



**ESTADOS UNIDOS - INCENTIVOS FISCALES CONDICIONALES
PARA GRANDES AERONAVES CIVILES**

AB-2016-8

Informe del Órgano de Apelación

Índice

Página

1 INTRODUCCIÓN	5
2 ARGUMENTOS DE LOS PARTICIPANTES.....	9
3 ARGUMENTOS DE LOS TERCEROS PARTICIPANTES	9
4 CUESTIONES PLANTEADAS EN ESTA APELACIÓN	9
5 ANÁLISIS REALIZADO POR EL ÓRGANO DE APELACIÓN.....	10
5.1 Interpretación del párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC	11
5.2 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación del párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC.....	16
5.3 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en la aplicación del párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC en el contexto de su análisis de la supeditación <i>de jure</i> respecto de la primera disposición relativa a la ubicación	21
5.4 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC, o en el marco del artículo 11 del ESD, en el contexto de su análisis de la supeditación <i>de jure</i> respecto de la segunda disposición relativa a la ubicación	24
5.5 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en su análisis de la supeditación <i>de facto</i> en el marco del párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC.....	29
6 CONSTATAIONES Y CONCLUSIONES.....	39

ABREVIATURAS UTILIZADAS EN EL PRESENTE INFORME

Abreviatura	Denominación completa
Acuerdo SMC	Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias
B&O	negocios y actividades
ESD	Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias
ESSB 5952	Proyecto de ley sustitutivo 5952 del Senado en su forma aprobada, capítulo 2, Legislación del tercer período extraordinario de sesiones de 2013, Wash. Sess. Laws, 2014, volumen 2, codificado en el <i>Código Revisado de Washington</i> (Prueba documental EU-3 presentada al Grupo Especial)
GATT de 1994	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994
ICC	información comercial confidencial
informe del Grupo Especial	informe del Grupo Especial, <i>Estados Unidos - Incentivos fiscales condicionales para grandes aeronaves civiles</i> , WT/DS487/R
medidas fiscales aeroespaciales	El tipo del impuesto aeroespacial B&O y una serie de otras bonificaciones o exenciones fiscales relativas a las actividades de desarrollo de productos, los impuestos sobre la propiedad y sobre el arrendamiento y los impuestos sobre las ventas y sobre la utilización
OMC	Organización Mundial del Comercio
OSD	Órgano de Solución de Diferencias
primera disposición relativa a la ubicación	ESSB 5952 (Prueba documental EU-3 presentada al Grupo Especial), artículo 2
Procedimientos de trabajo	Procedimientos de trabajo para el examen en apelación, WT/AB/WP/6, 16 de agosto de 2010
segunda disposición relativa a la ubicación	ESSB 5952 (Prueba documental EU-3 presentada al Grupo Especial), artículos 5-6(11)(e)(ii)
tipo del impuesto aeroespacial B&O	tipo del impuesto B&O aplicable a las actividades empresariales concernientes a la fabricación y venta de aviones comerciales
Washington	estado de Washington

ASUNTOS CITADOS EN EL PRESENTE INFORME

Título abreviado	Título completo y referencia
<i>Canadá - Aeronaves</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Canadá - Medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles</i> , WT/DS70/AB/R, adoptado el 20 de agosto de 1999
<i>Canadá - Aeronaves (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Canadá - Medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles - Recurso del Brasil al párrafo 5 del artículo 21 del ESD</i> , WT/DS70/AB/RW, adoptado el 4 de agosto de 2000
<i>Canadá - Automóviles</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Canadá - Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil</i> , WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R, adoptado el 19 de junio de 2000
<i>CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Comunidades Europeas y determinados Estados miembros - Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles</i> , WT/DS316/AB/R, adoptado el 1º de junio de 2011
<i>CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)</i>	<i>Comunidades Europeas y determinados Estados miembros - Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles - Recurso de los Estados Unidos al párrafo 5 del artículo 21 del ESD</i> , WT/DS316/RW y Add.1, distribuido a los Miembros de la OMC el 22 de septiembre de 2016 [informe del Grupo Especial que actualmente es objeto de apelación]
<i>Estados Unidos - Acero al carbono (India)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Medidas compensatorias sobre determinados productos planos de acero al carbono laminado en caliente procedentes de la India</i> , WT/DS436/AB/R, adoptado el 19 de diciembre de 2014
<i>Estados Unidos - Continuación de la reducción a cero</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Continuación de la existencia y aplicación de la metodología de reducción a cero</i> , WT/DS350/AB/R, adoptado el 19 de febrero de 2009
<i>Estados Unidos - Incentivos fiscales</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Estados Unidos - Incentivos fiscales condicionales para grandes aeronaves civiles</i> , WT/DS487/R y Add.1, distribuido a los Miembros de la OMC el 28 de noviembre de 2016
<i>Estados Unidos - Medidas antidumping relativas a las tuberías para perforación petrolera</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Medidas antidumping relativas a las tuberías para perforación petrolera procedentes de México</i> , WT/DS282/AB/R, adoptado el 28 de noviembre de 2005
<i>Estados Unidos - Superfund</i>	Informe del Grupo Especial del GATT, <i>Estados Unidos - Impuestos sobre el petróleo y sobre determinadas sustancias importadas</i> , L/6175, adoptado el 17 de junio de 1987, IBDD 34S/157

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO
ÓRGANO DE APELACIÓN

Estados Unidos - Incentivos fiscales condicionales para grandes aeronaves civiles

Estados Unidos, *Apelante/Apelado*
Unión Europea, *Otro apelante/Apelado*

Australia, *Tercero participante*
Brasil, *Tercero participante*
Canadá, *Tercero participante*
China, *Tercero participante*
Corea, *Tercero participante*
Japón, *Tercero participante*
Rusia, *Tercero participante*

AB-2016-8

Sección del Órgano de Apelación:

Graham, Presidente de la Sección
Servansing, Miembro
Van den Bossche, Miembro

1 INTRODUCCIÓN

1.1. Los Estados Unidos y la Unión Europea apelan cada uno respecto de determinadas cuestiones de derecho tratadas e interpretaciones jurídicas formuladas en el informe del Grupo Especial que se ocupó del asunto *Estados Unidos - Incentivos fiscales condicionales para grandes aeronaves civiles*¹ (informe del Grupo Especial). El Grupo Especial se estableció el 23 de febrero de 2015 para examinar una reclamación presentada por la Unión Europea² con respecto a medidas adoptadas por los Estados Unidos relativas a determinados incentivos fiscales para grandes aeronaves civiles.

1.2. Ante el Grupo Especial la Unión Europea impugnó determinadas medidas fiscales establecidas por el estado de Washington (Washington), modificadas por el Proyecto de ley sustitutivo 5952 del Senado en su forma aprobada³ (ESSB 5952), en particular: i) una reducción del tipo del impuesto sobre negocios y actividades (B&O) aplicable a las actividades empresariales concernientes a la fabricación y venta de aviones comerciales (tipo del impuesto aeroespacial B&O); y ii) una serie de otras bonificaciones o exenciones fiscales relativas a las actividades de desarrollo de productos, los impuestos sobre la propiedad y sobre el arrendamiento y los impuestos sobre las ventas y sobre la utilización -conjuntamente, las "medidas fiscales aeroespaciales"-.⁴ La Unión Europea alegó que esos incentivos fiscales están prohibidos en virtud de los párrafos 1 b) y 2 del artículo 3 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (Acuerdo SMC) dado que son subvenciones supeditadas al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados.⁵

1.3. La Unión Europea identificó dos disposiciones "relativas a la ubicación" en el ESSB 5952 que rigen la disponibilidad de los incentivos fiscales impugnados.⁶ La primera disposición relativa a la ubicación atañe a todas las medidas fiscales aeroespaciales y establece que los incentivos fiscales surtirán efecto "a condición de que un programa de fabricación de aviones comerciales significativo se ubique" en Washington.⁷ Ambas partes estuvieron de acuerdo en que la primera disposición relativa a la ubicación se ha cumplido con respecto al programa de la aeronave 777X de Boeing, y que, en consecuencia, los incentivos fiscales impugnados están en vigor.⁸ La segunda disposición

¹ WT/DS487/R, 28 de noviembre de 2016.

² Solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por la Unión Europea el 12 de febrero de 2015, WT/DS487/2.

³ Proyecto de ley sustitutivo 5952 del Senado en su forma aprobada, capítulo 2, Legislación del tercer período extraordinario de sesiones de 2013, *Wash. Sess. Laws*, 2014, volumen 2, codificado en el *Código Revisado de Washington* (ESSB 5952) (Prueba documental EU-3 presentada al Grupo Especial). (Informe del Grupo Especial, párrafos 2.1 y 7.15).

⁴ Informe del Grupo Especial, sección 7.3.1.

⁵ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1 y 7.3.

⁶ Informe del Grupo Especial, sección 7.3.2.

⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.28 (donde se cita el ESSB 5952 (Prueba documental EU-3 presentada al Grupo Especial), artículo 2).

⁸ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.31 y 7.33.

relativa a la ubicación se refiere solamente a la continuación de la disponibilidad del tipo del impuesto aeroespacial B&O, y dispone que el tipo impositivo reducido dejará de aplicarse si el Departamento de Rentas de Washington determina "que cualquier montaje final o montaje del ala de cualquier versión o variante de un avión comercial que sea la base de la ubicación de un programa de fabricación de aviones comerciales significativo" con arreglo a la primera disposición relativa a la ubicación se ha ubicado fuera de Washington.⁹

1.4. En su informe, distribuido a los Miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC) el 28 de noviembre de 2016, el Grupo Especial constató que cada una de las medidas fiscales aeroespaciales en litigio constituye una subvención en el sentido del artículo 1 del Acuerdo SMC.¹⁰ Asimismo, constató que, aunque la Unión Europea no hubiera demostrado que ninguna de las medidas fiscales aeroespaciales esté supeditada *de jure* al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados respecto de las disposiciones primera o segunda relativas a la ubicación previstas en el ESSB 5952, consideradas conjuntamente o por separado¹¹, el tipo del impuesto aeroespacial B&O para la fabricación o venta de aviones comerciales en el marco del programa de la aeronave 777X de Boeing es una subvención supeditada *de facto* al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC.¹² Por consiguiente, el Grupo Especial también constató que los Estados Unidos habían actuado de manera incompatible con el párrafo 2 del artículo 3 del Acuerdo SMC.¹³

1.5. El 5 de diciembre de 2016, el Órgano de Apelación recibió una carta de la Unión Europea en que se hacía referencia a una apelación inminente en esta diferencia, a la apelación en curso en *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)* (DS316), y a la apelación prevista en el asunto *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación) (párrafo 5 del artículo 21 - CE)* (DS353). Remitiéndose a los párrafos 1 y 2 de la Regla 16 de los Procedimientos de trabajo para el examen en apelación¹⁴ (Procedimientos de trabajo) y al artículo 9 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD), la Unión Europea solicitó que los calendarios de estas tres apelaciones se armonizaran en la mayor medida posible y que las fechas de las audiencias fueran lo suficientemente próximas, de manera que no se resolviera efectivamente en una apelación una cuestión específica antes de que fuera abordada la cuestión conexa en una de las otras apelaciones. El Presidente del Órgano de Apelación invitó a la otra parte en estas diferencias, los Estados Unidos, y a los terceros a que presentaran observaciones el 9 de diciembre de 2016 a más tardar. Los Estados Unidos adujeron que la solicitud de la Unión Europea no encontraba apoyo en el ESD ni en los Procedimientos de trabajo, y que daría lugar a demoras en los procedimientos, pero señalaron que estaban dispuestos a considerar propuestas para que se fijaran plazos para la presentación de las comunicaciones y fechas para la celebración de las audiencias de una manera que permitiera que los participantes y terceros participantes en cada diferencia defendieran efectivamente sus posiciones en apelación, y que el Órgano de Apelación examinara íntegramente las cuestiones planteadas.¹⁵ Se invitó a los participantes y a los terceros a que presentaran observaciones adicionales a más tardar el 16 de diciembre de 2016. La Unión Europea reiteró su solicitud de que las fechas de las audiencias de estas apelaciones fueran lo suficientemente próximas, pero señaló que le parecía adecuado que el Órgano de Apelación determinara lo que eso significaría en la práctica.¹⁶ Mediante carta de fecha 22 de diciembre de 2016, el Órgano de Apelación indicó que tendría en cuenta la solicitud de la Unión Europea, así como las observaciones recibidas, durante los procedimientos de apelación en estas tres diferencias.

1.6. El 16 de diciembre de 2016, los Estados Unidos notificaron al Órgano de Solución de Diferencias (OSD), de conformidad con el párrafo 4 del artículo 16 y el artículo 17 del ESD, su intención de apelar respecto de determinadas cuestiones de derecho tratadas en el informe del

⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.32 (donde se cita el ESSB 5952 (Prueba documental EU-3 presentada al Grupo Especial), artículos 5-6(11)(e)(ii)), y párrafo 7.33.

¹⁰ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.165 y 8.1.a.

¹¹ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.297, 7.311, 7.317 y 8.1.b.

¹² Informe del Grupo Especial, párrafos 7.369 y 8.1.c.

¹³ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.2.

¹⁴ WT/AB/WP/6, 16 de agosto de 2010.

¹⁵ También se recibieron observaciones del Canadá, China y el Japón.

¹⁶ También se recibieron observaciones de los Estados Unidos y Australia.

Grupo Especial y determinadas interpretaciones jurídicas formuladas por este, y presentaron un anuncio de apelación¹⁷ de conformidad con la Regla 20 de los Procedimientos de trabajo.

1.7. También el 16 de diciembre de 2016, el Órgano de Apelación recibió una carta conjunta de la Unión Europea y los Estados Unidos en la que solicitaban a la Sección que entienda en esta apelación que adoptara un procedimiento adicional para proteger la información comercial confidencial (ICC) en este procedimiento de apelación. En su carta, la Unión Europea y los Estados Unidos aducían que en este procedimiento es necesario un procedimiento relativo a la ICC para evitar el riesgo indebido de divulgación perjudicial de información confidencial particularmente sensible facilitada por los Estados Unidos al Grupo Especial, y proponían que el procedimiento adicional adoptado por el Órgano de Apelación en la apelación en curso en *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)* (DS316), con ajustes para suprimir las referencias a la información comercial sumamente sensible, sirviera de base para toda resolución de procedimiento sobre confidencialidad que se adoptara en este procedimiento de apelación.

1.8. El mismo día, el Presidente del Órgano de Apelación envió una carta a los participantes y a los terceros en la que indicaba que la Sección que entienda en esta apelación había decidido suspender los plazos que de otra forma se aplicarían en virtud de los Procedimientos de trabajo para la presentación de comunicaciones y otros documentos en esta apelación. En nombre de la Sección, el Presidente del Órgano de Apelación invitó a los terceros a que, a más tardar el 20 de diciembre de 2016, formularan observaciones por escrito sobre la solicitud conjunta de la Unión Europea y los Estados Unidos. Australia presentó observaciones escritas, en las que indicaba que no se oponía a la solicitud conjunta, siempre que el procedimiento propuesto no se aplicara de manera que restringiera indebidamente la capacidad de los terceros participantes para tener un acceso razonable a la información, o para participar de manera significativa en el procedimiento. Teniendo en cuenta los argumentos formulados por los participantes y las observaciones de Australia, el Presidente del Órgano de Apelación, en nombre de la Sección que entienda en esta apelación, emitió el 22 de diciembre de 2016 una resolución de procedimiento por la que se adoptaba un procedimiento adicional para proteger la confidencialidad de la ICC en este procedimiento de apelación.¹⁸ El mismo día, la Sección facilitó a los participantes y a los terceros un calendario de trabajo para la apelación, en el que se establecían las fechas para la presentación de comunicaciones escritas.

1.9. El 5 de enero de 2017, el Presidente del Órgano de Apelación recibió una comunicación de los Estados Unidos en la que solicitaban que la Sección modificara el plazo para la presentación de su comunicación del apelante. Basándose en el párrafo 2 de la Regla 16 de los Procedimientos de trabajo, los Estados Unidos mantuvieron que las circunstancias excepcionales de este procedimiento justificaban que el plazo se prorrogara del 10 al 17 de enero de 2017. El mismo día, el Presidente del Órgano de Apelación, en nombre de la Sección que entienda en esta apelación, invitó a la Unión Europea y a los terceros a que formularan observaciones por escrito sobre la solicitud de los Estados Unidos. La Unión Europea indicó que, en principio, no se oponía a dicha solicitud, pero observó que los Estados Unidos habían tenido más de cinco meses desde la recepción del informe definitivo del Grupo Especial para preparar su comunicación del apelante, y que los plazos en esta diferencia estaban sujetos al régimen acelerado exigido por el párrafo 12 del artículo 4 del Acuerdo SMC. No se recibió ninguna observación de los terceros.

1.10. El 6 de enero de 2017, el Presidente del Órgano de Apelación, en nombre de la Sección que entienda en esta apelación, emitió una resolución de procedimiento¹⁹ en la que la Sección observó que: i) en circunstancias normales -es decir, si el calendario no se hubiera revisado para permitir la adopción del procedimiento adicional destinado a proteger la ICC- los Estados Unidos ya habrían preparado y presentado su comunicación del apelante el 16 de diciembre de 2016; ii) en el momento en que se solicitó el procedimiento adicional para proteger la ICC, los Estados Unidos no habían pedido más tiempo para preparar el contenido de su comunicación del apelante; iii) los plazos fijados para la presentación de las comunicaciones de los Estados Unidos en esta apelación y en *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (párrafo 5 del artículo 21 -*

¹⁷ WT/DS487/6.

¹⁸ La resolución de procedimiento de 22 de diciembre de 2016 figura en el anexo D-1 del addendum del presente informe, WT/DS487/AB/R/Add.1.

¹⁹ La resolución de procedimiento de 6 de enero de 2017 figura en el anexo D-2 del addendum del presente informe, WT/DS487/AB/R/Add.1.

Estados Unidos) no mermarían la capacidad de ese país para finalizar sus comunicaciones; iv) ya había habido una demora en el plazo debido al cierre de fin de año de la OMC; y v) los propios Estados Unidos habían indicado que su comunicación del apelante no sería excepcionalmente extensa. Por estas razones, la Sección denegó la solicitud de los Estados Unidos, y confirmó el 10 de enero de 2017 como fecha de expiración del plazo para que estos presentaran su comunicación del apelante.

1.11. El 17 de enero de 2017, la Unión Europea notificó al OSD, de conformidad con el párrafo 4 del artículo 16 y el artículo 17 del ESD y el párrafo 8 del artículo 4 del Acuerdo SMC, su intención de apelar respecto de determinadas cuestiones de derecho tratadas en el informe del Grupo Especial y determinadas interpretaciones jurídicas formuladas por este, y presentó un anuncio de otra apelación²⁰ y una comunicación en calidad de otro apelante de conformidad con la Regla 23 de los Procedimientos de trabajo. El 8 de febrero de 2017, la Unión Europea y los Estados Unidos presentaron sendas comunicaciones del apelado.²¹ El 21 de febrero de 2017, Australia, el Brasil, el Canadá, China y el Japón presentaron sendas comunicaciones en calidad de tercero participante.²² El mismo día, Corea y Rusia notificaron, cada uno, su intención de comparecer en la audiencia en calidad de tercero participante.²³

1.12. Mediante carta de 3 de marzo de 2017, el Presidente del Órgano de Apelación notificó al Presidente del OSD que el Órgano de Apelación no podría distribuir su informe en esta apelación en el plazo de 30 días ni en el plazo de 60 días establecidos en el párrafo 9 del artículo 4 del Acuerdo SMC.²⁴ El Presidente del Órgano de Apelación explicó que ello se debía a varios factores, entre otros, el tiempo necesario para adoptar y cumplir procedimientos adicionales destinados a proteger la ICC, las consiguientes prórrogas de los plazos para presentar las comunicaciones, las cuestiones coincidentes identificadas por los participantes en procedimientos paralelos, así como la considerable carga de trabajo a que hacía frente el Órgano de Apelación, la superposición en la composición de las Secciones que entienden en varias apelaciones concurrentes y la insuficiencia de personal en la Secretaría del Órgano de Apelación.

1.13. El 1º de junio de 2017, la Sección recibió una comunicación de los Estados Unidos en la que proponían un procedimiento adicional para proteger la ICC durante la audiencia y solicitaban la observación por el público de las declaraciones iniciales formuladas en la audiencia. El mismo día, la Sección invitó a la Unión Europea y a los terceros participantes a que formularan observaciones por escrito sobre la solicitud de los Estados Unidos. La Unión Europea expresó su apoyo a dicha solicitud, pero señaló que correspondía al Órgano de Apelación decidir si aún se disponía de tiempo suficiente para organizar la observación de las declaraciones iniciales por el público. Australia apoyó la solicitud de los Estados Unidos, e indicó que consideraba que esta contribuía a aportar transparencia y protegía adecuadamente la ICC. El Brasil expresó su preocupación en relación con la cuestión de si la solicitud era oportuna y sobre las medidas que podrían requerirse para cumplirla. China sostuvo que la solicitud de los Estados Unidos de excluir de la sesión de preguntas y respuestas a las personas no autorizadas de los terceros participantes con respecto a la ICC limitaría significativamente la capacidad de estos para participar plenamente en la audiencia. No se recibió ninguna observación de los demás terceros participantes.

1.14. El 2 de junio de 2017, la Sección emitió una resolución de procedimiento²⁵ con respecto a la solicitud de los Estados Unidos. En esa resolución, la Sección indicó que, conforme a lo dispuesto en su resolución de procedimiento de 22 de diciembre de 2016 sobre la protección de la ICC, se invitaba a asistir a la sesión de la audiencia en la que podría examinarse la ICC a las personas autorizadas de los terceros participantes con respecto a la ICC. La Sección consideró que ello bastaba para que los terceros participantes pudieran estar adecuadamente representados en la audiencia. Con respecto a la solicitud de los Estados Unidos relativa a la observación por el público de las declaraciones iniciales formuladas en la audiencia, la Sección expresó su profunda

²⁰ WT/DS487/7.

²¹ De conformidad con la Regla 22 y el párrafo 4 de la Regla 23 de los Procedimientos de trabajo.

²² De conformidad con el párrafo 1 de la Regla 24 de los Procedimientos de trabajo.

²³ De conformidad con los párrafos 4 y 2, respectivamente, de la Regla 24 de los Procedimientos de trabajo. La India no es un tercero participante en este procedimiento de apelación dado que no presentó una comunicación escrita con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 1 de la Regla 24 de los Procedimientos de trabajo ni compareció en la audiencia.

²⁴ WT/DS487/8/Rev.1.

²⁵ La resolución de procedimiento de 2 de junio de 2017 figura en el anexo D-3 del addendum del presente informe, WT/DS487/AB/R/Add.1.

preocupación en cuanto a si esa solicitud era oportuna y, si bien decidió, por mayoría, acceder excepcionalmente a la solicitud de los Estados Unidos, apoyada por la Unión Europea, también subrayó la importancia de que los participantes que desearan solicitar la observación por el público de toda la audiencia o parte de ella en una diferencia lo hicieran oportunamente, teniendo en cuenta los derechos de los demás participantes y los terceros participantes relativos al debido proceso y la carga que eso representaría para los recursos de la Secretaría de la OMC. Por tanto, la Sección adoptó, en su resolución de procedimiento, procedimientos adicionales relativos a la celebración de la audiencia, entre otros, un procedimiento relativo a la observación por el público de las declaraciones iniciales de las delegaciones de los Miembros que estuvieran de acuerdo en que sus declaraciones sean públicas.

1.15. La audiencia de la presente apelación se celebró el 6 de junio de 2017. Los participantes y terceros participantes (a excepción de Rusia) hicieron declaraciones orales y respondieron a las preguntas formuladas por los Miembros de la Sección del Órgano de Apelación que entiende en la apelación. La proyección al público en diferido de las declaraciones iniciales de los participantes y los terceros participantes (a excepción del Brasil y China) tuvo lugar el 5 de julio de 2017.

1.16. El 9 de agosto de 2017, la Sección comunicó a los participantes y a los terceros participantes que no había estimado necesario incluir ICC en el informe del Órgano de Apelación en la presente apelación. El 28 de agosto de 2017, la Sección proporcionó por adelantado una copia confidencial del informe a los participantes, y los participantes confirmaron que no se había incluido inadvertidamente ICC en el informe. El 31 de agosto de 2017, el Presidente del Órgano de Apelación informó al Presidente del OSD de que el informe del Órgano de Apelación en el presente procedimiento se distribuiría el 4 de septiembre de 2017.²⁶

2 ARGUMENTOS DE LOS PARTICIPANTES

2.1. Las alegaciones y argumentos de los participantes están reflejados en los resúmenes de sus comunicaciones escritas facilitados al Órgano de Apelación.²⁷ Los anuncios de apelación y de otra apelación, así como los resúmenes de las alegaciones y argumentos de los participantes, figuran en los anexos A y B del addendum del presente informe, WT/DS487/AB/R/Add.1.

3 ARGUMENTOS DE LOS TERCEROS PARTICIPANTES

3.1. Los argumentos de los terceros participantes que presentaron una comunicación escrita están reflejados en los resúmenes de esas comunicaciones facilitados al Órgano de Apelación²⁸, y figuran en el anexo C del addendum del presente informe, WT/DS487/AB/R/Add.1.

4 CUESTIONES PLANTEADAS EN ESTA APELACIÓN

4.1. En esta apelación se plantean las siguientes cuestiones:

- a. con respecto a la interpretación por el Grupo Especial del párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC en el contexto de sus análisis de la supeditación *de jure* respecto de las disposiciones primera y segunda relativas a la ubicación, y de su análisis de la supeditación *de facto* respecto de la primera disposición relativa a la ubicación:
 - i. si el Grupo Especial incurrió en error al articular un criterio jurídico que exigía el empleo de productos nacionales excluyendo por completo los productos importados (cuestión planteada por la Unión Europea);
- b. con respecto a la aplicación por el Grupo Especial del párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC en el contexto de su análisis de la supeditación *de jure* respecto de la primera disposición relativa a la ubicación:

²⁶ WT/DS487/9.

²⁷ De conformidad con la comunicación del Órgano de Apelación relativa a los "Resúmenes de las comunicaciones escritas en los procedimientos de apelación" y a las "Directrices con respecto a los resúmenes de las comunicaciones escritas en los procedimientos de apelación" (WT/AB/23, 11 de marzo de 2015).

²⁸ De conformidad con la comunicación del Órgano de Apelación relativa a los "Resúmenes de las comunicaciones escritas en los procedimientos de apelación" y a las "Directrices con respecto a los resúmenes de las comunicaciones escritas en los procedimientos de apelación" (WT/AB/23, 11 de marzo de 2015).

- i. si el Grupo Especial incurrió en error al constatar que la primera disposición relativa a la ubicación no exige, ni expresamente ni porque se desprenda necesariamente de sus términos, que Boeing emplee productos nacionales con preferencia a los importados (cuestión planteada por la Unión Europea);
- c. con respecto a la aplicación por el Grupo Especial del párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC en el contexto de su análisis de la supeditación *de jure* respecto de la segunda disposición relativa a la ubicación:
 - i. si el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 1 b) del artículo 3 restringiendo indebidamente el alcance de las pruebas sobre la base de las cuales evaluó la supeditación *de jure* respecto de la segunda disposición relativa a la ubicación (cuestión planteada por la Unión Europea); y
 - ii. si el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva del asunto de conformidad con el artículo 11 del ESD al hacer una lectura indebida de la segunda disposición relativa a la ubicación (cuestión planteada por la Unión Europea);
- d. con respecto al análisis de la supeditación *de facto* hecho por el Grupo Especial en el marco del párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC:
 - i. si el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación y aplicación del párrafo 1 b) del artículo 3 al constatar que la medida, en particular la segunda disposición relativa a la ubicación, refleja una condición que exige el empleo de productos nacionales con preferencia a los importados (cuestión planteada por los Estados Unidos); y
 - ii. si el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva del asunto de conformidad con el artículo 11 del ESD respecto de diversos aspectos de su razonamiento (cuestión planteada por los Estados Unidos y la Unión Europea).

5 ANÁLISIS REALIZADO POR EL ÓRGANO DE APELACIÓN

5.1. La Unión Europea y los Estados Unidos apelan diferentes constataciones del Grupo Especial.

5.2. En su apelación, la Unión Europea impugna las constataciones del Grupo Especial de que la Unión Europea no demostró que las disposiciones primera y segunda relativas a la ubicación, consideradas por separado o conjuntamente, hagan que las medidas fiscales aeroespaciales de los Estados Unidos estén supeditadas *de jure*, o que la primera disposición relativa a la ubicación haga que dichas medidas estén supeditadas *de facto*, al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados, en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC. En particular, la Unión Europea aduce que el Grupo Especial incurrió en error: i) en su interpretación y aplicación del párrafo 1 b) del artículo 3, al no constatar que la primera disposición relativa a la ubicación hace que las medidas fiscales aeroespaciales estén supeditadas *de jure* al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados; ii) en su interpretación del párrafo 1 b) del artículo 3, y por no hacer una evaluación objetiva del asunto en el sentido del artículo 11 del ESD, al no constatar que la primera disposición relativa a la ubicación hace que las medidas fiscales aeroespaciales estén supeditadas *de facto* al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados; y iii) en su interpretación y aplicación del párrafo 1 b) del artículo 3, y por no hacer una evaluación objetiva del asunto en el sentido del artículo 11 del ESD, al no constatar que la segunda disposición relativa a la ubicación hace que el tipo del impuesto aeroespacial B&O esté supeditado *de jure* al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados.

5.3. Por su parte, los Estados Unidos apelan la constatación del Grupo Especial de que, con respecto a las disposiciones primera y segunda relativas a la ubicación, consideradas conjuntamente, el tipo del impuesto aeroespacial B&O es una subvención supeditada *de facto* al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC. En particular, los Estados Unidos aducen que el Grupo Especial incurrió en error: i) al interpretar y aplicar el párrafo 1 b) del artículo 3 como si prohibiera las subvenciones supeditadas a la ubicación nacional de las actividades de producción; ii) en su interpretación y aplicación del párrafo 1 b) del artículo 3, al constatar que el tipo del impuesto

aeroespacial B&O para el programa de la aeronave 777X de Boeing está supeditado al "empleo" de alas para el 777X, porque Boeing no "emple[a]" ni "emple[ará]" alas para producir el 777X; y iii) en su interpretación y aplicación del párrafo 1 b) del artículo 3, al constatar que la subvención está supeditada al empleo de alas "nacionales" con preferencia a las "importadas", porque no examinó el sentido de los términos "nacional" e "importado", ni si las alas resultantes del montaje del ala en Washington serían necesariamente "nacionales". Además, los Estados Unidos alegan que el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva del asunto en el sentido del artículo 11 del ESD.

5.4. Exponemos primero nuestra interpretación del párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC, antes de pasar a las alegaciones formuladas en apelación por la Unión Europea y los Estados Unidos.

5.1 Interpretación del párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC

5.5. El párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC dispone lo siguiente:

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

...

- b) las subvenciones supeditadas al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados, como condición única o entre otras varias condiciones.

En el párrafo 2 del artículo 3 se añade que "[n]ingún Miembro concederá ni mantendrá las subvenciones a que se refiere el párrafo 1".

5.6. El Acuerdo SMC distingue entre dos categorías de subvenciones: las subvenciones prohibidas (Parte II del Acuerdo) y las subvenciones recurribles (Parte III del Acuerdo). La concesión de subvenciones no está en sí misma y por sí misma prohibida por el Acuerdo SMC, ni implica automáticamente una incompatibilidad con ese Acuerdo.²⁹ Solo las subvenciones supeditadas a los resultados de exportación en el sentido del párrafo 1 a) del artículo 3 (comúnmente denominadas subvenciones a la exportación), o supeditadas al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados, en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 3 (comúnmente denominadas subvenciones para la sustitución de importaciones), están prohibidas *per se* en virtud del artículo 3 del Acuerdo SMC.³⁰ En cualquier caso, las subvenciones, si son específicas, están sujetas a las disciplinas establecidas en la Parte III del Acuerdo SMC; sin embargo, el Miembro reclamante debe demostrar la existencia de efectos desfavorables en el sentido del artículo 5 de dicho Acuerdo.

5.7. El párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC prohíbe las subvenciones cuya concesión esté "supeditada[] ... al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados" (en inglés, "contingent upon the use of domestic over imported goods"). El Órgano de Apelación ha constatado que el criterio jurídico para establecer la existencia de "supeditación" es el mismo en el marco del párrafo 1 b) del artículo 3 que en el marco del párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC.³¹ Dado que el sentido corriente de "supeditadas" es "condicionadas a" o "dependientes para su existencia de algo", una subvención estaría prohibida en virtud del párrafo 1 b) del artículo 3 si está "condicionada al", o "depende para su existencia del", empleo de productos nacionales con preferencia a los importados.³² Por lo tanto, una subvención estaría

²⁹ Véase el informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Aeronaves (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil)*, párrafo 47.

³⁰ De conformidad con el párrafo 3 del artículo 2 del Acuerdo SMC, toda subvención comprendida en las disposiciones del artículo 3 se considerará específica. Un Miembro reclamante que pueda demostrar la existencia de tal subvención prohibida no necesita demostrar que la subvención también causa efectos desfavorables para los intereses de otros Miembros en el sentido de los artículos 5 y 6 del Acuerdo SMC.

³¹ Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Automóviles*, párrafo 123.

³² Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Automóviles*, párrafo 123 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Aeronaves*, párrafo 166).

"supeditada" al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados si el empleo de esos productos fuera una condición, en el sentido de una exigencia³³, para recibir la subvención.³⁴

5.8. El Órgano de Apelación ha interpretado que la palabra "*use*" ("empleo") hace referencia a la acción de utilizar o emplear algo.³⁵ El párrafo 1 b) del artículo 3 no expone con detalle lo que constituye el "empleo de productos"; y esa expresión tampoco se define en otras disposiciones del Acuerdo SMC ni de los demás acuerdos abarcados.³⁶ A falta de otras orientaciones, el término "*use*" ("empleo") puede, según las circunstancias concretas, hacer referencia al consumo de un producto en el proceso de fabricación, pero también, por ejemplo, a la incorporación de un componente en un producto distinto, o al hecho de servir como herramienta en la producción de un producto.

5.9. El término "*goods*" ("productos") puede leerse como sinónimo de "*products*" (productos).³⁷ Ni el texto ni el contexto del párrafo 1 b) del artículo 3 ofrecen ninguna aclaración del tipo o la naturaleza de los productos que son objeto de dicha disposición.³⁸ Así pues, ese término puede hacer referencia a cualquier tipo de producto que pueda ser empleado por el receptor de la subvención, incluidas las partes o componentes que se incorporen en otro producto, los materiales o sustancias que se consuman en el proceso de producción de otro producto, o las herramientas o instrumentos que se empleen en el proceso de producción. En el párrafo 1 b) del artículo 3 el término "productos" está calificado por los adjetivos "nacionales" e "importados", lo que implica que los productos en cuestión deben ser al menos potencialmente comerciables. Sin embargo, el amplio alcance de los términos "empleo" y "productos" apoya la opinión de que el sentido del término "productos" no se circunscribe a los productos que son efectivamente objeto de comercio.

³³ Por ejemplo, el Órgano de Apelación observó en *Canadá - Automóviles* que la medida en litigio en dicho asunto sería incompatible con el párrafo 1 b) del artículo 3 si "la utilización de productos nacionales [fuera] absolutamente necesaria y, [por lo tanto], exigible como condición para la obtención" del derecho a beneficiarse de la medida. (Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Automóviles*, párrafo 130 (las cursivas figuran en el original)).

³⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Automóviles*, párrafo 126. La vinculación entre la "supeditación" y la "condicionalidad" también encuentra respaldo en el texto del párrafo 1 b) del artículo 3, que afirma que la supeditación a la sustitución de las importaciones puede ser la única o una "entre otras varias condiciones". (Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Aeronaves*, párrafo 166 (las cursivas son del Órgano de Apelación)). Como en el caso del párrafo 1 a) del artículo 3, esta "relación de condicionalidad o dependencia" se sitúa en el "núcleo mismo" del criterio jurídico contenido en el párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC. (Informes del Órgano de Apelación, *Canadá - Aeronaves*, párrafo 171; *Canadá - Aeronaves (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil)*, párrafo 47).

³⁵ Véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Acero al carbono (India)*, párrafo 4.374 y nota 1009 a dicho párrafo (donde se hace referencia al *Shorter Oxford English Dictionary*, sexta edición, A. Stevenson (editor) (Oxford University Press, 2007), volumen 2, página 3484).

³⁶ El término "*use*" aparece en diferentes contextos en los acuerdos abarcados. Por ejemplo, en la nota 61 del Anexo II del Acuerdo SMC los "insumos incorporados en el proceso de producción" se definen como "inputs physically incorporated, energy, fuels and oil used in the production process and catalysts which are consumed in the course of their use to obtain the exported product" ("los insumos materialmente incorporados, la energía, los combustibles y el petróleo que se utilizan en el proceso de producción y los catalizadores que se consumen al ser utilizados para obtener el producto exportado"), y en el apartado 3 del párrafo II del Anexo II los insumos "materialmente incorporados" se definen como "inputs ... used in the production process and ... physically present in the product exported" ("insumos ... utilizados en el proceso de producción y ... materialmente presentes en el producto exportado"). (sin cursivas en el original) Además, el artículo 2 del Acuerdo sobre el Comercio de Aeronaves Civiles exige que los signatarios supriman los derechos de aduana y las cargas de los productos clasificados en las partidas de los aranceles enumeradas en el Anexo I del Acuerdo, "if such products are for use in a civil aircraft and incorporation therein, in the course of its manufacture, repair, maintenance, rebuilding, modification or conversion" ("cuando dichos productos se destinen a ser utilizados en una aeronave civil e incorporados a ella durante su fabricación, reparación, mantenimiento, modificación o conversión"). (sin cursivas en el original)

³⁷ Esto se refleja también en las versiones auténticas del Acuerdo SMC en los otros idiomas: "*productos*" y "*products*" en los textos español y francés, respectivamente.

³⁸ Los términos "*goods*" y "*products*" figuran en diversas disposiciones a lo largo del Acuerdo SMC y otros acuerdos abarcados y no parecen restringirse a tipos específicos de productos, salvo que estén calificados. Así, por ejemplo, en el párrafo 3 d) del artículo 6 del Acuerdo SMC se hace referencia a un "producto primario ... subvencionado", y en la nota 46 al artículo 15 del Acuerdo SMC se define el "producto similar" como "un producto que sea idéntico, es decir, igual en todos los aspectos al producto de que se trate". (sin cursivas en el original) En los párrafos 2 y 4 del artículo III del GATT de 1994 también se hace referencia de manera general a "[l]os productos del territorio de todo Miembro importados en el de cualquier otro Miembro".

5.10. El párrafo 1 b) del artículo 3 no califica los términos "nacionales" e "importados". La interpretación de esos términos puede ser informada por el párrafo 4 del artículo III del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (GATT de 1994)³⁹, que se aplica a "[l]os productos del territorio de todo Miembro importados en el territorio de cualquier otro Miembro" y prescribe que los productos importados "no deberán recibir un trato menos favorable que el concedido a los productos similares de origen nacional". Así pues, con carácter general, puede entenderse que los productos "nacionales" son los productos originarios del territorio del Miembro pertinente, y los productos "importados" los productos que cruzan la frontera para entrar en el territorio de ese Miembro.

5.11. El término "over" ("con preferencia a") del párrafo 1 b) del artículo 3 es una preposición que expresa una preferencia entre dos cosas.⁴⁰ Esto se refleja también en las versiones auténticas del Acuerdo SMC en los otros idiomas, ya que en el texto en francés del párrafo 1 b) del artículo 3 se dice "*subventions subordonnées ... à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés*", y en el texto en español "*las subvenciones supeditadas al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados*".⁴¹ En el contexto de la frase "*contingent ... upon the use of domestic over imported goods*" ("supeditadas al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados"), el término "over" hace referencia, por lo tanto, al empleo de productos nacionales con preferencia a, o en lugar de, productos importados.

5.12. En lo que concierne al término "supeditación", el Órgano de Apelación declaró en *Canadá - Automóviles* que el párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC abarca tanto la supeditación *de jure* como *de facto*.⁴² En *Canadá - Aeronaves*, el Órgano de Apelación señaló también que el criterio jurídico expresado por el término "supeditadas" es el mismo cuando la supeditación es *de jure* y cuando es *de facto*.⁴³ Una subvención estará supeditada *de jure* al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados "cuando ... la existencia de esa condición [pueda demostrarse] a partir de los propios términos de la ley, reglamento u otro instrumento legal que establezca la medida", o "se desprenda necesariamente de los términos empleados en la medida".⁴⁴ Demostrar la supeditación *de facto* "es mucho más difícil".⁴⁵ Como el Órgano de Apelación indicó en el contexto del párrafo 1 a) del artículo 3, la existencia de supeditación *de facto* "debe inferirse de la configuración total de los hechos que constituyen la concesión de la subvención y la rodean, ninguno de los cuales será probablemente decisivo por sí solo en ningún caso determinado".⁴⁶ En *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, el Órgano de Apelación hizo referencia a varios factores que pueden ser pertinentes a este respecto, como el diseño y la estructura de la medida por la que se concede la subvención, las modalidades de funcionamiento establecidas en esa medida y las circunstancias fácticas pertinentes que rodeen la concesión de la subvención, que aportan el contexto para comprender el diseño, la estructura y las modalidades de funcionamiento de la medida.⁴⁷ Aunque el Órgano de Apelación se ha basado en esos factores al examinar la supeditación *de facto* en el marco del párrafo 1 a) del artículo 3, consideramos que también son pertinentes para un análisis de la supeditación *de facto* en el marco del párrafo 1 b) del artículo 3.⁴⁸

³⁹ Véase el informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Automóviles*, párrafo 140.

⁴⁰ Entre las definiciones de diccionario pertinentes de "over" se incluye "[a]bove in degree, quality, or action; in preference to; more than" (superior en grado, calidad o efecto; con preferencia a; más que). (*Shorter Oxford English Dictionary*, sexta edición, A. Stevenson (editor) (Oxford University Press, 2007), volumen 2, página 2048).

⁴¹ Sin subrayar en el original.

⁴² Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Automóviles*, párrafo 143.

⁴³ Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Aeronaves*, párrafo 167.

⁴⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Automóviles*, párrafos 100 y 123. En particular, el Órgano de Apelación señaló que la concesión de una subvención estará supeditada *de jure* al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados también "cuando la condición de exportar est[é] contenida de forma clara, aunque tácita, en el instrumento que regula la medida", por lo que, incluso cuando el instrumento legal en que se basa no establezca *expresis verbis* que solo puede obtenerse la subvención si se cumple la condición de emplear productos nacionales con preferencia a los importados, "cabe que esa relación de supeditación se desprenda necesariamente de los términos empleados en la medida". (*Ibid.*, párrafo 123).

⁴⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Aeronaves*, párrafo 167.

⁴⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Aeronaves*, párrafo 167. (sin cursivas en el original)

⁴⁷ Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1046.

⁴⁸ Véase el informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Automóviles*, párrafo 123.

5.13. Así pues, cuando un análisis de la supeditación no da lugar a una constatación de incompatibilidad en el marco del párrafo 1 b) del artículo 3 sobre la base de los términos efectivamente empleados en la medida, o de una inferencia necesaria derivada de ellos, puede constatar, no obstante, la existencia de una obligación de emplear productos nacionales con preferencia a los importados sobre la base de los factores mencionados *supra* y circunstancias fácticas que formen parte de la configuración total de los hechos que constituyen la concesión de la subvención y la rodean.⁴⁹ A nuestro entender, el análisis de la supeditación *de jure* y *de facto* en el marco del párrafo 1 b) del artículo 3 es un continuo que comienza con los términos de la medida y las inferencias que se desprendan necesariamente de ellos y continúa con factores entre los que se incluyen el diseño y la estructura de la medida, sus modalidades de funcionamiento y otras circunstancias pertinentes.⁵⁰ Para llegar a una conclusión global respecto de si una subvención está supeditada al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados, un grupo especial debe llevar a cabo una evaluación holística de todos los elementos y pruebas pertinentes obrantes en el expediente, y no necesita compartimentar los análisis *de jure* y *de facto*.

5.14. En consecuencia, leyendo conjuntamente los términos del párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC, entendemos que esa disposición prohíbe las subvenciones que están supeditadas *de jure* o *de facto*, de manera que exijan el empleo de productos nacionales con preferencia a, o en lugar de, los importados como condición para recibir la subvención. Aunque la distinción entre supeditación *de jure* y *de facto* radica en las "pruebas que pueden utilizarse para demostrar" que una subvención está supeditada al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados⁵¹, un grupo especial evalúa, tanto en su análisis *de jure* como en el *de facto*, la compatibilidad de una subvención, en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 3, con la misma obligación y respecto de un único criterio jurídico de supeditación. En cada caso, una evaluación de si una subvención está supeditada en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 3 exige un análisis exhaustivo de si la relación condicional entre la concesión de la subvención y el empleo de productos nacionales con preferencia a los importados es observable objetivamente sobre la base de un examen cuidadoso y riguroso de todas las pruebas pertinentes. Ello es especialmente importante cuando la supuesta supeditación no está claramente expresada en el texto empleado en el instrumento legal pertinente.⁵²

5.15. Recordamos que, con arreglo a sus términos, el párrafo 1 b) del artículo 3 no prohíbe *per se* la subvención de la "producción" nacional, sino la concesión de subvenciones supeditadas al "empleo", por el receptor de la subvención, de productos nacionales con preferencia a los importados.⁵³ Por lo tanto, las subvenciones que están relacionadas con la producción no están,

⁴⁹ Por ejemplo, entre las circunstancias fácticas que pueden ser pertinentes al evaluar si una subvención está supeditada *de facto* pueden incluirse la existencia de un proceso de producción de múltiples etapas, el nivel de especialización de los insumos subvencionados o el nivel de integración de la cadena de producción en la rama de producción pertinente.

⁵⁰ En la medida en que se hayan planteado alegaciones de supeditación tanto *de jure* como *de facto*. Por ejemplo, un análisis de la supeditación *de facto* puede tener en cuenta "el diseño y la estructura de la medida", lo que abarcaría elementos entre los que se incluirían los términos de la medida. De manera similar, un análisis de "las modalidades de funcionamiento" comprenderá las expuestas en la medida y la manera en que pueden aplicarse y funcionar en la práctica. Por último, entre las "circunstancias fácticas pertinentes que rodeen la concesión de la subvención, que aportan el contexto para comprender el diseño, la estructura y las modalidades de funcionamiento de la medida" se incluyen necesariamente las circunstancias que informan la comprensión que se tiene de dichos factores y su funcionamiento. (Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1046).

⁵¹ Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Aeronaves* (párrafo 5 del artículo 21 - *Brasil*), nota 46 al párrafo 47 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Aeronaves*, párrafo 167). Recordamos que un objetivo de la evaluación *de facto* en el marco del párrafo 1 b) del artículo 3 es evitar "la elusión de sus obligaciones por los Miembros", que estaría en contradicción con el objeto y fin del Acuerdo SMC. (Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Automóviles*, párrafo 142).

⁵² Recordamos la declaración del Órgano de Apelación de que demostrar la supeditación *de facto* "es mucho más difícil" que establecer la existencia de supeditación *de jure*. (Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Aeronaves*, párrafo 167).

⁵³ De conformidad con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo SMC, una subvención abarcada por dicho Acuerdo debe ser específica para determinadas empresas comprendidas "dentro de la jurisdicción de la autoridad otorgante" o, dicho de otro modo, para determinados productores nacionales. Aunque, de conformidad con el párrafo 3 del artículo 2, las subvenciones prohibidas "se considerará[n] específica[s]", siguen siendo subvenciones otorgadas a productores nacionales. Otras disposiciones del Acuerdo SMC también hacen referencia al "territorio" de un Miembro, así como a los "productores nacionales" o la "rama de producción nacional". (Véanse, por ejemplo, el párrafo 1 a) 1) del artículo 1; el párrafo 2 b) del artículo 8, que

por esa sola razón, prohibidas en virtud del artículo 3 del Acuerdo SMC.⁵⁴ Observamos a este respecto que normalmente cabe esperar que tales subvenciones aumenten la oferta de productos nacionales subvencionados en el mercado pertinente y que, de ese modo, aumenten el empleo de dichos productos en etapas posteriores del proceso productivo y afecten desfavorablemente a las importaciones, sin que necesariamente exijan el empleo de productos nacionales con preferencia a los importados como condición para la concesión de la subvención.

5.16. Observamos además que el párrafo 8 b) del artículo III del GATT de 1994 exime de la obligación de trato nacional establecida en el artículo III "el pago de subvenciones exclusivamente a los productores nacionales". El párrafo 8 b) del artículo III aclara que la concesión de subvenciones únicamente a productores nacionales, y no a productores extranjeros, no constituye en sí misma una infracción del artículo III. En la medida en que en general cabe esperar que los "productores nacionales" fabriquen una determinada cantidad de "productos nacionales" en el territorio de un Miembro, el párrafo 8 b) del artículo III está en consonancia con nuestra lectura del párrafo 1 b) del artículo 3, con arreglo a la cual se requiere algo más que la mera subvención de la producción nacional para constatar la existencia de una subvención para sustitución de importaciones. Dicho esto, aun cuando la concesión de una subvención esté exenta de la obligación de trato nacional del GATT por pagarse exclusivamente a productores nacionales en el sentido del párrafo 8 b) del artículo III del GATT de 1994, ello no impide que se constate que está supeditada al empleo por dichos productores de productos nacionales con preferencia a los importados en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC.

5.17. Además, observamos que el Órgano de Apelación ha constatado que la supeditación *de facto* en el sentido del párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC, y en particular cuando una subvención está "de hecho vinculada a las exportaciones ... previst[a]s", puede determinarse evaluando si "la concesión de la subvención tiene por objeto inducir la promoción de los resultados futuros del exportador" y "proporciona un incentivo para desviar hacia la exportación las ventas previstas", de una manera que "no sea un simple reflejo de las condiciones de la oferta y la demanda en los mercados interno y de exportación no distorsionados por la concesión de la subvención".⁵⁵ Esta prueba se basa en el texto del párrafo 1 a) del artículo 3 y la nota 4 al mismo y, en concreto, en los términos "reales o previstos" y "resultados de exportación".⁵⁶ Además, también se producirán distorsiones del comercio similares como consecuencia de las subvenciones relacionadas con la producción nacional, que están prohibidas en virtud del párrafo 1 b) del artículo 3 solo cuando están supeditadas al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados. Por lo tanto, una prueba basada en un examen de si una determinada medida "tiene por objeto inducir" el empleo de productos nacionales con preferencia a los importados no responde a la pregunta de si la medida exige que el receptor emplee productos nacionales con preferencia a los importados como condición para recibir la subvención.

5.18. En conclusión, observamos que, en la medida en que no pueda determinarse una condicionalidad con respecto al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados, sino que el efecto de la subvención sea desplazar o entorpecer las importaciones, o causar otros efectos desfavorables para estas, tales efectos están sujetos a las disciplinas previstas en la Parte III del Acuerdo SMC. Dicho de otro modo, la pregunta pertinente al determinar la existencia de supeditación en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 3 no es si las prescripciones para tener derecho a obtener una subvención pueden *tener como resultado* el empleo de más productos nacionales y menos productos importados, sino si *una condición que exige* el empleo de productos nacionales con preferencia a los importados puede discernirse a partir de los términos de la propia medida, o inferirse a partir de su diseño, estructura, modalidades de funcionamiento y las

actualmente ha dejado de aplicarse de conformidad con el artículo 31; y el artículo 10; el artículo 25; y el artículo 28 del Acuerdo SMC).

⁵⁴ En *Canadá - Aeronaves (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil)*, el Órgano de Apelación señaló que "[m]erece la pena recordar que la concesión de una subvención no está en sí misma y por sí misma prohibida por el *Acuerdo SMC*, ni implica automáticamente la incompatibilidad con ese Acuerdo. El universo de las subvenciones es muy amplio. No todas las subvenciones son incompatibles con el *Acuerdo SMC*. Las únicas subvenciones "prohibidas" son las identificadas en el artículo 3 del *Acuerdo SMC*". (Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Aeronaves (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil)*, párrafo 47).

⁵⁵ Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafos 1044-1045 y 1047.

⁵⁶ Véase el informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1043.

circunstancias fácticas pertinentes que constituyen la concesión de la subvención y la rodean, que aportan el contexto para comprender el funcionamiento de esos factores.

5.2 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación del párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC

5.19. La Unión Europea alega que, en su evaluación *de jure* de las disposiciones primera y segunda relativas a la ubicación, el Grupo Especial interpretó erróneamente que el párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC significa que solo existiría una supeditación prohibida cuando la medida "excluya *per se* y necesariamente" cualquier empleo de productos importados.⁵⁷ Según la Unión Europea, con ello el Grupo Especial circunscribió la aplicabilidad del párrafo 1 b) del artículo 3 "a las situaciones en que el receptor de la subvención está obligado de conformidad con los términos de la medida de subvención, para un determinado producto, a emplear productos nacionales excluyendo por completo los productos importados".⁵⁸ La Unión Europea alega además que, como el criterio jurídico expresado en la palabra "supeditadas" es el mismo cuando la supeditación es *de jure* y cuando es *de facto*, el error en la interpretación que hizo el Grupo Especial del párrafo 1 b) del artículo 3 en el contexto de su evaluación *de jure* se reproduce en su evaluación *de facto* de la primera disposición relativa a la ubicación.⁵⁹

5.20. Los Estados Unidos responden que tanto la primera como la segunda disposiciones relativas a la ubicación se ocupan de la ubicación de las actividades de producción y guardan silencio con respecto al empleo de productos importados o nacionales.⁶⁰ Los Estados Unidos caracterizan las declaraciones del Grupo Especial cuestionadas por la Unión Europea como meros ejemplos, o respuestas a argumentos formulados por la Unión Europea, en lugar de como interpretaciones del Grupo Especial.⁶¹ Además, los Estados Unidos consideran que el argumento de la Unión Europea en el contexto del análisis *de facto* de la primera disposición relativa a la ubicación realizado por el Grupo Especial no es diferente del que formuló en el contexto del análisis *de jure* y que, por consiguiente, es inválido por las mismas razones.⁶²

5.21. Comenzamos nuestro análisis observando que la Unión Europea no impugna la articulación por el Grupo Especial del criterio jurídico del párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC desarrollada en las secciones interpretativas de su informe.⁶³ En lugar de ello, la Unión Europea cuestiona determinadas afirmaciones subsiguientes realizadas por el Grupo Especial en el contexto de sus análisis de la supeditación *de jure* de las disposiciones primera y segunda relativas a la ubicación, así como de su análisis de la supeditación *de facto* de la primera disposición relativa a la

⁵⁷ Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante, párrafo 33 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 7.291). Véanse también los párrafos 37 y 103 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafos 7.291 y 7.306).

⁵⁸ Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante, párrafo 40. Véase también el párrafo 103.

⁵⁹ Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante, párrafos 70-71.

⁶⁰ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafos 44 y 82 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafos 7.290, 7.293 y 7.305). Véase también el párrafo 83.

⁶¹ En particular, los Estados Unidos aducen que la declaración formulada por el Grupo Especial en el contexto de su análisis *de jure* de la primera disposición relativa a la ubicación "era explícitamente un 'ejemplo'", y que la formulación utilizada en el análisis de la segunda disposición relativa a la ubicación "parece tener su origen en los términos del argumento presentado por la [Unión Europea] al Grupo Especial". (Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 43 (donde se cita la comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante, párrafo 38) y párrafo 84 (donde se cita la comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante, párrafo 103)).

⁶² Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 69.

⁶³ El Grupo Especial observó que, "[p]ara constatar la existencia de una supeditación en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 3, tal supeditación debe ser una condición necesaria, de manera que el receptor no se beneficiaría de la subvención salvo que los productos nacionales se empleen en lugar de los importados o con preferencia a los mismos". (Informe del Grupo Especial, párrafo 7.274). Al establecer el criterio para determinar la existencia de supeditación *de jure* en el marco del párrafo 1 b) del artículo 3, el Grupo Especial observó que "una supeditación que no figure expresamente en la legislación pertinente puede no obstante desprenderse necesariamente de la misma si tal supeditación es el resultado inevitable de los términos efectivamente empleados en la legislación o si cualquier otra interpretación fuera irrazonable". (*Ibid.*, párrafo 7.273 (no se reproduce la nota de pie de página)). Al establecer el criterio para determinar la existencia de supeditación *de facto* en el marco del párrafo 1 b) del artículo 3, el Grupo Especial observó que "la Unión Europea deberá demostrar que hay algún elemento en el diseño y la estructura de las medidas impugnadas y su funcionamiento, en las circunstancias en que las medidas se han adoptado y existen, que establece la supeditación, y lo hace con el nivel necesario de certidumbre". (*Ibid.*, párrafo 7.321).

ubicación, todas las cuales, con arreglo a la lectura que hace de ellas la Unión Europea, articulan un criterio jurídico que exige el empleo de productos nacionales excluyendo por completo los productos importados.

5.22. Estamos de acuerdo con la afirmación de la Unión Europea de que la existencia de supeditación en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 3 no está limitada a los casos en que la medida exige que el receptor de la subvención emplee productos nacionales excluyendo por completo los productos importados. El párrafo 1 b) del artículo 3 exige que se establezca la existencia de supeditación al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados, pero no exige que se demuestre ninguna cantidad o nivel concretos de desplazamiento de los productos importados por los productos nacionales para determinar la existencia de tal supeditación. La cuestión que se nos plantea es, por lo tanto, si en su análisis el Grupo Especial efectivamente articuló un criterio jurídico que exige el empleo de productos nacionales excluyendo por completo los productos importados.

5.23. Observamos que, ante el Grupo Especial, la Unión Europea sostuvo: i) que, en virtud de los términos de la primera disposición relativa a la ubicación, Boeing debía comprometerse a usar alas y fuselajes producidos o montados en Washington en el montaje final del 777X en Washington⁶⁴; y ii) que, en virtud de la segunda disposición relativa a la ubicación, el tipo del impuesto aeroespacial B&O seguiría aplicándose solo si Boeing monta las alas y el 777X exclusivamente en Washington.⁶⁵ Sin embargo, la lectura que hizo el Grupo Especial de esas disposiciones era diferente. El Grupo Especial consideró que, con arreglo a sus términos, la primera disposición relativa a la ubicación se refiere a la *ubicación* de un "programa de fabricación de aviones comerciales significativo", lo que "exige a su vez que el productor se comprometa a *fabricar* en el [e]stado de Washington" un modelo de avión comercial, así como fuselajes y alas para ese modelo.⁶⁶ El Grupo Especial no encontró "en ninguno de los términos utilizados en la primera disposición relativa a la ubicación una prescripción que supedita la entrada en vigor de las medidas impugnadas a una determinación de que se empleen productos nacionales en lugar de productos importados".⁶⁷ El Grupo Especial constató, por lo tanto, que, con arreglo a sus términos, "la primera disposición relativa a la ubicación guarda silencio sobre el empleo de productos nacionales con preferencia a los importados".⁶⁸ El Grupo Especial también constató que "la segunda disposición relativa a la ubicación guarda silencio sobre el empleo de productos nacionales con preferencia a los importados".⁶⁹ A juicio del Grupo Especial, no hay "ninguna indicación expresa en los términos de la [segunda] disposición [relativa a la ubicación] de que la subvención ... se perdería por la importación de alas", y sus términos no "condicionan expresamente la obtención de una subvención al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados".⁷⁰

5.24. El Grupo Especial pasó después a examinar, con respecto tanto a la primera como a la segunda de las disposiciones relativas a la ubicación, si una supeditación a la sustitución de importaciones prohibida "se desprend[ía] necesariamente" del texto de las disposiciones.⁷¹ Fue en ese contexto en el que el Grupo Especial, en primer lugar con respecto a la primera disposición relativa a la ubicación, formuló la declaración que la Unión Europea cuestiona, a saber:

El Grupo Especial no encuentra ningún elemento en el texto de la supeditación a la ubicación establecida en la primera disposición relativa a la ubicación que excluya *per se* y necesariamente la posibilidad de que el fabricante de aviones emplee alas o fuselajes procedentes de fuera del estado de Washington (si, por ejemplo, siguiera

⁶⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.288 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita presentada por la Unión Europea al Grupo Especial, párrafo 44).

⁶⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.304 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita presentada por la Unión Europea al Grupo Especial, párrafo 52).

⁶⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.287. (las cursivas figuran en el original) Véanse también los párrafos 7.289 y 7.293.

⁶⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.290.

⁶⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.290.

⁶⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.305.

⁷⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.305. Véase también el párrafo 7.308.

⁷¹ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.291 y 7.306.

fabricando *algunos* fuselajes y alas en el estado de Washington y empleara además fuselajes y alas fabricados por separado en otro lugar).⁷²

5.25. De manera similar, con respecto a la segunda disposición relativa a la ubicación, el Grupo Especial declaró que:

... la supeditación a la ubicación establecida en la segunda disposición relativa a la ubicación no excluiría per se y necesariamente la posibilidad de que el fabricante de aviones empleara alas procedentes de fuera del [e]stado de Washington ..., siempre que no volviera a emplazar fuera del [e]stado de Washington la fabricación previamente ubicada en dicho Estado.⁷³

5.26. Reconocemos que, leyéndolas aisladamente, quizá cabría entender que estas declaraciones indican la existencia de un criterio jurídico en el marco del párrafo 1 b) del artículo 3 que exige el empleo de productos nacionales excluyendo por completo los productos importados. Sin embargo, cuando estas palabras se consideran en el contexto del resto de los análisis de la supeditación *de jure* realizados por el Grupo Especial con respecto a las disposiciones primera y segunda relativas a la ubicación, resulta claro que el Grupo Especial no articuló tal criterio jurídico.

5.27. Para empezar, como constató el Grupo Especial, con arreglo a sus términos tanto la primera como la segunda disposiciones relativas a la ubicación hablan de la "ubicación" y del compromiso de "fabricar" o "montar" determinados productos, y guardan silencio en lo que concierne al "empleo" de producto alguno importado o nacional. Pasando a examinar lo que "se desprende necesariamente" de los términos de las disposiciones primera y segunda relativas a la ubicación, el Grupo Especial consideró que una interpretación con arreglo a la cual se exigiera que Boeing emplease productos nacionales con preferencia a los importados era solo una entre varias lecturas posibles de esas disposiciones. A juicio del Grupo Especial, aunque los términos de la primera disposición relativa a la ubicación pudieran tener como resultado el empleo por Boeing de algunas alas y fuselajes producidos en Washington, ello no significaba necesariamente que, con arreglo a sus términos, la disposición exija que Boeing emplee alas y fuselajes nacionales con preferencia a los importados.⁷⁴ De manera análoga, con respecto a la segunda disposición relativa a la ubicación, el Grupo Especial constató que los términos de esa disposición no tienen como resultado inevitable que la importación de alas equivalga a la "ubicación" de actividades de producción fuera del estado de Washington, "incluso si esa consecuencia no estuviera excluida por [su] texto".⁷⁵ Después de haber considerado otras lecturas posibles de los términos de ambas disposiciones⁷⁶, el Grupo Especial concluyó que "[l]a supeditación a la ubicación de determinadas actividades de producción en el [e]stado de Washington [de conformidad con la primera disposición relativa a la ubicación] no conlleva ninguna prescripción explícita, ni que se desprenda necesariamente, de emplear productos nacionales"⁷⁷, "y que "[n]o hay ninguna supeditación expresa u obvia que se derive de los términos utilizados en la [segunda disposición relativa a la ubicación], ni tampoco se desprende inevitablemente tal supeditación de dichos términos".⁷⁸ Por consiguiente, el Grupo Especial concluyó que las disposiciones primera y segunda relativas a la ubicación, en virtud de sus términos o de lo que se desprende necesariamente de ellos, no exigen el empleo de productos nacionales con preferencia a los importados como condición para obtener las subvenciones.

5.28. Entendemos que, leídas en este contexto, las declaraciones del Grupo Especial impugnadas por la Unión Europea -de que no hay nada en los términos de las disposiciones primera y segunda

⁷² Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante, párrafo 37 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 7.291 (las cursivas figuran en el original; el subrayado es de la Unión Europea)).

⁷³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.306. (sin subrayar en el original)

⁷⁴ Según el Grupo Especial, si bien "[l]os términos efectivamente utilizados en la [primera disposición relativa a la ubicación] no excluyen una hipótesis en que ... alas y fuselajes fabricados en el [e]stado de Washington se "empleen" en el montaje final de los aviones comerciales 777X en el [e]stado de Washington", el hecho de que "tal hipótesis sea posible sobre la base de los términos utilizados en la primera disposición relativa a la ubicación ... no es lo mismo que concluir que sea una prescripción o condición para obtener las subvenciones que se desprendan necesariamente de dichos términos". (Informe del Grupo Especial, párrafo 7.293).

⁷⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.310. Véase también el párrafo 7.306.

⁷⁶ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.294 y 7.309.

⁷⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.296.

⁷⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.310.

relativas a la ubicación que "excluya *per se* y necesariamente" la posibilidad de que Boeing emplee productos de fuera de Washington- hacen referencia a "lo que se desprende" de esos términos, y que en ellas simplemente se reconoce que del texto de las disposiciones primera y segunda relativas a la ubicación no podría derivarse "necesariamente" una condición que exija el empleo de productos nacionales con preferencia a los importados. En particular, la expresión "excluya *per se* y necesariamente" se vincula retrospectivamente, a nuestro juicio, con la interpretación que hace el Grupo Especial de las palabras "se desprende necesariamente", según la cual estas hacen referencia a una supeditación que debe "ser[]" el resultado inevitable de los términos efectivamente empleados en la legislación", o al hecho de que "cualquier otra interpretación sería irrazonable".⁷⁹ A la luz de lo anterior, entendemos que el Grupo Especial simplemente ha reconocido que, sobre la base tanto de los términos efectivamente utilizados en las disposiciones primera y segunda relativas a la ubicación como de lo que se desprende necesariamente de ellos, no existía ninguna obligación *de jure* de que Boeing empleara productos nacionales con preferencia a los importados.

5.29. Además, recordamos las afirmaciones formuladas por la Unión Europea ante el Grupo Especial de que, con arreglo a la primera disposición relativa a la ubicación, Boeing "se compromet[í]a a utilizar alas y fuselajes producidos o montados en el [e]stado de Washington" y que, "[s]i Boeing no se hubiera comprometido a utilizar alas y fuselajes hechos en los Estados Unidos, no [habría cumplido] la [primera disposición relativa a la ubicación]".⁸⁰ Asimismo, la Unión Europea adujo ante el Grupo Especial que, "de conformidad con la segunda disposición relativa a la ubicación, el tipo del impuesto aeroespacial B&O solo seguiría en vigor 'si Boeing monta las alas y monta la aeronave *exclusivamente* en el [e]stado de Washington'" y que, "si Boeing adquiere *cualquier* ala del 777X fuera del [e]stado de Washington, perdería el tipo del impuesto aeroespacial B&O con respecto a todas las rentas relacionadas con las ventas de dicha aeronave".⁸¹ A nuestro juicio, parece que, al formular su declaración de que las disposiciones primera y segunda relativas a la ubicación no "excluy[en] *per se* y necesariamente" la posibilidad de que Boeing emplee alas fuera de Washington, el Grupo Especial no estaba articulando un criterio jurídico, sino respondiendo a determinadas afirmaciones hechas por la Unión Europea. La Unión Europea también cuestiona las declaraciones del Grupo Especial de que la segunda disposición relativa a la ubicación "no condiciona la obtención de las subvenciones, o la continuidad de su goce, a la abstención del empleo de productos importados" y "no exige que los productos destinados a esa producción (ya sean las alas o cualquier otro elemento) procedan *únicamente* del [e]stado de Washington".⁸² Por la misma razón recién explicada, no consideramos que esas declaraciones reflejen un criterio jurídico que exija el empleo de productos nacionales excluyendo por completo los productos importados.⁸³

5.30. Por último, tampoco vemos que en las conclusiones definitivas del Grupo Especial se refleje un criterio jurídico que exija la completa exclusión de las importaciones. El Grupo Especial constató que los términos de la primera disposición relativa a la ubicación "de ninguna manera condicionan explícitamente, ni se desprende necesariamente de ellos, la disponibilidad de las subvenciones al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados por el fabricante"⁸⁴, y que "la segunda disposición relativa a la ubicación no indica por sus propios términos que el tipo del impuesto aeroespacial B&O dejaría de aplicarse si el fabricante de aeronaves en cuestión 'empleara' productos nacionales en lugar de productos importados".⁸⁵ Por lo tanto, a nuestro modo de ver, las conclusiones del Grupo Especial de que las disposiciones primera y segunda relativas a la ubicación no están supeditadas *de jure* en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 3 se basaron en sus constataciones de: i) que las supeditaciones que se establecen en los términos de esas disposiciones guardan relación con la ubicación en Washington de determinadas operaciones de montaje; ii) que las disposiciones guardan silencio con respecto al empleo de productos nacionales o importados; y iii) que de los términos de las disposiciones no se desprende necesariamente que excluyan la posibilidad de emplear productos importados. Por lo tanto, no consideramos que, al

⁷⁹ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.291 y 7.306.

⁸⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.288 (donde se cita la primera comunicación escrita presentada por la Unión Europea al Grupo Especial, párrafo 44; y la declaración inicial de la Unión Europea en la primera reunión del Grupo Especial, párrafo 68).

⁸¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.304 (donde se cita la primera comunicación escrita presentada por la Unión Europea al Grupo Especial, párrafo 52. (sin cursivas en el original)

⁸² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.305. (sin cursivas en el original)

⁸³ Observamos, en particular, que estas declaraciones se formulan inmediatamente después del resumen por el Grupo Especial de los argumentos de la Unión Europea expuestos *supra*.

⁸⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.295.

⁸⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.310.

declarar que los términos de estas disposiciones no "excluy[en] *per se* y necesariamente" la posibilidad de emplear alas y fuselajes importados, el Grupo Especial estuviera articulando un criterio jurídico en el marco del párrafo 1 b) del artículo 3 que exija el empleo de productos nacionales excluyendo por completo los productos importados, sino que estaba poniendo en duda la aseveración de la Unión Europea de que los términos de esas disposiciones exigían necesariamente que Boeing empleara alas y fuselajes producidos en Washington.

5.31. En relación con su argumento relativo al análisis *de jure* realizado por el Grupo Especial respecto de la primera disposición relativa a la ubicación, la Unión Europea aduce varios argumentos adicionales con los que, en esencia, mantiene que, por diversas razones, no debe interpretarse que el criterio jurídico del párrafo 1 b) del artículo 3 exija el empleo de productos nacionales excluyendo por completo los productos importados.⁸⁶ Como hemos indicado que estamos de acuerdo con la Unión Europea a este respecto, pero hemos concluido que a nuestro entender el Grupo Especial no ha articulado tal criterio jurídico, no vemos necesidad de abordar ulteriormente dichos argumentos.

5.32. La Unión Europea también aduce que, como el Grupo Especial reconoció que el criterio jurídico expresado en la palabra "supeditadas" es el mismo cuando la supeditación *de jure* y cuando es *de facto*, y había incurrido en error en su análisis de la supeditación *de jure* en el marco del párrafo 1 b) del artículo 3, el Grupo Especial también incurrió en error en su interpretación del párrafo 1 b) del artículo 3 en el contexto del análisis de la supeditación *de facto* de la primera disposición relativa a la ubicación.⁸⁷ Observamos que el Grupo Especial centró su análisis en la "aplicación real" de la primera disposición relativa a la ubicación, confirmada por las "pruebas adicionales" disponibles en relación con el cumplimiento de dicha disposición por el programa de la aeronave 777X de Boeing.⁸⁸ A nuestro modo de ver, la conclusión del Grupo Especial de que la primera disposición relativa a la ubicación no da lugar a una supeditación *de facto* se basó en la ausencia de cualesquiera "pruebas fácticas en la determinación del Departamento de Rentas o en cómo Boeing organizará el aprovisionamiento para la producción del 777X que indiquen una prescripción *de facto* de emplear productos nacionales, como las alas y los fuselajes", y no en el entendimiento de que, para establecer la existencia de una infracción del párrafo 1 b) del artículo 3, la primera disposición relativa a la ubicación debe exigir el empleo de productos nacionales excluyendo por completo los productos importados.⁸⁹ En ningún lugar de su análisis *de facto* expresó el Grupo Especial un criterio jurídico que exija que las modalidades de funcionamiento de la primera disposición relativa a la ubicación "excluya[n] *per se* y necesariamente" cualquier posibilidad de importar alas y fuselajes.⁹⁰ En consecuencia, a nuestro juicio, el criterio jurídico articulado por el Grupo Especial en su análisis de la supeditación *de facto*

⁸⁶ La Unión Europea aduce que una subvención sujeta a las prescripciones de que el 50% del total de los insumos sea nacional y el 50% del total de los insumos sea importado seguiría estando supeditada al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados. De manera similar, la Unión Europea afirma que las orientaciones dadas por el Órgano de Apelación en *Canadá - Automóviles* respaldan la tesis de que una medida que condicione la obtención de una subvención al empleo de un determinado producto nacional, sin exigir que el 100% de los productos empleados sea nacional, puede dar lugar a una infracción del párrafo 1 b) del artículo 3. La Unión Europea sostiene además que la distorsión prevista en el párrafo 1 b) del artículo 3 surge "cuando una subvención distorsiona la proporción entre productos nacionales e importados", de manera que el receptor emplee "una proporción mayor de productos nacionales (y, por consiguiente, una proporción menor de productos importados) que la que en otro caso habría utilizado". La Unión Europea también considera que la interpretación del párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC que hizo el Órgano de Apelación en *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, formulada en el curso de su análisis de la supeditación *de facto*, es pertinente para la cuestión de interpretación que se plantea en el presente asunto. Por último, la Unión Europea aduce que la jurisprudencia relativa al párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 respalda "[l]a tesis de que una medida que exija menos que la exclusión *per se* de los productos importados puede dar lugar a la distorsión prevista por el párrafo 1 b) del artículo 3". (Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante, párrafos 41-51).

⁸⁷ Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante, párrafo 70.

⁸⁸ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.342-7.345. El Grupo Especial consideró que esas pruebas constituyen "la totalidad del conjunto de pruebas pertinentes respecto de la aplicación de esta disposición". (*Ibid.*, párrafo 7.345).

⁸⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.344.

⁹⁰ Por ejemplo, el Grupo Especial habla de condicionar "la disponibilidad de las subvenciones sobre la base de si determinados componentes se obtienen de un origen extranjero o nacional", o de la existencia de pruebas que indiquen "el empleo particular de productos de orígenes específicos" y "de ninguna prescripción de emplear productos nacionales con preferencia a los importados para la activación de dicha disponibilidad". (Informe del Grupo Especial, párrafos 7.341, 7.344 y 7.346).

correspondiente a la primera disposición relativa a la ubicación también está en consonancia con nuestra interpretación del párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC.

5.33. Además, no consideramos que, como aduce la Unión Europea, la constatación del Grupo Especial de que "no ha[bía] indicación alguna de que la activación de la primera disposición relativa a la ubicación fuese consecuencia de ningún otro factor [además de la ubicación del programa de aeronaves], como un compromiso del fabricante de emplear productos nacionales con preferencia a los importados"⁹¹, se basara en una interpretación errónea de las palabras "empleo de productos nacionales con preferencia a los importados".⁹² En lugar de ello, el análisis del Grupo Especial está en consonancia con su entendimiento de que correspondía a la Unión Europea "demostrar que hay algún elemento en el diseño y la estructura de las medidas impugnadas y su funcionamiento, en las circunstancias en que las medidas se han adoptado y existen, que establece la supeditación".⁹³ Por lo tanto, a nuestro modo de ver, en lugar de articular un criterio jurídico que exija el empleo de productos nacionales excluyendo por completo los productos importados, el Grupo Especial simplemente constató que las pruebas adicionales de que disponía confirmaban su entendimiento de la primera disposición relativa a la ubicación en el contexto de su análisis de la supeditación *de jure*, y eran insuficientes para establecer, en el marco del párrafo 1 b) del artículo 3, que la medida exigía el empleo de productos nacionales con preferencia a los importados como condición para la concesión de la subvención.

5.34. En resumen, consideramos que, en sus análisis de la supeditación *de jure* de las disposiciones primera y segunda relativas a la ubicación, el Grupo Especial no articuló un criterio jurídico en el marco del párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC que exija el empleo de productos nacionales excluyendo por completo los productos importados. En lugar de ello, el Grupo Especial constató que, según sus términos, las disposiciones primera y segunda relativas a la ubicación guardan relación con la ubicación de determinadas operaciones de montaje en Washington y no dicen nada sobre el empleo de productos nacionales o importados. Por lo tanto, al afirmar que estas disposiciones no "excluy[en] *per se* y necesariamente" la posibilidad de que el fabricante de aviones emplee insumos procedentes de fuera Washington, el Grupo Especial no estaba articulando un criterio jurídico, sino más bien reconociendo que, sobre la base de lo que se desprende necesariamente de los términos de las disposiciones, no existía ninguna prescripción *de jure* de que Boeing empleara productos nacionales con preferencia a los importados. El Grupo Especial tampoco articuló ese criterio jurídico al evaluar la supeditación *de facto* de la primera disposición relativa a la ubicación. Antes bien, constató que las pruebas adicionales que tenía ante sí confirmaban su entendimiento de la primera disposición relativa a la ubicación en el contexto de su análisis de la supeditación *de jure*, según el cual la medida no exige el empleo de productos nacionales con preferencia a los importados como condición para la concesión de la subvención.

5.35. Sobre la base de lo anterior, rechazamos las alegaciones de la Unión Europea de que el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación del párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC en el contexto de sus análisis de la supeditación *de jure* de las disposiciones primera y segunda relativas a la ubicación, así como de su análisis de la supeditación *de facto* de la primera disposición relativa a la ubicación.

5.3 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en la aplicación del párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC en el contexto de su análisis de la supeditación *de jure* respecto de la primera disposición relativa a la ubicación

5.36. La Unión Europea alega que la constatación del Grupo Especial de que la primera disposición relativa a la ubicación no exige, ni expresamente ni por lo que de ella se desprende necesariamente, el empleo de productos nacionales con preferencia a los importados constituye un error en la aplicación del párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC.⁹⁴ A juicio de la Unión Europea, puesto que la primera disposición relativa a la ubicación exige que Boeing "establezca el programa de producción del 777X en el estado de Washington, *'en el marco del cual'* se deben integrar las alas y los fuselajes", y puesto que "al menos algunas alas y fuselajes del 777X" tienen que fabricarse en Washington, la disposición "se apropia de la adopción de decisiones comerciales de Boeing, dejándole exactamente una opción si quiere beneficiarse de miles de millones de

⁹¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.343.

⁹² Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante, párrafo 71.

⁹³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.321.

⁹⁴ Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante, párrafo 64.

dólares de los Estados Unidos en subvenciones, es decir, emplear al menos algunas de las alas y fuselajes fabricados en el estado de Washington en el montaje final del 777X en el estado de Washington".⁹⁵

5.37. Los Estados Unidos responden que "no existe ninguna situación plausible sin las supuestas subvenciones en que Boeing pudiera y hubiera importado fuselajes o alas para el 777X".⁹⁶ Además, los Estados Unidos sostienen que la primera disposición relativa a la ubicación "fue una determinación adoptada una única vez, que fue activada por una *decisión* de ubicar un programa de aviones" antes de que se produjera ninguna fabricación, y "no había ningún mecanismo para revocar que la prórroga del tipo del impuesto aeroespacial B&O surtiera efecto incluso si al final no tenía lugar ninguna fabricación".⁹⁷

5.38. Como hemos señalado, el Grupo Especial consideró varias posibles lecturas de la primera disposición relativa a la ubicación. El Grupo Especial observó que "[l]os términos efectivamente utilizados en la disposición no excluyen una hipótesis en que alas y fuselajes producidos por separado se 'empleen' de la manera alegada por la Unión Europea, es decir, que alas y fuselajes fabricados en el [e]stado de Washington se 'empleen' en el montaje final de los aviones comerciales 777X en el [e]stado de Washington".⁹⁸ No obstante, según el Grupo Especial, hay otras dos lecturas "posible[s] e igualmente razonable[s]" de los términos de la primera disposición relativa a la ubicación que "permitiría[n] al fabricante beneficiarse de las subvenciones" si: i) "utilizara alas y fuselajes fabricados fuera del [e]stado de Washington en el montaje final del avión comercial 777X, siempre que fabricara como mínimo algunas alas y fuselajes en el [e]stado de Washington"; o ii) "dejara de fabricar fuselajes, alas y hasta aviones comerciales en el [e]stado de Washington, dado que la primera disposición relativa a la ubicación implica una decisión tomada una única vez sobre el establecimiento inicial de determinadas actividades de fabricación, pero no su continuación".⁹⁹

5.39. A juicio de la Unión Europea, con arreglo a todas las hipótesis que examinó el Grupo Especial, las prescripciones concernientes a la producción contenidas en la primera disposición relativa a la ubicación no dejan a Boeing más opción que emplear al menos algunas alas y fuselajes de producción nacional en su producción de la aeronave 777X en Washington.¹⁰⁰ Por tanto, según la Unión Europea, "el texto expreso de la primera disposición relativa a la ubicación o, subsidiariamente, lo que se desprende necesariamente de ese texto, debería haber llevado al Grupo Especial a una constatación de existencia de supeditación *de jure*".¹⁰¹

5.40. Empezamos observando que, como aduce la Unión Europea, la prescripción de producir alas y fuselajes en Washington con toda probabilidad daría lugar al empleo de como mínimo algunas alas y fuselajes de producción nacional en el montaje final del 777X. A este respecto, recordamos que la pregunta pertinente al determinar la existencia de supeditación en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 3 no es si las prescripciones para tener derecho a obtener una subvención pueden *tener como resultado* el empleo de más productos nacionales y menos productos

⁹⁵ Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante, párrafos 60-61. (las cursivas figuran en el original)

⁹⁶ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 53.

⁹⁷ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafos 63 (las cursivas figuran en el original) y 66.

⁹⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.293.

⁹⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.294.

¹⁰⁰ Según la Unión Europea, con respecto a la primera hipótesis alternativa prevista por el Grupo Especial, "[s]i *todas* las alas y fuselajes del 777X fabricados en el estado de Washington se destruyeran, descartaran o almacenaran indefinidamente, de modo que *ninguno de ellos* se emplearía en el montaje final del 777X producido en el estado de Washington, es imposible entender en qué sentido habría un programa de producción del 777X en el estado de Washington '*en el marco del cual*' se integrarían las alas y fuselajes del 777X, que es lo que los términos efectivamente utilizados en la medida dicen y exigen". Con arreglo a la segunda hipótesis alternativa, la Unión Europea aduce que "existe un período durante el cual la primera disposición relativa a la ubicación obliga a Boeing a establecer el programa de producción del 777X en el estado de Washington, '*en el marco del cual*' deberán integrarse las alas y los fuselajes". Por lo tanto, según la Unión Europea, "de los términos efectivamente usados en la primera disposición relativa a la ubicación se desprende que, aunque Boeing pudiera importar todas las alas y fuselajes durante algún tiempo (*quod non*), y algunas de las alas y fuselajes todo el tiempo (*quod non*), desde luego no puede importar todas las alas y fuselajes todo el tiempo". (Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante, párrafos 59, 60 y 62 (las cursivas figuran en el original)).

¹⁰¹ Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante, párrafo 64.

importados, sino si la medida, por sus términos o por lo que se desprende necesariamente de ellos, establece *una condición que exige* el empleo de productos nacionales con preferencia a los importados. Por lo tanto, a nuestro juicio, que cualquier lectura de la primera disposición relativa a la ubicación "permitiría al receptor de la subvención aprovecharse de ella sin emplear alas y fuselajes nacionales con preferencia a los importados, al menos para alguna aeronave durante cierto tiempo"¹⁰² no aborda directamente la cuestión de la supeditación en el marco del párrafo 1 b) del artículo 3. Aunque, con arreglo a todas las hipótesis analizadas por el Grupo Especial, Boeing probablemente emplearía cierta cantidad de alas y fuselajes de producción nacional, esta observación no basta en sí misma para establecer la existencia de una condición, reflejada en los términos de la medida o que se desprenda necesariamente de ellos, que exija el empleo de productos nacionales con preferencia a los importados.

5.41. Teniendo esto en cuenta, señalamos la constatación del Grupo Especial de que la condición establecida en los términos de la primera disposición relativa a la ubicación no se refiere al *empleo* de productos nacionales o importados sino a la *ubicación* de determinadas actividades de fabricación en Washington.¹⁰³ A este respecto, el Grupo Especial tuvo razón al observar que el hecho de que los términos efectivamente utilizados en la primera disposición relativa a la ubicación no excluyen una hipótesis en que "alas y fuselajes fabricados en el [e]stado de Washington se 'empleen' en el montaje final de los aviones comerciales 777X en el [e]stado de Washington ... no es lo mismo que concluir que sea una prescripción o condición para obtener las subvenciones que se desprendan necesariamente de dichos términos".¹⁰⁴

5.42. Además, las dos lecturas "alternativas" de la primera disposición relativa a la ubicación realizadas por el Grupo Especial confirman que la condicionalidad establecida sobre la base de sus términos están vinculada a la *fabricación* de alas y fuselajes, y que el *empleo* de esos productos en el montaje final del 777X no es una condición para recibir la subvención, sino más bien una consecuencia de la prescripción de fabricarlos en el país.¹⁰⁵ Parece que la inexistencia de un texto expreso en la primera disposición relativa a la ubicación, o de cualquier inferencia necesaria derivada del mismo, que se refiera a una condición que exija el empleo de productos nacionales con preferencia a los importados en la primera disposición relativa a la ubicación, unido al hecho de que "implica una decisión tomada una única vez sobre el establecimiento inicial de determinadas actividades de fabricación, pero no su continuación"¹⁰⁶, fueron factores especialmente pertinentes para la conclusión definitiva del Grupo Especial de que "[l]a supeditación a la ubicación de determinadas actividades de producción en el [e]stado de Washington no conlleva ninguna prescripción explícita, ni que se desprenda necesariamente, de emplear productos nacionales".¹⁰⁷

5.43. Igualmente, ponemos de relieve el análisis que hizo el Grupo Especial de si la primera disposición relativa a la ubicación exige que la misma entidad fabrique tanto el avión comercial con los fuselajes y alas. El Grupo Especial observó que, en vista de su interpretación de los términos de dicha disposición, "incluso si dos entidades diferentes que ubicaran dos emprendimientos diferentes en el [e]stado de Washington pudieran haber cumplido la primera disposición relativa a la ubicación, esta situación no establecería expresamente, ni se desprendería necesariamente de ella, que cualquiera de las dos entidades tuviera que emplear productos nacionales en lugar de productos importados".¹⁰⁸ Entendemos por tanto que el razonamiento del Grupo Especial fue que, en la medida en que ningún elemento de los términos de la disposición "condiciona[]" explícitamente, ni se desprende necesariamente de ellos, la disponibilidad de las subvenciones al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados por el fabricante en cuestión"¹⁰⁹, la existencia de esa condicionalidad no puede establecerse, como sostiene la Unión Europea, basándose exclusivamente en el hecho de que la primera disposición relativa a la ubicación obliga

¹⁰² Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante, párrafo 62.

¹⁰³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.293.

¹⁰⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.293.

¹⁰⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.294.

¹⁰⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.294.

¹⁰⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.296.

¹⁰⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.295.

¹⁰⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.295.

al receptor de la subvención a empezar a fabricar un avión comercial y fuselajes y alas como parte del mismo programa de producción en Washington.¹¹⁰

5.44. En resumen, la pregunta pertinente al determinar la existencia de supeditación *de jure* en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 3 no es si las prescripciones en materia de producción establecidas en la primera disposición relativa a la ubicación pueden *tener como resultado* el empleo de más productos nacionales y menos productos importados, sino si la medida, por sus términos o por lo que se desprende necesariamente de ellos, establece *una condición que exige* el empleo de productos nacionales con preferencia a los importados. Por consiguiente, aunque con arreglo a las hipótesis analizadas por el Grupo Especial, Boeing probablemente emplearía cierta cantidad de alas y fuselajes de producción nacional, esta observación no es suficiente por sí misma para establecer la existencia de una condición, reflejada en los términos de la medida o que se desprenda necesariamente de ellos, que exija el empleo de productos nacionales con preferencia a los importados.

5.45. Por consiguiente, rechazamos la alegación de la Unión Europea de que el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC al constatar que la primera disposición relativa a la ubicación no hace que las medidas fiscales aeroespaciales estén supeditadas *de jure* al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados.

5.4 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC, o en el marco del artículo 11 del ESD, en el contexto de su análisis de la supeditación *de jure* respecto de la segunda disposición relativa a la ubicación

5.46. La Unión Europea alega además que el Grupo Especial incurrió en error en la aplicación del párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC restringiendo indebidamente el alcance de las pruebas a partir de las cuales evaluó la supeditación *de jure* respecto de la segunda disposición relativa a la ubicación, y en especial al no basarse en el "reconocimiento" por los Estados Unidos de que, "si los fuselajes y alas completos se produjeran fuera de los Estados Unidos y después se importaran, [el Departamento de Rentas de Washington] probablemente determinaría que algún montaje final o montaje del ala se había ubicado fuera de Washington, lo que significa que se activaría la segunda disposición relativa a la ubicación".¹¹¹ Según la Unión Europea, el "reconocimiento" de los Estados Unidos constituye un "acuerdo entre las partes" sobre el sentido de la segunda disposición relativa a la ubicación y una prueba de "las prácticas pertinentes de los organismos administradores"¹¹² que el Grupo Especial debería haber tenido en cuenta en su análisis de la supeditación *de jure*, en la medida en que "una alegación *de jure* se basa en el texto de la medida del derecho interno y su sentido".¹¹³

¹¹⁰ Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante, párrafos 60-62. La Unión Europea considera asimismo que "la conclusión de que la medida está supeditada *de jure* al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados está confirmada y corroborada por el 'hecho' de que los productores de aeronaves son actores comerciales racionales y actuarían de manera racional (por ejemplo, no aceptarían producir el 777X en el estado de Washington y fabricar alas y fuselajes para el 777X en el estado de Washington solamente para destruir, descartar o almacenar indefinidamente las alas y los fuselajes del 777X en lugar de emplearlos en el programa 777X establecido en el estado de Washington)". (*Ibid.*, párrafo 63). Sin embargo, a nuestro juicio esta observación no altera la evaluación de si la primera disposición relativa a la ubicación, según sus términos, supedita *de jure* la concesión de la subvención al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados. En particular, en la medida en que este factor no parece guardar relación con los términos de la primera disposición relativa a la ubicación propiamente dicha, ni con ningún sentido que se desprenda necesariamente de esos términos, no vemos cómo el supuesto comportamiento de Boeing como actor económico racional sería pertinente para un análisis de la supeditación *de jure*. Además, el texto de la primera disposición relativa a la ubicación es de carácter general y no se refiere a determinados destinatarios, sino a un "programa de aviones" que, conforme a determinadas condiciones, puede acogerse a determinadas ventajas fiscales. Por consiguiente, no vemos la pertinencia del comportamiento de Boeing como un actor económico racional para evaluar el sentido de los términos de la primera disposición relativa a la ubicación.

¹¹¹ Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante, párrafo 109 (donde se cita la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 80 del Grupo Especial, párrafo 119; y donde se hace referencia a la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 43 del Grupo Especial, párrafo 103).

¹¹² Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante, párrafo 113 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 7.8).

¹¹³ Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante, párrafo 116.

5.47. Los Estados Unidos responden que "el supuesto 'reconocimiento' ... no se refiere al sentido de los términos usados en la segunda disposición relativa a la ubicación [sino que] predice lo que probablemente haría [el Departamento de Rentas de Washington] en una determinada situación fáctica hipotética, sobre la base de varios supuestos", y que su respuesta "explica con claridad que la segunda disposición relativa a la ubicación impone condiciones a la ubicación de actividades de producción, no al carácter nacional o importado de los productos que se empleen".¹¹⁴

5.48. Recordamos que mientras que la supeditación *de jure* se demuestra sobre la base de los propios términos de la medida, o de lo que se desprende necesariamente de ellos¹¹⁵, la existencia de supeditación *de facto* se "*inferir*" de la configuración total de los hechos que constituyen la concesión de la subvención y la rodean".¹¹⁶ Los factores pertinentes para establecer la existencia de supeditación *de facto* comprenden el diseño y la estructura de la medida, sus modalidades de funcionamiento y las circunstancias fácticas pertinentes que aportan el contexto para comprender el diseño, la estructura y las modalidades de funcionamiento de la medida.¹¹⁷ No obstante, el criterio jurídico que expresa el término "supeditado" es el mismo para la supeditación *de jure* y *de facto*.¹¹⁸ Como hemos observado, la pregunta pertinente en el marco del párrafo 1 b) del artículo 3 es si una *condición que exige* el empleo de productos nacionales con preferencia a los importados puede discernirse a partir de los términos de la propia medida, o inferirse a partir de su diseño, estructura, modalidades de funcionamiento y circunstancias fácticas pertinentes. Las circunstancias fácticas que pueden ser pertinentes para evaluar si una subvención está supeditada *de facto* en las circunstancias de este caso podrían incluir, por ejemplo, la existencia de un proceso de producción de múltiples etapas, el nivel de especialización de los insumos subvencionados o el nivel de integración de la cadena de producción en la rama de producción pertinente.

5.49. Observamos además que las subvenciones para la sustitución de importaciones y otras subvenciones que guardan relación con la producción nacional pueden tener efectos desfavorables con respecto a los productos importados. Las subvenciones supeditadas a la sustitución de importaciones, por su propia naturaleza, afectan desfavorablemente a las condiciones de competencia de los productos importados. Sin embargo, normalmente cabe esperar que también las subvenciones que guardan relación con la producción de determinados productos en el territorio nacional de un Miembro aumenten la oferta de los productos nacionales subvencionados en el mercado pertinente, lo que tendría la consecuencia de aumentar el empleo de estos productos nacionales subvencionados en las etapas posteriores del proceso productivo y de afectar desfavorablemente a las importaciones. En el caso concreto de las subvenciones concedidas para la producción de un insumo y de un producto final, los receptores de la subvención probablemente "producirían" y "emplearían" los insumos subvencionados en la producción del producto final subvencionado. De hecho, esas subvenciones tendrían consecuencias para las decisiones de los productores subvencionados sobre el aprovisionamiento de los insumos en la medida en que, al estar obligados a producir un insumo en el país, y por razones de costos y eficiencia, probablemente emplearían al menos algunos de esos insumos en sus actividades de producción posteriores. Esto es incluso más evidente en los casos en que el insumo subvencionado es de carácter especializado o cuando existe integración vertical entre las etapas iniciales y posteriores de la cadena de producción. No obstante, aunque esas subvenciones pueden fomentar el empleo de productos nacionales subvencionados y dar lugar a desplazamiento respecto de los productos importados, esos efectos, en sí y por sí mismos, no demuestran la existencia de una prescripción de emplear productos nacionales con preferencia a los importados.

5.50. Al mismo tiempo, la cuestión de si una subvención está supeditada al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados debe "*inferirse*" de la configuración total de los hechos que constituyen la concesión de la subvención y la rodean".¹¹⁹ En particular, las circunstancias fácticas, cuando proceda, pueden formar parte del contexto para entender el diseño, la estructura

¹¹⁴ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafos 93 y 94.

¹¹⁵ Véase el informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Automóviles*, párrafo 100. Véase también el párrafo 123.

¹¹⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Aeronaves*, párrafo 167. (las cursivas figuran en el original)

¹¹⁷ Véase el informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1046.

¹¹⁸ Véase el informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Aeronaves*, párrafo 167.

¹¹⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Aeronaves*, párrafo 167. (las cursivas figuran en el original)

y las modalidades de funcionamiento de la medida en un determinado mercado, todo lo cual puede ayudar a discernir si existe o no supeditación *de facto*. El diseño y la estructura de una medida por la que se concede una subvención se pueden adaptar a circunstancias fácticas, como un proceso de producción de múltiples etapas donde los insumos subvencionados y los productos finales están subvencionados, o cuando la cadena de producción está integrada verticalmente. Las modalidades de una medida así diseñada o estructurada pueden funcionar después, de tal manera que las condiciones para tener derecho o acceso a la subvención pueden conllevar una condición que exija el empleo de productos nacionales con preferencia a los importados.¹²⁰ Sin embargo, la cuestión de si una subvención está simplemente supeditada a la producción nacional de determinados productos o al empleo por el receptor de productos nacionales con preferencia a los importados se debe evaluar según las circunstancias de cada caso.

5.51. Hemos observado *supra* que entendemos el análisis de la supeditación *de jure* y *de facto* en el marco del párrafo 1 b) del artículo 3 como un proceso continuo, que empieza con los términos de la medida y lo que se desprende necesariamente de ellos, y sigue con factores que incluyen el diseño y la estructura de la medida, sus modalidades de funcionamiento, y otras circunstancias pertinentes.¹²¹ En última instancia, al determinar la existencia de supeditación, un grupo especial debe llevar a cabo una evaluación holística de todos los elementos y pruebas pertinentes obrantes en el expediente y no necesita compartimentar los análisis *de jure* y *de facto* para llegar a una conclusión global acerca de si una subvención está supeditada al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados. Una constatación de existencia de supeditación, ya se formule sobre una base *de jure* o *de facto*, da como resultado una incompatibilidad con el párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC de conformidad con el mismo criterio jurídico de supeditación, a saber, si la medida refleja una condición que exige el empleo de productos nacionales con preferencia a los importados.

5.52. Recordamos que la determinación del sentido del derecho interno por un grupo especial exige especial prudencia y que, en su análisis de la supeditación *de jure*, el Grupo Especial en este asunto tenía que examinar el sentido de los términos de la segunda disposición relativa a la ubicación y las inferencias necesarias que se derivan de esos términos. El Grupo Especial constató que el texto de la segunda disposición relativa a la ubicación se refiere a la "ubicación" del montaje de determinados productos en Washington, y no al "empleo" de cualesquiera productos como condición para recibir la subvención¹²², y que existen varias lecturas posibles de sus términos, de modo que "[no podía] deducirse que de [es]os términos ... se desprenda necesariamente una supeditación a la sustitución de importaciones".¹²³ El Grupo Especial pasó seguidamente a analizar si la segunda disposición relativa a la ubicación entraña una supeditación *de facto* y planteó varias preguntas a los Estados Unidos respecto de determinadas casos hipotéticos.¹²⁴ La Unión Europea opina que, aunque el Grupo Especial consideró que las respuestas de los Estados Unidos a esas preguntas "eran de crucial importancia y de hecho decisivas en su análisis de la supeditación *de facto* con respecto a [la] segunda disposición relativa a la ubicación", "inexplicablemente no se mencionan en el análisis *de jure* realizado por el Grupo Especial", pese a que reflejan un "acuerdo entre las partes sobre el sentido de [la] segunda disposición relativa a la ubicación" y una aclaración en cuanto a "las prácticas pertinentes de los organismos administradores".¹²⁵

5.53. Observamos que el Grupo Especial consideró que las respuestas de los Estados Unidos eran "significativas para comprender *las modalidades de funcionamiento* de las condiciones de la segunda disposición relativa a la ubicación", que estaban sujetas a la facultad discrecional administrativa del Departamento de Rentas de Washington, y concluyó que "las medidas que probablemente adoptaría el organismo administrativo pertinente como reacción a posibles situaciones fácticas son *indicativas* de si, en la práctica, una subvención seguiría estando disponible siempre que un fabricante emplease productos nacionales, mientras que se pondría fin a esa misma subvención si un fabricante emplease esos mismos productos de un origen

¹²⁰ Señalamos a este respecto que una subvención podría estar supeditada a la sustitución de importaciones "como condición única o entre otras varias condiciones" y que por tanto las subvenciones que están supeditadas a la producción en el país de determinados productos pueden estar supeditadas al mismo tiempo al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados.

¹²¹ En la medida en que se han planteado alegaciones *de jure* y *de facto*.

¹²² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.308.

¹²³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.306. Véase también el párrafo 7.309.

¹²⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.361.

¹²⁵ Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante, párrafos 111 y 113.

extranjero".¹²⁶ El Grupo Especial analizó por tanto estas respuestas y se basó en ellas en el contexto de su análisis de la supeditación *de facto*. Aunque es posible imaginar que las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas del Grupo Especial puedan haber arrojado luz sobre lo que se desprende necesariamente de los términos de la segunda disposición relativa a la ubicación, pueden haber sido igualmente pertinentes para comprender el diseño, la estructura y las modalidades de funcionamiento de la medida en el contexto de las circunstancias fácticas pertinentes. Reconocemos que el Grupo Especial compartimentó sus análisis de la supeditación *de jure* y *de facto*. Habría sido preferible que hubiera realizado una evaluación más holística de todos los elementos y pruebas pertinentes obrantes en el expediente. Sin embargo, no consideramos que el Grupo Especial incurriera en error al tomar en consideración las respuestas de los Estados Unidos a sus preguntas al examinar el diseño, la estructura y las modalidades de funcionamiento de la segunda disposición relativa a la ubicación en el contexto de las circunstancias fácticas pertinentes.

5.54. La Unión Europea también alega que el Grupo Especial, al adoptar en el contexto de su análisis *de jure* una interpretación de la segunda disposición relativa a la ubicación "carente de todo fundamento probatorio", no hizo una evaluación objetiva del asunto de conformidad con el artículo 11 del ESD.¹²⁷ La Unión Europea no está de acuerdo con las declaraciones del Grupo Especial de que "la expresión 'cualquier montaje final o montaje del ala' [en la segunda disposición relativa a la ubicación] se vincula explícitamente, y puede aducirse que se limita a, las operaciones específicas de montaje que hayan sido 'la base de la ubicación' de conformidad con la primera disposición relativa a la ubicación" y, por lo tanto, "más bien podría entenderse que los términos de la segunda disposición relativa a la ubicación se refieren a la situación en que las actividades de producción que se hayan ubicado anteriormente en el [e]stado de Washington, y hubieran sido la base de la determinación del Departamento de Rentas con arreglo a la primera disposición relativa a la ubicación, fueran posteriormente ubicadas fuera del [e]stado de Washington".¹²⁸

5.55. Coincidimos con la Unión Europea en que los términos de la segunda disposición relativa a la ubicación no parecen limitar su ámbito de aplicación a la reubicación de operaciones específicas de montaje que hayan sido la base de la ubicación de conformidad con la primera disposición relativa a la ubicación.¹²⁹ Al mismo tiempo, puesto que el cumplimiento de la primera disposición relativa a la ubicación supone que como mínimo debería haberse previsto que "empezarán a fabricarse en un emplazamiento nuevo o existente en el estado de Washington" alas para el 777X, consideramos razonable concluir que *una* situación en que se activaría la segunda disposición relativa a la ubicación es cuando la producción de alas, una vez ubicada en Washington de conformidad con la primera disposición relativa a la ubicación, fuera posteriormente ubicada fuera de este estado. A este respecto, señalamos la declaración del Grupo Especial de que, "[e]xclusivamente sobre la base del texto de [la segunda disposición relativa a la ubicación], la expresión 'cualquier montaje final o montaje del ala' se vincula explícitamente, y *puede aducirse* que se limita a, las operaciones específicas de montaje que hayan sido 'la base de la ubicación' de conformidad con la primera disposición relativa a la ubicación".¹³⁰ El Grupo Especial también mencionó explícitamente la posibilidad de "[o]tra lectura de los términos de la segunda disposición relativa a la ubicación".¹³¹ Teniendo esto en cuenta, aunque no consideramos que el ámbito de aplicación de la segunda disposición relativa a la ubicación esté limitado a la reubicación de operaciones específicas de montaje que previamente se hayan ubicado en Washington, no vemos que, al hacer las declaraciones con las que la Unión Europea no está de acuerdo, el Grupo Especial adoptara esa interpretación. Al contrario, el Grupo Especial simplemente describía una posible situación en virtud de la cual se activaría la segunda disposición relativa a la ubicación.

¹²⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.365. (sin cursivas en el original)

¹²⁷ Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante, párrafo 119.

¹²⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.305. Véase la comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante, párrafo 120.

¹²⁹ En este sentido, reconocemos que mientras que las prescripciones relativas a la "ubicación" establecidas en la primera disposición relativa a la ubicación son que "empiecen a fabricarse" en Washington un modelo nuevo o existente de un avión comercial, así como los "fuselajes y alas" de dicho modelo, las prescripciones relativas a la "ubicación" establecidas en la segunda disposición relativa a la ubicación se refieren al "montaje final o montaje del ala" del mismo modelo.

¹³⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.305. (sin cursivas en el original)

¹³¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.309.

5.56. En cualquier caso, no consideramos que las declaraciones del Grupo Especial fueran decisivas para su conclusión definitiva de que la supeditación establecida en la segunda disposición relativa a la ubicación no consiste en que los productos fabricados en Washington debieran "emplearse", sino más bien en que la fabricación de determinados productos no se "ubicara" fuera de Washington.¹³² La constatación del Grupo Especial de que la segunda disposición relativa a la ubicación no demuestra la supeditación *de jure* al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados se basó en términos más generales en los términos utilizados en dicha disposición que no se refieren a "decisiones sobre el aprovisionamiento de los componentes" y en la inferencia necesaria que podría derivarse de ellos, y no en el hecho de que la expresión "cualquier montaje final o montaje del ala" puede limitarse a la reubicación de operaciones específicas de montaje que anteriormente se hubieran ubicado en Washington.¹³³ Por lo tanto, no estamos de acuerdo con la afirmación de la Unión Europea de que la interpretación que hizo el Grupo Especial de la segunda disposición relativa a la ubicación "carece de todo fundamento probatorio".¹³⁴

5.57. En resumen, no consideramos que el Grupo Especial incurriera en error en la aplicación del párrafo 1 b) del artículo 3 al no examinar las respuestas de los Estados Unidos a sus preguntas en el contexto del análisis de la supeditación *de jure* de la segunda disposición relativa a la ubicación. Al determinar la existencia de supeditación, los grupos especiales deben hacer una evaluación holística de todos los elementos y pruebas pertinentes obrantes en el expediente y, no necesitan compartimentar sus análisis *de jure* y *de facto* para llegar a una conclusión global acerca de si una subvención está supeditada al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados. Las respuestas de los Estados Unidos pueden haber arrojado luz sobre lo que se desprende necesariamente de los términos de la segunda disposición relativa a la ubicación, pero pueden haber sido igualmente pertinentes para comprender el diseño, la estructura y las modalidades de funcionamiento de la medida en el contexto de las circunstancias fácticas pertinentes. Por lo tanto, no consideramos que el Grupo Especial incurriera en error restringiendo indebidamente el alcance de las pruebas a partir de las cuales evaluó la supeditación *de jure* con respecto a la segunda disposición relativa a la ubicación. Tampoco consideramos que el Grupo Especial interpretara que el ámbito de aplicación de la segunda disposición relativa a la ubicación está limitado a la reubicación de operaciones de montaje específicas que fueron la base de la ubicación de conformidad con la primera disposición relativa a la ubicación. En lugar de ello, el Grupo Especial simplemente estaba describiendo una posible situación en virtud de la cual se activaría la segunda disposición relativa a la ubicación.

5.58. Teniendo en cuenta lo anterior, rechazamos la alegación de la Unión Europea de que el Grupo Especial incurrió en error en la aplicación del párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC al constatar que la segunda disposición relativa a la ubicación, considerada por separado o conjuntamente con la primera disposición relativa a la ubicación, no hace que el tipo del impuesto aerospacial B&O esté supeditado *de jure* al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados. También rechazamos la alegación de la Unión Europea de que el Grupo Especial no

¹³² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.308.

¹³³ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.305 y 7.315.

¹³⁴ Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante, párrafo 119. La Unión Europea plantea varios argumentos adicionales, todos los cuales parecen centrarse en la misma preocupación fundamental de que el Grupo Especial interpretó que la segunda disposición relativa a la ubicación está limitada a la reubicación de las operaciones de montaje que fueron la base de la ubicación de conformidad con la primera disposición relativa a la ubicación. En particular, la Unión Europea sostiene que los términos de la primera disposición relativa a la ubicación contradicen la interpretación del Grupo Especial y que nada en dicha disposición ni en el ESSB 5952 "exige que el fabricante de aeronaves indique al [Departamento de Rentas de Washington] qué aeronaves y alas específicas dentro del modelo de aeronave determinado o cuántas de esas aeronaves y alas se montarán en Washington". La Unión Europea aduce también que las dos partes interpretaron los términos de la segunda disposición relativa a la ubicación en el sentido de que se refieren "al modelo de aeronaves respecto del cual se cumplió la primera disposición relativa a la ubicación, el 777X, y no a 'operaciones específicas de montaje'". Además, la Unión Europea recuerda su argumento de que "las partes convinieron en que 'si los fuselajes y alas completos se producían fuera de los Estados Unidos y después se importaban', la [segunda disposición relativa a la ubicación] se activaría". Por último, según la Unión Europea, "la tesis del Grupo Especial según la cual la segunda disposición relativa a la ubicación no 'excluiría *per se* y necesariamente la posibilidad de que el fabricante de aviones empleara alas procedentes de fuera del estado de Washington ..., siempre que no volviera a emplazar fuera del estado de Washington la fabricación previamente ubicada en dicho Estado", está en contradicción con determinadas declaraciones que hicieron los Estados Unidos ante el Grupo Especial. (*Ibid.*, párrafos 126-127 (las cursivas figuran en el original), 130 y 131 (no se reproduce la nota de pie de página)).

hizo una evaluación objetiva del asunto de conformidad con el artículo 11 del ESD al constatar que la segunda disposición relativa a la ubicación, considerada por separado o conjuntamente con la primera disposición relativa a la ubicación, no hace que el tipo del impuesto aeroespacial B&O esté supeditado *de jure* al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados.

5.5 La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error en su análisis de la supeditación *de facto* en el marco del párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC

5.59. Los Estados Unidos alegan que el Grupo Especial incurrió en error en la interpretación y aplicación del párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC al constatar que el tipo del impuesto aeroespacial B&O está supeditado *de facto* al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados. Aducen que el Grupo Especial interpretó y aplicó erróneamente el párrafo 1 b) del artículo 3 Acuerdo SMC como si esta disposición prohibiera las subvenciones supeditadas a la ubicación nacional de las actividades de producción.¹³⁵ Los Estados Unidos sostienen además que como Boeing no "emple[a]" ni "emple[ará]" alas para producir el 777X, el Grupo Especial incurrió en error en la interpretación y aplicación del párrafo 1 b) del artículo 3 al constatar que el tipo del impuesto aeroespacial B&O para el programa de la aeronave 777X de Boeing está supeditado al "empleo" de alas para el 777X.¹³⁶ Además, los Estados Unidos aducen que el Grupo Especial incurrió en error en la interpretación y aplicación del párrafo 1 b) del artículo 3 al constatar que la subvención está supeditada al empleo de alas "nacionales" con preferencia a las "importadas" porque no analizó el sentido de los términos "nacionales" e "importados" y no realizó "un análisis significativo" de si las alas resultantes del montaje de las alas en Washington serían necesariamente "nacionales".¹³⁷ Además, los Estados Unidos alegan que la manera en que el Grupo Especial utilizó situaciones hipotéticas para determinar qué activaría la segunda disposición relativa a la ubicación constituye un error en la interpretación y aplicación del párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC o, subsidiariamente, una omisión de la obligación de hacer una evaluación objetiva del asunto de conformidad con el artículo 11 del ESD.¹³⁸

5.60. En respuesta, la Unión Europea sostiene que el Grupo Especial no constató que una subvención supeditada exclusivamente a la producción nacional, sin más, sea incompatible con el párrafo 1 b) del artículo 3. Más bien, a juicio de la Unión Europea, "el Grupo Especial constató que las pruebas que se le habían presentado demostraban que la subvención en litigio está supeditada al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados, y de hecho yendo incluso más lejos, una subvención que 'excluy[e] *per se* y necesariamente' la posibilidad de poder importar ningún ala sin perder la subvención".¹³⁹ La Unión Europea sostiene que si se aceptara el argumento de los Estados Unidos de que las alas no se "emplean" en la producción del 777X, eso significaría que el propio Boeing podría determinar que una subvención impugnada sea o no incompatible con el párrafo 1 b) del artículo 3 mediante la forma en que organizara su proceso de producción.¹⁴⁰ La Unión Europea aduce que, aunque actualmente Boeing no "emplee" alas, puede hacerlo en el futuro, pero, sin embargo, la subvención actuaría para impedir que Boeing empleara alas importadas.¹⁴¹ Con respecto a la alegación de los Estados Unidos de que el Grupo Especial no examinó el sentido de los términos "nacionales" e "importados", la Unión Europea sostiene que el Grupo Especial "puso de manifiesto una interpretación del término 'nacionales'" al decir que las alas obtenidas en Washington "por definición serían alas nacionales".¹⁴² Por último, la Unión

¹³⁵ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 99.

¹³⁶ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 124. A este respecto, los Estados Unidos subrayan que las alas "no existen hasta que el propio avión acabado se completa a través del proceso de montaje final". (Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 115 (no se reproduce la nota de pie de página)).

¹³⁷ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 126. Los Estados Unidos también sostienen que el hecho de que el Grupo Especial no examinara el sentido de los términos "nacionales" e "importados" constituye una omisión de la obligación de exponer las razones en que se basaron sus constataciones, como exige el párrafo 7 del artículo 12 del ESD. (Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 133).

¹³⁸ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 135.

¹³⁹ Comunicación del apelado presentada por la Unión Europea, párrafo 79 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 7.367).

¹⁴⁰ Comunicación del apelado presentada por la Unión Europea, párrafo 94.

¹⁴¹ Comunicación del apelado presentada por la Unión Europea, párrafos 108-109.

¹⁴² Comunicación del apelado presentada por la Unión Europea, párrafo 119 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 7.364). La Unión Europea indica que el Grupo Especial también puso de manifiesto una interpretación de los términos "nacionales" e "importados" al decir que "las alas fabricadas en el [e]stado

Europea sostiene que, en este caso, la utilización de situaciones hipotéticas por el Grupo Especial era inevitable porque tenía que examinar la relación entre las prescripciones de la segunda disposición relativa a la ubicación y hechos que pueden suceder en el futuro.¹⁴³

5.61. Como señaló el Grupo Especial, las disposiciones primera y segunda relativas a la ubicación se centran en la ubicación de las actividades de montaje y no contienen ningún texto que exija de manera explícita, ni por lo que se desprenda necesariamente de él, el empleo de productos nacionales con preferencia a los importados.¹⁴⁴ Hemos rechazado *supra* las alegaciones de la Unión Europea de que el Grupo Especial incurrió en error en la interpretación y aplicación del párrafo 1 b) del artículo 3 en su análisis de la supeditación *de jure*. Como hemos señalado, cuando un análisis de la supeditación *de jure* no da como resultado una constatación de incompatibilidad en el marco del párrafo 1 b) del artículo 3 sobre la base de los términos de la medida, o de lo que se desprenda necesariamente de ellos, el grupo especial todavía puede formular una determinación de que existe supeditación sobre una base *de facto* cuando de la configuración total de los hechos que rodean la concesión de la subvención puede inferirse la existencia de una supeditación al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados. El análisis de la supeditación *de facto* puede tener en cuenta el diseño, la estructura y las modalidades de funcionamiento de la medida, así como las circunstancias fácticas que aportan contexto para comprender la medida de subvención y su funcionamiento con el fin de determinar si existe una condición que exige el empleo de productos nacionales con preferencia a los importados.

5.62. Los participantes, en sus argumentos relativos a la supeditación *de facto* en el marco del párrafo 1 b) del artículo 3, se refirieron a circunstancias fácticas que consideramos potencialmente pertinentes para evaluar si la subvención en litigio está sujeta a una supeditación *de facto*. Entre ellas figuran el proceso de producción de múltiples etapas, el nivel de integración del receptor de la subvención y el grado de especialización de los insumos subvencionados, en la medida en que informen y aporten contexto para comprender el diseño, la estructura y las modalidades de funcionamiento de la medida. Por lo que respecta a la segunda disposición relativa a la ubicación, la cuestión que se plantea es si, a pesar de que la propia medida se refiere de manera expresa solo a la ubicación de determinadas operaciones de fabricación y montaje, que se constató que no demuestran la supeditación *de jure*, existe no obstante sobre una base *de facto* una condición que exige el empleo de productos nacionales con preferencia a los importados.

5.63. La segunda disposición relativa a la ubicación dispone que el tipo del impuesto aeroespacial B&O deja de aplicarse en los casos en que el Departamento de Rentas de Washington "formule una determinación de que cualquier montaje final o montaje del ala de cualquier versión o variante de un avión comercial que sea la base de la ubicación de un programa de fabricación de aviones comerciales significativo en [Washington de conformidad con la primera disposición relativa a la ubicación] se ha ubicado fuera del [e]stado de Washington".¹⁴⁵ Según sus términos expresos, la aplicación de la segunda disposición relativa a la ubicación se activa en el caso de una futura determinación del Departamento de Rentas de Washington de que el montaje final o montaje del ala "se ha ubicado" fuera de Washington, y por tanto la condición incluida en la medida se refiere a la ubicación o emplazamiento de las actividades de montaje pertinentes. Es la referencia que se hace en la segunda disposición relativa a la ubicación al montaje del ala, y no al montaje final, la que el Grupo Especial consideró que era más pertinente para la alegación de la Unión Europea de existencia de supeditación *de facto* al empleo de alas nacionales con preferencia a las importadas.¹⁴⁶

5.64. Recordamos los aspectos pertinentes del análisis realizado por el Grupo Especial de la alegación de supeditación *de facto* formulada por la Unión Europea. El Grupo Especial comenzó señalando que su análisis *de facto* "debe ir más allá del texto de la legislación y se basará en un examen holístico de todas las pruebas disponibles" relativas al diseño, la estructura, las

de Washington son productos nacionales y que cualquier ala importada por definición estaría fabricada fuera del [e]stado de Washington". (*Ibid.* (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 7.367)).

¹⁴³ Comunicación del apelado presentada por la Unión Europea, párrafos 140-141.

¹⁴⁴ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.297, 7.311 y 7.317.

¹⁴⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.32 (donde se cita el ESSB 5952 (Prueba documental EU-3 presentada al Grupo Especial), artículos 5-6(11)(e)(ii)).

¹⁴⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.349. Esta condición de la segunda disposición relativa a la ubicación con respecto a la ubicación de cualquier montaje del ala está vigente durante todo el período en que lo esté el tipo del impuesto aeroespacial B&O de conformidad con el ESSB 5952. (*Ibid.*).

modalidades de funcionamiento y las circunstancias fácticas pertinentes que rodeen la concesión de las subvenciones.¹⁴⁷

5.65. En su análisis *de facto*, el Grupo Especial evaluó circunstancias pertinentes concernientes a la segunda disposición relativa a la ubicación, en particular las circunstancias en que se activaría la aplicación de la disposición. El Grupo Especial diferenció el mecanismo de aplicación de la segunda disposición relativa a la ubicación del de la primera disposición relativa a la ubicación. Con respecto a la primera disposición relativa a la ubicación, el Grupo Especial observó que prevé "una decisión de adopción única" por el Departamento de Rentas de Washington y "no existe ningún mecanismo jurídico previsto en la legislación del [e]stado de Washington que permita al Departamento de Rentas revocar dicha determinación".¹⁴⁸ Por lo tanto, el Grupo Especial concluyó que "la primera disposición relativa a la ubicación no es una medida que se vaya a aplicar en ocasiones repetidas durante un período (definido o indefinido)".¹⁴⁹ En cambio, el Grupo Especial constató que "la función de la segunda disposición relativa a la ubicación es establecer condiciones para que el programa de fabricación de aviones que había activado la primera disposición relativa a la ubicación (y, por tanto, logró la prórroga de la disponibilidad de las ventajas fiscales) mantenga el acceso de dicho programa a una de esas ventajas fiscales, a saber, el tipo del impuesto aeroespacial B&O".¹⁵⁰ El Grupo Especial recordó que "la segunda disposición relativa a la ubicación establece que la 'ubicación' del 'montaje del ala' del modelo de avión en cuestión (el 777X) fuera del [e]stado de Washington conllevaría la pérdida del tipo del impuesto aeroespacial B&O para la fabricación o venta de dicho avión".¹⁵¹ Señalando que "la condicionalidad que figura en la segunda disposición relativa a la ubicación se expresa de forma negativa", el Grupo Especial entendió que la segunda disposición relativa a la ubicación establece las circunstancias fácticas que, en caso de que se dieran, harían que el programa de la aeronave 777X de Boeing perdiera el acceso a la subvención.¹⁵² El Grupo Especial tenía por tanto claro que mientras esa "ubicación" no se produzca, la segunda disposición relativa a la ubicación "permanece inactiva, funcionando pasivamente como disuasión para salvaguardar el *statu quo* (o al menos unos aspectos particulares de este) que cumplió la primera disposición relativa a la ubicación".¹⁵³ Según el Grupo Especial, esta "naturaleza pasiva y disuasoria de la medida" planteaba "la cuestión de qué tipos de pruebas fácticas podrían informar el análisis de si la continuación del acceso al tipo del impuesto aeroespacial B&O ... está supeditad[a] *de facto* al empleo en el 777X de alas nacionales con preferencia a las importadas".¹⁵⁴ Cuando el Grupo Especial evaluó esta alegación la segunda disposición relativa a la ubicación no se había activado y, por lo tanto, no había pruebas de su aplicación real y, en particular, de qué activaría la segunda disposición relativa a la ubicación.¹⁵⁵

5.66. Como la segunda disposición relativa a la ubicación no se había activado, el Grupo Especial observó que se "enfrenta[ba] a la cuestión hipotética de qué es lo que activaría la segunda disposición relativa a la ubicación, es decir, qué medida adoptada por Boeing daría lugar a que el Departamento de Rentas determinara que el montaje del ala del 777X 'se ha ubicado' fuera del [e]stado de Washington".¹⁵⁶ El Grupo Especial consideró "particularmente pertinente la facultad discrecional ... conced[ida] ... al Departamento de Rentas para poner fin a la disponibilidad del tipo del impuesto aeroespacial B&O ... si determina que Boeing ha 'ubicado' el montaje de las alas ...

¹⁴⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.327. El Grupo Especial observó que puesto que la decisión de Boeing relativa a la ubicación del 777X satisfizo la primera disposición relativa a la ubicación, no se podía disociar el funcionamiento de las disposiciones primera y segunda relativas a la ubicación. El Grupo Especial examinó por tanto "la manera en que las medidas en litigio están estructuradas, están diseñadas y funcionan, en virtud de lo establecido en el ESSB 5952, y como resultado de la primera disposición relativa a la ubicación y la segunda disposición relativa a la ubicación". (*Ibid.*, párrafo 7.331).

¹⁴⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.345. (no se reproduce la nota de pie de página)

¹⁴⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.345.

¹⁵⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.346.

¹⁵¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.358. El Grupo Especial recordó que la expresión "*has been sited*" (se ha ubicado) (utilizada en la versión original en inglés de la segunda disposición relativa a la ubicación en la forma pasiva) guarda relación con la decisión de un fabricante de emplazar un programa de fabricación en un lugar determinado, que está en consonancia con la definición de "*siting*" (ubicación) establecida en la primera disposición relativa a la ubicación. (*Ibid.*, nota 663 al párrafo 7.358 (donde se hace referencia al párrafo 7.304)).

¹⁵² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.346.

¹⁵³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.358.

¹⁵⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.358.

¹⁵⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.358.

¹⁵⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.359.

fuera del [e]stado de Washington".¹⁵⁷ El Grupo Especial subrayó que el ejercicio de la facultad discrecional concedida al Departamento de Rentas de Washington "sería incompatible con el párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC si, en la práctica, diera lugar a la terminación del tipo del impuesto aeroespacial B&O para ... el programa 777X sobre la base de una determinación de que Boeing, debido al empleo de alas importadas en el 777X, haya 'ubicado' el montaje del ala del 777X fuera del [e]stado de Washington".¹⁵⁸

5.67. A fin de entender qué es lo que activaría la segunda disposición relativa a la ubicación, el Grupo Especial planteó dos preguntas a los Estados Unidos (las preguntas 40 y 80 del Grupo Especial) basándose en situaciones hipotéticas. En el marco de la primera hipótesis, el Grupo Especial preguntó si la segunda disposición relativa a la ubicación se activaría en caso de que, suponiendo a efectos de argumentación que Boeing pudiera comprar alas completas, el propio Boeing siguiera fabricando alas en Washington y además comprara alas a otro fabricante de Washington.¹⁵⁹ Con respecto a la primera situación hipotética, los Estados Unidos manifestaron lo siguiente:

Como se indica en la pregunta del Grupo Especial, y se señala en otra parte, Boeing no puede comprar alas y fuselajes completos para el 777X. No obstante, suponiendo a efectos de argumentación que no fuera así, el texto de la pregunta -en especial el foco de atención en Boeing y no en todos los contribuyentes, y en que Boeing "siga reuniendo los requisitos" y no en que reúna los requisitos- da por supuesto que Boeing ya cumplió la primera disposición relativa a la ubicación. Una vez que se cumple esa disposición, no contiene ningún mecanismo jurídico para cambiar el curso o afectar de otro modo al trato fiscal establecido en el ESSB 5952. Por lo tanto, suponiendo a efectos de argumentación que Boeing pudiera comprar fuselajes y alas completos para el 777X, la primera disposición relativa a la ubicación seguiría sin tener pertinencia alguna para la decisión de Boeing de realizar esas compras.

Siguiendo con esta misma hipótesis a efectos de argumentación, para determinar si se activó la segunda disposición relativa a la ubicación, el Departamento de Rentas tendría que evaluar si Boeing había ubicado cualquier montaje de ala o montaje final fuera de Washington. La pregunta da a entender que no se habría producido tal ubicación fuera de Washington. Por consiguiente, el Departamento de Rentas probablemente no determinaría que se había activado la segunda disposición relativa a la ubicación. Esto es lo mismo que si Boeing cancelara por completo el programa 777X. En síntesis, salvo que el Departamento de Rentas determine que el montaje final o el montaje de las alas para el 777X se han ubicado fuera de Washington, no se activa la segunda disposición relativa a la ubicación.¹⁶⁰

5.68. En el marco de la segunda situación hipotética, el Grupo Especial preguntó si la segunda disposición relativa a la ubicación se activaría si Boeing siguiera fabricando alas en Washington y, además, si las comprase a otro productor fuera de Washington.¹⁶¹ Con respecto a la segunda situación hipotética, los Estados Unidos explicaron lo siguiente:

De conformidad con la segunda disposición relativa a la ubicación, el hecho de que los fuselajes y alas sean importados carece de pertinencia. La segunda disposición relativa a la ubicación solamente se activa si el Departamento de Rentas determina que cualquier montaje final o montaje del ala está ubicado fuera de Washington. Es la ubicación de esa actividad de producción, no el carácter nacional o importado de cualesquiera productos, lo que es pertinente.

Así pues, como los Estados Unidos señalaron en su respuesta a la pregunta 39, y suponiendo a efectos de argumentación, en contra de la realidad, que Boeing puede importar fuselajes y alas completos para emplearlos en la producción del 777X, si los fuselajes y las alas completos se produjeran fuera de Washington y después se importaran, el Departamento de Rentas probablemente determinaría que algún

¹⁵⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.360.

¹⁵⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.360.

¹⁵⁹ Pregunta 40 del Grupo Especial.

¹⁶⁰ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 40 del Grupo Especial, párrafos 96-97.

¹⁶¹ Pregunta 80 del Grupo Especial.

montaje final o montaje del ala se había ubicado fuera de Washington, lo que significa que se activaría la segunda disposición relativa a la ubicación. Sin embargo, suponiendo otra hipótesis que pasa por alto en aras de la argumentación lo que es realista, y aplicando el enfoque de la UE respecto a los términos "nacionales" e "importados", si Boeing montara fuselajes y alas completos en Washington, los enviara a una empresa extranjera para realizar operaciones no relacionadas con el montaje (por ejemplo pintura de logos o pruebas) y después los importara, la segunda disposición relativa a la ubicación no se activaría, a pesar de que conforme al enfoque de la UE Boeing estaría empleando productos importados.

Una vez más, la segunda disposición relativa a la ubicación se centra en la ubicación de la actividad de producción, en especial en la ubicación de las operaciones de montaje. Esto es importante teniendo en cuenta la distinción que estableció la UE en la segunda reunión del Grupo Especial entre el empleo de productos en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 3 y lo que son "simplemente operaciones de montaje".¹⁶²

5.69. Además, señalamos que al responder a la pregunta 7 del Grupo Especial sobre si el tipo del impuesto aeroespacial B&O seguiría siendo aplicable si hubiera un solo caso de montaje fuera de Washington, los Estados Unidos respondieron lo siguiente:

Para empezar, es importante señalar que no hay una hipótesis realista en la cual únicamente un solo caso de montaje final o montaje del ala tuviera lugar fuera de Washington. Se trata de actividades de fabricación complejas que requieren grandes inversiones en instalaciones y herramientas técnicamente avanzadas, una mano de obra capacitada y la integración en el proceso de producción más amplio. Y como han explicado los Estados Unidos, el montaje del ala para el 777X solamente se completa como parte del montaje final del avión acabado. No obstante, suponiendo en aras de la argumentación que hubiera un solo caso de montaje final o montaje del ala fuera de Washington, ese montaje aislado no puede ser una ubicación fuera del Estado que activase la segunda disposición relativa a la ubicación.

La segunda disposición relativa a la ubicación se refiere a una determinación formulada por el Departamento de Rentas de que cualquier montaje final o montaje del ala "se ha *ubicado* fuera del estado de Washington". El término "ubicado", en especial junto con un proceso como el "montaje", denota una decisión no relacionada con una excepción única. En esencia, no existe una ubicación de un solo montaje final o montaje del ala. Por lo tanto, si esa excepción se produjera efectivamente en un solo caso, es improbable que el Departamento de Rentas determinara que Boeing había *ubicado* cualquier montaje final o montaje del ala fuera de Washington. Por consiguiente, se seguiría aplicando el tipo del impuesto aeroespacial B&O del 0,2904%.¹⁶³

5.70. El Grupo Especial consideró que las respuestas de los Estados Unidos a sus preguntas 40 y 80 eran "significativas para comprender las modalidades de funcionamiento de las condiciones de la segunda disposición relativa a la ubicación".¹⁶⁴ Sobre la base de las respuestas que dieron los Estados Unidos a esas preguntas, el Grupo Especial concluyó que "la segunda disposición relativa a la ubicación no está destinada solo a asegurar que el propio [Boeing] monte las alas del 777X o realice el montaje final del 777X"¹⁶⁵; antes bien, a juicio del Grupo Especial, "[t]ambién se refiere al 'empleo' de determinados productos [es decir, alas] y específicamente al origen de los productos que se introducen en el proceso de producción del 777X como condición para poder seguir disponiendo de una subvención".¹⁶⁶ A juicio del Grupo Especial, que la segunda disposición relativa a la ubicación se active o no vendría determinado por el origen de las alas. El Grupo Especial concluyó que "la *única* decisión de Boeing de obtener alas para después 'emplearlas' en la producción del 777X que *no* activaría la segunda disposición relativa a la ubicación sería obtener

¹⁶² Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 80 del Grupo Especial, párrafos 118-120.

¹⁶³ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 7 del Grupo Especial, párrafos 15-16. (no se reproduce la nota de pie de página; las cursivas figuran en el original)

¹⁶⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.365.

¹⁶⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.364.

¹⁶⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.366.

dichas alas en el [e]stado de Washington, por lo que por definición serían alas nacionales".¹⁶⁷ El Grupo Especial consideró además que las respuestas de los Estados Unidos aclararon que el término "o" en la segunda disposición relativa a la ubicación "prevé, y pretende evitar entre otras cosas, que se produzca cualquier ala ... como producto separado fuera del [e]stado de Washington ... que después se transportara al [e]stado de Washington para incorporarla al proceso de montaje final".¹⁶⁸ Sobre esta base, el Grupo Especial constató que "Boeing no puede obtener [alas] fuera del [e]stado de Washington ... sin que ello comporte la activación de la segunda disposición relativa a la ubicación".¹⁶⁹ Así pues, el Grupo Especial basó sus conclusiones en las respuestas que dieron los Estados Unidos a sus preguntas 40 y 80. Señalamos que el Grupo Especial no abordó en su análisis la pertinencia de la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 7 del Grupo Especial de que un solo caso de montaje fuera de Washington no activaría la segunda disposición relativa a la ubicación.

5.71. Al analizar la evaluación que hizo el Grupo Especial de la segunda disposición relativa a la ubicación, tomamos nota de su conclusión clave de que las respuestas de los Estados Unidos aclaran que la segunda disposición relativa a la ubicación "no está destinada solo a" impedir la ubicación de operaciones de montaje fuera de Washington, sino que "[t]ambién se refiere al 'empleo' de determinados productos y específicamente al origen de los productos".¹⁷⁰ No consideramos que una declaración del Grupo Especial de que una medida puede "referirse" al origen nacional o importado de los productos sea suficiente en sí misma para establecer la existencia de supeditación *de facto* al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 3. Como hemos señalado, la pregunta pertinente al determinar la existencia de supeditación en el marco del párrafo 1 b) del artículo 3 no es si una condición para tener derecho a obtener una subvención puede *tener como resultado* el empleo de más productos nacionales y menos productos importados, sino si *una condición que exige* el empleo de productos nacionales con preferencia a los importados puede discernirse a partir de los términos de la propia medida, o inferirse a partir de su diseño, estructura y modalidades de funcionamiento, a la luz de las circunstancias fácticas pertinentes que aportan el contexto para comprender la medida y su funcionamiento.

5.72. Otras declaraciones del Grupo Especial subrayan su interpretación de que el funcionamiento de la condición de ubicación establecida en la medida en litigio puede referirse no solo a determinadas *consecuencias* para la importación de los productos. El Grupo Especial consideró que "mientras esta 'ubicación' no se produzca", la segunda disposición relativa a la ubicación "permanece inactiva", y que era esta "particular naturaleza pasiva y disuasoria de la medida" la que planteaba la cuestión de "qué tipos de pruebas fácticas podrían informar el análisis de si la continuación del acceso al tipo del impuesto aeroespacial B&O ... en el marco del programa del 777X está supeditado *de facto* al empleo en el 777X de alas nacionales con preferencia a las importadas".¹⁷¹ Según el Grupo Especial, esto hacía "particularmente pertinente"¹⁷² la cuestión de cómo ejercería el Departamento de Rentas de Washington la facultad discrecional que le confería la medida y, de manera específica, la segunda disposición relativa a la ubicación. El Grupo Especial concluyó que las respuestas que dieron los Estados Unidos sobre lo que podría activar la segunda disposición relativa a la ubicación demuestran que el texto de dicha disposición "prevé, y pretende evitar entre otras cosas, que se produzca cualquier ala ... como producto separado fuera del [e]stado de Washington ... que después se transportara al [e]stado de Washington para incorporarla al proceso de montaje final".¹⁷³

5.73. Aunque el Grupo Especial tiene razón al señalar que la medida puede impedir el montaje de alas completas en el extranjero, en nuestra opinión esto no significa que la segunda disposición relativa a la ubicación "prevé" y "pretende evitar" las importaciones de alas completas. Aunque no es infrecuente que para recibir una subvención el receptor esté obligado a cumplir determinadas condiciones, no está totalmente claro cómo ejercería sus facultades el Departamento de Rentas de Washington y si una pérdida de la subvención por el receptor, en caso de que no se cumplieran esas condiciones, demostraría la existencia de una prescripción de emplear productos nacionales con preferencia a los importados. En todo caso, es la ubicación de la producción, no el origen

¹⁶⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.364. (las cursivas figuran en el original)

¹⁶⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.366.

¹⁶⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.368.

¹⁷⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.366. Véase también el párrafo 7.364.

¹⁷¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.358.

¹⁷² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.360.

¹⁷³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.366.

importado o nacional del producto resultante, lo que activaría la pérdida del tipo del impuesto aeroespacial B&O.

5.74. Por consiguiente, no consideramos que el análisis y el razonamiento del Grupo Especial sean suficientes para establecer que la forma en que actúa la segunda disposición relativa a la ubicación con respecto a la ubicación de la producción y el montaje hace que el tipo del impuesto aeroespacial B&O esté supeditado *de facto* al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados. Además, no entendemos cómo las declaraciones realizadas por el Gobernador de Washington "relativas al objetivo de mantener la producción de las alas del 777X en Washington" son "compatibles" con la conclusión del Grupo Especial de que la segunda disposición relativa a la ubicación demuestra la supeditación *de facto*.¹⁷⁴ Si acaso, esas declaraciones simplemente ponen de relieve que la segunda disposición relativa a la ubicación guarda relación con una prescripción de no ubicar determinadas actividades de producción y montaje fuera de Washington.

5.75. Consideramos que es significativo que la segunda disposición relativa a la ubicación se centre en la "ubicación" de actividades de montaje. Como hemos señalado, aunque las condiciones para tener derecho y acceso a una subvención pueden conllevar determinadas consecuencias para las decisiones de aprovisionamiento que adopte un productor nacional para elegir entre productos nacionales e importados, esto por sí solo no equivale a *una condición que exige* el empleo de productos nacionales con preferencia a los importados. El propio Grupo Especial parece haberlo reconocido cuando dijo que su evaluación "no se centra[ba] en la cuestión de si las medidas en litigio han tenido un efecto de sustitución de las importaciones o una repercusión nociva en las importaciones, ya que esto [habría] exigido al Grupo Especial adentrarse en un análisis de la existencia de efectos desfavorables de un tipo que no está previsto en el párrafo 1 del artículo 3".¹⁷⁵ Sin embargo, al basarse en la consecuencia que una disposición de ubicación nacional tiene para la importación de bienes producidos mediante operaciones de montaje ubicadas en el exterior, a nuestro juicio el propio Grupo Especial basó su razonamiento precisamente en las observaciones concernientes a cualquier consiguiente "efecto de sustitución de las importaciones" y "repercusión nociva en las importaciones" que el Grupo Especial dijo que serían inapropiadas en un análisis en el marco del párrafo 1 b) del artículo 3.

5.76. Recordamos a este respecto que normalmente cabe esperar que una subvención que exija la ubicación de determinadas actividades de producción en el territorio de un Miembro aumente la oferta de los productos nacionales subvencionados en el mercado pertinente, lo que aumentaría el empleo de esos productos nacionales subvencionados en las etapas de producción ulteriores y afectaría desfavorablemente a las importaciones. En el caso concreto de las subvenciones concedidas para la producción de insumos -por ejemplo, alas y fuselajes-, el receptor de la subvención probablemente "produciría" y "emplearía" los insumos subvencionados en la producción y el montaje del producto final subvencionado. De hecho, en estas circunstancias las subvenciones tienen consecuencias para las decisiones sobre el aprovisionamiento de insumos de los productores subvencionados en la medida en que, al estar obligados a producir un insumo en el país, y por razones de costos y eficiencia de producción, probablemente emplearán esos insumos en sus actividades ulteriores de producción. Esto es especialmente cierto en los casos en que los insumos subvencionados son de naturaleza muy especializada y las etapas de fabricación y montaje de la cadena de producción están muy integradas. Sin embargo, aunque una subvención puede funcionar en esas circunstancias fácticas para fomentar el empleo de insumos nacionales subvencionados, y con ello dar lugar a efectos desfavorables para las importaciones en el sentido de la Parte III del Acuerdo SMC, esos efectos, en sí y por sí mismos, no demuestran la existencia de una prescripción de emplear productos nacionales con preferencia a los importados en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 3 de ese Acuerdo.

5.77. También tomamos nota de las respuestas de los Estados Unidos a preguntas del Grupo Especial que incluyen determinadas "situaciones hipotéticas"¹⁷⁶ acerca de la determinación que probablemente formularía el Departamento de Rentas de Washington si Boeing importara fuselajes y alas completos. Para empezar, queremos recordar que la utilización de hipótesis o situaciones hipotéticas es un medio admisible de análisis jurídico que puede ser especialmente pertinente en la

¹⁷⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.366.

¹⁷⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.357.

¹⁷⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.361.

solución de diferencias en la OMC, incluso en el contexto del Acuerdo SMC.¹⁷⁷ Además, la falta de pruebas relativas a la aplicación real de una medida no debe excluir la posibilidad de que un Miembro impugne una ley que todavía no se ha aplicado.¹⁷⁸ De manera especial, cuando la supuesta supeditación no se expresa claramente en el texto del instrumento jurídico pertinente, se necesita un análisis minucioso de la relación entre la concesión de la subvención y la condición que exige el empleo de productos nacionales con preferencia a los importados sobre la base de un examen detenido de todos los factores y circunstancias fácticas pertinentes. Insistimos a este respecto en que la manera en que el Departamento de Rentas de Washington ejercería sus facultades discrecionales para poner fin a la disponibilidad del tipo del impuesto aeroespacial B&O fue "particularmente pertinente"¹⁷⁹ para el Grupo Especial. Por lo tanto, partes cruciales del razonamiento del Grupo Especial dependían de si el ejercicio de facultades discrecionales por el Departamento de Rentas de Washington activaría la segunda disposición relativa a la ubicación, y las respuestas de los Estados Unidos tuvieron por tanto una importancia fundamental para la conclusión del Grupo Especial relativa a la supeditación *de facto*. Dicho esto, consideramos que los grupos especiales deben actuar con prudencia al basar sus constataciones de incompatibilidad *de facto* exclusiva o principalmente en situaciones hipotéticas en los casos en que existan pruebas limitadas del funcionamiento de una medida.

5.78. Teniendo presente lo anterior, nos preocupa la atención limitada que prestó el Grupo Especial a las respuestas de los Estados Unidos a sus preguntas y las conclusiones que extrajo el Grupo Especial de ellas. Aunque no estamos en desacuerdo en la utilización por el Grupo Especial de preguntas basadas en situaciones hipotéticas, cuestionamos las conclusiones que sacó de las respuestas de los Estados Unidos. Las preguntas que planteó el Grupo Especial eran conjeturales y se basaron en supuestos establecidos a efectos de argumentación. Señalamos también el carácter probabilístico de la respuesta de los Estados Unidos acerca de cómo podría ejercer el Departamento de Rentas de Washington sus facultades discrecionales si en el futuro surgieran determinadas situaciones fácticas hipotéticas. Como el Departamento de Rentas de Washington nunca ha formulado una determinación sobre las consecuencias que se derivarían de la importación por Boeing de alas y fuselajes completos para el 777X, el Grupo Especial pidió a los Estados Unidos que planteara una hipótesis sobre qué determinación formularía el Departamento de Rentas de Washington en algún momento en el futuro, y respecto de situaciones de mercado que no existen actualmente. A este respecto, los Estados Unidos se limitaron a decir que el Departamento de Rentas de Washington "probablemente determinaría"¹⁸⁰ que la importación de alas y fuselajes completos significaría que algún montaje se había ubicado fuera de Washington, activando de ese modo la segunda disposición relativa a la ubicación. Aunque no cabe duda de que esta declaración es pertinente, parece haber sido casi el único fundamento para la conclusión del Grupo Especial sobre las modalidades de funcionamiento prospectivas de la segunda disposición relativa a la ubicación.

5.79. Señalamos algunas otras declaraciones que hicieron los Estados Unidos en sus respuestas a las preguntas del Grupo Especial. En primer lugar, los Estados Unidos hicieron hincapié en que la cuestión de si los fuselajes y las alas son importados "carece de pertinencia" a los efectos de la segunda disposición relativa a la ubicación porque es la ubicación de actividades de producción, no el carácter nacional o importado de los productos, la que determina si se activaría o no la segunda disposición relativa a la ubicación.¹⁸¹ Esto subraya nuestra evaluación de que cualquier prescripción que deba discernirse de la segunda disposición relativa a la ubicación guarda relación con la ubicación de actividades de montaje y no demuestra en sí misma la existencia de una prescripción *de facto* de emplear productos nacionales con preferencia a los importados. A nuestro

¹⁷⁷ Por ejemplo, al examinar si existe una contribución financiera en el sentido del párrafo 1 a) 1) ii) del artículo 1 del Acuerdo SMC, un grupo especial debe determinar qué ingresos "en otro caso se [habrían] percibido", es decir, sin la supuesta subvención. (Véase el informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Automóviles*, párrafo 91). Igualmente, al examinar si una contribución financiera otorga un "beneficio" en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC, un grupo especial debe determinar la posición del receptor de la supuesta subvención en el mercado de no existir la supuesta subvención. (Véase el informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Aeronaves*, párrafos 157-158). Además, en el contexto de análisis de la relación causal y la no atribución en el marco del Acuerdo Antidumping, el Acuerdo sobre Salvaguardias y el Acuerdo SMC, con frecuencia se pide a los grupos especiales que evalúen "situaciones hipotéticas" al analizar determinaciones nacionales acerca de si existiría daño a la rama de producción nacional si no existieran dumping, aumento de las importaciones o importaciones subvencionadas.

¹⁷⁸ Véase el informe del Grupo Especial del GATT, *Estados Unidos - Superfund*, párrafo 5.2.2.

¹⁷⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.360.

¹⁸⁰ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 80 del Grupo Especial, párrafo 119.

¹⁸¹ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 80 del Grupo Especial, párrafo 118.

juicio, las circunstancias que concurren en la presente diferencia -como la existencia de un proceso de producción de múltiples etapas, el nivel de especialización de los insumos subvencionados y el nivel de integración de la cadena de fabricación y montaje en la rama de producción de aeronaves- deberían haber recibido una atención más minuciosa del Grupo Especial. En segundo lugar, como los Estados Unidos señalaron también en su respuesta a la pregunta 80 del Grupo Especial, aunque la importación de alas y fuselajes completos para el 777X fuera técnicamente posible, no toda importación de esas estructuras conllevaría la consecuencia que indicaron los Estados Unidos ya que podría haber una situación en que el montaje siguiera realizándose en Washington, pero la exportación de esas estructuras para operaciones no relacionadas con el montaje y la importación posterior de esas estructuras no activarían la segunda disposición relativa a la ubicación. En tercer lugar, recordamos que, en su respuesta a la pregunta 7 del Grupo Especial, los Estados Unidos indicaron que un caso aislado de montaje final o montaje del ala fuera de Washington "no puede ser una ubicación fuera del Estado que active la segunda disposición relativa a la ubicación".¹⁸² Esta respuesta de los Estados Unidos pone en tela de juicio la conclusión que extrajo el Grupo Especial basándose en las respuestas de los Estados Unidos a sus preguntas 40 y 80.

5.80. Las declaraciones anteriores de los Estados Unidos, leídas conjuntamente, reflejan importantes salvedades que atenúan aún más la respuesta de los Estados Unidos en cuanto a la "probable" determinación del Departamento de Rentas de Washington en caso de que Boeing importara alas y fuselajes completos. También es importante señalar que el Grupo Especial no se refirió en su informe a ninguna de las declaraciones expuestas en el párrafo anterior, ni en su descripción de las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas del Grupo Especial, ni cuando razonó su constatación de existencia de supeditación *de facto*. Habida cuenta de que el Grupo Especial se basó casi exclusivamente en las respuestas de los Estados Unidos a sus preguntas 40 y 80, habríamos esperado que el Grupo Especial hubiera llevado a cabo un análisis más minucioso y hubiera dado una explicación de cómo podía justificar haberse basado solamente en las respuestas de los Estados Unidos teniendo en cuenta las diversas salvedades que hay en esas respuestas. Recordamos a este respecto la declaración que hizo el Órgano de Apelación en *Canadá - Aeronaves* de que, al examinar la configuración total de los hechos que constituyen la concesión de la subvención y la rodean, ningún factor "será probablemente decisivo por sí solo en ningún caso determinado".¹⁸³ A nuestro juicio, las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas del Grupo Especial no parecen haber indicado nada más que una consecuencia de no cumplir las condiciones para la concesión de la subvención. Esas consecuencias, junto con otras posibles consecuencias de la subvención en litigio que pueden tener alguna influencia en las decisiones de aprovisionamiento de insumos de Boeing, no son suficientes para demostrar que la segunda disposición relativa a la ubicación, que se constató que no demuestra la existencia de supeditación *de jure*, conlleva no obstante una prescripción *de facto* de emplear productos nacionales con preferencia a los importados.

5.81. En resumen, no consideramos que el Grupo Especial estableciera debidamente que la segunda disposición relativa a la ubicación, además de las condiciones relativas a la ubicación de actividades de producción, entrañe también una condición que exija el empleo de productos nacionales con preferencia a los importados. La respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 80 del Grupo Especial relativa a la "probable" determinación del Departamento de Rentas de Washington en caso de que se importaran fuselajes y alas completos aclara que es la ubicación de las actividades de producción, no el carácter importado o nacional de los bienes producidos, lo que activa la segunda disposición relativa a la ubicación. Teniendo en cuenta las diversas salvedades en relación con las respuestas de los Estados Unidos, cuyas consecuencias no se mencionaron ni se razonaron en el informe del Grupo Especial, no consideramos que el análisis y el razonamiento del Grupo Especial proporcionaran un fundamento suficiente para su constatación de que la segunda disposición relativa a la ubicación hace que el tipo del impuesto aeroespacial B&O esté supeditado *de facto* al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC.

5.82. Por las razones anteriores, revocamos la constatación del Grupo Especial, en los párrafos 7.369 y 8.1.c de su informe, de que el tipo del impuesto aeroespacial B&O está supeditado *de facto* al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC. Por consiguiente, revocamos también la

¹⁸² Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 7 del Grupo Especial, párrafo 15.

¹⁸³ Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Aeronaves*, párrafo 167.

constatación del Grupo Especial, en el párrafo 8.2 de su informe, de que los Estados Unidos han actuado de manera incompatible con el párrafo 2 del artículo 3 del Acuerdo SMC.

5.83. Observamos que los Estados Unidos plantearon varias alegaciones adicionales con respecto a la interpretación y aplicación por el Grupo Especial del párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC. En particular, los Estados Unidos discrepan de la constatación del Grupo Especial de que Boeing "emplea" alas para fabricar el 777X y aducen que el Grupo Especial no realizó "un análisis significativo" de la cuestión de si las alas resultantes del montaje del ala en Washington serían necesariamente "nacionales".¹⁸⁴ Los Estados Unidos sostienen también que la evaluación realizada por el Grupo Especial del funcionamiento de la segunda disposición relativa a la ubicación en el contexto de su análisis *de facto* es incompatible con el deber que tiene el Grupo Especial en virtud del artículo 11 del ESD de hacer una evaluación objetiva del asunto.¹⁸⁵ Tras haber revocado la constatación del Grupo Especial de que el tipo del impuesto aeroespacial B&O está supeditado *de facto* al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC, no consideramos necesario seguir examinando las demás alegaciones y argumentos de los Estados Unidos.

5.84. Señalamos además la alegación de la Unión Europea de que el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva del asunto de conformidad con el artículo 11 del ESD al considerar concluyentes los términos de la supeditación descrita en la primera disposición relativa a la ubicación y la determinación del Departamento de Rentas de Washington relativa a la decisión de Boeing de ubicar "un programa de fabricación de aviones comerciales significativo" en Washington, y de ese modo "no examinar debidamente las consecuencias de esa condición en los incentivos de Boeing para emplear alas o fuselajes nacionales en el 777X con preferencia a los importados en su producción del 777X en el estado de Washington".¹⁸⁶ En vista de que hemos revocado la constatación del Grupo Especial de que el tipo del impuesto aeroespacial B&O está supeditado *de facto* al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados de conformidad con el párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC, no consideramos necesario examinar la alegación de la Unión Europea. En la medida en que el Grupo Especial no podía haberse basado en las simples consecuencias de esa condición de ubicación nacional para la importación de productos fabricados en el extranjero, no consideramos que el argumento de la Unión Europea pudiera haber alterado la interpretación del Grupo Especial de que la activación de la primera disposición relativa a la ubicación se basó exclusivamente en la decisión de Boeing de ubicar un programa de fabricación de aviones comerciales significativo en Washington, y no en el empleo concreto de productos de orígenes específicos.¹⁸⁷

¹⁸⁴ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafos 124 y 126.

¹⁸⁵ En primer lugar, los Estados Unidos aducen que las constataciones del Grupo Especial, extraídas principalmente de las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas 40 y 80 del Grupo Especial, se basaron en una interpretación errónea de cómo funcionaría la segunda disposición relativa a la ubicación en situaciones hipotéticas que carecen de base probatoria. En segundo lugar, los Estados Unidos impugnan la conclusión del Grupo Especial de que el término "o" en la segunda disposición relativa a la ubicación "prevé, y pretende evitar entre otras cosas, que se produzca cualquier ala ... como producto separado fuera del estado de Washington". En tercer lugar, los Estados Unidos impugnan el peso que atribuyó el Grupo Especial a determinados elementos de prueba, en particular a determinadas declaraciones del Gobernador de Washington. Por último, los Estados Unidos señalan que el Grupo Especial no se basó en su análisis en su propia declaración de que las estructuras del ala de la sección 12 no son "alas". (Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafos 165-191).

¹⁸⁶ Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de otro apelante, párrafo 75. (las cursivas figuran en el original) Según la Unión Europea, las prescripciones para que "Boeing i) produzca la aeronave 777X y ii) fabrique alas y fuselajes para el 777X, todo ello en el estado de Washington" "conjuntamente implican necesariamente que las alas y fuselajes para el 777X fabricados en el estado de Washington eran para emplearlos en la producción de la aeronave 777X en el estado de Washington". (*Ibid.*, párrafo 76 (las cursivas figuran en el original; no se reproduce la nota de pie de página)).

¹⁸⁷ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.343-7.344.

6 CONSTATAIONES Y CONCLUSIONES

6.1. Por las razones expuestas en el presente informe, el Órgano de Apelación formula las constataciones y conclusiones siguientes.

6.2. Con respecto a la interpretación por el Grupo Especial del párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC en el contexto de sus análisis de la supeditación *de jure* de las disposiciones primera y segunda relativas a la ubicación, consideramos que el Grupo Especial no articuló un criterio jurídico en el marco del párrafo 1 b) del artículo 3 que exija el empleo de productos nacionales excluyendo por completo los productos importados. En lugar de ello, el Grupo Especial constató que, según sus términos, las disposiciones primera y segunda relativas a la ubicación guardan relación con la ubicación de determinadas operaciones de montaje en Washington y no dicen nada sobre el empleo de productos nacionales o importados. Por lo tanto, al afirmar que estas disposiciones no "excluy[en] *per se* y necesariamente" la posibilidad de que el fabricante de aviones emplee insumos procedentes de fuera de Washington, el Grupo Especial no estaba articulando un criterio jurídico, sino más bien reconociendo que, sobre la base de lo que se desprende necesariamente de los términos de las disposiciones, no existía ninguna prescripción *de jure* de que Boeing empleara productos nacionales con preferencia a los importados. El Grupo Especial tampoco articuló ese criterio jurídico al evaluar la supeditación *de facto* de la primera disposición relativa a la ubicación. Antes bien, constató que las pruebas adicionales que tenía ante sí confirmaban su entendimiento de la primera disposición relativa a la ubicación en el contexto de su análisis de la supeditación *de jure*, según el cual la medida no exige el empleo de productos nacionales con preferencia a los importados como condición para la concesión de la subvención.

- a. Por consiguiente, rechazamos las alegaciones de la Unión Europea de que el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación del párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC en el contexto de sus análisis de la supeditación *de jure* de las disposiciones primera y segunda relativas a la ubicación, así como en el de su análisis de la supeditación *de facto* de la primera disposición relativa a la ubicación.

6.3. Con respecto a la aplicación por el Grupo Especial del párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC en el contexto de su análisis de la supeditación *de jure* de la primera disposición relativa a la ubicación, consideramos que la pregunta pertinente al determinar la existencia de supeditación *de jure* en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 3 no es si las prescripciones en materia de producción establecidas en la primera disposición relativa a la ubicación pueden *tener como resultado* el empleo de más productos nacionales y menos productos importados, sino si la medida, por sus términos o lo por lo que se desprende necesariamente de ellos, establece *una condición que exige* el empleo de productos nacionales con preferencia a los importados. Por consiguiente, aunque con arreglo a las hipótesis analizadas por el Grupo Especial, Boeing probablemente emplearía cierta cantidad de alas y fuselajes de producción nacional, esta observación no es suficiente por sí misma para establecer la existencia de una condición, reflejada en los términos de la medida o que se desprenda necesariamente de ellos, que exija el empleo de productos nacionales con preferencia a los importados.

- a. Por consiguiente, rechazamos la alegación de la Unión Europea de que el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC al constatar que la primera disposición relativa a la ubicación no hace que las medidas fiscales aeroespaciales estén supeditadas *de jure* al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados.

6.4. Con respecto a la aplicación por el Grupo Especial del párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC en el contexto de su análisis de la supeditación *de jure* de la segunda disposición relativa a la ubicación, no consideramos que el Grupo Especial incurriera en error al no examinar las respuestas de los Estados Unidos a sus preguntas en el contexto de ese análisis. Al determinar la existencia de supeditación, los grupos especiales deben hacer una evaluación holística de todos los elementos y pruebas pertinentes obrantes en el expediente, y no necesitan compartimentar sus análisis *de jure* y *de facto* para llegar a una conclusión global acerca de si una subvención está supeditada al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados. Las respuestas de los Estados Unidos pueden haber arrojado luz sobre lo que se desprende necesariamente de los términos de la segunda disposición relativa a la ubicación, pero pueden haber sido igualmente pertinentes para comprender el diseño, la estructura y las modalidades de funcionamiento de la medida en el contexto de las circunstancias fácticas pertinentes. Por lo tanto, no consideramos que

el Grupo Especial incurriera en error restringiendo indebidamente el alcance de las pruebas a partir de las cuales evaluó la supeditación *de jure* con respecto a la segunda disposición relativa a la ubicación. Tampoco consideramos que el Grupo Especial entendiera que el ámbito de aplicación de la segunda disposición relativa a la ubicación está limitado a la reubicación de operaciones de montaje específicas que fueron la base de la ubicación de conformidad con la primera disposición relativa a la ubicación. En lugar de ello, el Grupo Especial simplemente estaba describiendo una posible situación en virtud de la cual se activaría la segunda disposición relativa a la ubicación.

- a. Por consiguiente, rechazamos la alegación de la Unión Europea de que el Grupo Especial incurrió en error en la aplicación del párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC al constatar que la segunda disposición relativa a la ubicación, considerada por separado o conjuntamente con la primera disposición relativa a la ubicación, no hace que el tipo del impuesto aeroespacial B&O esté supeditado *de jure* al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados.
- b. También rechazamos la alegación de la Unión Europea de que el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva del asunto de conformidad con el artículo 11 del ESD al constatar que la segunda disposición relativa a la ubicación, considerada por separado o conjuntamente con la primera disposición relativa a la ubicación, no hace que el tipo del impuesto aeroespacial B&O esté supeditado *de jure* al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados.

6.5. Con respecto al análisis de la supeditación *de facto* realizado por el Grupo Especial en el marco del párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC, no consideramos que el Grupo Especial estableciera debidamente que la segunda disposición relativa a la ubicación, además de las condiciones relativas a la ubicación de actividades de producción, entrañe también una condición que exija el empleo de productos nacionales con preferencia a los importados. La respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 80 del Grupo Especial relativa a la "probable" determinación del Departamento de Rentas de Washington en caso de que se importaran fuselajes y alas completos aclara que es la ubicación de las actividades de producción, no el carácter importado o nacional de los bienes producidos, lo que activa la segunda disposición relativa a la ubicación. Teniendo en cuenta las diversas salvedades en relación con las respuestas de los Estados Unidos, cuyas consecuencias no se mencionaron ni se razonaron en el informe del Grupo Especial, no consideramos que el análisis y el razonamiento del Grupo Especial proporcionaran un fundamento suficiente para su constatación de que la segunda disposición relativa a la ubicación hace que el tipo del impuesto aeroespacial B&O esté supeditado *de facto* al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC.

- a. Por consiguiente, revocamos la constatación del Grupo Especial, en los párrafos 7.369 y 8.1.c de su informe, de que el tipo del impuesto aeroespacial B&O está supeditado *de facto* al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC.
- b. Por consiguiente, revocamos también la constatación del Grupo Especial, en el párrafo 8.2 de su informe, de que los Estados Unidos han actuado de manera incompatible con el párrafo 2 del artículo 3 del Acuerdo SMC.

6.6. Habida cuenta de que hemos revocado la constatación del Grupo Especial de que el tipo del impuesto aeroespacial B&O está supeditado *de facto* al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados, no consideramos necesario abordar el resto de las alegaciones y argumentos de los Estados Unidos relativos al análisis realizado por el Grupo Especial de la supeditación *de facto* con respecto a la segunda disposición relativa a la ubicación. Tampoco consideramos que sea necesario abordar la alegación de la Unión Europea de que el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva del asunto de conformidad con el artículo 11 del ESD en relación su análisis de la supeditación *de facto* respecto de la primera disposición relativa a la ubicación.

6.7. Tras haber revocado la constatación de existencia de incompatibilidad hecha por el Grupo Especial en el marco del párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC, el Órgano de Apelación no formula ninguna recomendación en la presente diferencia, y la recomendación formulada por el

Grupo Especial de conformidad con el párrafo 7 del artículo 4 del Acuerdo SMC, que figura en el párrafo 8.6 de su informe, no es sostenible.

Firmado en el original en Ginebra el 21 de julio de 2017 por:

Thomas Graham
Presidente de la Sección

Peter Van den Bossche
Miembro

Shree Baboo Chekitan Servansing
Miembro
