de los productos importados en los Estados Unidos y los productos de producción nacional destinados al consumo en los Estados Unidos. Los Estados Unidos no han aclarado por qué se pueden utilizar los valores de las elasticidades de las importaciones en los Estados Unidos como estimaciones de las elasticidades de las exportaciones. En nuestra opinión, los Estados Unidos no han respondido efectivamente a las tres causas de preocupación señaladas por las Comunidades Europeas con respecto al procedimiento seguido por los Estados Unidos:

"Las estimaciones de Armington de la elasticidad que han utilizado los Estados Unidos reflejan la capacidad de sustitución de las importaciones en los Estados Unidos por productos de producción nacional estadounidense. No es lo mismo que la elasticidad de la sustitución de los productos exportados por los Estados Unidos y los de producción nacional en países extranjeros. Primero, los países extranjeros tendrán políticas diferentes de importación. Segundo, los consumidores extranjeros tendrán gustos y preferencias diferentes de los consumidores estadounidenses. En tercer lugar, es probable que el conjunto de productos que una rama de producción dedica al comercio exterior no sea el mismo que el conjunto de productos de producción nacional que se ofrece a la venta en el mercado interno. Por consiguiente, el conjunto de mercancías exportadas por los Estados Unidos no es el mismo que el conjunto de mercancías de producción nacional que se ofrece a la venta en los Estados Unidos, y el conjunto de mercancías importadas en los Estados Unidos no es el mismo que el conjunto de mercancías producidas en el extranjero que se ofrecen a la venta en países extranjeros. (observaciones de las Comunidades Europeas a las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas adicionales del Árbitro, párrafo 5.)

⁹⁷ La cuestión del traspaso se refiere al grado en que una empresa utiliza una subvención que recibe para reducir el precio de los productos que exporta. En un extremo, la empresa puede optar por aplicar la cuantía total de la subvención al precio de sus productos, reduciendo así sus precios. En el otro, puede optar por no reducir el precio del producto. El concepto de traspaso se explica más detalladamente en el párrafo 89 de las repuestas de los Estados Unidos a las preguntas del Árbitro:

"Un exportador que recibe el ahorro del impuesto resultantes del programa de IET/EVE puede hacer dos cosas. Por una parte, puede reducir el precio de sus exportaciones en la cuantía de la bonificación. Si lo hace, su beneficio neto por transacción seguirá siendo el mismo, aunque sus beneficios totales puedan incrementarse porque -si los demás factores permanecen constantes- aumentará el volumen de sus exportaciones. Éste es el escenario con un "traspaso pleno".

Otra posibilidad será que el exportador no modifique el precio de sus exportaciones. En este caso, el volumen de esas exportaciones no variará -si los demás factores permanecen constantes- pero su beneficio neto por transacción aumentará en la cuantía de la bonificación fiscal. Éste es el escenario "sin traspaso".

ascendente en los resultados.⁹⁸ Alegan que ambos factores podrían actuar en forma concertada dando lugar a un traspaso de menos del 100 por ciento de la subvención al precio mundial de los productos.⁹⁹ En primer lugar, si las empresas están operando en el segmento de su curva de costos medios con una pendiente positiva, un aumento de la producción podría dar lugar a un incremento de los costos, que quizá no fuera compensado por la subvención.¹⁰⁰ En segundo lugar, si las empresas de una rama de producción tienen poder de mercado, no tendrían necesariamente un incentivo para bajar los precios.¹⁰¹

6.52 Sin embargo, las pruebas empíricas demuestran que el efecto de traspaso de un programa similar fue del 75 por ciento en los años setenta.¹⁰² En la actualidad, más de 25 años después, no es irrazonable sugerir que el mercado mundial es más competitivo, lo cual aumentaría el efecto de traspaso.¹⁰³ Ciertamente, no hallamos ningún motivo plausible para dar crédito a la opinión de que era razonable suponer que el traspaso se situaba en el extremo inferior más que en el superior. Tampoco en este caso podemos determinar con precisión matemática la cifra exacta del traspaso, pero podemos poner un límite inferior y un límite superior a la gama de posibles efectos.¹⁰⁴

6.53 Admitimos la existencia de un auténtico debate sobre los valores de los parámetros de los modelos económicos. Además, reconocemos que los parámetros utilizados en el modelo del Tesoro de los Estados Unidos se sitúan en la parte superior de las estimaciones. No obstante, quedan incluidos en una gama aceptable, como lo demuestra, en particular, el hecho de que el propio Tesoro de los Estados Unidos los utilizó para informar al Congreso. Los Estados Unidos han sugerido diversas posibilidades basadas en distintas hipótesis y variables, que podrían proporcionar una estimación de los efectos del programa EVE/IET sobre el comercio de las Comunidades Europeas inferior a la cuantía de las contramedidas que las Comunidades Europeas se proponen adoptar. No obstante, teniendo en cuenta todos los factores, consideraríamos que las estimaciones estadounidenses

⁹⁸ Los Estados Unidos afirman que "el traspaso es tan decisivo que, si se determinara que las empresas absorben por completo la subvención fiscal en lugar de reflejarla en los precios de exportación, la subvención no tendría ningún efecto sobre las exportaciones estadounidenses, y el impacto sobre el comercio se cuantificaría como nulo". (Declaración oral de los Estados Unidos, párrafo 56.)

⁹⁹ Respuestas de los Estados Unidos a las preguntas del Árbitro, párrafo 94.

¹⁰⁰ Respuestas de los Estados Unidos a las preguntas del Árbitro, párrafos 95 a 97.

¹⁰¹ Respuestas de los Estados Unidos a las preguntas del Árbitro, párrafos 98 y 99.

¹⁰² Respuestas de las CE a las preguntas del Árbitro, párrafo 134.

¹⁰³ El panorama del acceso a los mercados de los productos industriales resultante de la Ronda Uruguay consistió en una reducción del 40 por ciento de los derechos arancelarios medios, que descendieron del 6,3 por ciento al 3,8 por ciento. Además, la proporción de los productos que llegaban a los mercados de los países desarrollados en régimen de franquicia aumentó del 20 al 44 por ciento y la proporción de los productos que se enfrentaban con derechos arancelarios superiores al 15 por ciento descendió del 7 al 5 por ciento (Secretaría del GATT (1994), *Los resultados de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales*, Ginebra, GATT). Además, los Estados Unidos no refutaron con éxito los argumentos presentados por las Comunidades Europeas en relación con el aumento de la competencia mundial en los mercados de productos industriales. En particular, las Comunidades Europeas citaron literatura económica pertinente en la que se sugería que la competencia mundial con que se enfrentaban las empresas estadounidenses estaba aumentando (véase la respuesta de las CE a la pregunta 47 del Árbitro).

¹⁰⁴ Un límite superior sería el 100 por ciento y un límite inferior podría ser el porcentaje del 75 por ciento estimado en el caso del programa similar en los años 70 (véanse las respuestas de las CE a las preguntas del Árbitro, párrafo 134).

no son convincentes y ciertamente no más intrínsecamente convincentes que las cifras propuestas por las Comunidades Europeas.

6.54 Incluso si diéramos por supuesto que las diversas variables y resultados son igualmente plausibles, su examen llevaría, como mucho, a la conclusión de que no se ha *demonstrado* que los efectos de la medida sobre el comercio de las Comunidades Europeas sean superiores o inferiores a la cuantía propuesta de las contramedidas. Evidentemente, esto no sería suficiente para hacernos llegar a la conclusión de que las contramedidas propuestas son desproporcionadas. La falta de pruebas sobre un punto impugnado no basta para debilitar un juicio por lo demás fundamentado. En estas circunstancias, no tendríamos indudablemente derecho a llegar a la conclusión de que, cuando nos encontramos ante cifras opuestas, el beneficio de la duda debe corresponder siempre al Miembro que impugna la cuantía propuesta de las contramedidas, en este caso, a los Estados Unidos. Tal evaluación -basada en los efectos de la medida sobre el comercio de las Comunidades Europeas sugeridos por los Estados Unidos- llevaría en realidad, en este caso, a la conclusión de que las contramedidas propuestas no podrían considerarse "desproporcionadas" con esos efectos.

6.55 Aunque esa no es la situación en que nos encontramos en realidad en este caso. Nos parece que, teniendo en cuenta todos los factores, las cifras de las Comunidades Europeas son por lo menos tan plausibles como las estimaciones a la baja presentadas por los Estados Unidos. El texto de la nota 9 deja claro que debemos realizar nuestra evaluación teniendo en cuenta que la subvención de que se trata es una subvención prohibida. Recordamos aquí que en la última parte de la nota 9 se sugiere que ésta es una consideración agravante más que atenuante y que, al evaluar el carácter de "apropiadas" de estas contramedidas en función de la gravedad de la infracción, ha de aceptarse un margen de apreciación.¹⁰⁵ La única interpretación razonable de esto es que, en una situación en la que no existe un motivo más intrínsecamente plausible para optar por una cifra más baja que para optar por una cifra más alta, sería incompatible con la orientación de la nota de pie de página elegir automáticamente la opción más baja. Esto equivaldría efectivamente a adoptar la orientación opuesta a la que se desprende de la nota 9.

6.56 Además, en la medida en que existen iguales posibilidades de error, cualquier presunción en favor de la cifra más baja elevaría sistemáticamente el riesgo de que se creara un desincentivo a la aceptación de la retirada de la subvención, lo que sería totalmente contrario a la orientación de la nota 9. Así pues, el objetivo de la obligación debe ser garantizar que sea más probable que el incentivo asegure el respeto del objetivo de retirada de una subvención a la exportación prohibida, como única manera de restablecer el equilibrio preexistente de derechos y obligaciones.¹⁰⁶ Por estos motivos adicionales, nos sentimos aún más cómodos con nuestro juicio en este asunto.

6.57 Por consiguiente, aunque se tuvieran en cuenta los efectos desfavorables de la medida sobre el comercio de las Comunidades Europeas en el presente asunto, no tendríamos ninguna base fiable para llegar a la conclusión de que, partiendo de los efectos de la medida sobre el comercio de las Comunidades Europeas (y tomando en consideración la manera en que han de estimarse esos efectos),

¹⁰⁵ Véase el párrafo 5.62, *supra*.

¹⁰⁶ Como aplicación práctica, podría ponerse en relación esto con el traspaso. Incluso si se opinara que no hay pruebas decisivas de un traspaso del 100 por ciento, en una situación en que esté en juego el carácter plausible, por ejemplo, del 75, el 90 o el 100 por ciento, habría que tener presente que la prohibición de las subvenciones a la exportación no depende intrínsecamente de si la subvención se traspasa totalmente a los precios. Un dólar de subvención a la exportación es un dólar de subvención a la exportación. Por lo tanto, en caso de que no haya un elemento decisivo que permita optar por una alternativa determinada, entra en juego la orientación de la nota 9, según la cual no existe una presunción de que deba preferirse la opción más baja.

la cuantía de las contramedidas propuestas por las Comunidades Europeas no tiene proporción con esos efectos.¹⁰⁷

6.58 Además, recordamos que, más allá del margen razonable de apreciación que pueda existir al evaluar los efectos reales de la medida sobre el comercio de las Comunidades Europeas, en cualquier caso, el párrafo 10 del artículo 4 no sólo permite sino que incluso prescribe que, en nuestra evaluación, tomemos en consideración el hecho de que la subvención es una subvención prohibida. Como hemos señalado *supra*, esto implica, a nuestro juicio, que se tenga en cuenta la gravedad de la infracción inicial y del hecho de que, por sí mismo, el mantenimiento de la medida en contravención de las obligaciones que impone a los Estados Unidos el *Acuerdo SMC* altera el equilibrio de derechos y obligaciones entre los Miembros y, más concretamente, entre los Estados Unidos y las Comunidades Europeas. Como hemos visto, en el presente asunto, la medida prohibida es un plan disponible a nivel sistémico y en una escala muy general. Tiene, pues, el potencial de crear inestabilidad en las condiciones del comercio en una amplia gama de sectores. Por sí misma, esta consideración es apropiada cuando se trata de estimar si las contramedidas propuestas son pertinentes, incluso si la evaluación se hace sobre la base de los efectos reales de la medida sobre el comercio del Miembro reclamante.

6.59 En términos cuantitativos, sólo cabe entender que este elemento asegura el derecho de un Miembro a adoptar contramedidas en un nivel algo superior del que resultaría de una estimación reconstruida con gran precisión de los efectos sobre el comercio (si ese cálculo fuera factible). Por las razones expuestas en otros lugares, *supra*, si se llegara a una conclusión distinta, ello reduciría efectivamente lo dispuesto en el párrafo 10 del artículo 4 y en la nota 9 a dicho párrafo a una mera norma de los "efectos sobre el comercio", lo cual minaría todo su objeto y fin, consistente en asegurar que esa distinción se establece, se respeta y se hace cumplir eficazmente en el *Acuerdo SMC*.

6.60 Por lo tanto, no consideramos que haya ninguna razón para llegar a una conclusión distinta de aquella a la que ya habíamos llegado sobre la base del planteamiento propuesto por las Comunidades Europeas, habiendo examinado también ahora el nivel propuesto de las contramedidas desde el punto de vista de los efectos de la medida sobre el comercio de las Comunidades Europeas.

C. OBSERVACIONES FINALES

6.61 Por último, aunque estamos convencidos de que las contramedidas no son desproporcionadas, deseamos tratar cualquier posible inquietud residual en el sentido de que las Comunidades Europeas no pueden ser autorizadas a actuar *de facto* como si lo hicieran *erga omnes* en nombre de la totalidad de los Miembros de la OMC.

6.62 No entendemos así el asunto que se nos ha sometido. En primer lugar, en la medida en que se sugiera que el derecho a contramedidas en el nivel que hemos determinado refleja "efectos sobre el comercio" de partes distintas de las Comunidades Europeas, tal sugerencia carece de fundamento. Repetimos que consideramos que nuestras constataciones están justificadas, sobre la base de la equivalencia de la infracción de los derechos y obligaciones originales, habida cuenta de la gravedad de la infracción. En cualquier caso, cuando tratamos la cuestión de los efectos sobre el comercio, sólo nos ocupamos de los relativos a las Comunidades Europeas.

6.63 En segundo lugar, la conclusión a que hemos llegado no equivale, en modo alguno, a conceder a las Comunidades Europeas el "derecho" a actuar "en nombre" de Miembros distintos de ella misma. Como hemos puesto de relieve en el razonamiento que hemos expuesto, las Comunidades Europeas proponen contramedidas para el restablecimiento del equilibrio de derechos y obligaciones

¹⁰⁷ Recordamos que los propios Estados Unidos consideraron que, en el presente asunto, no proporcionaron un instrumento fiable para estimar esos efectos, dado el número de variables no conocidas con suficiente certeza que habrían de tenerse en cuenta.

entre ambos Miembros. Al examinar los hechos del presente asunto, nos ocupamos de la situación existente, tal como es. En esa situación, son las Comunidades Europeas las que han solicitado el derecho a adoptar contramedidas. Al responder a esa solicitud, hemos tenido en cuenta el hecho de que es ésta una cuestión entre dos Miembros, lo cual es un factor pertinente. Si la cuestión se planteara en otro momento, nuestras constataciones no influirían en la capacidad de otros reclamantes de solicitar posteriormente y obtener, si ello se justifica, autorización para adoptar contramedidas apropiadas de conformidad con el párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*. Por definición, en caso de que se planteara hipotéticamente esa posibilidad, sólo es necesario declarar aquí que, a nuestro juicio, no hay ninguna razón para suponer que el árbitro que tenga que ocuparse de una reclamación de ese tipo en el futuro no tendrá en cuenta todos los factores pertinentes para determinar lo que, en el momento en que adopte su decisión, son las "medidas apropiadas" en el marco de esa diferencia futura.¹⁰⁸

6.64 A la luz de lo que antecede, constatamos que la cuantía de las contramedidas propuestas por las Comunidades Europeas en el presente asunto es "apropiada" en el sentido del párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*.

VII. SOLICITUD FORMULADA POR LAS CE EN RELACIÓN CON LA VIOLACIÓN DEL PÁRRAFO 4 DEL ARTÍCULO III DEL GATT DE 1994

7.1 Tomamos nota de que las Comunidades Europeas han solicitado una cuantía específica de contramedidas y han limitado claramente su solicitud a esa cuantía. Las Comunidades Europeas expresaron claramente su opinión de que sería necesario que examináramos si debía concederse una cuantía adicional de suspensión de concesiones de conformidad con el párrafo 7 del artículo 22 del *ESD*, en particular en relación con la violación del párrafo 4 del artículo III del *GATT de 1994*¹⁰⁹, en caso de que decidiéramos que la cuantía apropiada de las contramedidas de conformidad con el párrafo 1 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* es inferior a la cuantía solicitada. Hemos llegado a la conclusión de que, en las circunstancias del presente asunto, las contramedidas por un valor de 4.043 millones de dólares EE.UU. propuestas por las Comunidades Europeas serían "contramedidas apropiadas". Por lo tanto, no es necesario que tratemos la cuestión de la suspensión de concesiones u otras obligaciones en relación con la violación del párrafo 4 del artículo III del *GATT de 1994*.

VIII. LAUDO DEL ÁRBITRO

8.1 Por las razones expuestas, el Árbitro determina que, en el asunto *Estados Unidos - Trato fiscal aplicado a las "empresas de ventas en el extranjero"*, la suspensión de concesiones por las Comunidades Europeas de conformidad con el *GATT de 1994* en forma de aplicación de una carga *ad valorem* del 100 por ciento a las importaciones de determinadas mercancías procedentes de los Estados Unidos, por una cuantía máxima de 4.043 millones de dólares EE.UU. anuales, tal como se describe en la solicitud de autorización para adoptar contramedidas y suspender concesiones formuladas por las Comunidades Europeas, constituiría medidas apropiadas en el sentido del párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*.

¹⁰⁸ Nos remitimos al párrafo 6.29 *supra* y a la declaración de las Comunidades Europeas a este respecto.

¹⁰⁹ Respuesta de las CE a la pregunta 2 del Árbitro.

ANEXO A – CÁLCULO DE LA CUANTÍA DE LA SUBVENCIÓN

A.1 El propósito de esta sección es presentar las metodologías de estimación del valor de la subvención durante el año 2000 y los argumentos al respecto.

A.2 No se dispone de datos efectivos sobre el año 2000.¹¹⁰ El punto de partida en el análisis, por consiguiente, es el costo en ingresos fiscales del programa EVE en 1996, último año sobre el que se dispone de datos.¹¹¹ Las partes divergen en sus opiniones sobre la metodología que ha de utilizarse para hacer una proyección de las cifras de 1996 al año 2000.¹¹²

A. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

1. Cálculo del valor sin ajustes

A.3 En su Primera comunicación, **las Comunidades Europeas** afirmaban que sólo se conocía el costo fiscal en ingresos perdidos a causa del programa (subvención) en 1996. En este año, el costo del programa se había elevado a 2.972 millones de dólares.¹¹³ Para estimar el valor en años posteriores, proponían dos metodologías alternativas. La primera, basarse en el planteamiento del Tesoro de los Estados Unidos que suponía una tasa de crecimiento del 8 por ciento. En estas circunstancias, el valor de la subvención en el año 2000 sería de 4.043 millones de dólares. La segunda, basarse en que los ingresos fiscales exentos realmente a causa del programa EVE habían crecido a una tasa anual media del 16,7 por ciento entre 1987 y 1996.¹¹⁴ De aplicarse esta tasa de crecimiento, el valor de la subvención en 2000 sería de 5.512 millones de dólares.¹¹⁵

A.4 En sus observaciones sobre la metodología de las Comunidades Europeas, **los Estados Unidos** proponían que se utilizara la estimación de la subvención otorgada en ese año en función de las cifras de desembolsos fiscales publicadas por el Departamento del Tesoro de los Estados Unidos.¹¹⁶ En su Primera comunicación, los Estados Unidos indicaban que esta cifra, que se utilizaba en el Presupuesto del Gobierno de los Estados Unidos, era de 3.890 millones de dólares en 2000.¹¹⁷

¹¹⁰ Observamos a este respecto que las Comunidades Europeas han alegado en el curso del procedimiento que, gracias al informe sobre el período 1997-2000 que se presentará al Congreso, deberá disponerse de datos efectivos más recientes. En respuesta a una pregunta del Árbitro, los Estados Unidos han indicado que el Departamento del Tesoro de los Estados Unidos recoge y procesa datos sobre el funcionamiento del programa EVE cada cuatro años desde 1992 y que el año más reciente sobre el que se han recogido y analizado datos es 1996. Aunque se han recogido datos sobre el año 2000, no se dispondrá de "datos definitivos" sobre el ejercicio fiscal 2000 hasta fines de 2002. No se espera la publicación de los datos analizados antes de 2004. Los Estados Unidos indican también que la legislación estadounidense no autoriza la presentación de datos sobre ingresos fiscales y que la utilización de datos selectivos se traduciría en una imagen del funcionamiento del programa en el año 2000 que no sería fiable y potencialmente estaría muy deformada (véanse las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas, párrafos 75 a 83).

¹¹¹ CE - Prueba documental 11 y EE.UU. - Prueba documental 15.

¹¹² Estas opiniones se resumen en CE - Prueba documental 11 y EE.UU. - Prueba documental 15.

¹¹³ Párrafo 34.

¹¹⁴ Primera comunicación de las Comunidades Europeas, párrafo 41.

¹¹⁵ CE - Prueba documental 3.

¹¹⁶ Párrafo 7.

¹¹⁷ Página 28.

Como el programa abarcaba todos los sectores, era necesario hacer un ajuste para tener en cuenta el comercio de servicios. Los Estados Unidos alegaban que este ajuste debía ser del 8,3 por ciento, para deducir los servicios agrícolas, informáticos, de películas cinematográficas, de ingeniería y de arquitectura.¹¹⁸ Por consiguiente, el valor de la subvención en 2000, según los Estados Unidos, sería de 3.567 millones de dólares.¹¹⁹

A.5 En la sección V de la Segunda comunicación de los Estados Unidos se aborda directamente la cuestión de la metodología y se introducen algunas correcciones de la cifra anterior. Alegan que hay que considerar dos elementos en el crecimiento de la subvención. El primero, es el costo fiscal por dólar de exportación de las EVE, o el valor de la subvención dividido por las exportaciones de las EVE. El segundo es la relación entre las exportaciones de las EVE y las exportaciones totales. Si el valor de la subvención se deriva de las exportaciones totales, se pueden utilizar los datos efectivos de exportación de los Estados Unidos para hacer una estimación. El resultado es que el único componente de la subvención que es necesario estimar es el costo fiscal por dólar. Los Estados Unidos estiman que la tasa de crecimiento de este componente es del 1 por ciento, basándose para ello en los datos económicos correspondientes al período comprendido entre 1997 y 2000.¹²⁰

A.6 Para comprender mejor cómo se calcula esta estimación, los Estados Unidos, desglosan el costo fiscal total en ingresos perdidos del programa EVE/IET para establecer tres determinantes: el costo fiscal por dólar de exportación que reúna las condiciones establecidas, la relación entre las exportaciones de las EVE y las exportaciones totales de los Estados Unidos, y las exportaciones totales de los Estados Unidos.¹²¹

A.7 La información pertinente sobre estos componentes es la siguiente:

- En 1987, el costo fiscal por dólar de exportación de las EVE fue del 0,092 por ciento, en 1992 del 0,091 por ciento y en 1996 del 1,04 por ciento. La tasa media de crecimiento entre 1992 y 1996 fue del 3,3 por ciento;
- El porcentaje de las exportaciones de las EVE con respecto a las exportaciones totales de los Estados Unidos fue del 33,7 por ciento en 1987, el 34,6 por ciento en 1992 y el 46,7 por ciento en 1996. La tasa media de crecimiento de este componente fue del 7,5 por ciento entre 1992 y 1996. Los Estados Unidos alegan que la tasa de crecimiento prevista para estos dos componentes (combinados) es del 1 por ciento;¹²² y
- La utilización de las EVE (relación entre los ingresos exentos y el valor total de las exportaciones) fue del 1,36 por ciento en 1996. A una tasa de crecimiento anual del 1 por ciento, esta cifra se elevaría al 1,414 por ciento en 2000 y al 1,429 en 2001.

A.8 La subvención global total sin ajustes, según los Estados Unidos, se cifraría en 3.869 millones de dólares en 2000, lo que difiere de su estimación original.¹²³

¹¹⁸ Página 29.

¹¹⁹ Primera comunicación de los Estados Unidos, párrafo 74.

¹²⁰ Segunda comunicación de los Estados Unidos, párrafo 84.

¹²¹ Segunda comunicación de los Estados Unidos, párrafos 77 y 78.

¹²² Segunda comunicación de los Estados Unidos, párrafo 84.

¹²³ Segunda comunicación de los Estados Unidos, párrafo 86.

A.9 Las Comunidades Europeas aceptan la metodología revisada de los Estados Unidos, que tiene en cuenta datos efectivos, con dos condiciones.¹²⁴ La primera, el año respecto del cual han de hacerse los cálculos. La segunda, que la tasa de crecimiento de la utilización de las disposiciones sobre las EVE debe ser la correspondiente al período 1992-1996. Las Comunidades Europeas no creen que sea apropiada la utilización del régimen entre 1987 y 1996, ya que el tipo de los impuestos aplicados a los ingresos de las sociedades en los Estados Unidos disminuyó entre el ejercicio fiscal de 1987 y el de 1992.¹²⁵ Alegan que la reducción del tipo del impuesto sobre las sociedades hubo de tener un efecto negativo sobre la utilización del régimen de las EVE. En consecuencia, alegan, la tasa de crecimiento debe ser la de 1992 a 1996, período durante el cual las variables fiscales se mantuvieron constantes.¹²⁶

A.10 Los Estados Unidos señalan tres factores que, en su opinión, explican la estimación del Tesoro de los Estados Unidos sobre el período 1996 a 1999. Se trata de: la relación entre los beneficios imponibles y las ventas de las sociedades manufactureras con unas responsabilidades fiscales positivas; la relación entre las exportaciones de las EVE y las exportaciones totales; y los tipos fiscales generales de los Estados Unidos.¹²⁷ Los Estados Unidos añaden que el aspecto principal de estos tres puntos es que se basan en datos correspondientes al período efectivo respecto del cual han de hacerse las estimaciones, en lugar de hacerse una extrapolación a partir de los porcentajes del pasado.¹²⁸ Los Estados Unidos han desarrollado más estos puntos en respuesta a una pregunta específica sobre la cuestión hecha por el Árbitro.¹²⁹

A.11 Las Comunidades Europeas han mantenido su postura de que, en su opinión, el planteamiento del Tesoro es arbitrario e infraestima continuamente el valor.¹³⁰ Alegan que, basándose en la nueva metodología propuesta por los Estados Unidos, la tasa de crecimiento entre 1996 y 2000 debía basarse en la tasa de crecimiento entre 1992 y 1996¹³¹, puesto que el planteamiento de los Estados Unidos "carece de una base sólida".¹³²

A.12 Las Comunidades Europeas critican también el uso por los Estados Unidos de datos no referenciados. Citan las tabulaciones 1 y 2 que figuran en las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas adicionales del Árbitro, realizadas "por la Oficina de Análisis Fiscal del Departamento del Tesoro de los Estados Unidos".¹³³ Además, examinan expresamente los determinantes propuestos por los Estados Unidos. Por ejemplo, alegan que existe una diferencia entre la rentabilidad de la industria

¹²⁴ Declaración oral de las Comunidades Europeas, párrafo 47.

¹²⁵ Declaración oral de las Comunidades Europeas, párrafo 50.

¹²⁶ Declaración oral de las Comunidades Europeas, párrafo 50.

¹²⁷ Respuestas de los Estados Unidos a las preguntas del Árbitro, párrafo 122.

¹²⁸ Respuestas de los Estados Unidos a las preguntas del Árbitro, párrafo 122.

¹²⁹ Pregunta 10 de las preguntas adicionales del Árbitro y respuestas de los Estados Unidos a esa pregunta.

¹³⁰ Segunda comunicación de las Comunidades Europeas, párrafos 40 a 45.

¹³¹ Declaración oral de las Comunidades Europeas, párrafo 52 y CE - Prueba documental 11.

¹³² Observaciones de las Comunidades Europeas a las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas adicionales del Árbitro, párrafo 16.

¹³³ Observaciones de las Comunidades Europeas a las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas adicionales del Árbitro, párrafo 17.

manufacturera en general y la rentabilidad que puede atribuirse a las ventas de exportación.¹³⁴ En lo que respecta a las cifras de beneficios, las Comunidades Europeas presentan datos del Informe Económico del Presidente, que contradicen los datos de rentabilidad presentados por los Estados Unidos y citan un estudio que muestra que los principales beneficiarios de las EVE aumentaron los beneficios derivados de este régimen en cifras absolutas durante el período 1996-2000.¹³⁵

A.13 En resumen, si se aplica la tasa de utilización en el período 1992-1996, la estimación de las Comunidades Europeas de la subvención sin ajustes en 2000 se cifraría en 5.577 millones de dólares (cuadro A.1).¹³⁶ En cambio, si se utiliza la metodología de los Estados Unidos, la estimación de la subvención sin ajustes se cifraría en 3.869 millones de dólares.

2. Ajustes del total estimado

A.14 Observamos que las partes divergían levemente en su planteamiento de este aspecto del cálculo. Mientras que las Comunidades Europeas sostenían que "si fuera apropiado reducir [sus] estimaciones de ingresos fiscales perdidos en una cuantía correspondiente a las ventas de servicios, la reducción sería muy pequeña y muy por debajo del margen total de infravaloración implícito en la solicitud conservadora de las Comunidades Europeas"¹³⁷, los Estados Unidos proponían inicialmente un ajuste a la baja del 1 por ciento de la cuantía total de la subvención¹³⁸, para posteriormente aprobar una metodología que suponía una reducción del 0,57 por ciento de la cuantía de la subvención calculada.¹³⁹ Las Comunidades Europeas aceptaron que la posible reducción a causa de los servicios sólo podría ser del 0,57 por ciento. Sin embargo, impugnaron que fuera necesario hacer deducción alguna porque, en su opinión, la obligación de los Estados Unidos era retirar el régimen EVE/IET y no había indicio alguno de que los Estados Unidos hubieran introducido este régimen únicamente para los servicios de ingeniería y arquitectura o de que lo suprimirían para todas las exportaciones salvo las de servicios de ingeniería y arquitectura.¹⁴⁰ En opinión de las Comunidades Europeas, reducir las contramedidas para tener en cuenta estos servicios equivaldría a reducir la cuantía de las contramedidas apropiadas a una cifra inferior al beneficio y, por consiguiente, a un nivel inferior al necesario para inducir al cumplimiento.

¹³⁴ Observaciones de las Comunidades Europeas a las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas adicionales del Árbitro, párrafo 19.

¹³⁵ Los datos se han presentado como CE - Prueba documental 17 y el estudio como CE - Prueba documental 15.

¹³⁶ Respuesta de las Comunidades Europeas a las preguntas del Árbitro, párrafo 52.

¹³⁷ Primera comunicación de las Comunidades Europeas, párrafo 93.

¹³⁸ Segunda comunicación de los Estados Unidos, párrafo 23.

¹³⁹ Esta cuantía, es decir, el porcentaje, se basa en datos de las Estadísticas de Ingresos (SOI) respecto de 2000.

¹⁴⁰ Segunda comunicación de las Comunidades Europeas, párrafo 86.

B. EVALUACIÓN DE LOS ÁRBITROS

1. Proyección del valor de la subvención

A.15 Como anteriores árbitros, consideramos que no estamos vinculados por las sumas y cálculos que hayan presentado las partes. En caso necesario, es decir, si consideramos que las sumas o cálculos de las partes no son apropiados, haremos nuestros propios cálculos.¹⁴¹

A.16 Hemos abordado *supra* la cuestión del año que ha de tenerse en cuenta y, por consiguiente, procederemos a realizar el cálculo del valor de la subvención en el año 2000.¹⁴²

A.17 Las dos partes están de acuerdo en que la relación entre los ingresos netos exentos y las exportaciones totales de los Estados Unidos fue del 0,91 por ciento en 1992 y del 1,36 por ciento en 1996.¹⁴³ Utilizando la fórmula habitual para calcular la tasa media de crecimiento anual durante cuatro períodos de crecimiento exponencial se obtiene el resultado del 10,69 por ciento en el año 2000.¹⁴⁴ Los Estados Unidos han estimado que la tasa de crecimiento fue del 1 por ciento.¹⁴⁵

A.17 Si se aplica al año 2000 la relación entre los ingresos exentos netos, calculados sobre la base del 10,69 por ciento anual, y las exportaciones totales de los Estados Unidos, cifradas en 781.918 millones de dólares, la cuantía de los ingresos exentos totales ese año fue de 15.940 millones de dólares. La cuantía correspondiente de la subvención sin ajustes ese año es de 5.577 millones de dólares. Por el contrario, si se utiliza una tasa de crecimiento del 1 por ciento, como proponen los Estados Unidos, el resultado es un valor de la subvención sin ajustes de 3.869 millones de dólares.

2. Ajustes de la subvención

A.19 Para llegar a una cifra que represente el valor total de la subvención que los Estados Unidos están obligados a retirar como consecuencia de las resoluciones y recomendaciones del OSD deben considerarse algunos ajustes de la cuantía total de la subvención.

Contabilización de los servicios

A.20 Los Estados Unidos consideraban inicialmente que la cuantía de la subvención debía ser ajustada a través de la deducción de las sumas que, en su opinión, eran atribuibles a las exportaciones de cuatro categorías de servicios. Las Comunidades Europeas replicaron que sólo una de estas cuatro categorías, la de servicios de arquitectura e ingeniería, no implicaba la exportación de mercancías. Los Estados Unidos, tras examinar de nuevo la cuestión, aceptaron que esta categoría estadística sea la única respecto de la cual debía hacerse un ajuste.¹⁴⁶

A.21 De conformidad con la Ley IET, la única forma de obtener ingresos de comercio exterior que reúnan las condiciones establecidas que no suponga un comercio exterior con bienes que reúnan las

¹⁴¹ Véanse los arbitrajes sobre los asuntos *Hormonas y Aeronave*, *op. cit.*

¹⁴² Véanse *supra* los párrafos 2.14 y 2.15.

¹⁴³ CE - Prueba documental 11 y Segunda comunicación de los Estados Unidos, párrafo 73.

¹⁴⁴ La fórmula es $V = A(1 + g)^t$. Se entiende por V el valor final, por A el valor inicial, por t el número de períodos, y por g la tasa media de crecimiento anual.

¹⁴⁵ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta adicional 10.

¹⁴⁶ Segunda comunicación de los Estados Unidos, párrafo 23.

condiciones establecidas es obtenerlos mediante servicios de ingeniería o arquitectura.¹⁴⁷ Por consiguiente, estamos de acuerdo en que, a los efectos de cumplir nuestro mandato con respecto al nivel de las contramedidas relacionadas con una infracción del párrafo 1 a) del artículo 3 del *Acuerdo SMC*, el ajuste de la cuantía de la subvención para tener en cuenta las exportaciones de servicios debe reflejar esta categoría de servicios de ingeniería y arquitectura.¹⁴⁸

A.22 Como hay divergencias entre las partes con respecto al aumento de la tasa de uso de las EVE y con respecto a los ajustes que han de hacerse en la estimación bruta de la subvención, necesariamente tiene que haber diferencias en las estimaciones. No obstante, si la subvención se ajusta a la baja un 0,57 por ciento y al alza un 7,2 por ciento, el ajuste total será del 6.63 por ciento al alza, que es la diferencia entre el valor de los dos ajustes. En tal caso, la estimación de la subvención ajustada que presentan los Estados Unidos se eleva a 4.125 millones, mientras que la estimación de las Comunidades Europeas se eleva a 5,988 millones.

3. Desglose de la agricultura

a) Introducción

A.23 Los Estados Unidos consideraron inicialmente que la cuantía de las subvenciones atribuibles a las exportaciones de productos agrícolas debía ser deducida a efectos de determinar la cuantía de las "contramedidas apropiadas" según los términos del párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*. Tras nueva reflexión, consideraron que ese ajuste no era necesario "porque sería necesario el mismo planteamiento por aproximación". Las Comunidades Europeas alegaron que la obligación de los Estados Unidos era retirar toda la subvención y que la cuantía de las exportaciones de productos agrícolas bajo el régimen EVE/IET, en cualquier caso, era muy pequeña.¹⁴⁹ Las Comunidades Europeas han alegado también que la existencia de una infracción diferenciada del Acuerdo sobre la Agricultura no podía conducir a una reducción de la cuantía de las contramedidas por debajo de la cuantía de la subvención.

A.24 Pasamos a continuación a examinar la cuantía de la subvención a los efectos del Acuerdo SMC.¹⁵⁰ Para identificar el componente agrícola de la subvención relativa a las EVE, nos remitimos a

¹⁴⁷ Recordamos que, de conformidad con la Ley IET, determinados ingresos obtenidos por un contribuyente estadounidense pueden quedar exentos de impuestos. Tales ingresos -"ingresos extraterritoriales", es decir, "ingresos de comercio exterior que reúnen las condiciones establecidas"- pueden obtenerse con respecto a mercancías sólo en transacciones relativas a bienes de comercio exterior que reúnen las condiciones establecidas. Fuera de la esfera de las mercancías, dichos ingresos pueden obtenerse en relación con servicios relativos y subordinados a i) cualquier venta, intercambio u otra enajenación de bienes de comercio exterior que reúnen las condiciones establecidas o ii) cualquier arrendamiento financiero o alquiler de determinados bienes de comercio exterior que reúnen las condiciones establecidas; en relación con servicios de ingeniería o arquitectura destinados a proyectos de construcción emplazados (o con un emplazamiento previsto) fuera de los Estados Unidos; o en relación con el suministro de servicios a una persona no vinculada para contribuir a la producción de determinadas entradas brutas procedentes de operaciones de comercio exterior. Ley IET, artículo 3; artículo 942 del IRC. Según la descripción que figura en el informe del Grupo Especial sobre el cumplimiento, párrafo 2.3 y nota 23.

¹⁴⁸ Véase la Primera comunicación de los Estados Unidos, párrafo 73d; la Segunda comunicación de los Estados Unidos, párrafo 88; y la Primera comunicación de las Comunidades Europeas, párrafo 93.

¹⁴⁹ Primera comunicación, párrafo 88.

¹⁵⁰ Recordamos que el grupo especial establecido de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 en el presente caso, formuló una resolución diferenciada en el sentido de que el programa EVE/IET constituyó una infracción del *Acuerdo sobre la Agricultura*, además del *Acuerdo SMC*. El Órgano de Apelación confirmó esta constatación (informe del Órgano de Apelación de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21, apartado d) del párrafo 256). Observamos también, en lo que respecta a la deducción de los productos agrícolas a que se hace

la cobertura de productos del *Acuerdo sobre la Agricultura* de la OMC. El principal problema técnico que ello supone es que la definición de la OMC se basa en los productos, mientras que las definiciones por industrias suponen una mezcla de industrias de manufacturas y de servicios. Por ejemplo, en la Clasificación Industrial Normalizada de los Estados Unidos, la pesca está incluida en la categoría 090, pero también lo está la explotación de criaderos de peces y las conservas. (cuadro A.2)

b) Cobertura del *Acuerdo sobre la Agricultura*

A.25 El *Acuerdo sobre la Agricultura* incluye en su ámbito los capítulos 1 a 24 del SA, menos el pescado y los productos de pescado, más una serie de partidas de los capítulos 33, 35, 38, 41, 43, y 51 a 53.¹⁵¹ El pescado y los productos de pescado están incluidos en el capítulo 03 y las partidas 0509,1504,1603-05 y 2301.¹⁵²

c) Categorías Industriales Normalizadas de los Estados Unidos (SIC)

A.26 Los 13 sectores que se utilizan en el estudio de las Comunidades Europeas han de ser agregados de acuerdo con la clasificación SIC de los Estados Unidos. Como en esta clasificación se trata de categorías de industrias, se mezclan tanto industrias de servicios como de manufactura. Los sectores en que se incluyen los productos agrícolas son los siguientes: agricultura, otros productos no manufacturados, alimentos y tabaco.

A.27 La industria de los productos no manufacturados, según la clasificación SIC de los Estados Unidos, incluye la minería, la silvicultura y la pesca, actividades que no forman parte, ninguna de ellas, de la definición de agricultura según la OMC. El pescado y los productos de pescado están incluidos en la SIC de los Estados Unidos dentro de la categoría de otros productos alimenticios (209). Por consiguiente, para calcular la subvención total han de deducirse los ingresos exentos que estén relacionados con esa categoría.

A.28 Aislar los ingresos exentos correspondientes a la categoría SIC 209 de los Estados Unidos es una labor problemática ya que el único grado de desglose de los ingresos exentos de que han dispuesto los Árbitros es el correspondiente al nivel de 13 sectores utilizado en el modelo de las Comunidades Europeas. En nuestra opinión, sólo hay dos opciones para estimar el contenido de una definición de la agricultura compatible con la OMC: o bien deducir los productos alimenticios del cálculo total, con lo que se infraestimaría el valor total, o incluir los productos alimenticios, con lo que se supraestimaría el cálculo general.

A.29 Se ha elegido el segundo planteamiento para el cálculo, ya que el pescado y los productos de pescado están clasificados dentro de la categoría otros productos alimenticios. Esta clasificación implica que, por definición, estos productos no pueden ser unos productos definitorios dentro de la clasificación. Se presupone que si hubieran tenido suficiente importancia dentro de esa categoría en términos de producción se les habría asignado un código de clasificación específico. Reconocemos que este planteamiento no es perfecto, en especial si se tiene en cuenta que estas categorías no se estructuraron en función de los sectores fundamentales que utilizan el programa EVE. Resulta totalmente posible que una cuantía significativa de los ingresos exentos atribuibles a la categoría de

aquí referencia, que si se hiciera una evaluación diferenciada del nivel de anulación o menoscabo resultante de la infracción del *Acuerdo sobre la Agricultura*, tal evaluación podría servir de base diferenciada para la suspensión de concesiones, la cual en ningún caso disminuiría el derecho a adoptar contramedidas en virtud del *Acuerdo SMC*.

¹⁵¹ Véase el *Acuerdo sobre la Agricultura*, Anexo 1.

¹⁵² Véase *Tareas inacabadas*, de la OMC.

los productos alimenticios proceda de la categoría que abarca el pescado y los productos de pescado, pero es imposible cuantificar esa cifra sin disponer de los datos pertinentes.

d) Conclusión

A.30 A falta de información que nos permita diferenciar el pescado y los productos de pescado dentro de la categoría de productos alimenticios, el componente no agrícola de la subvención se podrá calcular sustrayendo los ingresos exentos atribuibles a las industrias de la agricultura, los productos alimenticios y el tabaco.

4. Nuevo cálculo del valor de la subvención

A.31 De acuerdo con la sección anterior, el cuadro A.3 muestra la distribución sectorial de los ingresos exentos. Si se sustraen los ingresos exentos atribuibles a la agricultura, los productos alimenticios y el tabaco resulta un valor total de 5.843,2 millones de dólares. Esta suma puede utilizarse a continuación para calcular el valor estimado de la subvención en 2000, utilizándose para ello las metodologías propuestas por las Comunidades Europeas y los Estados Unidos, que se obtiene multiplicando la cuantía de los ingresos exentos por 0,65.

A.32 La subvención estimada si se utiliza la metodología de los Estados Unidos, es, por consiguiente, de 3.798 millones de dólares (cuadro A.1). Si se utiliza el mismo procedimiento con la metodología propuesta por las Comunidades Europeas el resultado es unos ingresos exentos de 7.860 millones de dólares y una estimación correspondiente de la subvención global de 5.332 millones de dólares.

C. CONCLUSIÓN

A.33 Teniendo en cuenta las cifras a las que se llega a partir de estos cálculos, observamos que la cuantía final de la subvención según el planteamiento de los Estados Unidos es de 3.739 millones, mientras que la cuantía final según el planteamiento de las Comunidades Europeas es de 5.332 millones.

A.34 Consideramos que ambos cálculos tienen ventajas e inconvenientes. Recordamos también que no se espera de nosotros que calculemos una cuantía exacta sino que determinemos si la cuantía de las contramedidas propuestas por las Comunidades Europeas, una suma de 4.043 millones, es apropiada. En estas circunstancias, constatamos que la cuantía de 4.043 millones de dólares que entra dentro de la gama de los valores razonables que se calculan sobre la base de las metodologías de las respectivas partes, se puede considerar una aproximación razonable al valor real de la subvención durante el año 2000.

Cuadro A.1 – Cálculo del valor de la subvención durante el año 2000

	Estados Unidos	Comunidades Europeas
Tasa de crecimiento de la utilización del régimen EVE	.01 anual	.106886 anual
Ingresos exentos en 2000 por el régimen EVE		
Exportaciones totales de los Estados Unidos*	781.918 millones de dólares	781.918 millones
Valor de la subvención sin ajustes en 2000	3.869 millones	5.577 millones
Ajustes		
Servicios (-0,57 %)	22 millones	
Ajuste por la Ley IET (+7,2%)	278 millones	401 millones
Valor estimado con la agricultura	4.125 millones	5. 988 millones
Valor estimado sin la agricultura	3.739 millones	5.332millones

* Fuente: OMC (2002), www.wto.org

Cuadro A.2 – Clasificación Industrial Normalizada de los Estados Unidos

Agricultura	
010	Producción agrícola – cultivos
020	Producción agrícola – animales vivos y especialidades del reino animal.
070	Servicios agrícolas
Silvicultura y pesca	
080	Silvicultura
090	Pesca, caza y caza con trampas
Alimentos y productos afines	
201	Productos de carne
202	Productos lácteos
203	Frutas y legumbres y hortalizas en conserva
204	Productos de molinería.
205	Productos de panadería
208	Bebidas
209	Otros alimentos y productos afines
210	Tabaco

Cuadro A.3 – Ingresos exentos antes de impuestos (millones de dólares)

	1996	2000 según los Estados Unidos	2000 según las Comunidades Europeas
Agricultura	118,7	165,3	222,9
Otros productos no manufacturados	435,6	644,8	818,3
Productos alimenticios	153,3	214,2	287,9
Tabaco	153,6	214,2	288,5
Madera	30,3	42,1	56,9
Papel	74,5	103,7	139,9
Productos químicos	729,8	1.018,2	1.370,9
Caucho	24,4	33,8	45,8
Metales primarios	44,2	61,6	83,0
Metales fabricados	59,9	83,4	112,5
Maquinaria no eléctrica	742,5	1.036,3	1.394,8
Maquinaria eléctrica	911,7	1.272,2	1.712,6
Equipo de transporte	644,3	898,8	1.210,3
Instrumentos científicos	254,4	355,4	478,0
Otras manufacturas	137,0	202,1	257,3
TOTAL	4.513,9	6.346,1	8.479,5
Total de productos no agrícolas	4.088,4	5.752,4	7.680,2

Fuente: OMC, tomando como base las comunicaciones de las partes.