

**ESTADOS UNIDOS - LEY DE COMPENSACIÓN
POR CONTINUACIÓN DEL DUMPING
O MANTENIMIENTO DE LAS
SUBVENCIONES DE 2000**

(RECLAMACIÓN INICIAL DE LA INDIA)

**Recurso de los Estados Unidos al arbitraje previsto
en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD**

DECISIÓN DEL ÁRBITRO

La Decisión del Árbitro sobre el asunto *Estados Unidos - Ley de compensación por continuación del dumping o mantenimiento de las subvenciones de 2000 (Reclamación inicial de la India) - Recurso de los Estados Unidos al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD* se distribuye a todos los Miembros de conformidad con el ESD. La Decisión se distribuye como documento de distribución general a partir del 31 de agosto de 2004 de conformidad con los Procedimientos para la distribución y supresión del carácter reservado de los documentos de la OMC (WT/L/452).

ÍNDICE

	<u>Página</u>
I. INTRODUCCIÓN.....	1
A. PROCEDIMIENTOS INICIALES.....	1
B. SOLICITUD DE ARBITRAJE Y ELECCIÓN DEL ÁRBITRO	2
C. ORDEN QUE HA SEGUIDO EL ÁRBITRO EN SU ANÁLISIS	4
II. CUESTIONES PRELIMINARES.....	4
A. PETICIÓN DE UNA RESOLUCIÓN PRELIMINAR PRESENTADA POR LOS ESTADOS UNIDOS	4
1. Resumen de la petición de los Estados Unidos.....	4
2. Análisis del Árbitro.....	5
B. SUFICIENTE CONCRECIÓN DE LA PETICIÓN PRESENTADA POR LA INDIA AL AMPARO DEL PÁRRAFO 2 DEL ARTÍCULO 22 DEL ESD	6
1. Observaciones preliminares.....	6
2. Principales argumentos de las partes.....	7
a) Estados Unidos	7
b) India	7
3. ¿No satisface la petición de la India el criterio mínimo de concreción aplicable en un arbitraje de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22?	8
C. CARGA DE LA PRUEBA.....	9
1. Principales argumentos de las partes.....	9
2. Posición del Árbitro	9
III. DETERMINACIÓN DEL NIVEL DE ANULACIÓN O MENOSCABO.....	10
A. PRINCIPALES ARGUMENTOS DE LAS PARTES	10
1. Estados Unidos	10
2. India	12
B. ANÁLISIS DEL ÁRBITRO	14
1. Introducción.....	14
2. Examen del enfoque propuesto por la India.....	15
a) Artículo XXIII del GATT de 1994 y ESD	15
b) Anteriores arbitrajes.....	18
i) <i>Introducción.....</i>	<i>18</i>
ii) <i>Interpretación dada a las disposiciones relativas a la anulación o menoscabo por árbitros anteriores.....</i>	<i>18</i>
iii) <i>Análisis de las ventajas anuladas o menoscabadas en función del efecto sobre el comercio o de los efectos económicos</i>	<i>18</i>
c) Conclusión.....	23
3. Utilización de los desembolsos concretos para evaluar la anulación o menoscabo.....	23
a) Principales argumentos de las partes.....	23
b) Análisis del Árbitro	24

4.	Enfoque que debe seguir el Árbitro en el presente caso.....	25
C.	CÁLCULO DEL NIVEL DE ANULACIÓN O MENOSCABO MEDIANTE UN MODELO ECONÓMICO	27
1.	Introducción.....	27
2.	Examen de los planteamientos de las partes en relación con los modelos económicos.....	28
a)	Estados Unidos	28
b)	Partes solicitantes	31
3.	Análisis del Árbitro.....	35
a)	Comparación de los modelos	35
b)	Elección de un modelo adecuado	37
4.	Cuestiones relativas a los datos	41
a)	Introducción	41
b)	Valor de los pagos	41
c)	Elasticidad de sustitución	43
d)	Traspaso.....	43
5.	Aplicación del modelo.....	44
D.	CONCLUSIÓN: NIVEL DE ANULACIÓN O MENOSCABO	46
IV.	EQUIVALENCIA DEL NIVEL DE LA SUSPENSIÓN DE CONCESIONES U OTRAS OBLIGACIONES Y EL NIVEL DE ANULACIÓN O MENOSCABO.....	47
A.	CUESTIONES PLANTEADAS POR LOS ESTADOS UNIDOS EN RELACIÓN CON EL NIVEL DE LA SUSPENSIÓN DE CONCESIONES U OTRAS OBLIGACIONES PROPUESTO POR LA INDIA	47
B.	EL NIVEL DE LA SUSPENSIÓN DE CONCESIONES U OTRAS OBLIGACIONES DETERMINADO POR EL ÁRBITRO HA DE SER EQUIVALENTE AL NIVEL DE LA ANULACIÓN O MENOSCABO	48
1.	Suspensión de concesiones u otras obligaciones expresada como la imposición de un derecho sobre una cantidad no determinada de comercio y no como una suspensión de concesiones sobre un valor del comercio determinado.....	48
a)	Argumentos de las partes	48
i)	<i>Estados Unidos</i>	48
ii)	<i>India</i>	48
b)	Análisis del Árbitro	49
2.	Suspensión de concesiones u otras obligaciones por la India y otras partes solicitantes que cubre la cuantía total de los desembolsos efectuados en el marco de la CDSOA	50
a)	Principales argumentos de las partes.....	50
i)	<i>Estados Unidos</i>	50
ii)	<i>India</i>	50
b)	Posición del Árbitro.....	51
3.	Determinación de un nivel variable de suspensión de concesiones u otras obligaciones	51
a)	Principales argumentos de las partes.....	51
i)	<i>Estados Unidos</i>	51
ii)	<i>India</i>	52

b)	Análisis del Árbitro	53
V.	LAUDO DEL ÁRBITRO	54
VI.	OBSERVACIONES FINALES.....	55
Anexo A	Procedimiento de trabajo del Árbitro	57
Anexo B	Metodología para calcular el efecto sobre el comercio de los desembolsos en el marco de la CDSOA	59

CUADRO DE LOS ASUNTOS CITADOS EN EL PRESENTE INFORME

TÍTULO ABREVIADO	TÍTULO COMPLETO
<i>Brasil - Aeronaves</i> <i>(párrafo 6 del artículo 22 - Brasil)</i>	Decisión de los Árbitros, <i>Brasil - Programa de financiación de las exportaciones para aeronaves - Recurso del Brasil al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD y el párrafo 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC</i> , WT/DS46/ARB, 28 de agosto de 2000
<i>Canadá - Créditos y garantías para las aeronaves</i> <i>(párrafo 6 del artículo 22 - Canadá)</i>	Decisión del Árbitro, <i>Canadá - Créditos a la exportación y garantías de préstamos para las aeronaves regionales - Recurso del Canadá al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD y el párrafo 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC</i> , WT/DS222/ARB, 17 de febrero de 2003
<i>CE - Banano III (Ecuador)</i> <i>(párrafo 6 del artículo 22 - CE)</i>	Decisión de los Árbitros, <i>Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos - Recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD</i> , WT/DS27/ARB/ECU, 24 de marzo de 2000, DSR 2000:V, 2243
<i>CE - Banano III (Estados Unidos)</i> <i>(párrafo 6 del artículo 22 - CE)</i>	Decisión de los Árbitros, <i>Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos - Recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD</i> , WT/DS237/ARB, 9 de abril de 1999, DSR 1999:II, 725
<i>CE - Hormonas (Canadá)</i> <i>(párrafo 6 del artículo 22 - CE)</i>	Decisión de los Árbitros, <i>Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas) - Reclamación inicial del Canadá - Recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD</i> , WT/DS48/ARB, 12 de julio de 1999, DSR 1999:III, 1105
<i>CE - Hormonas (Estados Unidos)</i> <i>(párrafo 6 del artículo 22 - CE)</i>	Decisión de los Árbitros, <i>Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas) - Reclamación inicial de los Estados Unidos - Recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD</i> , WT/DS26/ARB, 12 de julio de 1999, DSR 1999:III, 1135
<i>Corea - Productos lácteos</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Corea - Medida de salvaguardia definitiva impuesta a las importaciones de determinados productos lácteos</i> , WT/DS98/AB/R, adoptado el 12 de enero de 2000, DSR 2000:I, 3
<i>Estados Unidos - Ley de 1916 (CE)</i> <i>(párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)</i>	Decisión de los Árbitros, <i>Estados Unidos - Ley antidumping de 1916, Reclamación inicial de las Comunidades Europeas - Recurso de los Estados Unidos al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD</i> , WT/DS136/ARB, 24 de febrero de 2004

TÍTULO ABREVIADO	TÍTULO COMPLETO
<i>Estados Unidos - Determinados productos procedentes de las CE</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Estados Unidos - Medidas aplicadas a la importación de determinados productos procedentes de las Comunidades Europeas</i> , WT/DS165/R y Add.1, adoptado el 10 de enero de 2001, modificado por el informe del Órgano de Apelación, WT/DS165/AB/R, DSR 2001:II, 413
<i>Estados Unidos - Determinados productos procedentes de las CE</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Medidas aplicadas a la importación de determinados productos procedentes de las Comunidades Europeas</i> , WT/DS165/AB/R, adoptado el 10 de enero de 2001, DSR 2001:I, 373
<i>Estados Unidos - EVE (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)</i>	Decisión del Árbitro, <i>Estados Unidos - Trato fiscal aplicado a las "empresas de ventas en el extranjero" - Recurso de los Estados Unidos al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD y el párrafo 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC</i> , WT/DS108/ARB, 30 de agosto de 2002
<i>Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor (párrafo 3 del artículo 25)</i>	Laudo arbitral, <i>Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos - Recurso al arbitraje previsto en el artículo 25 del ESD</i> , WT/DS160/ARB25/1, 9 de noviembre de 2001, DSR 2001:II, 667

I. INTRODUCCIÓN

A. PROCEDIMIENTOS INICIALES

1.1 El 27 de enero de 2003, el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) adoptó el informe del Grupo Especial en la presente diferencia, modificado por el informe del Órgano de Apelación.¹

1.2 Según las constataciones adoptadas por el OSD, la medida en litigio en el presente asunto (la Ley de compensación por continuación del dumping o mantenimiento de las subvenciones de 2000 ("CDSOA"))²:

- a) es una medida específica contra el dumping o las subvenciones no permisibles, contraria a los párrafos 2 y 3 del artículo VI del GATT de 1994, el párrafo 1 del artículo 18 del Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 ("Acuerdo Antidumping") y el párrafo 1 del artículo 32 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias ("Acuerdo SMC");
- b) es incompatible con determinadas disposiciones del Acuerdo Antidumping y del Acuerdo SMC, por lo que los Estados Unidos no han cumplido lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 18 del Acuerdo Antidumping, el párrafo 5 del artículo 32 del Acuerdo SMC y el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio ("Acuerdo sobre la OMC");
- c) según el párrafo 8 del artículo 3 del ESD, en la medida en que es incompatible con disposiciones del Acuerdo Antidumping y el Acuerdo SMC, anula o menoscaba ventajas resultantes de esos Acuerdos para las partes reclamantes.³

1.3 El 13 de junio de 2003, un Árbitro establecido de conformidad con el párrafo 3 c) del artículo 21 del ESD resolvió que el "plazo prudencial" para que los Estados Unidos aplicaran las recomendaciones y resoluciones del OSD en este asunto era de 11 meses desde la fecha de adopción de los informes del Grupo Especial y el Órgano de Apelación por el OSD. En consecuencia, se concedió a los Estados Unidos un plazo que expiraba el 27 de diciembre de 2003 para que pusieran la CDSOA en conformidad con sus obligaciones en el marco del GATT de 1994, el Acuerdo Antidumping, el Acuerdo SMC y el Acuerdo sobre la OMC.⁴

¹ Informe del Órgano de Apelación sobre *Estados Unidos - Ley de compensación por continuación del dumping o mantenimiento de las subvenciones de 2000* (WT/DS217; WT/DS234/AB/R) ("informe del Órgano de Apelación") e informe del Grupo Especial sobre *Estados Unidos - Ley de compensación por continuación del dumping o mantenimiento de las subvenciones de 2000* (WT/DS217; WT/DS234/R) ("informe del Grupo Especial"). En la presente Decisión, se hará referencia como "Grupo Especial" al Grupo Especial que entendió inicialmente en el presente asunto.

² Promulgada como parte de la *Agriculture, Rural Development, Food and Drug Administration and Related Agencies appropriations Act, 2001* [Ley de Créditos Presupuestarios para la Agricultura, el Desarrollo Rural, la Administración de Productos Alimenticios y Farmacéuticos y Organismos Conexos, 2001], Public Law 106-387, 114 Stat. 1549, 28 de octubre de 2000, artículos 1001-1003. En los párrafos 2.1-2.7 del informe del Grupo Especial se hace una descripción de la CDSOA.

³ Las partes reclamantes en el procedimiento inicial eran: Australia, el Brasil, Chile, las Comunidades Europeas, Corea, la India, Indonesia, el Japón y Tailandia (WT/DS217), así como el Canadá y México (WT/DS234).

⁴ WT/DS217/14; WT/DS234/22.

1.4 El 16 de enero de 2004, la India pidió al OSD⁵, en virtud del párrafo 2 del artículo 22 del ESD, autorización para suspender la aplicación a los Estados Unidos de concesiones arancelarias y obligaciones conexas en el marco del GATT de 1994 en una cantidad que se ha de determinar cada año en función de la cuantía de los pagos de compensación efectuados a los productores nacionales afectados en la última distribución anual de los derechos antidumping y compensatorios en el marco de la CDSOA.

1.5 La India se propone imponer un derecho de importación adicional por encima de los derechos de aduana consolidados a una lista definitiva de productos originarios de los Estados Unidos. De conformidad con el párrafo 4 del artículo 22 del ESD, el tipo del derecho adicional se fijará cada año de modo que se perciban a lo largo de un año derechos adicionales en una cuantía equivalente a una cantidad establecida sumando:

- a) la cuantía de los pagos de compensación atribuidos a los derechos percibidos sobre los productos procedentes de la India; y
- b) una cantidad proporcional del saldo de los pagos de compensación totales menos los pagos de compensación atribuidos a los derechos percibidos sobre los productos procedentes de otros Miembros autorizados por el OSD a suspender concesiones u otras obligaciones en esta diferencia.

1.6 Cada año, antes de ajustar el derecho, la India notificará al OSD una lista detallada en la que indicará el nivel del derecho adicional aplicable a los productos seleccionados a la luz de los cambios en el nivel de los desembolsos efectuados en el marco de la CDSOA. La lista de los productos sujetos a derechos de importación más elevados no se modificará.

B. SOLICITUD DE ARBITRAJE Y ELECCIÓN DEL ÁRBITRO

1.7 El 26 de enero de 2004, los Estados Unidos presentaron al OSD una comunicación⁶ en la que impugnaban el nivel de la suspensión de concesiones arancelarias y obligaciones conexas en el marco del GATT de 1994 propuesta por la India, basándose, entre otros, en el hecho de que la petición de la India no especificaba el nivel de la suspensión que se proponía llevar a cabo, por lo que constituía una base inadecuada para que el Árbitro formulara las determinaciones previstas en el párrafo 7 del artículo 22 del ESD.

1.8 En la reunión que celebró el OSD el 26 de enero de 2004, se sometió a arbitraje, de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del ESD la petición presentada por la India al amparo del párrafo 2 del artículo 22 del ESD, así como la impugnación de los Estados Unidos.⁷

1.9 Se hizo cargo del arbitraje el Grupo Especial que entendió inicialmente en el asunto, integrado de la siguiente forma:

⁵ WT/DS217/23.

⁶ WT/DS217/29.

⁷ Otras partes reclamantes en el procedimiento inicial habían pedido autorización para suspender concesiones u otras obligaciones con respecto a los Estados Unidos al amparo del párrafo 2 del artículo 22 del ESD. Los Estados Unidos solicitaron un arbitraje de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del ESD con respecto a cada una de las peticiones. No obstante, no se opusieron a que se llevara a cabo un examen conjunto, siempre que el Árbitro publicara un informe separado en cada caso. De ahora en adelante se hace referencia como "partes solicitantes" a las partes reclamantes que pidieron autorización para suspender concesiones u otras obligaciones en el presente caso.

Presidente: Sr. Luzius Wasescha

Miembros: Sr. M. Maamoun Abdel-Fattah
Sr. William Falconer

1.10 El 13 de febrero de 2004 el Árbitro celebró una reunión conjunta sobre las cuestiones de organización con los Estados Unidos y todas las partes que habían pedido autorización para suspender concesiones u otras obligaciones al amparo del párrafo 2 del artículo 22 del ESD⁸ y con respecto a las cuales los Estados Unidos habían solicitado a su vez el arbitraje. En el curso de esta reunión, las partes expusieron su opinión acerca del proyecto de calendario y procedimiento de trabajo preparados por el Árbitro y aplicables a todos los arbitrajes solicitados. El Árbitro adoptó su procedimiento de trabajo el 18 de febrero de 2004 y su calendario el 23 de febrero de 2004.⁹

1.11 El 19 de febrero de 2004, los Estados Unidos presentaron una petición de resolución preliminar del Árbitro aplicable a todas las solicitudes de arbitraje. Tras examinar esa petición, el Árbitro informó el 23 de febrero a todas las partes de que, teniendo en cuenta las cuestiones planteadas en ella, consideraba más apropiado examinar el contenido de la comunicación presentada el 19 de febrero por los Estados Unidos conjuntamente con todas las demás cuestiones y argumentos que pudieran plantearse en el procedimiento. El Árbitro añadía que las partes podían incluir en sus comunicaciones las observaciones que consideraran convenientes sobre la petición de los Estados Unidos.

1.12 Con arreglo al calendario, las partes solicitantes presentaron el 23 de febrero comunicaciones relativas a la metodología en que se basaban sus peticiones de autorización para suspender concesiones u otras obligaciones ("documento(s) sobre la metodología").¹⁰

1.13 Los Estados Unidos presentaron una única comunicación por escrito, aplicable a todas sus solicitudes de arbitraje, el 12 de marzo de 2004.

1.14 Todas las partes solicitantes presentaron sus comunicaciones escritas el 31 de marzo de 2004.¹¹

1.15 El 15 de abril de 2004, el Árbitro informó a las partes de que se celebraría una única audiencia sustantiva conjunta con todas las partes presentes. No obstante, en caso de que una parte lo solicitara y el Árbitro lo considerara necesario, podrían organizarse sesiones especiales sobre cuestiones concretas, en las que sólo se permitiría exponer sus opiniones a la parte interesada y a los Estados Unidos.

1.16 La reunión sustantiva conjunta con todas las partes presentes se celebró el 19 de abril de 2004 y el 21 de abril de 2004 se formularon preguntas por escrito a las partes. Las partes respondieron por escrito el 28 de abril de 2004 y se dio de plazo a cada una de las partes hasta el 4 de mayo de 2004

⁸ De las 10 partes reclamantes en el procedimiento inicial, pidieron autorización para suspender concesiones u otras obligaciones, al amparo del párrafo 2 del artículo 22 del ESD, el Brasil, el Canadá, Chile, las Comunidades Europeas, Corea, la India, el Japón y México.

⁹ El procedimiento de trabajo del Árbitro se recoge en el Apéndice 3 del ESD y en el Anexo A de la presente decisión.

¹⁰ El Brasil, el Canadá, las Comunidades Europeas, Corea, la India, el Japón y México presentaron una comunicación conjunta. Chile presentó una comunicación propia.

¹¹ El Brasil, las Comunidades Europeas, Corea, la India, el Japón y México presentaron una comunicación escrita conjunta. El Canadá y Chile presentaron sendas comunicaciones escritas individuales.

para formular observaciones sobre las contestaciones de las demás. El Árbitro formuló preguntas adicionales el 28 de mayo de 2004. Las partes contestaron el 7 de junio de 2004 y se dio de plazo a cada una de ellas hasta el 14 de junio de 2004 para formular observaciones sobre las contestaciones de demás. El Árbitro distribuyó sus Decisiones a los Miembros el 31 de agosto de 2004.¹²

C. ORDEN QUE HA SEGUIDO EL ÁRBITRO EN SU ANÁLISIS

1.17 En la sección II de la presente Decisión se abordan las cuestiones de procedimiento planteadas por los Estados Unidos, y especialmente las alegaciones de ese país relativas a la falta de concreción de las peticiones de autorización para suspender obligaciones presentadas al OSD y de los documentos sobre la metodología presentados por las partes solicitantes. En ella se aborda también la cuestión conexa de la carga de la prueba, en cuanto es aplicable al presente procedimiento.

1.18 De conformidad con el párrafo 7 del artículo 22 del ESD, nuestro mandato es determinar "si el nivel de la suspensión [de concesiones u otras obligaciones] es equivalente al nivel de la anulación o el menoscabo". A tal fin, la Decisión determina en primer lugar, en la sección III, cuál puede considerarse que es el nivel exacto de anulación o menoscabo causado por la CDSOA. Esta forma de actuar está en consonancia con arbitrajes anteriores.¹³ En consonancia asimismo con anteriores arbitrajes, la Decisión se ocupa en primer lugar del enfoque propugnado por la India para la evaluación del nivel de anulación o menoscabo.

1.19 A continuación, en la sección IV, la Decisión se ocupa del nivel de la suspensión de concesiones u otras obligaciones propuesta por la India, y examina la compatibilidad con el artículo 22 del ESD de: a) un nivel de suspensión de obligaciones expresado como un derecho y no como un valor total del comercio; b) un ajuste anual del nivel de suspensión; y c) la suspensión de obligaciones por un Miembro de la OMC en relación con una medida que afecta también a otros países y territorios Miembros o no de la OMC.

1.20 La sección V de la Decisión contiene el Laudo arbitral, seguido de algunas observaciones finales en relación con ciertas cuestiones más amplias planteadas en el curso del arbitraje.

II. CUESTIONES PRELIMINARES

A. PETICIÓN DE UNA RESOLUCIÓN PRELIMINAR PRESENTADA POR LOS ESTADOS UNIDOS

1. Resumen de la petición de los Estados Unidos

2.1 Como se ha indicado en la sección anterior, el 19 de febrero de 2004, los Estados Unidos presentaron una petición de que el Árbitro dictara una resolución preliminar en la que se declarara que:

- a) una parte solicitante no puede suspender concesiones u otras obligaciones sobre la base de la anulación o menoscabo sufridos por otros Miembros de la OMC, y, en consecuencia, los pagos de compensación correspondientes a productos distintos de los productos de las partes solicitantes que están sujetos a órdenes de establecimiento

¹² Se consideró que la distribución a todos los Miembros cumplía el requisito establecido en el párrafo 7 del artículo 22 del ESD de que se informe sin demora al OSD de la decisión del Árbitro, una vez que se haya llegado a ella.

¹³ Véase *CE - Banano III (Estados Unidos)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE), párrafo 4.2:

"[...] como condición previa para cerciorarnos de la equivalencia entre los dos niveles de que se trata hemos de determinar el nivel de anulación o menoscabo".

de derechos antidumping o compensatorios exceden del ámbito del procedimiento de arbitraje con respecto a la parte solicitante de que se trate;

- b) las partes solicitantes no han especificado el nivel de suspensión y el nivel de anulación o menoscabo en una forma que permita al Árbitro determinar la equivalencia; y en consecuencia, cada parte debe facilitar la información necesaria para que el Árbitro pueda formular la determinación exigida por el ESD con respecto a esa parte; y
- c) la tesis de que una parte solicitante puede establecer un nuevo nivel de suspensión cada año es incompatible con el artículo 22 del ESD, por lo que la posibilidad de que cualquier parte solicitante proceda de esa manera excede del ámbito del procedimiento de arbitraje.

2. Análisis del Árbitro

2.2 El 23 de febrero de 2004, informamos a las partes de que, teniendo en cuenta las cuestiones planteadas en la petición de una resolución preliminar presentada por los Estados Unidos, sería más adecuado examinar esas cuestiones conjuntamente con todas las cuestiones y argumentos que pudieran plantearse en el curso del procedimiento. Añadimos que las partes podían incluir en sus comunicaciones las observaciones que consideraran adecuadas sobre la petición de los Estados Unidos.

2.3 Los Estados Unidos han reiterado en sus comunicaciones posteriores las alegaciones formuladas en su petición de una resolución preliminar. En consecuencia, consideramos que es necesario, en beneficio de la claridad de nuestras constataciones, exponer el trato que hemos dado a esas alegaciones.

2.4 En primer lugar, señalamos que ni el párrafo 6 ni el párrafo 7 del artículo 22 del ESD prevén la posibilidad de una resolución preliminar, y que no hay, en sentido estricto, en anteriores arbitrajes ningún precedente de una resolución preliminar a petición de una parte.

2.5 En segundo lugar, algunas de las cuestiones que los Estados Unidos nos pedían que resolviéramos estaban íntimamente ligadas a las principales cuestiones de la presente diferencia. Llegamos a la conclusión de que el procedimiento relativamente rápido que entraña una resolución preliminar no era apropiado para resolver las cuestiones que habían planteado los Estados Unidos. La finalidad de ese procedimiento consiste esencialmente en eliminar de un arbitraje cuestiones que no puede considerarse que estén comprendidas en el ámbito del mandato del Árbitro.¹⁴

2.6 De hecho, una cuestión fundamental en el presente arbitraje es si es posible determinar el nivel de anulación o menoscabo sufrido por las partes solicitantes sobre la base de los desembolsos totales efectuados por los Estados Unidos en el marco de las disposiciones de la CDSOA. Abordamos esta cuestión, como parte de nuestro examen de la cuestión sustantiva, en la sección IV.B.2 *infra*.

2.7 De forma análoga, llegamos a la conclusión de que el examen de si la posibilidad de establecer un nuevo nivel de suspensión cada año está permitida por el artículo 22 del ESD tenía que formar parte de nuestra evaluación general del nivel de anulación o menoscabo y del nivel de suspensión de concesiones u otras obligaciones. Abordamos esta cuestión en la sección IV.B.3 *infra*.

¹⁴ Observamos que el examen de esas cuestiones en una etapa preliminar en una forma que respetara plenamente las debidas garantías de procedimiento requeriría seguramente un período próximo al necesario para examinar el asunto en su conjunto. De hecho, habríamos tenido que dar un plazo suficiente a las partes solicitantes para abordar las alegaciones de los Estados Unidos por escrito y habríamos tenido tal vez que celebrar una audiencia específica sobre esas cuestiones.

2.8 Por último, en lo que respecta a la alegación de que las partes solicitantes no han especificado el nivel de suspensión y el nivel de anulación o menoscabo de forma suficiente para que el Árbitro pueda determinar la equivalencia, señalamos que los Estados Unidos no pretendían que se formulara una resolución inmediata sobre la admisibilidad de las peticiones de las partes solicitantes, sino que el Árbitro pidiera a las partes solicitantes que proporcionaran la información necesaria en el curso del procedimiento. Recordamos que otros árbitros han recordado a las partes su obligación de aportar pruebas en apoyo de sus alegaciones y, de forma más general, su deber de colaborar con el Árbitro.¹⁵ Hemos dado por supuesto que todas las partes colaborarían de buena fe y no hemos considerado necesario formular una petición específica al respecto en este momento.

2.9 Además, observamos que esta alegación específica de los Estados Unidos en relación con la "concreción" se basa esencialmente en la hipótesis de que el enfoque adoptado por los Estados Unidos con respecto a la determinación de la anulación y menoscabo es el único enfoque correcto, y debía haber sido adoptado por las partes solicitantes. Dado que una de las principales cuestiones que se plantean en el presente asunto es si las partes solicitantes tienen derecho, de conformidad con el artículo 22 del ESD, a actuar basándose en el nivel de anulación o menoscabo y en el nivel de suspensión que proponen, no parece procedente, a nuestro juicio, examinar esta cuestión como una cuestión que haya de resolverse en una resolución preliminar, sino que es preciso examinarla como parte del fondo del asunto.

2.10 Una vez dicho esto, señalamos que nuestra decisión de no dictar una resolución preliminar sobre las cuestiones concretas planteadas por los Estados Unidos no nos impide adoptar en la Decisión resoluciones sobre cuestiones de procedimiento.

B. SUFICIENTE CONCRECIÓN DE LA PETICIÓN PRESENTADA POR LA INDIA AL AMPARO DEL PÁRRAFO 2 DEL ARTÍCULO 22 DEL ESD

1. Observaciones preliminares

2.11 Como hemos indicado antes, alguna de las alegaciones formuladas por los Estados Unidos que podrían considerarse normalmente como alegaciones "de procedimiento" se basaba esencialmente en la hipótesis de que las partes solicitantes deberían seguir el enfoque propugnado por los Estados Unidos al evaluar el nivel de anulación o menoscabo y el nivel de suspensión de concesiones u otras obligaciones. Así ocurre por ejemplo, en el caso de la cuestión de si las partes solicitantes deben establecer un único nivel específico de anulación o menoscabo y, por ende, de suspensión de las obligaciones. Tal es también, en nuestra opinión, el caso de la alegación de los Estados Unidos acerca del tipo de medidas que las partes solicitantes se proponen aplicar en caso de que se les autorice a suspender concesiones u otras obligaciones.¹⁶ Consideramos más adecuado abordar esas alegaciones como parte de nuestro examen del fondo del asunto. No obstante, constatamos que algunos aspectos de esas alegaciones deben analizarse separadamente, en la medida en que se refieren a derechos específicos de procedimiento de los Estados Unidos que es preciso preservar.

2.12 Consideramos que eso es lo que ocurre en relación con la alegación de que es preciso que cualquier petición de suspensión de concesiones u otras obligaciones esté avalada por un grado

¹⁵ Véase, por ejemplo, *CE - Hormonas (Canadá)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE), párrafo 11; *Brasil - Aeronaves* (párrafo 6 del artículo 22 - Brasil), párrafo 2.9.

¹⁶ Los Estados Unidos impugnan en esencia el propósito de las partes solicitantes de imponer a una lista de productos un recargo arancelario que ha de calcularse para que genere, en el plazo de un año, ingresos equivalentes a los pagos de compensación efectuados en la última distribución anual en el marco de la CDSOA. Los Estados Unidos aducen que este sistema no establece ningún límite al nivel de suspensión que se impondrá efectivamente y está en contradicción con la práctica anteriormente seguida.

mínimo de concreción que permita al demandado en la diferencia principal ejercitar su derecho a solicitar un arbitraje.¹⁷

2. Principales argumentos de las partes

a) Estados Unidos

2.13 Los Estados Unidos alegan que las partes solicitantes no han especificado el nivel de suspensión de concesiones y el nivel de anulación o menoscabo en las peticiones que han formulado al amparo del párrafo 2 del artículo 22 del ESD o posteriormente en el curso de este arbitraje, en una forma que permita al Árbitro determinar la equivalencia. Los Estados Unidos consideran que esta cuestión afecta a la concreción de la petición al amparo del párrafo 2 del artículo 22 del ESD, y, de forma más general, al deber de colaborar con el Árbitro facilitando información sobre el nivel de anulación o menoscabo.¹⁸

2.14 Los Estados Unidos sostienen que las partes solicitantes no han cuantificado el nivel de la suspensión ni el nivel de la anulación o menoscabo. Las partes solicitantes reemplazan los valores específicos por conceptos generales y piden al Árbitro que determine que dos magnitudes son equivalentes entre sí sin saber cuáles son esas magnitudes. Los Estados Unidos añaden que las partes solicitantes no facilitan información sobre el nivel de suspensión requerido ni basan su petición en el efecto sobre el comercio.¹⁹

2.15 Los Estados Unidos señalan que las partes solicitantes pretenden imponer un derecho que no identifican a un valor de las importaciones que no especifican, sin identificar por lo tanto el volumen de comercio que abarcaría su petición. Sin más información es imposible "determinar" el nivel de suspensión propuesto y la repercusión efectiva del derecho en las importaciones procedentes de los Estados Unidos.²⁰

b) India

2.16 Según la India, el argumento de los Estados Unidos de que las partes solicitantes no identificaron ni un nivel de suspensión ni un nivel de anulación o menoscabo, haciendo así imposible que el Árbitro cumpliera su mandato, está basado en la suposición de que estos niveles sólo pueden determinarse en función del efecto sobre el comercio. La India considera que el artículo 22 del ESD no exige un criterio del "efecto sobre el comercio". En cualquier caso, en la solicitud de medidas de retorsión presentada por la India figura claramente un nivel cuantificable de suspensión de concesiones y obligaciones conexas. Las partes solicitantes especificaron que la cuantía de los pagos anuales de compensación constituye el nivel de anulación o menoscabo hasta el cual cada parte solicitante puede suspender concesiones u otras obligaciones. Como la cuantía del desembolso es publicada cada año por las autoridades estadounidenses, los niveles correspondientes están claramente definidos. La India añade que el Árbitro en el asunto *Estados Unidos - Ley de 1916 (CE)* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*) reconoció que el hecho de que la suspensión solicitada no se hubiera expresado en términos cuantitativos por sí solo no hacía que una petición de suspensión de

¹⁷ Prescindimos aquí de la cuestión de la utilidad de una petición suficientemente concreta para que el OSD pueda llegar a una decisión fundada.

¹⁸ Petición de una resolución preliminar presentada por los Estados Unidos, 19 de febrero de 2004, párrafos 21-27.

¹⁹ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 25.

²⁰ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 28.

concesiones u otras obligaciones fuera incompatible con el artículo 22.²¹ *A fortiori*, en este caso, el nivel de anulación o menoscabo y el nivel de suspensión son cuantificables y se identifican en todo momento y, en consecuencia, permiten al Árbitro determinar su equivalencia.²²

2.17 En lo que se refiere a la alegación según la cual las partes solicitantes no identificaron el volumen de comercio que abarcaría su petición, la India aduce que nada en el artículo 22 del ESD exige un criterio del "efecto sobre el comercio" para determinar el nivel de la suspensión. Aduce además que es prácticamente imposible prever el "efecto sobre el comercio" concreto de un aumento arancelario. Además, los árbitros nunca han considerado con anterioridad el efecto de la suspensión pedida sobre el comercio.²³

3. ¿No satisface la petición de la India el criterio mínimo de concreción aplicable en un arbitraje de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22?

2.18 En *CE - Banano III (Ecuador) (párrafo 6 del artículo 22 - CE)*, los árbitros declararon que "los criterios de concreción que están consagrados en la jurisprudencia de la OMC relativa al párrafo 2 del artículo 6 son pertinentes a las peticiones de autorización para suspender concesiones previstas en el párrafo 2 del artículo 22 y a las peticiones de que se someta un asunto a arbitraje previstas en el párrafo 6 del artículo 22".²⁴ De forma más concreta, el Árbitro consideró que:

- a) la petición prevista en el párrafo 2 del artículo 22 debe establecer el nivel específico de suspensión (es decir, el nivel que se considera equivalente a la anulación o menoscabo causados por la medida incompatible con la OMC, con arreglo al párrafo 4 del artículo 22 del ESD); y
- b) debe especificarse en la petición el acuerdo y el sector o sectores en cuyo marco se suspenderían concesiones u obligaciones, conforme a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 22 del ESD.

2.19 La cuestión de la concreción en relación con el cumplimiento en su petición por la India del requisito a), se centra en si el "nivel específico de suspensión" ha de expresarse "en dólares y centavos", es decir, en términos monetarios, lo que depende a su vez de la determinación de la cuestión sustantiva planteada ante el Árbitro de la compatibilidad o incompatibilidad del enfoque de la anulación o menoscabo propuesto por la India y las demás partes solicitantes con el artículo 22 del ESD. Nos ocupamos de esa cuestión en la sección III *infra*.

2.20 En lo que respecta al requisito b) anterior, señalamos que la petición de la India se refiere expresamente al GATT de 1994. Además, en la medida en que especifica que la suspensión consistiría en la imposición de "un derecho de importación adicional por encima de los derechos de aduana consolidados a una lista definitiva de productos originarios de los Estados Unidos"²⁵, la petición específica de forma inequívoca el sector (comercio de mercancías) afectado.

²¹ Véase *Estados Unidos - Ley de 1916 (CE) (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)*, párrafo 5.21.

²² Comunicación escrita del Brasil, las Comunidades Europeas, Corea, la India, el Japón y México, párrafos 69-72.

²³ Comunicación escrita del Brasil, las Comunidades Europeas, Corea, la India, el Japón y México, párrafos 81-86.

²⁴ Véase *CE - Banano III (Ecuador) (párrafo 6 del artículo 22 - CE)*, párrafos 20-29. Véase también *CE - Hormonas (Canadá) (párrafo 6 del artículo 22 - CE)*, párrafo 16.

²⁵ Véase el documento WT/DS217/23.

2.21 La cuestión planteada por los Estados Unidos tiene una segunda faceta si se aplican *mutatis mutandis* al presente caso los criterios de concreción establecidos en el párrafo 2 del artículo 6 del ESD. Se trata de si la información facilitada por la India en cuanto al nivel propuesto de suspensión podría por sus características redundar en perjuicio de la capacidad de los Estados Unidos de defenderse (es decir, en el presente caso, de adoptar la decisión fundada de solicitar, o no, un arbitraje de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 y de defender su posición ante el Árbitro).²⁶ Es posible dar respuesta a esta cuestión examinando las comunicaciones de los Estados Unidos en el presente procedimiento. Tras examinar esas comunicaciones, observamos que el grado de concreción del nivel de suspensión propuesto por la India no redundó, en absoluto en perjuicio de la capacidad de los Estados Unidos para ejercitar sus derechos en virtud del párrafo 6 del artículo 22.

2.22 Concluimos, por tanto, que la petición de la India de autorización para suspender concesiones u otras obligaciones, aunque sin duda podría haber contenido más información, es admisible desde el punto de vista del requisito de concreción mínimo aplicable a las peticiones formuladas al amparo del párrafo 2 del artículo 22. A este respecto, consideramos que los Estados Unidos no han demostrado que su capacidad de adoptar una decisión fundada de solicitar un arbitraje o su capacidad de defenderse en el presente procedimiento hayan resultado perjudicadas a consecuencia de la forma en que se ha formulado la petición de la India.

C. CARGA DE LA PRUEBA

1. Principales argumentos de las partes

2.23 Las partes han planteado repetidamente la cuestión de la carga de la prueba en el presente procedimiento. La India recuerda que, según los numerosos precedentes relativos a los procedimientos previstos en el párrafo 6 del artículo 22, los Estados Unidos han de probar que el nivel de la suspensión de obligaciones solicitado no es equivalente al nivel de anulación o menoscabo. Como los Estados Unidos afirman que la anulación o menoscabo de la CDSOA es "cero", también les corresponde la carga de probar tal alegación.²⁷

2.24 Los Estados Unidos reconocen que les corresponde la carga de la prueba en el presente procedimiento. No obstante, aducen que sólo han de presentar pruebas suficientes para establecer una "presunción" de que el nivel de suspensión propuesto no es equivalente al nivel de anulación o menoscabo. Según los Estados Unidos, no están obligados a probar que el nivel de anulación o menoscabo es "cero". En cambio, las partes solicitantes no han fundamentado su alegación de que el nivel de anulación o menoscabo corresponde a la cuantía total de los desembolsos efectuados en el marco de la CDSOA, a pesar de que la propia India afirma que el nivel de anulación o menoscabo debe basarse, en la medida de lo posible, en información fidedigna, fáctica y verificable y no en especulaciones.²⁸

2. Posición del Árbitro

2.25 Dado que en anteriores arbitrajes de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 se ha analizado ampliamente la cuestión de la carga de la prueba, no es necesario que nos detengamos demasiado en esta cuestión. Al igual que el Árbitro que examinó el asunto *CE - Banano III (Ecuador)* (párrafo 6 del artículo 22 - *CE*), nos limitamos a tomar nota de las consideraciones del Árbitro en *CE - Hormonas (Canadá)* (párrafo 6 del artículo 22 - *CE*) a este respecto y concluimos que, aunque

²⁶ Véase informe del Órgano de Apelación, *Corea - Productos lácteos*, párrafos 127-131.

²⁷ Comunicación escrita del Brasil, las Comunidades Europeas, Corea, la India, el Japón y México, párrafos 6-8.

²⁸ Declaración oral de los Estados Unidos, párrafos 5 y 6.

corresponde a los Estados Unidos demostrar que la petición de suspensión de la India excede del nivel de anulación o menoscabo, la India debe fundar a su vez suficientemente sus alegaciones de que su petición cumple el requisito de equivalencia del párrafo 4 del artículo 22 del ESD.

2.26 Señalamos también que en *CE - Hormonas (Canadá)* (párrafo 6 del artículo 22 - *CE*), el Árbitro recordó que:

"11. El deber de *todas* las partes de presentar pruebas y colaborar en la presentación de pruebas a los árbitros -que debe distinguirse de la cuestión de a quién incumbe la carga de la prueba- tiene una importancia decisiva en los procedimientos de arbitraje previstos en el artículo 22. Las CE están obligadas a presentar pruebas que pongan de manifiesto que la propuesta *no* es equivalente, pero, al mismo tiempo, el Canadá está obligado también a presentar, tan pronto como le sea posible, pruebas que aclaren la vía que ha seguido para llegar a su propuesta y las razones por las que el nivel propuesto *es* equivalente al del menoscabo de los intercambios sufridos. De hecho, es posible que algunas de esas pruebas (como los datos relativos al comercio con terceros países, la capacidad de exportación y los exportadores afectados) obren exclusivamente en poder del Canadá, que es la parte que ha sufrido el menoscabo de los intercambios comerciales. Esa es la razón por la que solicitamos al Canadá que presentara el denominado documento sobre la metodología."²⁹

2.27 Teniendo en cuenta el deber de las partes de aportar pruebas y, de forma más general, de colaborar con el Árbitro, y de conformidad con el enfoque adoptado por los árbitros en *Brasil - Aeronaves* (párrafo 6 del artículo 22 - *Brasil*)³⁰ y en *Canadá - Créditos y garantías para la exportación* (párrafo 6 del artículo 22 - *Canadá*)³¹, consideramos que si una parte formula una alegación determinada, pero no colabora ni aporta pruebas que apoyen de manera suficiente su alegación, podemos llegar a una conclusión sobre la base de las pruebas disponibles, incluidas las pruebas presentadas por la otra parte o los datos de dominio público.

III. DETERMINACIÓN DEL NIVEL DE ANULACIÓN O MENOSCABO

A. PRINCIPALES ARGUMENTOS DE LAS PARTES

1. Estados Unidos

3.1 Los Estados Unidos consideran que las partes solicitantes, al alegar que el propio incumplimiento es en sí mismo una anulación o menoscabo, prescinden de la distinción esencial que han establecido los redactores de los Acuerdos de la OMC entre el incumplimiento de un compromiso contraído en el marco de la OMC, de un lado, y la repercusión económica, que se produce "a consecuencia de" ese incumplimiento, de otro. Los Estados Unidos se remiten no sólo al artículo XXIII del GATT de 1994, sino también al párrafo 8 del artículo 22 del ESD.³² Alegan, además, que el nivel de anulación o menoscabo debe establecerse sobre la base del comercio perdido directamente por cada una de las partes solicitantes. Aducen que el análisis del nivel de anulación o menoscabo debe centrarse en la "ventaja" supuestamente anulada o menoscabada a consecuencia del hecho de que la parte demandada no haya puesto la medida en cuestión en conformidad con las

²⁹ Véase, por ejemplo, *CE - Hormonas (Canadá)* (párrafo 6 del artículo 22 - *CE*), párrafos 9-11.

³⁰ Párrafos 2.9-2.11.

³¹ Párrafo 3.76.

³² Declaración oral de los Estados Unidos, párrafos 7-13.

recomendaciones y resoluciones del OSD.³³ En casos anteriores, los árbitros han comparado el volumen real de las exportaciones afectadas por la medida incompatible con la OMC con el volumen de las exportaciones en una "situación hipotética".³⁴ La diferencia entre uno y otro valor representaba generalmente el nivel de anulación o menoscabo. Los Estados Unidos consideran también que el Órgano de Apelación confirmó este enfoque al centrarse en el "efecto sobre el comercio" de la CDSOA, como medida específica no admisible contra el dumping o las subvenciones. El análisis de la modificación de las "condiciones de competencia" derivada de un pago oficial a los productores es diferente de un análisis de las subvenciones, puesto que no se ha formulado respecto de la CDSOA una constatación de que ésta constituye una "subvención recurrible". La atención al efecto sobre el comercio es coherente con la práctica seguida anteriormente en los arbitrajes de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22.³⁵ Además, el nivel de anulación o menoscabo debe medirse en función del efecto que la CDSOA tiene sobre los productores/exportadores sujetos a órdenes de establecimiento de derechos antidumping o compensatorios.

3.2 Los Estados Unidos alegan también que, conforme al análisis del Órgano de Apelación, cualquier efecto que los pagos de compensación en el marco de la CDSOA pudieran tener sobre los competidores no sujetos a derechos antidumping o compensatorios (otros productores estadounidenses y productores/exportadores no sujetos a una orden de establecimiento de derechos antidumping o compensatorios) no era pertinente a las constataciones del Grupo Especial o del Órgano de Apelación en relación con el párrafo 1 del artículo 18 del Acuerdo Antidumping y el párrafo 1 del artículo 32 del Acuerdo SMC. Un Miembro no puede sufrir anulación o menoscabo a consecuencia de una medida específica no admisible contra el dumping o las subvenciones si no hay en vigor ninguna orden y no pueden percibirse derechos sobre los productos de ese Miembro. La distribución de los desembolsos anuales totales propugnada por las partes solicitantes pone de manifiesto que esas partes solicitantes ni siquiera han tratado de establecer una relación entre los niveles de la suspensión propuesta y el nivel de anulación o menoscabo sufrido.

3.3 Además, los Estados Unidos aducen que no deben tomarse en consideración las cuentas especiales concernientes a órdenes revocadas porque, en el caso de las órdenes revocadas, no existe una vinculación entre los pagos de compensación y una orden de establecimiento de derechos antidumping o compensatorios. Cuando no hay en vigor una orden de establecimiento de derechos antidumping o compensatorios, los pagos percibidos por un productor nacional afectado en 2003 no pueden anular o menoscabar ventajas relacionadas con el párrafo 1 del artículo 18 del Acuerdo Antidumping o del párrafo 1 del artículo 32 del Acuerdo SMC.³⁶

3.4 Los Estados Unidos añaden que los desembolsos en el marco de la CDSOA, es decir la aplicación concreta de esa ley, no forman parte de la medida que fue declarada incompatible con el Acuerdo sobre la OMC. En consecuencia, un examen de los desembolsos efectivamente realizados en el marco de la CDSOA excedería del ámbito del mandato de las diferencias iniciales.³⁷

3.5 No obstante, aun en caso de que hubieran de tomarse en consideración esos pagos, los Estados Unidos recuerdan que el OSD constató que los pagos de compensación en el marco de la

³³ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 40.

³⁴ En concreto, la situación que se había producido si la parte demandada hubiera puesto en conformidad con los Acuerdos de la OMC la medida incompatible con ellos en el plazo prudencial (comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 41).

³⁵ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 47.

³⁶ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 57 y 58.

³⁷ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 15-19.

CDSOA no provocaban efectos adversos³⁸, y no hay pruebas de que esos pagos hayan afectado en realidad al comercio objeto de dumping o subvencionado de las partes solicitantes. En la CDSOA no se establece ningún requisito en cuanto a la forma en que han de utilizarse los pagos de compensación. De forma análoga, una proporción considerable de los "gastos admisibles" justificados corresponde a gastos realizados después de la publicación de la constatación concerniente a los derechos antidumping o de la orden de establecimiento de esos derechos o de derechos compensatorios, pero mucho antes de que el Congreso de los Estados Unidos promulgara la CDSOA. Resulta además imposible a los productores nacionales afectados prever si recibirán o no pagos de compensación y, en caso de recibirlos, la cuantía de los pagos en un año determinado. Además, al menos en dos casos, los pagos de compensación efectuados en el marco de la CDSOA beneficiaron a empresas no dedicadas a la producción o venta de productos abarcados por una orden de establecimiento de derechos antidumping o compensatorios. Por último, los pagos de compensación representan una pequeña fracción, es decir, en la mayoría de los casos es inferior al 1 por ciento y en ningún caso es superior al 5 por ciento de las ventas o la producción del producto pertinente por productores nacionales. Los Estados Unidos consideran poco probable que esos desembolsos *de minimis* tengan alguna repercusión efectiva en la producción o cualquier efecto apreciable en el comercio y señalan a este respecto que, a los efectos del párrafo 9 del artículo 11 del Acuerdo SMC, se considera *de minimis* una subvención cuando es inferior al 1 por ciento *ad valorem*.³⁹

3.6 Por último, los Estados Unidos aducen que no hay nada que impida que en un procedimiento de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 se formule una constatación de que la anulación o menoscabo es "cero". No todas las infracciones tienen como consecuencia un nivel apreciable de anulación o menoscabo, y los Estados Unidos consideran que es posible refutar ante un árbitro establecido de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 la presunción de anulación o menoscabo del párrafo 8 del artículo 3 del ESD.⁴⁰

2. India

3.7 La India alega que el nivel cuantitativo de anulación o menoscabo causado por la CDSOA puede determinarse por los desembolsos efectuados en el marco de esa Ley. Refiriéndose a la decisión del Árbitro en el asunto *Estados Unidos - EVE (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)*, la India considera que el concepto de anulación o menoscabo está relacionado con la medida que incumple las obligaciones impuestas por la OMC. No se puede restringir a su efecto sobre el comercio, al que no se refieren ni el ESD ni el GATT de 1994. Por consiguiente, cada uno de los pagos en el marco de la CDSOA incumple las obligaciones pertinentes impuestas por la OMC y representa el nivel cuantitativo de anulación o menoscabo.⁴¹

3.8 La India considera que un análisis contextual del ESD y el GATT de 1994 revela que el concepto de anulación o menoscabo debería interpretarse a la luz de la infracción y de los efectos desfavorables para las "ventajas" afectadas. Si bien el párrafo 4 del artículo 22 no matiza ni el concepto de anulación o menoscabo ni el término "nivel", el párrafo 8 del artículo 3, el párrafo 3 del artículo 22 y el párrafo 1 del artículo 23 del ESD proporcionan alguna orientación adicional al respecto. De estas disposiciones se desprende que el incumplimiento de obligaciones es el caso más prominente de anulación o menoscabo. La presunción de los "efectos desfavorables" de una transgresión a que se refiere el párrafo 8 del artículo 3 del ESD no está relacionada con ningún efecto

³⁸ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 62-65.

³⁹ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 66-74.

⁴⁰ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 75-79.

⁴¹ Comunicación escrita del Brasil, las Comunidades Europeas, Corea, la India, el Japón y México, párrafos 13-19.

sobre el comercio, sino con el equilibrio de derechos y obligaciones dimanantes de los acuerdos abarcados. En caso de infracción, un Miembro se arroga un derecho que no le confieren los acuerdos abarcados, perturbando en consecuencia el equilibrio de los derechos y obligaciones en el marco del Acuerdo sobre la OMC. La India recuerda que, en el asunto *Estados Unidos - Ley de 1916 (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)*, el Árbitro corroboró esta interpretación aceptando que la existencia de una medida infractora constituye desde el principio un caso de anulación o menoscabo. El hecho de que el Árbitro que se ocupó de ese asunto sólo cuantificara la anulación o menoscabo en relación con la aplicación de la medida y no en relación con la existencia de la medida en sí misma indica que, respecto de esta última, la anulación o menoscabo está constituida por efectos desfavorables para el equilibrio de los derechos y obligaciones de los Miembros.⁴²

3.9 La India añade que, como complemento a la determinación de la anulación o el menoscabo causados por la medida infractora y su aplicación, el GATT de 1994 o el ESD se refieren al concepto de "ventajas" violadas. Los términos utilizados en el párrafo 8 del artículo 22 y el párrafo 3 del artículo 3 del ESD indican que la palabra "ventaja" ha de entenderse en un sentido muy amplio que abarque el respeto de los derechos y obligaciones dimanantes del Acuerdo sobre la OMC. Como consecuencia, cabe suponer que una infracción anula o menoscaba directamente la ventaja proporcionada por los acuerdos abarcados. Por consiguiente, una "ventaja" esencial es la expectativa de que los Miembros de la OMC respeten sus obligaciones para mantener un equilibrio adecuado de derechos y obligaciones. Si un Miembro no lo hace, la medida infractora anula y menoscaba directamente las ventajas de otros Miembros. Por último, los negociadores del ESD, intencionadamente, no mantuvieron el concepto de efecto sobre el comercio. Tratar de imponer este concepto como el único criterio para imponer medidas de retorsión sería contrario a la intención de los negociadores.⁴³

3.10 Según la India, el "nivel" de anulación o menoscabo causado por la CDSOA ha de cuantificarse por la cuantía de los pagos de compensación en el marco de la CDSOA. Como el concepto de anulación o menoscabo está relacionado con la medida infractora, ese nivel abarca, en consecuencia, todos los desembolsos en el marco de la CDSOA. Habida cuenta de que ni el Órgano de Apelación ni el Grupo Especial constataron que podía considerarse legal alguno de los pagos de compensación en el marco de la CDSOA, éstos constituyen en su totalidad el nivel cuantitativo de anulación o menoscabo. En consonancia con la decisión adoptada en el asunto *Estados Unidos - Ley de 1916 (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)*, los desembolsos son la consecuencia económica directa e inmediata de la legislación. Son publicados cada año por las autoridades estadounidenses y son, por lo tanto, información pública. Su determinación no es "distante, especulativa o no cuantificada significativamente".⁴⁴

3.11 La India no está de acuerdo con los Estados Unidos en que arbitrajes anteriores respalden la opinión de que el nivel de anulación o menoscabo debería basarse en el efecto de la medida sobre el comercio. Las decisiones adoptadas en los asuntos *CE - Hormonas (Estados Unidos) (párrafo 6 del artículo 22 - CE)* y *CE - Banano III (párrafo 6 del artículo 22 - CE)* se referían a obstáculos tradicionales al acceso a los mercados tales como los aranceles, los contingentes y otras restricciones a la importación. La situación es diferente en el caso de la CDSOA. La India también impugna el argumento de los Estados Unidos de que la CDSOA no tiene ningún efecto sobre el comercio porque

⁴² Comunicación escrita del Brasil, las Comunidades Europeas, Corea, la India, el Japón y México, párrafos 20-27.

⁴³ Comunicación escrita del Brasil, las Comunidades Europeas, Corea, la India, el Japón y México, párrafos 28-34.

⁴⁴ Comunicación escrita del Brasil, las Comunidades Europeas, Corea, la India, el Japón y México, párrafos 41-44.

la utilización de los desembolsos por las empresas receptoras no está predeterminada o el efecto de esos desembolsos es *de minimis*. También impugna el intento de los Estados Unidos de equiparar las constataciones del Grupo Especial de que la CDSOA no causa "efectos desfavorables" en el sentido del apartado b) del artículo 5 del Acuerdo SMC con una ausencia de "anulación o menoscabo". El Grupo Especial trazó expresamente una distinción entre los dos conceptos. La India señala también que el Árbitro en el asunto *Estados Unidos - Ley de 1916 (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)* basó su conclusión en el concepto más amplio de "efectos económicos" de la medida en litigio. El Árbitro que se ocupó de ese asunto no examinó el efecto económico de la aplicación ni la consecuencia económica de la medida (es decir, las sentencias judiciales o los acuerdos de transacción). Si se aplicara la misma lógica en el presente asunto, la consecuencia sería que para determinar el nivel cuantitativo de anulación o menoscabo de la CDSOA únicamente debería tomarse en consideración el efecto económico de la CDSOA (es decir, los pagos de compensación efectuados en el marco de ésta). En lo tocante a la relación entre los pagos de compensación y las órdenes de imposición de derechos antidumping y compensatorios, la India recuerda que ni el Órgano de Apelación ni el Grupo Especial excluyeron de su análisis ningún pago de compensación. Del mismo modo, la India señala que, incluso en casos de órdenes revocadas, la rama de producción nacional de los Estados Unidos continuaría recibiendo un desembolso como parte del pago de compensación en el marco de la CDSOA. Los efectos desfavorables para los productores/exportadores extranjeros seguirían siendo los mismos.

3.12 La India impugna también que el nivel de anulación o menoscabo pueda ser "cero". El Grupo Especial llegó a la conclusión de que existía anulación o menoscabo y el Órgano de Apelación confirmó esta conclusión. Para la India, alegar que un nivel de anulación o menoscabo es "cero" equivale a decir que no hay anulación o menoscabo. Si bien el Árbitro que se ocupó del asunto *CE - Banano III (párrafo 6 del artículo 22 - CE)* declaró que no cabe considerar que la presunción establecida en el párrafo 8 del artículo 3 del ESD constituya una prueba de un determinado nivel de anulación o menoscabo, esto no significa que no exista anulación o menoscabo. La India señala que el Árbitro en el asunto *Estados Unidos - Ley de 1916 (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)* reconoció que cualquier cuantía pagadera con arreglo a sentencias judiciales o acuerdos de transacción constituiría anulación o menoscabo. La cuestión en ese caso era la de probar la cuantía de esos pagos. Nada tenía que ver con la determinación sustantiva del nivel de anulación o menoscabo. El Árbitro no llegó a la conclusión de que el nivel de anulación o menoscabo fuera *de facto* "cero".⁴⁵

3.13 Por último, en lo que respecta al riesgo alegado por los Estados Unidos de que el enfoque propugnado por la India dé lugar a una suspensión de obligaciones por cada parte solicitante que exceda de su respectivo nivel de anulación o menoscabo, la India aduce que este enfoque está basado en un concepto objetivo de anulación o menoscabo en relación con la medida infractora en sí misma, no en relación con anulaciones o menoscabos individuales. Como todos los pagos de compensación constituyen anulación o menoscabo, la suspensión de obligaciones debería ser autorizada por la misma cuantía.⁴⁶

B. ANÁLISIS DEL ÁRBITRO

1. Introducción

3.14 Los enfoques de las partes se basan -al menos en apariencia- en concepciones diametralmente opuestas de la "anulación o menoscabo". No obstante, en tanto que el adoptado por los Estados

⁴⁵ Comunicación escrita del Brasil, las Comunidades Europeas, Corea, la India, el Japón y México, párrafos 45-68.

⁴⁶ Comunicación escrita del Brasil, las Comunidades Europeas, Corea, la India, el Japón y México, párrafos 73-80.

Unidos parece apoyarse en gran medida en la práctica de otros arbitrajes de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del ESD, el enfoque propugnado por la India es, si se excluyen los arbitrajes realizados en el marco de los párrafos 10 y 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC, novedoso en el contexto del párrafo 6 del artículo 22 del ESD.

3.15 Conforme a la práctica seguida por árbitros anteriores⁴⁷, procedemos al examen del enfoque propugnado por la India. Si constatamos que es compatible con el ESD, pasaremos a formular una determinación del nivel de anulación o menoscabo basándonos en el mismo. Si constatamos que no es compatible con el ESD, determinaremos el nivel de anulación o menoscabo aplicando una metodología apropiada en el presente caso.⁴⁸

3.16 La tesis de la India de que el nivel de anulación o menoscabo equivale, como mínimo, a la cuantía total desembolsada por los Estados Unidos en el marco del CDSOA, parece basarse esencialmente, a nuestro entender, en las siguientes premisas:

- a) una infracción es una forma de anulación o menoscabo;
- b) en el concepto de "ventaja" del artículo XXIII del GATT de 1994 y del ESD están comprendidos los derechos derivados del Acuerdo sobre la OMC;
- c) la India tiene un derecho derivado del Acuerdo sobre la OMC a esperar que no exista la CDSOA. En consecuencia, la India, conjuntamente con las demás partes solicitantes en el presente caso, tiene derecho a suspender concesiones y otras obligaciones hasta la cuantía total de los desembolsos en el marco de la CDSOA.

3.17 Nos ocuparemos a continuación de esos elementos. Analizaremos también posteriormente una cuestión esencial para nuestra determinación del nivel de anulación o menoscabo, en concreto, si podemos tomar en consideración en nuestro cálculo los desembolsos en el marco de la CDSOA.

2. Examen del enfoque propuesto por la India

- a) Artículo XXIII del GATT de 1994 y ESD

3.18 Después de haber examinado cuidadosamente la tesis de la India, no estamos convencidos de que esa tesis esté apoyada por el artículo XXIII del GATT de 1994 o el ESD, por las razones que se indican a continuación.

3.19 En primer lugar, para evaluar los argumentos de la India parece procedente reexaminar la fuente del concepto de anulación o menoscabo, el artículo XXIII del GATT de 1994, en el que se basa el ESD.⁴⁹ El párrafo 1 del artículo XXIII establece -en las partes pertinentes- lo siguiente:

"En caso de que una parte contratante considere que una ventaja resultante para ella directa o indirectamente del presente Acuerdo se halle anulada o menoscabada [...] a consecuencia de:

- a) que otra parte contratante no cumpla con las obligaciones contraídas en virtud del Acuerdo; o

⁴⁷ Véase, por ejemplo, *Brasil - Aeronaves (párrafo 6 del artículo 22 - Brasil)*, párrafos 1.5 y 3.18.

⁴⁸ *CE - Hormonas (Canadá) (párrafo 6 del artículo 22 - CE)*, párrafo 12.

⁴⁹ Véase el párrafo 1 del artículo 3 del ESD. De esta disposición se desprende claramente que el ESD debe aplicarse de forma compatible con los principios recogidos en el artículo XXIII del GATT de 1994.

- b) que otra parte contratante aplique una medida, contraria o no a las disposiciones del presente Acuerdo; o
- c) que exista otra situación,

dicha parte contratante podrá, con objeto de llegar a un arreglo satisfactorio de la cuestión, formular representaciones o proposiciones por escrito a la otra u otras partes contratantes que, a su juicio, estime interesadas en ella".

3.20 Considerados en el contexto del artículo XXIII del GATT de 1994, la anulación o menoscabo y la infracción son dos conceptos claramente distintos. El párrafo 1 del artículo XXIII establece fundamentalmente que lo que debe demostrarse en último término es la anulación o menoscabo de ventajas.⁵⁰ La anulación o menoscabo puede producirse esencialmente "a consecuencia de": a) una infracción; b) una situación en la que no hay infracción o c) "otra situación". Por consiguiente, no debe confundirse la infracción con la anulación o menoscabo de una ventaja.

3.21 Esta posición encuentra apoyo en el párrafo 8 del artículo 3 del ESD, que establece lo siguiente:

"En los casos de incumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de un acuerdo abarcado, se presume que la medida constituye un caso de anulación o menoscabo. Esto significa que normalmente existe la presunción de que toda transgresión de las normas tiene efectos desfavorables para otros Miembros que sean partes en el acuerdo abarcado, y en tal caso corresponderá al Miembro contra el que se haya presentado la reclamación refutar la acusación".

3.22 Una infracción genera, de conformidad con el párrafo 8 del artículo 3 del ESD, la *presunción* de anulación o menoscabo. Dicho párrafo no trata la infracción como *una forma* de anulación o menoscabo, sino que se limita a eximir a la parte que ha demostrado la infracción de la obligación de demostrar también la anulación o menoscabo. El párrafo 8 del artículo 3 no modifica el requisito fundamental de que lo que ha de demostrarse en último término es la anulación o menoscabo.

3.23 La última frase del párrafo 8 del artículo 3, que da a la supuesta parte infractora la posibilidad de refutar la presunción de anulación o menoscabo, confirma lo anterior. Si el párrafo 8 del artículo 3 equiparara conceptualmente la infracción a la anulación o menoscabo, no habría motivo para prever la posibilidad de refutar la presunción. La posibilidad teórica de refutar la presunción prevista en el párrafo 8 del artículo 3 sólo es posible porque infracción y anulación o menoscabo son dos conceptos diferentes.

3.24 De hecho, el párrafo 8 del artículo 3 se refiere al establecimiento de la *existencia* de anulación o menoscabo en el procedimiento que se sustancia ante un grupo especial, y no a la *valoración* o *cuantificación* de dicha anulación o menoscabo.

3.25 Refiriéndose a la decisión del Árbitro en el asunto *CE - Banano III (Estados Unidos)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE), la India aduce que, aun cuando no cabe considerar que la presunción establecida en el párrafo 8 del artículo 3 constituya una prueba de un determinado nivel de anulación o menoscabo, esa anulación o menoscabo existe y no puede ser "cero". La India también cita el arbitraje sobre el asunto *Estados Unidos - Ley de 1916 (CE)* (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos) en apoyo de su posición.

⁵⁰ Dado que en el presente asunto no se debate el supuesto de que "el cumplimiento de uno de los objetivos del Acuerdo se halle comprometido", nos abstenemos de referirnos a ese supuesto.

3.26 Aceptamos la opinión de que si no se ha refutado la presunción debe haber alguna anulación o menoscabo. No obstante, queda por establecer la cuantificación del nivel de anulación o menoscabo. El párrafo 8 del artículo 3 no se ocupa de la forma en que la anulación o menoscabo debe valorarse.

3.27 Señalamos que en apoyo de su posición de que la infracción es una forma de anulación o menoscabo la India se remite al párrafo 3 a) del artículo 22 y al párrafo 1 del artículo 23 del ESD.

3.28 El párrafo 3 a) del artículo 22 establece lo siguiente:

"El principio general es que la parte reclamante deberá tratar primeramente de suspender concesiones u otras obligaciones relativas al mismo sector (los mismos sectores) en que el Grupo Especial o el Órgano de Apelación haya constatado una infracción u otra anulación o menoscabo".

3.29 El texto del párrafo 1 del artículo 23 es el siguiente:

"Cuando traten de reparar el incumplimiento de obligaciones u otro tipo de anulación o menoscabo de las ventajas resultantes de los acuerdos abarcados, o un impedimento al logro de cualquiera de los objetivos de los acuerdos abarcados, los Miembros recurrirán a las normas y procedimientos del presente Entendimiento, que deberán acatar".

3.30 Estimamos que esas disposiciones, consideradas en su contexto, con inclusión del artículo XXIII del GATT de 1994 y el párrafo 8 del artículo 3 del ESD, se refieren simplemente a los principios que han de aplicarse en la suspensión de concesiones o, de forma más general, en la solución de diferencias. Lejos de contradecir la distinción fundamental entre la infracción, de un lado, y la anulación o menoscabo a consecuencia de una infracción, de otro, la refuerzan.

3.31 La India considera que el concepto de "ventaja" del ESD comprende los derechos y obligaciones de los Miembros en virtud del Acuerdo sobre la OMC.

3.32 Como hemos indicado antes, con arreglo al artículo XXIII del GATT de 1994, la anulación o menoscabo de una ventaja puede ser la "consecuencia" de la infracción de un derecho, lo que implica que no hay que confundir la infracción con la propia anulación o menoscabo. En lugar de ello, la infracción es la *causa* de la anulación o menoscabo de una ventaja. Dicho de otra forma, los derechos *otorgan* ventajas (por ejemplo, condiciones previsibles de competencia), pero no *son* ventajas en el sentido del artículo XXIII del GATT de 1994 y el ESD.

3.33 La India aduce también que, dado que la infracción es una forma de anulación o menoscabo y que un derecho es aplicable en general *erga omnes*, cada Miembro debe tener derecho a adoptar medidas de retorsión dentro de los límites del efecto total de la infracción.

3.34 Consideramos asimismo que este argumento no reconoce la diferencia entre la infracción de un derecho y la consecuencia de ella, es decir la anulación o menoscabo en el sentido del párrafo 1 del artículo XXIII del GATT de 1994. En consecuencia, consideramos que, aunque la infracción de una obligación puede afectar a todos los Miembros, no tiene *ipso facto* como consecuencia una anulación o menoscabo de las ventajas resultantes para un determinado Miembro hasta el "valor" de la infracción.

b) Anteriores arbitrajes

i) *Introducción*

3.35 Señalamos que los arbitrajes anteriores a) apoyan nuestro enfoque en relación con la interpretación que ha de darse a las disposiciones relativas a la anulación y menoscabo y b) de forma más concreta, han llegado a la conclusión de que la anulación o menoscabo de las ventajas a consecuencia de una infracción debe expresarse en función de los efectos sobre el comercio, y en dos casos, de que debe expresarse en función de los efectos económicos.⁵¹

ii) *Interpretación dada a las disposiciones relativas a la anulación o menoscabo por árbitros anteriores*

3.36 Anteriores árbitros de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 han llegado, como nosotros, a la conclusión de que la infracción y la anulación o menoscabo son dos conceptos distintos. El Árbitro que examinó el asunto *CE - Banano III (Estados Unidos) (párrafo 6 del artículo 22 - CE)* manifestó que no cabía considerar que la presunción de anulación o menoscabo que establece el párrafo 8 del artículo 3 del ESD constituyera en sí misma también una prueba de un determinado nivel de anulación o menoscabo supuestamente sufridos por un Miembro que pida autorización para suspender concesiones u otras obligaciones al amparo del artículo 22 del ESD. Esa autorización sólo podría producirse en una etapa muy posterior del proceso de solución de diferencias. El Árbitro añadió lo siguiente:

"El examen por los Árbitros del nivel de anulación o menoscabo, sobre la base objetiva prevista en el artículo 22 del ESD, es un procedimiento distinto, independiente de la constatación de la existencia de una infracción de las normas de la OMC formulada por un grupo especial o por el Órgano de Apelación. Por consiguiente, el derecho de un Miembro a iniciar un procedimiento de solución de diferencias en el marco de la OMC puede fundarse tanto en los intereses potenciales de ese Miembro en el comercio de bienes o servicios como en su interés por obtener una declaración de derechos y obligaciones en virtud de los Acuerdos de la OMC. En cambio, el interés jurídico de un Miembro en el cumplimiento de las normas por otros no conlleva automáticamente, a nuestro parecer, el derecho de ese Miembro a obtener una autorización para suspender concesiones al amparo del artículo 22 del ESD".⁵²

iii) *Análisis de las ventajas anuladas o menoscabadas en función del efecto sobre el comercio o de los efectos económicos*

3.37 Como observación previa, señalamos que todas las partes en el presente procedimiento coinciden en que el nivel de anulación o menoscabo debe cuantificarse monetariamente en el presente caso. La discrepancia surge en torno a si esa cuantificación monetaria ha de basarse en algunos efectos económicos de la infracción, o puede basarse directamente en los desembolsos efectuados en el marco de la CDSOA.

3.38 Señalamos que en *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor (párrafo 3 del artículo 25)* los árbitros consideraron que a efectos del artículo XXIII del GATT de 1994 y del ESD, las ventajas eran de naturaleza económica:

⁵¹ Véanse *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor (párrafo 3 del artículo 25)*, párrafo 3.18 y *Estados Unidos - Ley de 1916 (CE) (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)*, párrafo 5.23.

⁵² *CE - Banano III (Estados Unidos) (párrafo 6 del artículo 22 - CE)*, párrafo 6.10.

"Si se supone, pues, que los titulares de derecho de autor explotan sus derechos exclusivos mediante la concesión de licencias para la utilización de sus obras, una de las ventajas dimanantes de esos derechos consiste en las regalías que los titulares de derechos de autor percibirían por la concesión de licencias. Así, los derechos exclusivos tales como los establecidos en el punto 3º) del párrafo 1) del artículo 11*bis* y en el punto 2º) del párrafo 1) del artículo 11 se traducirán normalmente en ventajas económicas para los titulares de los derechos de autor.

En sus comunicaciones a los Árbitros, las partes se han centrado en este tipo de ventajas que obtienen los titulares de los derechos de autor. Los Árbitros convienen con las partes en que los efectos de este procedimiento de arbitraje, las ventajas de que se trata son de carácter económico.⁵³ Esto es coherente con las decisiones anteriores de los árbitros que han actuado con arreglo al párrafo 6 del artículo 22 del ESD.⁵⁴ Además, al igual que las partes en esta diferencia, los Árbitros partirán de la hipótesis de que las regalías que pueden obtener los titulares de derechos de autor por concepto de concesión de licencias constituyen una medida adecuada de las ventajas económicas resultantes del punto 3º) del párrafo 1) del artículo 11*bis* y del punto 2º) del párrafo 1) del artículo 11."

⁵³ (*Nota original de pie de página*). Esta opinión se basa en el objetivo de este procedimiento, que es cuantificar el perjuicio económico sufrido por las Comunidades Europeas al haberse seguido aplicando el artículo 110(5)(B). De ello no se desprende necesariamente que los Miembros que recurren al artículo 64 del Acuerdo sobre los ADPIC tengan que demostrar la anulación o el menoscabo de las ventajas económicas que les corresponden en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC. Los Árbitros consideran que su opinión está respaldada por la siguiente declaración hecha por los árbitros en el asunto *Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos - Recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD*: "El derecho de un Miembro a iniciar un procedimiento de solución de diferencias en el marco de la OMC puede fundarse tanto en los intereses potenciales de ese Miembro en el comercio de bienes o servicios como en su interés por obtener una declaración de derechos y obligaciones en virtud de los Acuerdos de la OMC. En cambio, el interés jurídico de un Miembro en el cumplimiento de las normas por otros no conlleva automáticamente, a nuestro parecer, el derecho de ese Miembro a obtener una autorización para suspender concesiones al amparo del artículo 22 del ESD". Véase la Decisión de los Árbitros sobre el asunto *Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos - Recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD* (al que en adelante se denominará, en el presente laudo, "*CE - Banano III (22.6) (EE.UU.)*"), WT/DS27/ARB, 9 de abril de 1999, párrafo 6.10.

⁵⁴ (*Nota original de pie de página*). Véanse, por ejemplo, las decisiones de los árbitros sobre los asuntos *CE - Banano III (22.6) (EE.UU.)*, *supra*, párrafo 6.12 (ventajas anuladas o menoscabadas: pérdidas de exportaciones estadounidenses de mercancías y pérdidas de suministros de servicios sufridas por los proveedores estadounidenses de servicios); *Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos - Recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD*, WT/DS27/ARB/ECU, 24 de marzo de 2000, nota 52 (ventajas anuladas o menoscabadas: pérdidas de comercio efectivo y de oportunidades potenciales de comercio de bananos por el Ecuador y pérdidas de suministros reales y potenciales de servicios de distribución); *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas) - Reclamación inicial de los Estados Unidos - Recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD* (al que en adelante se denominará, en el presente laudo, "*CE - Hormonas (22.6) (EE.UU.)*"), WT/DS26/ARB, 12 de julio de 1999, párrafo 41 (ventajas anuladas o menoscabadas: exportaciones estadounidenses no realizadas de carne de bovino y productos de carne de bovino tratada con hormonas); *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas) - Reclamación inicial del Canadá - Recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD* (al que en adelante se denominará, en el presente laudo, "*CE - Hormonas (22.6) (Canadá)*"), WT/DS48/ARB, 12 de julio de 1999, párrafo 40 (ventajas anuladas o menoscabadas: exportaciones canadienses no realizadas de carne de bovino y productos de carne de bovino tratada con hormonas).

3.39 Señalamos además que, con la excepción de los arbitrajes realizados de conformidad con el párrafo 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC, los árbitros anteriores se han apoyado en un enfoque basado en los efectos económicos o en el efecto sobre el comercio de la infracción.⁵⁵ Aunque la mayor parte de los arbitrajes se han basado, en el concepto, más restringido, del efecto sobre el comercio, señalamos que tanto el Árbitro del asunto *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor (párrafo 3 del artículo 25)* como los árbitros del asunto *Estados Unidos - Ley de 1916 (CE) (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)* se han referido a los efectos económicos.⁵⁶ La utilización, en la mayoría de los casos, del efecto directo sobre el comercio se debe al hecho de que el comercio perdido es, por regla general, más directamente identificable y cuantificable y a que, en ese contexto, los árbitros prefirieron basarse en cifras verificables.

3.40 Tanto en *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor (párrafo 3 del artículo 25)* como en *Estados Unidos - Ley de 1916 (CE) (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)*, la utilización del concepto, más amplio, de repercusión económica vino impuesto por la naturaleza de las medidas en litigio. En el asunto *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor (párrafo 3 del artículo 25)* no se habían realizado intercambios comerciales efectivos, pero se habían infringido derechos que otorgaban ventajas económicas a los titulares de derechos de propiedad intelectual en forma de regalías. En *Estados Unidos - Ley de 1916 (CE) (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)*, la norma legal en litigio se refería a la posibilidad de iniciación de procedimientos civiles y/o penales contra las empresas que importaran mercancías objeto de dumping. Dado que un fallo judicial o una transacción en el marco de la Ley de 1916 no entrañaba automáticamente una restricción del comercio, resultaba más apropiado el concepto, más general, de efectos económicos.

3.41 En el presente caso, observamos que los desembolsos efectuados en el marco de la CDSOA operan, desde el punto de vista económico, como subvenciones que pueden generar una producción de sustitución de las importaciones. Sería coherente con el enfoque seguido por árbitros anteriores considerar que la ventaja anulada o menoscabada en el presente caso corresponde al valor de las exportaciones indias sustituidas por la producción nacional estadounidense. En consecuencia, sería posible, teóricamente, basarse en los efectos de la CDSOA en el comercio de la India con los Estados Unidos.

3.42 Una vez dicho esto, hay que señalar que nuestra tarea no consiste en determinar si éste es el único enfoque admisible de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del ESD⁵⁷, sino en determinar si el enfoque propugnado por la India es compatible con el ESD.

3.43 Del examen de los arbitrajes que parecen apoyar el enfoque de la India, se desprende que las únicas decisiones arbitrales basadas en el valor de la propia infracción son las formuladas de conformidad con los párrafos 10 y 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC.

3.44 La posición adoptada por la India parece basarse esencialmente en el enfoque adoptado por el Árbitro en *Estados Unidos - EVE (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)*, que se basó en el carácter prohibido de la subvención en cuestión y en el carácter *erga omnes* de la infracción para concluir que las "contramedidas apropiadas", en el sentido del párrafo 10 del artículo 4 del

⁵⁵ Véanse los arbitrajes enumerados en la nota 54, *supra*, así como *Estados Unidos - Ley de 1916 (CE) (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)*, párrafo 5.23.

⁵⁶ Véanse *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor (párrafo 3 del artículo 25)*, párrafo 3.18 y *Estados Unidos - Ley de 1916 (CE) (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)*, párrafo 7.2.

⁵⁷ De hecho, no consideramos que los anteriores arbitrajes constituyan una "práctica ulteriormente seguida" en el sentido que tiene este concepto en el derecho internacional público (véase la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, párrafo 3 b) del artículo 31).

Acuerdo SMC, podían corresponder a la cuantía total de la subvención ilegalmente otorgada, con independencia del efecto de ésta sobre el comercio.

3.45 En primer lugar, señalamos que los desembolsos en el marco de la CDSOA son diferentes de las subvenciones a la exportación examinadas por el Árbitro en *Estados Unidos - EVE* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*).

3.46 En segundo lugar, consideramos que el razonamiento en que se basa la decisión en *Estados Unidos - EVE* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*) no puede hacerse extensivo al presente caso. Una de las razones para ello es que el mandato de los árbitros en virtud del párrafo 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC es diferente del de los árbitros en virtud del párrafo 7 del artículo 22 del ESD. A este respecto, el párrafo 11 del artículo 4 establece lo siguiente:

"En caso de que una parte en la diferencia solicite un arbitraje al amparo de lo dispuesto en el párrafo 6 del artículo 22 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias ('ESD'), el árbitro determinará si las contramedidas son apropiadas".⁵⁸

3.47 En *Estados Unidos - EVE* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*), el Árbitro caracterizó de forma diferente el supuesto de los párrafos 10 y 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC y del párrafo 4 del artículo 22 del ESD:

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

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

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

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

Como ya hemos observado en nuestro análisis anterior del texto del párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*, no existe en esa disposición, en cambio, ninguna indicación semejante de un criterio cuantitativo explícito. Debe recordarse aquí que los párrafos 10 y 11 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* son 'normas especiales o adicionales' de conformidad con el apéndice 2 del ESD, y que de conformidad con el párrafo 2 del artículo 1 del ESD es posible que estas normas o procedimientos prevalezcan sobre los del ESD. No cabe hacer ninguna presunción, por consiguiente, de que los redactores pretendían hacer necesariamente coextensivo el criterio del párrafo 10 del artículo 4 con el del párrafo 4 del artículo 22, de forma que la noción de 'contramedidas apropiadas' del párrafo 10 del artículo 4 se limitara a unas contramedidas por una cuantía 'equivalente al nivel de la anulación o menoscabo' sufrido por el Miembro reclamante. Al contrario, en los párrafos 10 y 11 del

⁵⁸ (Nota original de pie de página). Este término no permite la aplicación de contramedidas que sean desproporcionadas sobre la base de que las subvenciones a que se refieren las disposiciones del presente artículo están prohibidas.

artículo 4 del *Acuerdo SMC* se utiliza un lenguaje distinto y ha de darse significado a esa divergencia".⁵⁹

3.48 Al igual que hizo el Árbitro en *Estados Unidos - EVE* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*), consideramos que el párrafo 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC es una disposición especial o adicional de solución de diferencias que establece un enfoque *sui generis* aplicable únicamente a las subvenciones prohibidas. El párrafo 11 del artículo 4 encomienda a los árbitros que determinen "si las contramedidas son apropiadas" y no si el nivel de suspensión de concesiones u otras obligaciones es equivalente al nivel de la anulación o menoscabo, lo que parece dejar un margen discrecional mayor a los árbitros para evaluar la magnitud de las contramedidas, como confirmó el Árbitro en *Estados Unidos - EVE* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*):

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

3.49 Aunque el Árbitro que examinó el asunto *Estados Unidos - EVE* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*) no excluyó la aplicación del criterio del efecto sobre el comercio en el marco del párrafo 11 del artículo 4, sería difícil, en situaciones diferentes de las que se refieren a subvenciones prohibidas, concluir que cualquier desembolso efectuado en virtud de una medida ilegal produce automáticamente una anulación o menoscabo equivalente al menos a la cuantía total desembolsada.

3.50 La India se basa también en apoyo de su posición en la decisión del Árbitro en *Estados Unidos - Ley de 1916 (CE)* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*).⁶⁰ No estamos de acuerdo con la India en que los pasajes en los que se basa apoyen la tesis de que la infracción resultante de la existencia de la propia medida incompatible anulara o menoscabara ventajas resultantes para las Comunidades Europeas. Señalamos que el Árbitro que examinó el asunto *Estados Unidos - Ley de 1916 (CE)* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*) se mostró de acuerdo con los árbitros que examinaron el asunto *CE - Banano III* (*Estados Unidos*) (párrafo 6 del artículo 22 - *CE*) en que:

"La *presunción* de anulación o menoscabo establecida en el párrafo 8 del artículo 3 del ESD no constituye en modo alguno prueba del *nivel* de la anulación o menoscabo sufrido por el Miembro que pide autorización para suspender obligaciones".⁶¹

3.51 Señalamos además que, en ese asunto, el Árbitro se basó en las repercusiones económicas de la medida. El Árbitro se negó a considerar el "efecto paralizador" de la ley en sí misma y se determinó que podía considerarse que los costos inherentes a una transacción o sentencia en el marco de la Ley de 1916 (es decir, a un supuesto de aplicación) correspondían a los efectos económicos de la Ley de 1916 en las empresas de las CE.

3.52 En consecuencia concluimos, en general, que el razonamiento de anteriores árbitros en procedimientos de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del ESD no parece apoyar el enfoque propuesto por la India.

⁵⁹ *Estados Unidos - EVE* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*), párrafos 5.45-5.47.

⁶⁰ *Estados Unidos - Ley de 1916 (CE)* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*), párrafos 6.14 y 7.8.

⁶¹ *Estados Unidos - Ley de 1916 (CE)* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*), párrafo 5.50, (las cursivas figuran en el original).

c) Conclusión

3.53 Sobre la base de lo expuesto concluimos que el artículo XXIII del GATT de 1994 y el ESD diferencian claramente dos etapas en el procedimiento de solución de diferencias de la OMC:

- a) el establecimiento por los grupos especiales y el Órgano de Apelación de la *existencia* de anulación o menoscabo. Es en esa etapa en la que surte sus efectos el párrafo 8 del artículo 3 del ESD, que establece que la existencia de una transgresión genera una presunción de anulación o menoscabo de una ventaja; y
- b) un proceso independiente y posterior cuando un Miembro pide autorización para suspender concesiones u otras obligaciones y se requiere a un árbitro, de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del ESD, que determine el *nivel* de la ventaja anulada o menoscabada.

3.54 De ello se deduce, a nuestro juicio, que no cabe asimilar la transgresión o el derecho violado, de una parte, y la ventaja anulada o menoscabada como consecuencia de esa transgresión, de otra. En el mecanismo de solución de diferencias de la OMC, la transgresión es el elemento *precursor* para establecer la anulación o menoscabo de una ventaja.

3.55 En ese contexto, la ventaja anulada o menoscabada ha de ser forzosamente algo distinto. A ese respecto, recordamos que los árbitros anteriores de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del ESD han considerado que la ventaja corresponde al comercio directamente afectado por el mantenimiento de la medida ilegal.

3.56 Por las razones expuestas, rechazamos el enfoque propuesto por la India en el presente caso.

3. Utilización de los desembolsos concretos para evaluar la anulación o menoscabo

a) Principales argumentos de las partes

3.57 Los Estados Unidos alegan que el examen de los desembolsos realmente efectuados en el marco de la CDSOA excedería del ámbito del mandato de las diferencias iniciales. Los desembolsos no forman parte de la "medida declarada incompatible" con un acuerdo abarcado a que se refiere el párrafo 2 del artículo 22 del ESD. Al no existir una constatación efectiva en ese sentido, no es admisible con arreglo al ESD suponer que cualquier aplicación quebranta una obligación en el marco de la OMC o anula o menoscaba una ventaja.⁶² Los Estados Unidos añaden que, dado que no hay recomendaciones o resoluciones relativas a pagos efectuados en el marco de la CDSOA, es evidente que no hay ninguna recomendación o resolución acerca de futuros pagos, o lo que es lo mismo, no hay un fundamento jurídico que permita al Árbitro dictar un laudo con respecto a la anulación o menoscabo presuntamente causados por medidas que ni siquiera existen.⁶³

3.58 La India aduce que, si bien los Estados Unidos anulan o menoscaban directamente las ventajas resultantes de los acuerdos abarcados al promulgar la CDSOA, los Estados Unidos también anulan o menoscaban las ventajas resultantes del Acuerdo sobre la OMC con cada desembolso a los productores nacionales. Estos desembolsos son la consecuencia económica directa de la medida infractora y constituyen la esencia misma de la CDSOA. En opinión de la India, la CDSOA no es concebible sin los desembolsos, y los desembolsos no son posibles sin la CDSOA. Cualquier intento de trazar una distinción entre la existencia de la CDSOA y sus desembolsos es imposible. A partir del

⁶² Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 15-19.

⁶³ Declaración oral de los Estados Unidos, párrafos 39 y 40.

enfoque del Árbitro en el asunto *Estados Unidos - Ley de 1916 (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)*, la India llega a la conclusión de que la existencia de la CDSOA no puede ser distinguida jurídicamente de su aplicación cuando se determina la anulación o el menoscabo causados por esa Ley. Si se siguiera el enfoque de los Estados Unidos, cuando una medida infringiera *per se* el Acuerdo sobre la OMC, la parte solicitante no podría suspender concesiones u otras obligaciones. Tendría que promover una diferencia contra cada aplicación específica de una medida. Con ello se generarían más diferencias, haciéndose caso omiso del principio de la "pronta solución" de las diferencias consagrado en el párrafo 3 del artículo 3 del ESD.⁶⁴

b) Análisis del Árbitro

3.59 En primer lugar, recordamos que las partes solicitantes no han identificado más anulación o menoscabo que el resultante de los casos de aplicación de la CDSOA.

3.60 En segundo lugar, señalamos que los Estados Unidos han planteado dos cuestiones distintas a este respecto. La primera es si el Árbitro puede tomar en consideración los desembolsos ya efectuados en el marco de la CDSOA, y la segunda, si pueden tomarse en consideración los desembolsos futuros.

3.61 En este momento, la cuestión que se nos plantea es si podemos tener en cuenta los efectos sobre el comercio o los efectos económicos resultantes de los casos de aplicación de la CDSOA, dado que los Estados Unidos alegan que la CDSOA fue impugnada en sí misma, y que cuando fue inicialmente impugnada no había sido aplicada.

3.62 Coincidimos con los Estados Unidos en que el OSD no formuló nunca recomendaciones o resoluciones con respecto a la aplicación de la CDSOA. Tomamos también nota de los argumentos de las partes solicitantes de que una vez que se ha constatado que una medida es ilegal, cualquier aplicación de esa medida es *ipso facto* ilegal.

3.63 Consideramos que la CDSOA *obliga* a efectuar desembolsos cuando se cumplen determinadas condiciones; que el Grupo Especial y el Órgano de Apelación han constatado que esos desembolsos constituyen un elemento esencial en su conclusión de que la CDSOA infringe el Acuerdo sobre la OMC⁶⁵ y que no hay motivo para que, *a los efectos de la evaluación de la anulación o menoscabo* nos abstengamos de considerar los casos de aplicación de la CDSOA.

3.64 Este enfoque está en consonancia con la práctica de otros árbitros. Por ejemplo, el Árbitro que examinó el asunto *Estados Unidos - Ley de 1916 (CE) (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)* estimó que podían tomarse en consideración, al evaluar la anulación o menoscabo, las aplicaciones de una ley que hubiera sido impugnada en sí misma.⁶⁶

3.65 Recordamos también que, en contestación a una de nuestras preguntas⁶⁷ los Estados Unidos hicieron referencia a dos casos, *Estados Unidos - Artículo 110(5) Ley de Derecho de Autor (párrafo 3*

⁶⁴ Comunicación escrita del Brasil, las Comunidades Europeas, Corea, la India, el Japón y México, párrafos 35-40.

⁶⁵ Véanse informe del Grupo Especial, párrafos 7.35-7.39 y 8.1; informe del Órgano de Apelación, párrafo 256.

⁶⁶ *Estados Unidos - Ley de 1916 (CE) (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)*, párrafo 7.8.

⁶⁷ Respuesta de los Estados Unidos de 28 de abril de 2004 (párrafos 11 y 12) a la pregunta 12 del Árbitro de fecha 21 de abril de 2004, que es la siguiente:

del artículo 25) y *CE - Hormonas (Estados Unidos)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE) en los que se había impugnado una ley en sí misma. No obstante, los árbitros determinaron el nivel de anulación o menoscabo basándose en un análisis de las regalías perdidas en el primer caso y del comercio no realizado en el segundo.

3.66 No consideramos que haya una diferencia significativa entre los arbitrajes en los asuntos *Estados Unidos - Artículo 110(5) Ley de Derecho de Autor* (párrafo 3 del artículo 25), *CE - Hormonas (Estados Unidos)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE) y el presente arbitraje. En los dos casos citados, los árbitros se basaron, por razones prácticas, en el resultado económico de la aplicación de la ley. En el presente caso, la India pide que nos basemos en los desembolsos efectuados en el marco de la CDSOA para evaluar el nivel de anulación o menoscabo que ha sufrido ese país. La única diferencia que podría existir es que, con arreglo a la CDSOA, se prevé que las autoridades estadounidenses apliquen la ley mediante varias medidas administrativas. Los Estados Unidos parecen alegar que, en consecuencia, hay "medidas" distintas de la CDSOA respecto de las cuales no se ha formulado nunca una constatación. En nuestra opinión se trata de una diferencia de grado y no de naturaleza.

3.67 En consecuencia, concluimos que estamos facultados para tener en cuenta, con el fin de evaluar el efecto sobre el comercio y, por ende, el nivel de anulación causado a la India por la CDSOA, las aplicaciones de la CDSOA.

3.68 La segunda cuestión planteada por los Estados Unidos se aborda en la sección IV.B.3, *infra*.

4. Enfoque que debe seguir el Árbitro en el presente caso

3.69 Habida cuenta de nuestra conclusión de que el enfoque propugnado por la India no es compatible con el artículo XXIII del GATT de 1994 y el artículo 22 del ESD, y de forma coherente con anteriores arbitrajes, nos corresponde determinar cuál es el enfoque que consideramos compatible.

3.70 No coincidimos con los Estados Unidos en que la anulación o menoscabo haya de limitarse en todos los casos al comercio directamente perdido a consecuencia de la infracción. Coincidimos con las partes solicitantes en que la expresión "efecto sobre el comercio" no figura ni en el artículo XXIII del GATT de 1994 ni en el artículo 22 del ESD. Las decisiones de árbitros anteriores basadas en las repercusiones directas en el comercio no son precedentes vinculantes.

3.71 No obstante, como ya se ha indicado, el enfoque basado en el "efecto sobre el comercio" se ha aplicado de forma habitual en otros arbitrajes de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 y parece ser generalmente aceptado por los Miembros como *una* forma correcta de aplicar el artículo 22 del ESD.

3.72 Basándonos en ello, concluimos que debemos aplicar un enfoque basado en la determinación del efecto sobre el comercio de las partes solicitantes del incumplimiento por los Estados Unidos de sus obligaciones en el marco de la OMC debido a la aplicación de la CDSOA. De hecho, aunque rechazan la opinión de los Estados Unidos de que la anulación o menoscabo sólo puede evaluarse en relación con el efecto sobre el comercio de la medida impugnada y la conclusión de que el efecto real sobre el comercio de la CDSOA es "cero", las partes solicitantes no han alegado convincentemente que no pueda ser aplicable en el presente caso *un enfoque* basado en el efecto sobre el comercio de la CDSOA.

"Considerando el razonamiento que exponen en los párrafos 15-19 de su comunicación escrita y, de forma más general, su posición acerca de la anulación o menoscabo, ¿podrían los Estados Unidos facilitar un ejemplo de una situación en la que una ley *en sí misma* cause una anulación o menoscabo superior a 'cero'?"

3.73 Al elegir la metodología que debe aplicarse para determinar el nivel de la anulación o menoscabo que ha sufrido la India en el presente caso, tomamos nota de la importancia que atribuyen las partes solicitantes a la idea de que la suspensión de concesiones u otras obligaciones tiene por finalidad inducir al cumplimiento, y de su opinión de que esa finalidad debe orientar nuestras determinaciones de conformidad con el párrafo 7 del artículo 22 del ESD.

3.74 El concepto de "inducción al cumplimiento" se formuló por primera vez en el arbitraje *CE - Banano III (Estados Unidos) (párrafo 6 del artículo 22 - CE)*⁶⁸ y desde entonces otros arbitrajes se han referido al mismo. No obstante, no se hace referencia expresa a ese concepto en ningún lugar del ESD, y no estamos convencidos de que el objeto y fin del ESD - o del Acuerdo sobre la OMC - apoyen el enfoque de que la finalidad de la suspensión de concesiones u otras obligaciones al amparo del artículo 22 es exclusivamente inducir al cumplimiento. Teniendo presentes el párrafo 7 del artículo 3 y los párrafos 1 y 2 del artículo 22 del ESD como parte del contexto los párrafos 4 y 7 del artículo 22, no podemos excluir la inducción al cumplimiento como uno de los objetivos de la suspensión de concesiones u otras obligaciones, pero ése sólo puede ser, en el mejor de los casos, uno de los diversos fines de la autorización de la suspensión de concesiones u otras obligaciones. Al utilizar la "inducción al cumplimiento" como criterio de referencia para la elección del enfoque más adecuado corremos además el riesgo de perder de vista el requisito establecido en el párrafo 4 del artículo 22 de que el nivel de la suspensión sea *equivalente* al nivel de la anulación o menoscabo.

3.75 Además, examinando los arbitrajes anteriores, observamos que, en todos los casos, los árbitros han procedido a cuantificar o valorar la ventaja anulada o menoscabada. En el presente caso, ambas partes han tratado también de cuantificar el nivel de anulación o menoscabo. Esos intentos de cuantificación o valoración ponen de manifiesto, en nuestra opinión, que a pesar de que las partes se basan cada una en enfoques jurídicos radicalmente distintos, la justificación económica que subyace a esos enfoques parece muy similar. Consideramos que más allá de la argumentación jurídica de las partes solicitantes, éstas han elegido en último término el desembolso total efectuado en el marco de la CDSOA como una pauta de referencia con la que esperan obtener un nivel más elevado de anulación o menoscabo que con la pauta de referencia, más "clásica", basada en el comercio perdido, y ello tanto más por cuanto los Estados Unidos han adoptado la tesis de que el nivel de la anulación o menoscabo provocado por la CDSOA era de hecho "cero" desde el punto de vista del comercio directamente perdido a consecuencia de ella. Como hemos visto, en realidad las partes solicitantes utilizan la cuantía de los desembolsos efectuados en el marco de la CDSOA simplemente como sustitutivo de la realización de un análisis económico de la repercusión de los desembolsos en el marco de la CDSOA en sus exportaciones o, de forma más general, en la situación competitiva de las empresas afectadas. En esas circunstancias, consideramos que nuestra decisión de basarnos en el efecto resultante de la violación sobre el comercio para determinar el nivel de la anulación o menoscabo no se desvía significativamente, en términos económicos, de la justificación del enfoque de las partes solicitantes.

3.76 Somos también conscientes de que otros árbitros han adoptado un enfoque prudente, evitando alegaciones "demasiado distantes", "demasiado especulativas" o que no estaban "cuantificadas significativamente".⁶⁹ Recordamos que las partes nos han prevenido del riesgo de basarnos en datos excesivamente especulativos.⁷⁰

⁶⁸ *CE - Banano III (Estados Unidos) (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)*, párrafo 6.3.

⁶⁹ Véanse, por ejemplo, *CE - Hormonas (Estados Unidos) (párrafo 6 del artículo 22 - CE)*, párrafo 77; *Estados Unidos - Ley de 1916 (CE) (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)*, párrafos 5.54-5.57.

⁷⁰ Véanse, por ejemplo, Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 40; Comunicación escrita del Brasil, las Comunidades Europeas, Corea, la India, el Japón y México, párrafo 61.

3.77 Por esta razón, no consideramos procedente tratar de utilizar una situación hipotética basada en una ecuación relativamente simple y en parámetros simples, como en *CE - Hormonas (Estados Unidos)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE), *CE - Hormonas (Canadá)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE) o en *CE - Banano III (Estados Unidos)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE) sino que, dado el número de factores que pueden influir en el efecto final sobre el comercio de los desembolsos en el marco de la CDSOA, resulta más apropiado identificar y aplicar un modelo económico que refleje esos factores y nos permita, basándonos en una magnitud claramente identificable -los desembolsos efectuados en el marco de la CDSOA- evaluar la medida en que esos pagos han podido anular o menoscabar ventajas resultantes para las partes solicitantes.

3.78 A tal fin, solicitamos a las partes que facilitaran datos y estudios económicos pertinentes para evaluar la viabilidad de un modelo económico que cuantificara la medida en que los desembolsos efectuados en el marco de la CDSOA afectan a las exportaciones de las partes solicitantes a los Estados Unidos.⁷¹ Sobre la base de los elementos disponibles, llegamos a la conclusión que un modelo de esa naturaleza era viable y de que sus resultados eran más fiables que los de la utilización del desembolso total como indicador del nivel de anulación o menoscabo. De hecho, aun cuando el modelo que hemos optado por aplicar se basa en varias presunciones, observamos que los datos de que disponemos no demuestran que la utilización del desembolso total como indicador del nivel de anulación o menoscabo produzca un resultado más fiable. Nuestro análisis se expone en la sección III.C *infra*.

3.79 Reconocemos que, al basarnos en el presente arbitraje en un modelo económico, es posible que estemos abriendo una nueva vía. Esta impresión puede estar justificada en la medida en que basamos nuestras determinaciones en los resultados de ese modelo. No obstante, señalamos que ya se ha recurrido a la elaboración de un modelo económico en el arbitraje *Estados Unidos - EVE* (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos). Somos también conscientes de que la aplicación de modelos económicos a los arbitrajes de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del ESD puede hacer más complejo y costoso el procedimiento correspondiente. Reconocemos que el análisis económico requiere conocimientos técnicos especializados que es posible que no estén fácilmente al alcance de todos los Miembros de la OMC. No obstante, no consideramos que ésta sea razón suficiente para privarnos de un medio que nos permite llegar a un resultado fiable a través de un proceso transparente en casos complejos como el presente, sino que entendemos que la opción de utilizar modelos económicos en los arbitrajes de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 brinda la oportunidad de conseguir la plena colaboración de las partes, y por ende, resultados más precisos y fiables en los casos en que la alternativa es elegir entre enfoques simplistas y tal vez inconciliables.

C. CÁLCULO DEL NIVEL DE ANULACIÓN O MENOSCABO MEDIANTE UN MODELO ECONÓMICO

1. Introducción

3.80 Como se ha indicado antes, consideramos que una forma apropiada de evaluar el efecto sobre el comercio de una ley que actúa, desde el punto de vista económico, como una subvención interna⁷² consistía en establecer un modelo económico. Ese modelo, aplicado a los hechos del presente caso, permitiría hallar un coeficiente que, multiplicado por la cuantía de los desembolsos efectuados en un período determinado, permitiría obtener una cifra del efecto sobre el comercio que podría considerarse razonablemente que corresponde al nivel de anulación o menoscabo en ese período.

⁷¹ Véanse los párrafos 3.128 y 3.129 *infra*.

⁷² Tenemos presentes las opiniones de los Estados Unidos de que la CDSOA es una subvención que no se ha constatado que cause un efecto perjudicial sobre el comercio (comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 62-65). Señalamos, no obstante, que los Estados Unidos no se oponen a un modelo que se base en el efecto sobre los precios de los desembolsos en el marco de la CDSOA (véase, por ejemplo, Estados Unidos - Prueba documental 18, página 2).

3.81 Observamos también que, al establecer un modelo económico, era necesario que abordáramos varios argumentos expuestos por los Estados Unidos sobre varios aspectos, en relación entre otras cosas, con el cálculo propuesto por las partes solicitantes: su opinión de que, de hecho, el nivel de anulación o menoscabo sería "cero", el efecto combinado de los pagos de compensación y de un orden de establecimiento de derechos antidumping o compensatorios y el efecto de los pagos en el marco de la CDSOA con respecto a los competidores estadounidenses o extranjeros no sujetos a derechos antidumping o compensatorios.⁷³ Esos argumentos se analizan en las partes pertinentes de esta sección en relación con la determinación de la cuantía de los desembolsos que debe utilizarse en la aplicación del modelo, conjuntamente con los argumentos de los Estados Unidos relativos a la posibilidad de que las cifras publicadas por las autoridades de los Estados Unidos no sean exactas o no tengan carácter definitivo.⁷⁴

2. Examen de los planteamientos de las partes en relación con los modelos económicos

a) Estados Unidos

3.82 Los Estados Unidos adoptaron inicialmente la opinión de que podía estimarse que el efecto sobre el comercio de los desembolsos en el marco de la CDSOA era nulo.⁷⁵ Esta posición se basa en la idea de que las empresas beneficiarias no destinarían los desembolsos en el marco de la CDSOA a fortalecer su posición comercial, sino que utilizarían esos fondos para otros fines. Los Estados Unidos no negaron que fuera procedente elaborar un modelo en el presente caso, pero sostuvieron que, dado que el insumo del modelo sería cero, su producto, o conclusión acerca de los efectos sobre el comercio habría de ser también necesariamente cero.⁷⁶ Los Estados Unidos añadieron que, aun en el caso de que las empresas de que se trataba utilizaran los fondos para fortalecer su posición competitiva, el efecto sobre el producto y, por consiguiente, sobre el comercio, sería *de minimis*. Dicho de otra forma, los Estados Unidos consideraban que el efecto de traspaso de las transferencias oficiales, es decir, el efecto *ad valorem* de las transferencias en los precios de los receptores sería cero o una cifra muy próxima a cero.

3.83 No obstante, los Estados Unidos reconocieron en última instancia que era posible la elaboración de un modelo bastante preciso y propusieron un posible modelo.⁷⁷

⁷³ Véase, Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 52.

⁷⁴ Véase, Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 13, 14, 26 y 27.

⁷⁵ El Árbitro pidió a los Estados Unidos que le presentaran un modelo que justificara su alegación de que la anulación o menoscabo era igual a "cero". Los Estados Unidos, en respuesta a esta petición, no facilitaron un modelo, aunque expusieron los parámetros básicos del modelo de Armington, que fue presentado en un momento posterior al procedimiento. En lugar de ello, los Estados Unidos adujeron que no era necesario un modelo formal, puesto que en su opinión, dados los hechos, los pagos en el marco de la CDSOA no darían lugar a ningún aumento de la producción (Respuesta de los Estados Unidos a las preguntas del Árbitro de 21 de abril de 2004, párrafos 16-26).

⁷⁶ Respuesta de los Estados Unidos a las preguntas del Árbitro de 21 de abril de 2004, párrafo 26.

⁷⁷ Al comentar la opinión de las partes solicitantes de que la elaboración de un modelo sería un proceso "complejo y gravoso" y la observación de Chile de que ese proceso sería "tedioso", los Estados Unidos manifestaron que:

"El hecho de que un proceso sea complejo, tedioso o incluso gravoso no significa que pueda prescindirse del mismo".

Observaciones de los Estados Unidos, de 4 de mayo de 2004, sobre las respuestas de las partes solicitantes a las preguntas del Árbitro, párrafo 3.

3.84 El modelo propuesto por los Estados Unidos responde a un planteamiento desagregado para estimar los efectos sobre el comercio. En lugar de considerar la economía de los Estados Unidos en su conjunto y de estimar una única cifra de efecto sobre el comercio, se estima el efecto sobre el comercio a nivel de cada producto respecto de cada importador. Esas cifras individuales se suman luego para obtener el efecto total sobre el comercio. El modelo propuesto por los Estados Unidos divide además a los países del mundo en tres grupos de países: los Estados Unidos, los Miembros de la OMC afectados por los desembolsos en el marco de la CDSOA y los demás países exportadores a los Estados Unidos, aislando así los efectos de los pagos en el marco de la CDSOA que afectan exclusivamente a los Miembros de la OMC sujetos a órdenes de establecimiento de derechos antidumping o compensatorios en vigor. Los insumos necesarios para aplicar el modelo son⁷⁸:

- la parte del valor del mercado correspondiente a cada fuente de los productos;
- la cifra *ad valorem* de la distribución en el marco de la CDSOA que afectó realmente a la producción;
- la estimación de la elasticidad de la sustituibilidad entre los productos producidos en los Estados Unidos y las importaciones (elasticidad de sustitución);
- la estimación de la sensibilidad a los precios de la oferta de cada producto (elasticidad de la oferta de los Estados Unidos, de la oferta de importaciones procedentes de la parte reclamante y de la oferta del resto del mundo); y
- la estimación de la elasticidad de la demanda del mercado.

3.85 Las estimaciones de la oferta, la demanda y las elasticidades de sustitución se habían tomado de diversos informes de la Comisión de Comercio Internacional de los Estados Unidos. La elasticidad de la oferta en el caso de los Miembros de la OMC con exportaciones objeto de dumping o subvencionadas a los Estados Unidos se fijaba arbitrariamente en 100 para reflejar la imposibilidad de los exportadores de ajustar a la baja el precio de su producto.⁷⁹ Los datos sobre el comercio y la producción para el modelo procedían de la Oficina del Censo, del Departamento de Comercio de los Estados Unidos y de las investigaciones de la USITC.⁸⁰

3.86 El producto del modelo para cada uno de los Miembros de la OMC afectados por los pagos en el marco de la CDSOA y para cada rama de producción es el siguiente⁸¹:

- "una estimación de la disminución de los envíos internos estadounidenses"; y
- "una estimación de la evolución de las exportaciones de los interlocutores comerciales extranjeros a los Estados Unidos, con desglose específico del beneficio que se derivaría para cada parte reclamante, si los derechos pagados por ésta se eximían de la aplicación de la CDSOA, postulado en el que se basaba la estimación hipotética particular".

3.87 Aunque el modelo es sencillo y se basa en los estudios clásicos de economía internacional aplicada, su aplicación por los Estados Unidos en el presente caso no lo era. Los Estados Unidos

⁷⁸ Estados Unidos - Prueba documental 18.

⁷⁹ Estados Unidos - Prueba documental 18.

⁸⁰ Estados Unidos - Prueba documental 18.

⁸¹ Estados Unidos - Prueba documental 18.

establecían una serie de supuestos, que en su opinión eran aplicables específicamente al presente caso. Esos supuestos afectan al insumo del modelo, el valor de las elasticidades y el trato dado a los datos no disponibles.

3.88 En concreto, los Estados Unidos:

- prescindían de los casos que no excedían del umbral *de minimis* que propugnaban en el presente arbitraje;
- establecían ciertos supuestos acerca de los pagos que afectaban a la producción;
- establecían determinados supuestos acerca del efecto de traspaso de los pagos.

3.89 Los Estados Unidos consideran que sólo deben analizarse los pagos superiores a un nivel *de minimis*. Remitiéndose al párrafo 1 a) del artículo 6 del Acuerdo SMC y al párrafo 4 a) del artículo 6 del Acuerdo sobre la Agricultura, aducen que es apropiado un umbral *de minimis* del 5 por ciento.⁸² A pesar de ello, al aplicar el modelo, asumen un nivel *de minimis* del 1 por ciento.

3.90 Los Estados Unidos deducen también determinados pagos, que presumen que no afectaron a la producción.⁸³

3.91 Los Estados Unidos deducen además los pagos efectuados en relación con productos respecto de los cuales se había revocado el derecho antidumping o compensatorio, basándose en que "la anulación o menoscabo debe medirse por el efecto que la CDSOA tiene sobre los productores/exportadores sujetos a órdenes de establecimiento de derechos antidumping o compensatorios".⁸⁴ Aclara este punto la afirmación de los Estados Unidos de que "un Miembro no puede sufrir anulación o menoscabo a consecuencia de una medida específica no admisible contra el dumping (o las subvenciones) si no hay en vigor ninguna orden y no pueden percibirse derechos sobre los productos de ese Miembro".⁸⁵

3.92 Sólo después de identificar los sectores que se ajustan a la definición de la expresión *de minimis* de los Estados Unidos y de calcular las diversas deducciones, aplican los Estados Unidos la proporción estimada de desembolsos que afecta a la producción. Los Estados Unidos adujeron inicialmente que la cifra de traspaso debía ser "cero", lo que implica que ninguno de los desembolsos en el marco de la CDSOA tendría un efecto sobre el comercio. Los Estados Unidos basan esa hipótesis en cuatro razones:

- los desembolsos son desembolsos no vinculados, y por consiguiente no hay obligación de ampliar la producción con esos pagos⁸⁶;
- no hay ninguna relación entre los "gastos admisibles" en conexión con la CDSOA y la expansión de la producción;

⁸² Respuesta de los Estados Unidos a la segunda serie de preguntas del Árbitro, párrafo 27.

⁸³ Citando el ejemplo de una empresa llamada Torrington, que fue vendida a otra (Timken) sin los pagos, los Estados Unidos aducen que deben deducirse esos pagos, puesto que no afectan a la producción.

⁸⁴ Respuesta de los Estados Unidos a la segunda serie de preguntas del Árbitro, párrafo 23.

⁸⁵ Respuesta de los Estados Unidos a la segunda serie de preguntas del Árbitro, párrafo 24.

⁸⁶ Respuesta de los Estados Unidos a la segunda serie de preguntas del Árbitro, párrafos 5-7.

- la imprevisibilidad de los desembolsos hace difícil que las empresas beneficiarias puedan basarse en los gastos de una forma comercialmente significativa;
- los pagos de compensación corresponden a una pequeña fracción de la producción, por lo que no pueden tener una repercusión apreciable en el comercio.

3.93 No obstante, en respuesta a la pregunta del Árbitro sobre la validez de un valor de traspaso cero, los Estados Unidos indicaron que un nivel de traspaso del 25 por ciento podría considerarse "razonable".⁸⁷ Los Estados Unidos matizaron esta respuesta señalando que los estudios económicos no indicaban un valor específico. No obstante, los Estados Unidos manifestaron que en un estudio científico se indicaba un valor del 75 por ciento en el caso de una política basada en la subordinación a las exportaciones (el programa de sociedades estadounidenses de ventas al extranjero).⁸⁸ Los Estados Unidos citan también un estudio en el que se llega a la conclusión de que los receptores percibieron el 60 por ciento de un incentivo fiscal a la inversión.⁸⁹

3.94 Los resultados del modelo de los Estados Unidos aplicado con arreglo a sus supuestos se indican en el cuadro 1.

b) Partes solicitantes

3.95 Las partes solicitantes adoptaron inicialmente la posición de que para decidir su laudo, el Árbitro no necesitaba tener en cuenta la posibilidad de elaborar un modelo. Aducían que el valor de los desembolsos en el marco de la CDSOA representaba el nivel mínimo de anulación o menoscabo causado por la medida cuya ilegalidad se había constatado. Según las partes solicitantes era posible cuantificar el nivel de la anulación o menoscabo utilizando como base el valor de los pagos en el marco de la CDSOA, puesto que, a su juicio, sería demasiado difícil plasmar en un modelo económico los efectos sobre el comercio en el presente caso.⁹⁰

3.96 No obstante, en respuesta a una pregunta formulada por el Árbitro acerca de si existía o no un modelo para estimar los efectos sobre el comercio que respondiera a sus criterios, las partes solicitantes presentaron un modelo. Ese modelo se basa en el nivel de los pagos en el marco de la CDSOA, una cifra bruta de la elasticidad de sustitución entre productos nacionales y productos importados y la relación entre las importaciones estadounidenses de productos manufactureros y los envíos internos de las industrias manufactureras estadounidenses.

⁸⁷ Respuesta de los Estados Unidos a la segunda serie de preguntas del Árbitro, párrafo 13.

⁸⁸ Respuesta de los Estados Unidos a la segunda serie de preguntas del Árbitro, párrafo 11.

⁸⁹ Respuesta de los Estados Unidos a la segunda serie de preguntas del Árbitro, párrafo 12.

⁹⁰ Según las partes solicitantes "la cuantificación específica de los efectos sobre el comercio de la CDSOA constituiría un proceso sumamente complejo y gravoso. Habría que tener en cuenta cada uno de los pagos, actuales o futuros, a cada uno de los productores estadounidenses, con respecto a cada producto".

Cuadro 1: Nivel estimado revisado de anulación o menoscabo de conformidad con el modelo propuesto por los Estados Unidos

País	2001			2002			2003		
	Resultados del modelo	Ajustes en función de la inexistencia de datos sobre la producción	Total anulación y menoscabo	Resultados del modelo	Ajustes en función de la inexistencia de datos sobre la producción	Total anulación y menoscabo	Resultados del modelo	Ajustes en función de la inexistencia de datos sobre la producción	Total anulación y menoscabo
Brasil	\$0	\$7	\$7	\$176.783	\$0	\$176.783	\$124.264	\$0	\$124.264
Canadá	\$342.357	\$0	\$342.357	\$0	\$0	\$0	\$0	\$0	\$0
Chile	\$0	\$0	\$0	\$0	\$0	\$0	\$0	\$0	\$0
CE	\$651.736	\$147.474	\$799.210	\$154.538	\$80.620	\$235.158	\$119.810	\$102.176	\$221.986
India	\$0	\$336	\$336	\$85.584	\$1.083	\$86.667	\$46.537	\$935	\$47.472
Japón	\$1.149.255	\$23.442	\$1.172.697	\$1.061.395	\$39.144	\$1.100.539	\$1.036.507	\$46.484	\$1.082.991
Corea	\$130.631	\$6.684	\$137.315	\$52.041	\$41.121	\$93.162	\$65.329	\$31.461	\$96.790
México	\$0	\$0	\$0	\$0	\$0	\$0	\$0	\$203	\$203
Total	\$2.273.979	\$177.943	\$2.451.922	\$1.530.341	\$161.968	\$1.692.309	\$1.392.447	\$181.259	\$1.573.706

Fuente: Estados Unidos.

3.97 La especificación formal del modelo propuesto por las partes solicitantes, tal como se presentó al Árbitro, es la siguiente⁹¹:

$$\text{Reducción de las importaciones} = \left(\frac{\Delta M / M}{\Delta P_q / \Delta P_q} \right) * (\Delta P_q * Q) * \left(\frac{P_m M}{P_q Q} \right) \quad (1)$$

en la que,

M = volumen de las importaciones.

ΔM = variación del volumen de las importaciones.

P_m = precio de las importaciones.

Q = volumen de los envíos internos.

P_q = precio de los productos nacionales.

ΔP_q = variación del precio de los productos nacionales.

3.98 Las partes solicitantes simplifican esta fórmula reduciéndola a los tres componentes siguientes:

- la elasticidad de sustitución (?), que es el primer término de la fórmula y puede expresarse de la siguiente forma:

$$h = \left(\frac{\Delta M / M}{\Delta P_q / \Delta P_q} \right) \quad (2)$$

- el valor total de los pagos como margen de la reducción de los precios en la producción nacional financiada por los pagos (S), que es el segundo término de la ecuación y puede expresarse de la siguiente forma:

$$S = \Delta P_q * Q \quad (3)$$

- la relación entre el valor de las importaciones y el valor de los envíos internos en los mercados de que se trata:

(R), el tercer término de la ecuación, que puede expresarse

$$\text{de la siguiente forma } R = \left(\frac{P_m M}{P_q Q} \right) \quad (4)$$

⁹¹ Recuadro 1 de las respuestas conjuntas del Brasil, el Canadá, las Comunidades Europeas, Corea, la India, el Japón y México a las preguntas del Árbitro, de 28 de abril de 2004.

3.99 En su conjunto, el modelo de las partes solicitantes expresado por la ecuación (1) puede presentarse como el producto de las tres variables indicadas (ecuaciones (2) a (4)).

$$\text{Reducción de las importaciones} = h * S * R \quad (5)$$

3.100 Para aplicar su modelo con respecto al año 2000 las partes solicitantes utilizan datos de fuentes públicas. Para la elasticidad de sustitución, adoptan la cifra más alta de elasticidad de la clasificación de sectores utilizada en el Proyecto de análisis del comercio mundial, de 5,2.⁹² Aducen que este modo de proceder es adecuado, ya que "los tipos de productos sujetos a derechos antidumping y compensatorios suelen ser habitualmente productos básicos y productos manufacturados asimilados a productos básicos, que compiten en condiciones mucho más próximas a las condiciones de competencia perfecta"⁹³ y añaden lo siguiente:

"Las elasticidades de sustitución correspondientes específicamente a los productos que se benefician de los pagos en el marco de la CDSOA serían más elevadas que las correspondientes al promedio agregado de los datos del GTAP o de la NAIC porque los desembolsos en el marco de la CDSOA se refieren generalmente a productos básicos y productos manufacturados asimilados a productos básicos, respecto de los cuales el precio determina en gran medida la preferencia de los compradores. Además, en los estudios económicos se reconoce generalmente que cuanto más desagregada es la muestra mayor es la elasticidad de sustitución estimada. En consecuencia, las partes solicitantes consideran que está justificado considerar como un grado normal de sensibilidad a los precios una elasticidad correspondiente a la parte superior de la clasificación del GTAP (5,2)".⁹⁴

3.101 Además de la homogeneidad de productos que implica la hipótesis de los productos manufacturados asimilados a productos básicos, las partes solicitantes sostienen que las cifras de elasticidad deben tomarse de estimaciones a largo plazo y no de estimaciones a corto plazo y señalan que las primeras son "por término medio dos veces mayores que las elasticidades a corto plazo".⁹⁵

3.102 Los datos sobre envíos internos se han obtenido de fuentes de información públicas. Las partes solicitantes estiman que en el año 2002 la relación entre importaciones y producción interna fue 0,295.

3.103 En consecuencia, las partes solicitantes, basándose en la cifra de 329 millones de dólares EE.UU. para los pagos totales correspondientes a 2002, llegan a la conclusión de que el valor del efecto total sobre el comercio del programa de la CDSOA es 505 millones de dólares EE.UU. En síntesis, esas partes concluyen que el coeficiente de efecto sobre el comercio correspondiente al año 2002 sería 1,54 veces el nivel de los desembolsos. En este momento hemos de señalar que ese coeficiente es independiente del valor de los desembolsos y depende únicamente del valor supuesto de la elasticidad de sustitución y del coeficiente de penetración de las importaciones. La variación de alguno de los valores correspondientes a esas magnitudes llevará aparejada la variación del valor global del coeficiente.

⁹² Véanse las respuestas conjuntas del Brasil, el Canadá, las Comunidades Europeas, Corea, la India, el Japón y México a las preguntas del Árbitro de 21 de abril de 2004, párrafo 36.

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ Respuestas conjuntas de las partes solicitantes a la segunda serie de preguntas del Árbitro, 7 de junio de 2004, párrafo 6.

⁹⁵ Observaciones del Brasil, el Canadá, las Comunidades Europeas, Corea, la India, el Japón y México a las respuestas de los Estados Unidos a la segunda serie de preguntas del Árbitro, página 14.

3.104 Recordamos también que, al comentar el modelo presentado por las partes solicitantes, los Estados Unidos observaron que éstas incluían la cuantía de todos los pagos de compensación en el marco de la CDSOA, lo que equivale a suponer que cada dólar desembolsado por los Estados Unidos en el marco de la CDSOA reduce el precio de los productos nacionales (efecto de traspaso). Los Estados Unidos señalan también que se utiliza un valor agregado de la penetración de las importaciones en lugar de un valor correspondiente específicamente a los sectores en los que tienen incidencia los pagos efectuados en el marco de la CDSOA. Además de formular esas críticas, los Estados Unidos señalan que las partes solicitantes han utilizado el máximo valor de elasticidad disponible.

3. Análisis del Árbitro

a) Comparación de los modelos

3.105 Señalamos en primer lugar que los sistemas seguidos por las partes para formular un modelo difieren en lo que respecta tanto a su nivel de agregación como a su especificación.

3.106 El modelo propuesto por las partes solicitantes es un modelo agregado y contiene dos términos además del nivel de los desembolsos. En él no se tienen en cuenta algunos elementos conocidos del programa de la CDSOA, como la distribución por sectores de los pagos, así como el hecho de que una de las variables de su cómputo, el coeficiente de penetración de las importaciones, puede variar significativamente de uno a otro sector.

3.107 Señalamos también que las partes solicitantes no han aclarado en qué se basan para elegir el máximo valor para la elasticidad de sustitución.

3.108 El modelo propuesto por los Estados Unidos, aunque cualitativamente es similar al de las partes solicitantes, es ligeramente más complejo. El efecto de un desembolso en el marco de la CDSOA depende de varios parámetros distintos de la elasticidad de sustitución entre los productos nacionales e importados. En particular, influye en la determinación del efecto global sobre el comercio la respuesta de las empresas nacionales y extranjeras a las variaciones de los precios en el mercado interno.

3.109 El nivel de complejidad y las considerables necesidades de datos de este modelo impidieron a los Estados Unidos aplicarlo con el nivel de detalle deseado. Señalamos que de las 66 observaciones país-producto-año, los Estados Unidos aplicaron su modelo a 21⁹⁶, lo que indica, en términos generales, que sólo era posible una estimación de los desembolsos en el marco de la CDSOA respecto de una tercera parte aproximadamente de los casos. En relación con el resto sería necesario utilizar datos indirectos. En nuestra opinión, la necesidad de basarse en un grado tan considerable en datos indirectos pondría en duda la fiabilidad del modelo. Además, nos parece que la utilización de los datos indirectos se presta a las mismas críticas que los Estados Unidos han hecho con respecto al modelo de las partes solicitantes en relación con su grado de agregación.

3.110 A pesar de las diferencias existentes entre las partes en cuanto al modelo que es procedente utilizar, los dos modelos propuestos tienen características similares desde el punto de vista cualitativo. En ambos se multiplica un nivel supuesto de desembolsos por un factor o coeficiente para obtener el efecto total sobre el comercio. En el caso de las partes solicitantes, ese factor es 1,54. En el caso de los Estados Unidos, ese factor sería un factor específico para cada producto e importador en cada año,

⁹⁶ Se considera una observación la estimación para un producto determinado, en un año determinado y para un exportador determinado. A pesar de haber un número considerablemente mayor de períodos de observaciones, los Estados Unidos optaron por no presentar los datos correspondientes a esas observaciones que no se ajustaban a su supuesto en relación con el efecto *de minimis*.

como se refleja en el cuadro 2. La gama de coeficientes estimados por los Estados Unidos para los siete productos para los que disponen de datos oscila entre 0,27 y 1,41.

3.111 El cuadro 2 aclara que, con datos correspondientes a productos específicos, el coeficiente agregado de efecto sobre el comercio podría ser superior a 1. Al mismo tiempo, pone también de relieve que pueden obtenerse efectos diferentes a niveles diferentes de desagregación.

Cuadro 2: Coeficiente agregado de efecto sobre el comercio por producto
estimado por los Estados Unidos

Producto	Exportador	Año	Coeficiente agregado de efecto sobre el comercio
Magnesio aleado	Canadá	2001	1,24
Rodamientos de bolas	CE, Japón	2001	0,77
Rodamientos de bolas	CE, Japón	2002	0,74
Rodamientos de bolas	CE, Japón	2003	0,70
Pasta	CE, Japón	2001	0,27
Setas en conserva	India	2002	0,82
Setas en conserva	India	2003	0,86
Silicio-metal	Brasil	2002	1,24
Silicio-metal	Brasil	2003	1,24
Accesorios de acero inoxidable para soldadura a tope	CE, Japón, República de Corea	2002	0,67
Accesorios de acero inoxidable para soldadura a tope	CE, Japón, República de Corea	2003	0,91
Utensilios de cocina de acero inoxidable para usar sobre el fuego	República de Corea	2001	1,39
Utensilios de cocina de acero inoxidable para usar sobre el fuego	República de Corea	2002	1,40
Utensilios de cocina de acero inoxidable para usar sobre el fuego	República de Corea	2003	1,41

Fuente: Estimaciones con datos facilitados por los Estados Unidos. El coeficiente se calcula respecto de cada producto, exportador y año dividiendo la reducción total estimada del comercio por el valor del desembolso. El numerador es la suma de las pérdidas de importaciones procedentes de exportadores sujetos a órdenes en vigor y de los no sujetos a órdenes en vigor.

3.112 Al examinar el modelo propuesto por los Estados Unidos, observamos que en realidad el coeficiente es específico para cada rama de producción e independiente del nivel del desembolso. En consecuencia, los efectos *agregados* sobre el comercio para las Comunidades Europeas y el Japón en el caso de la industria de rodamientos de bolas son idénticos (cuadro 2). La magnitud absoluta del efecto sobre el comercio varía en función de la proporción que les corresponde respectivamente de las exportaciones realizadas a los Estados Unidos en ese sector.

3.113 Así pues, las diferencias de modelización están relacionadas en mayor medida con las diferencias en los supuestos acerca de los valores de elasticidad y de traspaso utilizados que con el propio modelo o con el nivel de agregación. Por ejemplo, como aclaran las partes solicitantes, la duplicación *ceteris paribus* de la elasticidad de sustitución puede tener una repercusión sustantiva en el efecto global sobre el comercio. De forma análoga, si se supone que sólo el 50 por ciento de un determinado desembolso efectuado en el marco de la CDSOA tiene una repercusión sobre el producto, la estimación del efecto sobre el comercio se reducirá forzosamente en un 50 por ciento.

b) Elección de un modelo adecuado

3.114 En las secciones anteriores se han expuesto los planteamientos relativos a la elaboración de un modelo económico expuestos por las partes y algunas deficiencias que hemos identificado en relación con uno y otro planteamiento. En general, consideramos que el planteamiento de las partes solicitantes es demasiado agregado, y por consiguiente no es suficientemente específico para el presente asunto. Aunque el modelo propuesto por los Estados Unidos es desagregado y tiene un elevado grado de especificidad, hemos llegado a la conclusión que no disponemos de datos suficientes para aplicarlo con un cierto grado de precisión.

3.115 Habríamos preferido utilizar un modelo aprobado por todas las partes y hemos dado a éstas amplia oportunidad para que llegasen a un entendimiento sobre la cuestión. En su defecto, habríamos preferido el modelo desagregado propuesto por los Estados Unidos. No obstante, como hemos indicado, los Estados Unidos no han facilitado datos suficientes para utilizarlo, a pesar de que les interesaba hacerlo. Además, los Estados Unidos decidieron aplicar un umbral *de minimis* para los efectos evaluados sobre el comercio, con lo que no era posible aplicar independientemente el modelo de los Estados Unidos y sólo nos quedaba la posibilidad de aceptar o rechazar en su integridad ese modelo. Hemos decidido rechazar el modelo de los Estados Unidos para adoptar una versión modificada del modelo propuesto por las partes solicitantes.

3.116 Hemos adoptado esta decisión principalmente por dos razones. La primera es la falta de datos disponibles para aplicar el modelo de los Estados Unidos. Como hemos indicado antes, sólo se disponía de datos pertinentes para una tercera parte de las muestras propuestas por los Estados Unidos, y los Estados Unidos no facilitaron ninguna indicación acerca de si podríamos disponer o no de datos adicionales. La segunda razón es que las únicas objeciones formuladas por los Estados Unidos con respecto al modelo de las partes solicitantes se referían al valor de los parámetros utilizados en el modelo y al nivel de agregación. Compartimos la idea de las partes solicitantes acerca de la opinión de los Estados Unidos sobre su modelo, según la cual los Estados Unidos "no critican la teoría económica en que se basa el modelo, sino que sostienen que los valores de los parámetros utilizados en él no son apropiados"⁹⁷, de lo que se deduce que si se tiene debidamente en cuenta la preocupación legítima de ambas partes acerca de la varianza de los valores de los parámetros, el modelo de las partes solicitantes podría utilizarse para estimar el efecto sobre el comercio de la medida de que se trata.

3.117 Puede considerarse que el modelo económico básico para obtener un coeficiente aplicable a los efectos sobre el comercio de los desembolsos que funcionan como subvenciones es producto de cuatro variables: el valor de la subvención, la medida de la reducción *ad valorem* de los precios provocada por los desembolsos en el marco de la CDSOA ("traspaso"), la elasticidad de sustitución de las importaciones y la penetración de las importaciones. La relación básica del efecto sobre el comercio puede expresarse con la siguiente fórmula:

⁹⁷ Observaciones del Brasil, el Canadá, las Comunidades Europeas, Corea, la India, el Japón y México de 14 de junio de 2004 sobre las respuestas de los Estados Unidos a la segunda serie de preguntas del Árbitro, párrafo 21.

Efecto sobre el comercio = (valor de los desembolsos)*[(traspaso)*(penetración de las importaciones)*(elasticidad de sustitución)]

3.118 El término que figura entre corchetes puede definirse como coeficiente de efecto sobre el comercio. Para un determinado gasto en desembolsos en el marco de la CDSOA que se considera que afecta al comercio, el producto de ese gasto y el coeficiente es el efecto global sobre el comercio.

3.119 La fórmula que se reproduce *supra* coincide con el modelo propuesto por las partes solicitantes que se presenta en la ecuación (5).⁹⁸ Sólo se diferencia de ella en la adición de un término multiplicador distinto que refleja el efecto de traspaso de los desembolsos en la producción. En el modelo de las partes solicitantes se asignaba implícitamente a ese término el valor 1. Cabría dar a la fórmula una nueva expresión:

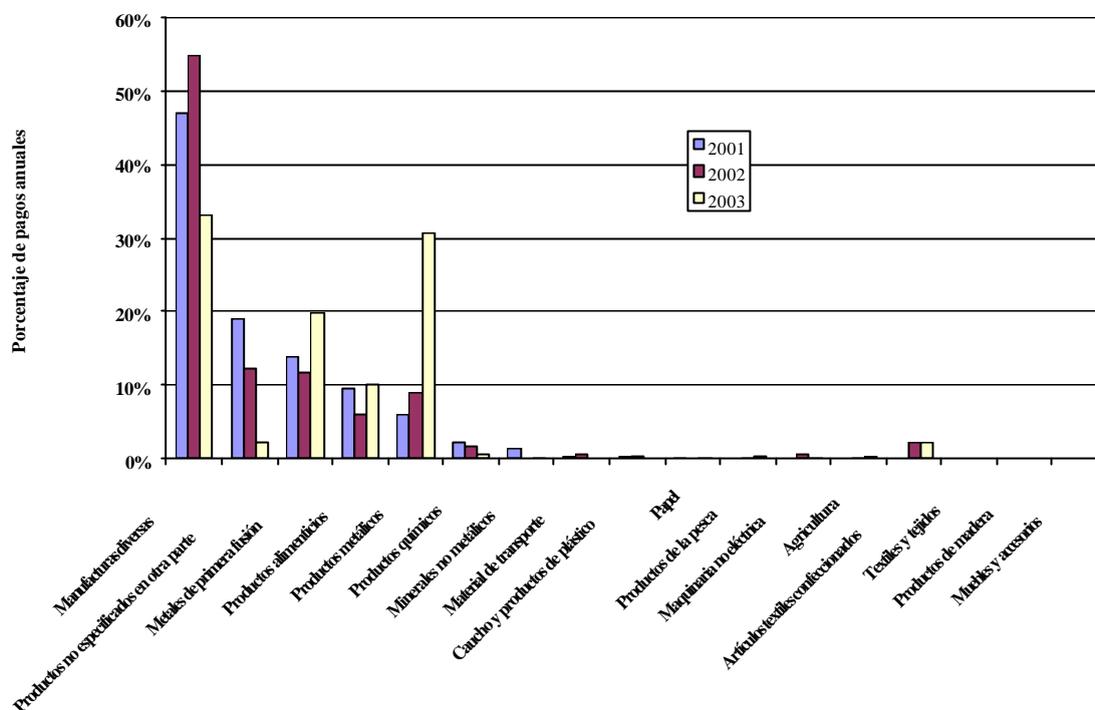
$$\text{Reducción de las importaciones} = a * h * S * R \quad (6)$$

en la que *a* es un parámetro que refleja el valor del efecto de traspaso del desembolso.

3.120 Como se ha indicado antes y han señalado los Estados Unidos, el nivel de agregación del modelo especificado en la ecuación (5) y de la variante expresada en la ecuación (6) resulta excesivo para tener en cuenta algunos de los aspectos específicos del esquema de la CDSOA. El gráfico 1 refleja la variación de los pagos entre las ramas de producción al nivel de 3 dígitos de la Clasificación Industrial de los Estados Unidos (NAIC). En términos más generales, la cuestión estriba en que aunque el programa de la CDSOA está técnicamente abierto a todos los sectores, por lo que tiene efectos potenciales en toda la economía, en la práctica el grado de concentración de la aplicación del programa, y, por ende, de los desembolsos, es elevado. Aunque el 67 por ciento de los desembolsos efectuados en el marco de la CDSOA en 2002 correspondieron, según los Estados Unidos, a manufacturas diversas o a productos no clasificables, un examen de las empresas receptoras concretas identificadas nos permite hacer un desglose más preciso. En concreto, la mayoría de los desembolsos correspondientes a "manufacturas diversas" beneficiaron a productores de rodamientos de bolas y rodamientos de rodillos y la mayoría de los desembolsos identificados por los Estados Unidos como correspondientes a productos "no clasificables" beneficiaron a empresas pertenecientes a los sectores de la electrónica, la maquinaria y los metales de primera fusión y productos metálicos. Además, los Estados Unidos señalan que otro 21 por ciento de los desembolsos efectuados en 2002 se destinó a la industria de los metales de primera fusión y productos metálicos. Las cifras comparables para 2001 son el 66 por ciento correspondiente a "manufacturas diversas y no especificadas en otra parte" (con una distribución similar a la de 2002) y un 20 por ciento correspondiente a metales de primera fusión y productos metálicos. El gráfico 1 pone además de relieve que la distribución intersectorial de los pagos puede variar también en el curso del tiempo.

⁹⁸ Véase el recuadro 1 de las respuestas conjuntas del Brasil, el Canadá, las Comunidades Europeas, Corea, la India, el Japón y México a las preguntas del Árbitro, de fecha 28 de abril de 2004.

Gráfico 1: Distribución de los desembolsos en el marco de la CDSOA a nivel de 3 dígitos de la Clasificación Industrial de América del Norte, 2001-2003



3.121 Para tener en cuenta la variación de la distribución por sectores de los pagos en el marco de la CDSOA calculamos los efectos sobre el comercio a nivel de cada sector y procedemos a la agregación de los resultados. Este sistema es muy similar al de los Estados Unidos, que consiste en calcular los efectos del comercio a nivel detallado por productos. Aunque se trata de una forma práctica de proceder, no utilizamos el sistema de los Estados Unidos debido a algunas deficiencias en la aplicación del modelo. Los Estados Unidos sólo identificaban 18 categorías de productos de las 71 que cumplían sus criterios en relación con el efecto *de minimis* sobre el comercio. Sólo se disponía de datos completos con respecto a 7 de esas 18 categorías. En síntesis, los Estados Unidos establecieron otros supuestos además de los necesarios para plasmar en un modelo los efectos del comercio con el fin de obtener un resultado.

3.122 Aunque cabe sostener que, si los Estados Unidos hubieran modelizado la totalidad de esas 71 categorías sin introducir el umbral *de minimis*, pudiera haberse obtenido una estimación más fiable, ese argumento no nos parece convincente. Si se multiplican las 18 categorías analizadas por los Estados Unidos por el año pertinente y la parte solicitante pertinente, obtenemos 66 observaciones país-año-producto, que se analizan. De esas 66 observaciones, sólo se disponía de datos completos para aplicar el modelo plenamente especificado propuesto por los Estados Unidos para 21, lo que implica que el modelo plenamente especificado de los Estados Unidos sólo podía utilizarse para una tercera parte del conjunto de los casos respecto de los que era necesario hacer estimaciones.

3.123 El sistema que adoptamos, aunque su nivel de agregación es inferior al de las partes solicitantes, y superior al de los Estados Unidos, requiere menos datos. En lugar de utilizar datos detallados a nivel de productos, adoptamos para nuestro modelo la Clasificación Industrial de América del Norte a nivel de 3 dígitos. En consecuencia, cada uno de los parámetros del modelo requiere datos a ese nivel, y ambas partes podían proporcionar todos los datos necesarios para aplicar el modelo. Por consiguiente, se ha aplicado la fórmula del efecto sobre el comercio a nivel de cada

uno de los sectores por cada año para estimar el efecto sobre el comercio de cada sector. La suma de esos efectos sobre el comercio se ha dividido después por los desembolsos anuales totales correspondientes al año para obtener un coeficiente de efecto sobre el comercio para ese año. Ese coeficiente es, por definición, un promedio ponderado de los pagos efectuados en el marco de la CDSOA.

3.124 Al adoptar este sistema hemos tenido también en cuenta las reservas de los Estados Unidos. Los Estados Unidos formulan cuatro reservas con respecto al sistema: i) no deben utilizarse los pagos totales; ii) no debe estimarse que la reducción total de los precios es equivalente a la magnitud de esos pagos; iii) deben utilizarse datos por sectores específicos; y iv) debe actuarse con mayor prudencia y elegir valores de elasticidad adecuados en lugar del valor más elevado. La forma en que se han tenido en cuenta esas reservas se explica más adelante en la presente sección. En este momento, simplemente deseamos recordar que las reservas de los Estados Unidos no afectan a la especificación del modelo *per se*, sino a la forma de aplicarlo.

3.125 Nuestro sistema no está exento de dificultades en lo que respecta a los datos. Coincidimos con las opiniones expuestas por los árbitros en *Estados Unidos - EVE (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)* acerca de la fiabilidad de la elaboración de modelos económicos cuando manifestaron que eran "conscientes de que la labor de evaluación de los efectos del programa sobre el comercio no se puede realizar con precisión matemática".⁹⁹ Su declaración refleja que cabe un debate genuino sobre la necesidad de adoptar un modelo adecuado y sobre los diversos supuestos necesarios para aplicar un modelo concreto. Coincidimos también con ellos cuando declaran que "la ciencia económica nos permite aceptar con un cierto grado de confianza una gama de posibles efectos comerciales".¹⁰⁰ Desearíamos aclarar que hacemos nuestras también las reservas expuestas por las partes en el presente arbitraje acerca del grado de precisión que puede atribuirse a los resultados de la elaboración de modelos económicos. En la próxima sección se abordan algunas de esas preocupaciones y se exponen los diversos parámetros que hemos de tener en cuenta.

3.126 No obstante, antes de seguir adelante, deseamos reiterar que, en nuestra calidad de Árbitro, nos hemos visto obligados a aceptar las dificultades vinculadas intrínsecamente a la utilización de un modelo económico. Sin embargo, no hay que confundir esas dificultades con las derivadas del hecho de que las partes no hayan facilitado datos en aquellos ámbitos en los que generalmente esas partes son la fuente de la información pertinente. En tanto que el primer tipo de dificultades (las intrínsecamente vinculadas a la utilización de un modelo económico) constituye uno de los elementos que los árbitros deben tener en cuenta al decidir si conviene o no aplicar un modelo económico, el segundo (las derivadas del hecho de que las partes no han facilitado datos) no debe tomarse en consideración. En consecuencia, seguimos estando convencidos de que resulta apropiado basarse en la información disponible cuando el árbitro considera que la formulación de un modelo económico sería la forma más eficaz de calcular el nivel de anulación o menoscabo y una o varias partes no cooperan plenamente con el árbitro facilitándole datos ni exponen razones convincentes para no hacerlo. Dicho de otro modo, consideramos que se nos exige que obtengamos, como mínimo, un resultado sólido como mínimo común denominador, pero que constituya al mismo tiempo, en nuestra opinión, una valoración equitativa del nivel de anulación o menoscabo.

⁹⁹ *Estados Unidos - EVE (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)*, párrafo 6.49.

¹⁰⁰ *Ibid.*

4. Cuestiones relativas a los datos

a) Introducción

3.127 En el anexo B se adjunta una explicación completa del sistema que hemos adoptado. En la presente sección se analizan las cuestiones concernientes a los datos relacionadas con la formulación de un modelo económico en el presente caso. Se analiza el valor de los pagos, el efecto de traspaso y la elasticidad de sustitución. No se analiza en cambio la penetración de las importaciones, puesto que sólo hay una fuente para los datos correspondientes, el Gobierno de los Estados Unidos. En consecuencia, utilizamos las cifras relativas a la penetración de las importaciones facilitadas por los Estados Unidos.

3.128 Otra cuestión que es preciso abordar antes de establecer los parámetros del modelo es el mercado pertinente que ha de examinarse. Las partes solicitantes alegan que los desembolsos en el marco de la CDSOA tienen repercusiones no sólo en sus exportaciones a los Estados Unidos sino también en sus exportaciones a otros mercados¹⁰¹, por lo que, a su juicio, un análisis de los efectos sobre el comercio debe tener en cuenta los efectos sobre el comercio en el mercado mundial.

3.129 Consideramos que ni el sistema propugnado por las partes solicitantes ni el modelo que proponen nos permitirían evaluar la repercusión en el comercio de los desembolsos en el marco de la CDSOA en mercados distintos al de los Estados Unidos. A nuestro parecer, la cuantificación de este efecto habría de basarse en gran medida en especulaciones, y recordamos que las partes coinciden en que no debemos analizar efectos demasiado distantes o demasiado especulativos. Consideramos además que, teniendo presente la naturaleza de la medida en litigio, es más probable que el efecto sobre el comercio de cualquier desembolso a empresas estadounidenses que hayan apoyado una investigación antidumping o en materia de medidas compensatorias contra importaciones efectuadas en los Estados Unidos se produzca en el mercado estadounidense que en los mercados extranjeros. En consecuencia, limitamos nuestro análisis a las importaciones en los Estados Unidos desplazadas a consecuencia de los desembolsos en el marco de la CDSOA.

b) Valor de los pagos

3.130 Las partes solicitantes han alegado que al reducir a un modelo los efectos sobre el comercio de los desembolsos, debe utilizarse el valor total de todos los desembolsos. Por el contrario, los Estados Unidos alegan que deben efectuarse determinadas deducciones antes de determinar el valor pertinente de los desembolsos a efectos de la elaboración del modelo.

3.131 A nuestro juicio, no es necesario adoptar una decisión sobre esta cuestión a efectos de la elaboración del modelo. La razón de ello es la diferencia que hay entre el efecto absoluto sobre el comercio y el efecto relativo sobre el comercio de un desembolso en el marco de la CDSOA. No cabe duda de que a la utilización de un valor más alto de los desembolsos para reflejar en el modelo el efecto sobre el comercio corresponde un valor absoluto más alto del efecto sobre el comercio. No obstante, el modelo que proponemos se basa en un coeficiente de efecto sobre el comercio (entre corchetes en nuestra fórmula)¹⁰² que es independiente del valor del desembolso.

3.132 De hecho, el modelo propuesto por los Estados Unidos, el denominado modelo de Armington, es similar a este respecto. Como hemos indicado antes, los Estados Unidos sólo han proporcionado al Árbitro un modelo plenamente especificado para siete categorías de productos. No obstante, en los

¹⁰¹ Respuestas conjuntas de las partes solicitantes a la segunda serie de preguntas escritas del Árbitro, 7 de junio de 2004, párrafos 13 y 14.

¹⁰² Véase el párrafo 3.117, *supra*.

casos en que el modelo se aplica en el mismo sector a diferentes Miembros de la OMC, el efecto relativo sobre el comercio es siempre el mismo y sólo varía el efecto absoluto sobre el comercio. Por ejemplo, consideremos la repercusión de los pagos en el marco de la CDSOA en las importaciones de rodamientos de bolas procedentes de las Comunidades Europeas y del Japón en el año 2001. En ambos casos el efecto agregado sobre el comercio, con arreglo al modelo de los Estados Unidos, es 0,77.¹⁰³ De forma análoga, para los años 2002 y 2003, los efectos agregados sobre el comercio son, respectivamente, 0,74 y 0,7. Así pues, a pesar de que los pagos atribuibles a las Comunidades Europeas y al Japón son diferentes, el efecto total sobre el comercio en términos relativos es el mismo.

3.133 Recordamos los argumentos de los Estados Unidos de que es preciso ajustar el valor de los desembolsos para tener en cuenta los errores administrativos, los reembolsos y las órdenes de establecimiento de derechos antidumping o compensatorios revocadas. Consideramos que, por razones de transparencia, debemos basarnos en las cifras publicadas por las autoridades estadounidenses cuando se trata de establecer el valor de los desembolsos en el marco de la CDSOA. Por lo tanto, despreciaremos los errores administrativos que no hayan sido rectificadas en el momento de la publicación de las cifras correspondientes.¹⁰⁴ Del mismo modo, no vemos ningún motivo para ajustar las cifras publicadas por las autoridades estadounidenses por haberse solicitado reembolsos en los casos en los que no se hayan resuelto finalmente las peticiones.¹⁰⁵

3.134 Con respecto al argumento de los Estados Unidos de que deben deducirse los desembolsos relativos a órdenes revocadas, señalamos que, con arreglo a la CDSOA, los pagos efectuados, por ejemplo, en 2004, corresponden en realidad a ingresos percibidos en 2003. El hecho de que en 2004 se revoque una orden que afecta a las importaciones procedentes de una parte solicitante determinada no afecta en absoluto al hecho de que los pagos de compensación de 2003 correspondían a derechos percibidos en el momento en que la orden estaba en vigor. En tales circunstancias, no vemos ningún motivo para excluir los pagos efectuados en un año determinado aun cuando en ese año no se haya percibido ningún derecho debido a la revocación de una orden, si los pagos se basan en derechos percibidos cuando estaba en vigor. Consideramos que esta interpretación es coherente con las constataciones formuladas por el Grupo Especial y por el Órgano de Apelación en el presente caso.

3.135 Por consiguiente, decidimos utilizar la cuantía de los desembolsos publicada por los Estados Unidos, sin ningún ajuste.

3.136 Los Estados Unidos han planteado también la cuestión de las deducciones *de minimis*. Carecemos de una orientación jurídica en cuanto a las razones por las que deberían hacerse deducciones de esa naturaleza en el presente procedimiento. Al efectuar las deducciones, los Estados Unidos se han remitido a dos disposiciones del Acuerdo Antidumping y el Acuerdo SMC que no consideramos pertinentes a un arbitraje de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del ESD. Además, no encontramos ninguna justificación para efectuar las deducciones por razones económicas. La finalidad de un modelo económico es estimar el efecto sobre el comercio de la medida. Cualquier resultado derivado de ese modelo debe evaluarse a continuación desde el punto de vista de su pertinencia. Una metodología que excluya *a priori* determinados sectores implicará automáticamente una tergiversación del resultado final. En todo caso, suponiendo que el resultado final de un modelo económico sea que el efecto total sobre el comercio es el 1 por ciento del valor del desembolso en el

¹⁰³ Los efectos agregados sobre el comercio se definen como la reducción total de las importaciones a consecuencia de los desembolsos en el marco de la CDSOA.

¹⁰⁴ Destacamos también la posibilidad de que la rectificación en cuestión se refleje en las cifras publicadas posteriormente.

¹⁰⁵ Véase Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 13.

marco de la CDSOA, no encontramos ningún motivo, jurídico o económico, para redondear a la baja ese valor a cero y dictar un laudo en el que se declaren que el efecto es "cero".

c) Elasticidad de sustitución

3.137 Las opiniones de las partes difieren también en cuanto al valor adecuado de la elasticidad de sustitución que ha de utilizarse en la elaboración del modelo, aunque todas coinciden en que es posible calcular valores a nivel de 3 dígitos de la NAIC.¹⁰⁶ Las partes solicitantes han propuesto una serie de elasticidades a ese nivel. Los Estados Unidos no han facilitado esas elasticidades cuando se les pidió que lo hicieran y no han impugnado de forma convincente la validez de los valores propuestos por las partes solicitantes. Por lo tanto, hemos utilizado en nuestro modelo los valores propuestos por las partes solicitantes.

3.138 Reconociendo la existencia de diferentes metodologías de agregación, hemos decidido modificar en un 20 por ciento los valores de elasticidad propuestos por las partes solicitantes. En consecuencia, se han realizado tres series distintas de simulaciones; la primera utilizando las elasticidades propuestas y las otras dos utilizando valores inferiores y superiores en un 20 por ciento a ellas, respectivamente.

d) Traspaso

3.139 Aunque en general los economistas se refieren con el concepto de traspaso a la medida en que las variaciones de los tipos de cambio afectan a los precios internos, en el presente caso utilizamos ese concepto de forma similar a como lo utilizó el Árbitro en *Estados Unidos - EVE (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)*. En ese asunto, el Árbitro señaló, en el contexto de una subvención a las exportaciones, lo siguiente:

"[El] traspaso se refiere al grado en que una empresa utiliza una subvención que recibe para reducir el precio de los productos que exporta. En un extremo, la empresa puede optar por aplicar la cuantía total de la subvención al precio de sus productos, reduciendo así sus precios. En el otro, puede optar por no reducir el precio del producto".¹⁰⁷

3.140 En consecuencia, el traspaso, en el contexto del asunto que nos ha sido sometido, se refiere al grado en el que un desembolso en el marco de la CDSOA es utilizado para reducir los precios de los productos de una empresa beneficiaria. Con arreglo a la hipótesis de un traspaso del 100 por ciento, se destina a ello la cuantía total, en tanto que la hipótesis de un traspaso cero implica que ninguna parte de esa cantidad se aplica a ese fin.

3.141 La posición de los Estados Unidos de que el factor de traspaso es cero es muy poco realista. Un factor cero implicaría que ningún receptor de un pago en el marco de la CDSOA utilizaría nunca los fondos en una forma que pudiera tener efectos sobre los precios. Aunque ello pueda ocurrir en el caso de algunas empresas, parece imposible que ocurra siempre e inevitablemente en el caso de todas, ya que, con arreglo a un principio básico de la economía es previsible que las empresas utilicen de forma eficiente el dinero de que disponen, y algunas de ellas al menos lo utilizarán para reducir sus precios.

3.142 La tesis de las partes solicitantes del traspaso pleno se basa en la presunción de que todas las empresas que perciben pagos en el marco de la CDSOA utilizarán en todos los casos esos pagos en su

¹⁰⁶ Prueba documental 15 (respuestas conjuntas).

¹⁰⁷ *Estados Unidos - EVE (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)*, nota 97.

integridad para financiar reducciones de los precios de los productos sujetos a la orden de establecimiento de derechos antidumping o compensatorios de que se trate, lo que en realidad parece bastante poco probable. En especial, aunque algunas empresas pueden utilizar de esa forma las cantidades percibidas en el marco de la CDSOA, el programa deja a los receptores en libertad para utilizar los fondos como deseen. Además, la mayoría o muchas de las empresas que producen un producto sujeto a una orden de establecimiento de derechos antidumping o compensatorios producen también otros (y con frecuencia otros muchos), con lo que es posible que los beneficios de la CDSOA se apliquen a productos que no están sujetos a órdenes. Además, algunas empresas receptoras pueden utilizar los pagos para capacitar a sus trabajadores, perfeccionar su tecnología o mejorar su maquinaria o para ampliar su capacidad y/o su producción. Aunque es evidente que la utilización de los fondos de esa manera tendrá efectos en la oferta que pueden tener efectos finales incidentales en los precios, esos efectos en los precios tendrán un carácter intertemporal. Por último, cabe la posibilidad de que, como aducen los Estados Unidos, algunas empresas no utilicen los fondos en ninguna forma que tenga efectos sobre los precios.

3.143 Para identificar un valor adecuado del coeficiente de traspaso solicitamos a las partes comunicaciones y orientaciones complementarias.¹⁰⁸ De un lado, los Estados Unidos respondieron que un estudio de su programa de sociedades estadounidenses de ventas al extranjero había identificado un traspaso de esa subvención a la exportación del 75 por ciento del pago, pero manifestaron que consideraban que sería razonable estimar "un traspaso del 25 por ciento".¹⁰⁹ Esta declaración no está apoyada por ninguna metodología ni se basa en ninguna prueba fáctica. De otro lado, las partes solicitantes no modificaron su posición de que el único traspaso fiable es el del 100 por ciento.

3.144 A falta de información precisa sobre el valor del traspaso, adoptamos el mismo enfoque que hemos adoptado con respecto al valor de la elasticidad de sustitución; en lugar de utilizar un valor específico hemos utilizado la gama del 25 al 100 por ciento derivada de las observaciones de las partes. El punto más bajo de la gama es el propuesto por los Estados Unidos, en tanto que la hipótesis del 100 por 100 se basa, como hemos expuesto antes, en el supuesto de que todos los incentivos induzcan a la empresa a utilizar los fondos de una forma comercialmente útil. Reconocemos que un traspaso del 100 por ciento no es, de hecho, realista, por las razones antes indicadas y no deseamos beneficiar a las partes solicitantes por no haber justificado su posición de que el traspaso es del 100 por ciento. No obstante, no se nos ha facilitado una información más adecuada que nos permita aplicar otro porcentaje distinto del porcentaje más alto de la gama de la que disponemos y nuestra intuición nos dice que si el punto más alto de la gama no es el 100 por ciento, es muy probable que se cifre en un porcentaje muy cercano.

5. Aplicación del modelo

3.145 Procedemos a continuación a la aplicación del modelo. El cuadro 3 resume los resultados que hemos obtenido para la gama de elasticidades de sustitución supuestas y para una gama de valores de traspaso supuestos para los años 2001, 2002 y 2003. Para cada año tenemos 12 valores, lo que nos da en total 36 valores. Antes de nada observamos que la gama correspondiente a 2003 difiere de la correspondiente a los otros dos años, debido a la modificación de las distribuciones por sector en ese año (véase el gráfico 1, *supra*). La modificación anual de la distribución por sectores es también una de las razones por las que utilizamos un promedio basado en los años 2001-2003, a pesar de que hasta el 27 de diciembre de 2003 no se pidió a los Estados Unidos que pusieran su legislación en conformidad con sus obligaciones en el marco de la OMC.

¹⁰⁸ Segunda serie de preguntas del Árbitro, de fecha 28 de mayo de 2004.

¹⁰⁹ Respuesta de los Estados Unidos a la segunda serie de preguntas del Árbitro, párrafo 13.

3.146 Dado que nuestro sistema se basa en la asignación de un valor único al coeficiente de efecto sobre el comercio, necesitamos una metodología para reducir las 36 estimaciones a un único valor. Habida cuenta de que ni los estudios al respecto ni las comunicaciones de las partes nos brindan ninguna orientación, hemos decidido tomar para cada año el promedio de cada una de las dos filas intermedias y el promedio de la columna central, para hallar luego el promedio de los tres valores. De esta forma obtenemos un valor de 0,68 para 2001, 0,78 para 2002 y 0,70 para 2003 y un valor global de 0,72.

3.147 Los Estados Unidos ponen en tela de juicio el derecho de las partes solicitantes a "adoptar medidas de retorsión en nombre de otros Miembros", y a continuación procedemos a exponer la forma en que hemos tenido en cuenta esa observación al elaborar nuestro modelo. Nuestra justificación básica es que puede considerarse que el efecto sobre el comercio de la medida de la CDSOA es la anulación o menoscabo que las partes solicitantes han sufrido a consecuencia de haberse mantenido la medida. Basándonos en el análisis que hemos realizado, hemos considerado que puede estimarse que el coeficiente de efecto sobre el comercio de los desembolsos es 0,72. En consecuencia, el efecto total anual sobre el comercio de los desembolsos, con arreglo al promedio de los desembolsos en los años 2001-2003, se cifra en 136.943.784 dólares EE.UU., sobre la base de un desembolso total correspondiente a productos de las partes solicitantes por valor de 190.199.701,02 dólares EE.UU. La tarea que nos queda por realizar consiste en distribuir ese efecto total sobre el comercio entre las partes solicitantes. Una forma posible de hacerlo consiste en utilizar la participación agregada en las importaciones totales para cada parte solicitante. Esta posibilidad entraña no obstante un sesgo evidente, debido especialmente a la concentración por sectores de los desembolsos que antes hemos analizado. Datos más detallados sobre el comercio tal vez nos permitieran eludir el problema de la concentración por sectores, pero, a nuestro juicio, ello es también dudoso, debido a que habría un sesgo en los datos sobre el comercio, porque esos datos reflejan los valores de importación cuando estaban en vigor los derechos antidumping y compensatorios.

3.148 A nuestro juicio, una cuantificación mejor es la basada en la distribución de los pagos en el marco de la CDSOA, que a su vez se basa en las percepciones agregadas de derechos sobre las importaciones de productos sujetos a órdenes de establecimiento de derechos antidumping o compensatorios, pero que puede analizarse para determinar la distribución de esas importaciones entre los diversos países exportadores. Ello nos permite concluir que la participación de un Miembro de la OMC en los desembolsos totales es un indicador mejor que la participación agregada en las importaciones de la proporción de las exportaciones de ese Miembro que se perderá a consecuencia del desembolso. En consecuencia, decidimos distribuir el efecto total sobre el comercio entre las partes solicitantes en función de la parte de los desembolsos en el marco de la CDSOA atribuible a derechos percibidos sobre sus respectivas exportaciones. Al proceder de esa forma, señalamos que el nivel de anulación o menoscabo no será superior, para cada parte solicitante, al nivel de anulación o menoscabo que resulta de los desembolsos relativos a las exportaciones de esa parte sujetas a órdenes de establecimiento de derechos antidumping o compensatorios.

Cuadro 3: Resumen de los valores del coeficiente de efecto sobre el comercio por elasticidad y traspaso, 2001-2003

2001			
	<i>Valores de elasticidad</i>		
<i>Traspaso</i>	Bajo	Medio	Alto
25	0,22	0,27	0,33
50	0,43	0,54	0,65
75	0,65	0,81	0,98
100	0,87	1,09	1,30
2002			
	<i>Valores de elasticidad</i>		
<i>Traspaso</i>	Bajo	Medio	Alto
25	0,25	0,31	0,37
50	0,50	0,62	0,74
75	0,74	0,93	1,12
100	0,99	1,24	1,49
2003			
	<i>Valores de elasticidad</i>		
<i>Traspaso</i>	Bajo	Medio	Alto
25	0,22	0,28	0,34
50	0,45	0,56	0,67
75	0,67	0,84	1,01
100	0,89	1,12	1,34

D. CONCLUSIÓN: NIVEL DE ANULACIÓN O MENOSCABO

3.149 Como se ha indicado antes, la finalidad de la elaboración de un modelo económico en el presente asunto fue establecer un coeficiente por el que se multiplicarían los desembolsos futuros en el marco de la CDSOA para obtener el valor del efecto sobre el comercio. En consonancia con anteriores arbitrajes, consideramos que este efecto sobre el comercio representa el nivel de anulación o menoscabo sufrido por la India.

3.150 Observamos que se trata de una solución híbrida, en la medida en que combina un coeficiente fijo calculado sobre la base de la estructura de los desembolsos reales en un determinado período -en este caso tres años¹¹⁰-, con cuantías variables de desembolsos futuros. Reconocemos además que este coeficiente se basa en desembolsos anteriores (2001-2003) que no pueden reflejar ni la cantidad ni la categoría de productos que estarán sujetos a órdenes de establecimiento de derechos antidumping o compensatorios y darán lugar en el futuro a desembolsos en el marco de la CDSOA. No obstante, señalamos que este sistema es coherente con arbitrajes anteriores en los que se utilizaron períodos representativos para determinar los volúmenes de exportación y los precios de las exportaciones¹¹¹ con objeto de calcular niveles de anulación o menoscabo y niveles de suspensión de una vez por

¹¹⁰ Las razones para utilizar un período de tres años se explican más detalladamente en el anexo B, párrafo 38.

¹¹¹ CE - Hormonas (Canadá) (párrafo 6 del artículo 22 - CE), párrafos 57-61.

todas. Es asimismo coherente con la práctica establecida de conformidad con el artículo XIII del GATT de 1947 y 1994 para la asignación de contingentes o contingentes arancelarios.

3.151 En consecuencia, concluimos que: puede considerarse que el nivel de anulación o menoscabo en este caso corresponde, para la India y para un año determinado a:

la cuantía de los desembolsos efectuados en el marco de la CDSOA en el último año¹¹² respecto del que se disponga de datos y correspondientes a los derechos antidumping o compensatorios pagados sobre las importaciones procedentes de la India en ese año, según los datos publicados por las autoridades estadounidenses

multiplicada por

0,72

IV. EQUIVALENCIA DEL NIVEL DE LA SUSPENSIÓN DE CONCESIONES U OTRAS OBLIGACIONES Y EL NIVEL DE ANULACIÓN O MENOSCABO

A. CUESTIONES PLANTEADAS POR LOS ESTADOS UNIDOS EN RELACIÓN CON EL NIVEL DE LA SUSPENSIÓN DE CONCESIONES U OTRAS OBLIGACIONES PROPUESTO POR LA INDIA

4.1 Los Estados Unidos han aducido, en relación con la petición de suspensión presentada por la India¹¹³, que la India no ha especificado el nivel de la suspensión de concesiones u otras obligaciones en una forma que permita al Árbitro determinar la equivalencia. Los Estados Unidos alegan además que otras características de la petición de la India son incompatibles con el artículo 22 del ESD. Los Estados Unidos consideran que la petición de la India de percibir derechos adicionales basados en los pagos de compensación no establece límites al nivel de suspensión propuesto. Consideran además que no debe permitirse a la India, en palabras de los Estados Unidos, "adoptar medidas de retorsión en nombre de otros Miembros". Por último, no debe permitirse a la India que imponga un nivel variable de suspensión cada año.

4.2 Hemos analizado ya la cuestión de si la petición de la India ha sido suficientemente concreta para permitir a los Estados Unidos el ejercicio pleno de los derechos que le reconoce el párrafo 6 del artículo 22 del ESD. Nuestras conclusiones al respecto figuran en la sección II.B.4 *supra*.

4.3 En la anterior sección, hemos llegado a la conclusión de que el ESD no apoyaba el enfoque de la India basado en la premisa de que una infracción era el caso más prominente de anulación o menoscabo, lo que justificaba contramedidas equivalentes a la cuantía de los desembolsos efectuados en el marco de la CDSOA. No obstante, eso no invalida *ipso facto* la suspensión propuesta por la India. La cuestión que se nos plantea ahora es en qué medida la suspensión solicitada por la India sigue siendo equivalente al nivel de anulación o menoscabo tal como hemos decidido determinarlo (es decir, en función del efecto sobre el comercio). Esa cuestión se aborda en relación con las siguientes características de la petición de la India, impugnadas por los Estados Unidos:

- a) una suspensión de concesiones y obligaciones conexas expresada en forma de un derecho sobre una cantidad no determinada de comercio y no como una suspensión de concesiones y recargos arancelarios sobre un valor determinado del comercio;

¹¹² Partimos del supuesto de que los Estados Unidos seguirán haciendo pública la cuantía de los desembolsos efectuados en el marco de la CDSOA anualmente.

¹¹³ La petición de la India se describe en los párrafos 1.4-1.6, *supra*.

- b) una suspensión de concesiones u otras obligaciones por algunas de las partes solicitantes que cubre la cuantía total de los desembolsos efectuados en el marco de la CDSOA; y
- c) la determinación de un nivel variable de la suspensión de concesiones u otras obligaciones.

4.4 Al hacerlo, tenemos presente que, de conformidad con el párrafo 7 del artículo 22 del ESD, no debemos examinar la naturaleza de las concesiones que se han de suspender.

B. EL NIVEL DE LA SUSPENSIÓN DE CONCESIONES U OTRAS OBLIGACIONES DETERMINADO POR EL ÁRBITRO HA DE SER EQUIVALENTE AL NIVEL DE LA ANULACIÓN O MENOSCABO

1. Suspensión de concesiones u otras obligaciones expresada como la imposición de un derecho sobre una cantidad no determinada de comercio y no como una suspensión de concesiones sobre un valor del comercio determinado

a) Argumentos de las partes

i) *Estados Unidos*

4.5 Los Estados Unidos impugnan el propósito de las partes solicitantes de imponer sobre productos originarios de los Estados Unidos derechos de importación adicionales cuyo tipo se establecerá en tal forma que se perciban, en un año, derechos adicionales equivalentes a determinados pagos de compensación en el marco de la CDSOA. Los Estados Unidos sostienen que las partes solicitantes no establecen límites al volumen del comercio que estaría abarcado por su petición. Dependiendo de la cuantía del derecho, su repercusión sobre las exportaciones estadounidenses podría superar varias veces la repercusión que la CDSOA pueda tener sobre las exportaciones de las partes solicitantes. La propuesta de suspensión de las partes solicitantes contrasta considerablemente con las propuestas que los árbitros han aprobado en anteriores procedimientos de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22.¹¹⁴ Puesto que, a juicio de los Estados Unidos, la equivalencia entre la cuantía del desembolso y el derecho que las partes solicitantes tratan de percibir no garantiza un nivel de suspensión equivalente al nivel de anulación o menoscabo, los Estados Unidos consideran que han establecido una presunción *prima facie* de que el nivel de suspensión no es equivalente al nivel de anulación o menoscabo.¹¹⁵

ii) *India*

4.6 La India aduce que los Estados Unidos tratan de introducir el criterio del "efecto sobre el comercio" no sólo para la determinación de la anulación o menoscabo, sino también para la suspensión de concesiones u otras obligaciones. Ninguna disposición del artículo 22 del ESD exige un criterio del efecto sobre el comercio para determinar el nivel de la suspensión. En cualquier caso, el criterio sugerido por los Estados Unidos sería inviable en la práctica, ya que es imposible prever el efecto concreto sobre el comercio de un aumento arancelario. En opinión de la India, los árbitros nunca han considerado con anterioridad el efecto de la suspensión pedida sobre el comercio, sino que han considerado que la cuantía del derecho adicional guardaba relación con la *naturaleza* de la

¹¹⁴ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 28-30.

¹¹⁵ Declaración oral de los Estados Unidos, párrafos 16 y 17.

suspensión prevista, que no está comprendida en el mandato de los árbitros de conformidad con el párrafo 7 del artículo 22 del ESD.¹¹⁶

b) Análisis del Árbitro

4.7 En el sistema que hemos decidido seguir para determinar el nivel de anulación o menoscabo, los desembolsos efectuados en el marco de la CDSOA constituirían únicamente el punto de partida para evaluar el *efecto sobre el comercio* de la CDSOA en el caso de cada una de las partes solicitantes. La cifra obtenida como resultado de la aplicación por el Árbitro de un modelo económico es, por consecuencia, un *valor del comercio*.

4.8 Comparativamente, la suspensión de concesiones u otras obligaciones propuesta por la India no se basa en un valor del comercio, sino que pretende igualar, mediante la imposición de un derecho especial, la cuantía desembolsada por los Estados Unidos en el marco de la CDSOA en relación con las importaciones procedentes de la India y "una cantidad proporcional del saldo de los pagos de compensación totales menos los pagos de compensación atribuidos a los derechos percibidos sobre los productos procedentes de otros Miembros autorizados por el OSD a suspender concesiones u otras obligaciones en esta diferencia".¹¹⁷

4.9 Con la excepción de su nexo con la cuantía de los desembolsos en el marco de la CDSOA, no hay en la propuesta de la India nada que nos permita llegar en este momento a una conclusión acerca de si la suspensión de concesiones u otras obligaciones propuesta por la India será o no equivalente al nivel de anulación o menoscabo desde el punto de vista del comercio afectado determinado de conformidad con la presente Decisión. No obstante nos preocupa la posibilidad de que la repercusión total en el comercio de un derecho adicional no sólo sea difícil de prever en general, sino que pueda además variar en función del tipo aplicado y de los productos sujetos a dicho derecho adicional.

4.10 En consecuencia, somos de la opinión de que, para que el nivel de la suspensión de concesiones u otras obligaciones propuesta por la India sea equivalente al nivel de la anulación o menoscabo determinada por la presente Decisión:

- a) la India tendrá que adoptar medidas adecuadas para garantizar que el valor total del comercio estadounidense sujeto al derecho adicional propuesto no exceda del *valor total del comercio* que se ha determinado que constituye el nivel de anulación o menoscabo, o
- b) cuando presente, en su caso, una petición revisada de autorización para suspender concesiones u otras obligaciones al OSD con posterioridad al presente arbitraje, la India tendrá que proponer otras formas de suspensión de las concesiones u obligaciones que sea menos probable que tengan sobre el comercio efectos que excedan del nivel identificado de anulación o menoscabo desde el punto de vista del valor de las exportaciones estadounidenses a la India.

4.11 Excede de nuestro mandato la posibilidad de recomendar la suspensión de obligaciones específicas o la adopción de medidas específicas por la India.¹¹⁸ Por consiguiente, nos abstenemos de

¹¹⁶ Comunicación escrita del Brasil, las Comunidades Europeas, Corea, la India, el Japón y México, párrafos 81-86.

¹¹⁷ Véase el párrafo 1.5 b) *supra*.

¹¹⁸ Véase, por ejemplo, *CE – Hormonas (Estados Unidos)* (párrafo 6 del artículo 22 – CE), párrafo 19. Señalamos a este respecto que no se ha formulado ninguna alegación en relación con el párrafo 3 del artículo 22 del ESD.

adoptar una decisión a este respecto. No obstante señalamos que la imposición de un derecho *ad valorem* del 100 por 100 sobre las importaciones de determinados productos procedentes de los Estados Unidos, como han propuesto las partes solicitantes en otros arbitrajes sería una forma relativamente transparente de atender la preocupación antes expuesta.

2. Suspensión de concesiones u otras obligaciones por la India y otras partes solicitantes que cubre la cuantía total de los desembolsos efectuados en el marco de la CDSOA

a) Principales argumentos de las partes

i) *Estados Unidos*

4.12 Los Estados Unidos señalan que todas las partes solicitantes, excepto Chile, incluyen en sus peticiones la petición de autorización para imponer contramedidas en una cuantía que corresponde a los derechos percibidos sobre los productos objeto de dumping y subvencionados procedentes de todos los demás países, incluidos los países Miembros o no de la OMC que no fueron reclamantes en la diferencia inicial o fueron reclamantes pero no pidieron autorización para suspender obligaciones al amparo del párrafo 2 del artículo 22 del ESD. Los Estados Unidos opinan que un Miembro no puede sufrir una anulación o menoscabo a consecuencia de la CDSOA si no hay en vigor ninguna orden y no puede percibirse ningún derecho sobre los productos de ese Miembro. Los Estados Unidos señalan que, según el documento sobre la metodología presentado por las siete partes solicitantes interesadas, cada parte solicitante asumiría la séptima parte del desembolso anual restante en el marco de la CDSOA, con independencia del nivel de las exportaciones de cada una de esas partes a los Estados Unidos.

ii) *India*

4.13 Según la India, el planteamiento con arreglo al cual todos los desembolsos en el marco de la CDSOA son incompatibles con la OMC, constituyen el "nivel de anulación o menoscabo" por su cuantía íntegra y pueden distribuirse entre las partes solicitantes, se basa en un concepto objetivo de la anulación o menoscabo en relación con la medida infractora en sí misma. El párrafo 4 del artículo 22 del ESD sólo impone la equivalencia entre dos niveles objetivos en relación con la medida. En consecuencia, como todos los pagos de compensación constituyen la "anulación o menoscabo", debe autorizarse la suspensión de obligaciones en la misma cuantía. A diferencia del Árbitro que examinó el asunto *Estados Unidos - EVE (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)*, el Árbitro se enfrenta a una petición múltiple. Puesto que se plantea la cuestión de la distribución, la mayoría de las partes solicitantes, incluida la India, han propuesto la distribución expuesta en su documento conjunto sobre la metodología.¹¹⁹

¹¹⁹ Comunicación escrita del Brasil, las Comunidades Europeas, Corea, la India, el Japón y México, párrafos 73-80. La parte pertinente del documento sobre la metodología presentado por las partes solicitantes (excepto Chile) el 23 de febrero de 2004 dice lo siguiente:

"4. Cada una de las partes solicitantes se propone imponer derechos de importación adicionales a productos originarios de los Estados Unidos y suspender la aplicación de obligaciones con respecto a los Estados Unidos hasta una cuantía correspondiente a una proporción adecuada de los desembolsos anuales totales en el marco de la CDSOA para cada parte solicitante. Para cada parte solicitante, el nivel anual de suspensión se establecería sobre la base de dos elementos, uno específico para cada parte solicitante y otro común a las partes solicitantes:

- En primer lugar, cada parte solicitante incluiría en su nivel de suspensión la proporción total de los desembolsos ilegales atribuibles a derechos antidumping y compensatorios impuestos sobre productos originarios de esa parte.

b) Posición del Árbitro

4.14 Por las razones ya expuestas, consideramos que el razonamiento aplicado en el contexto de arbitrajes de conformidad con los párrafos 10 y 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC no es aplicable automáticamente a los arbitrajes de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22, entre otras cosas, porque el criterio aplicado en virtud de los párrafos 10 y 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC no es el mismo -los términos de esos párrafos y del párrafo 6 del artículo 22 son distintos- y se refiere al contexto específico de las subvenciones prohibidas.

4.15 Hemos indicado ya en la sección III.B *supra*, en el contexto de la determinación del nivel de anulación o menoscabo, que no nos convence el razonamiento expuesto por las partes solicitantes en apoyo de autorizaciones basadas en la cuantía total de los desembolsos en el marco de la CDSOA sin una evaluación ulterior del efecto económico o del efecto sobre el comercio de la medida.

4.16 Puesto que el enfoque de las partes solicitantes sobre la distribución de los desembolsos correspondientes a las órdenes sobre las importaciones procedentes de otros Miembros y no Miembros de la OMC se basa en la misma premisa de infracción objetiva *erga omnes* que hemos rechazado ya en la sección III.B.2 *supra*, llegamos a la conclusión de que una parte solicitante sólo puede pedir la suspensión de concesiones u otras obligaciones con respecto al efecto sobre el comercio causado por los desembolsos en el marco de la CDSOA en relación con sus propias exportaciones.¹²⁰

3. Determinación de un nivel variable de suspensión de concesiones u otras obligaciones

a) Principales argumentos de las partes

i) *Estados Unidos*

4.17 Los Estados Unidos consideran que el Árbitro debe establecer un único nivel de suspensión para cada parte solicitante y que el ESD no permite a una parte solicitante modificar en el futuro el nivel de la suspensión. Opinan que en el presente caso sería imposible establecer una fórmula que equiparara los niveles admisibles de suspensión en el futuro a diversos niveles de anulación o menoscabo. Se aduce que el nivel de anulación o menoscabo debe determinarse en el momento en que se somete la cuestión a arbitraje de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del ESD. Los artículos 22 y 23 se refieren únicamente al "nivel", que es una única cuantía definida. No hay en el ESD ninguna base para "niveles" múltiples, variables e indefinidos de suspensión. Todas las partes solicitantes en arbitrajes anteriores han solicitado una cuantía única. Los párrafos 6 y 7 del artículo 22 establecen además una única oportunidad de resolver la cuestión de la equivalencia entre el nivel de la anulación o menoscabo y el nivel de la suspensión. Los Estados Unidos señalan que en *Estados Unidos - Ley de 1916 (CE) (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)*, el Árbitro constató que el

- En segundo lugar, el Brasil, el Canadá, las Comunidades Europeas, la India, el Japón, Corea y México añadirían a este primer elemento una proporción de los restantes desembolsos ilegales anuales. Esas partes solicitantes consideran que dicha proporción debería ser 1/7 para cada una de ellas. (No se reproduce la nota de pie de página.)

5. El nivel de suspensión para cada parte solicitante se determinaría anualmente de conformidad con la metodología indicada y sobre la base de la información publicada por la Oficina de Aduanas y Protección de Frontera de los Estados Unidos o cualquier entidad que le suceda. Como esos niveles se establecerían en relación con los desembolsos efectuados por los Estados Unidos en la última distribución anual, cada año las partes solicitantes informarían al OSD de sus niveles respectivos de suspensión y de los productos afectados".

¹²⁰ Véanse también nuestras observaciones en el párrafo 6.7 *infra*.

derecho de las Comunidades Europeas no debía quedar congelado en el tiempo en la fecha en que las Comunidades Europeas formularon su solicitud al amparo del párrafo 2 del artículo 22. Señalan también que el Árbitro no citó otro precedente que el de *Canadá - Créditos y garantías para las aeronaves (párrafo 6 del artículo 22 - Canadá)*, asunto en el que el Árbitro se abstuvo de tomar en consideración las futuras aplicaciones de la subvención ilegal. Una de las diferencias entre el arbitraje *Estados Unidos - Ley de 1916 (CE) (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)* y el presente asunto es que, en la fecha de la petición al amparo del párrafo 2 del artículo 22 en *Estados Unidos - Ley de 1916 (CE) (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)* no había ningún nivel cuantificable de anulación o menoscabo, lo que no ocurre en el presente procedimiento. La diferencia entre la impugnación de una medida "en sí misma" y la impugnación de una medida "en su aplicación" no justifica modificaciones anuales del nivel de la suspensión. El establecimiento de un único nivel anual no modificable de suspensión es coherente con el texto del ESD y con la práctica anterior.¹²¹

4.18 Aun cuando el ESD permitiera un nivel modificable, en el presente caso no sería apropiada ninguna modificación. En primer lugar, la impugnación se refiere a la CDSOA "en sí misma" y no a los pagos efectuados en el marco de la CDSOA. Los Estados Unidos consideran que no es posible especificar de antemano el efecto sobre el comercio de la CDSOA en el futuro. Ni siquiera es posible especificar el nivel de los pagos en el marco de la CDSOA dadas las incertidumbres que conlleva su cálculo. Los Estados Unidos concluyen que si se permitiera a las partes volver a cuantificar y revisar su propio nivel de suspensión anualmente, estos arbitrajes generarían diferencias entre las partes en lugar de resolverlas.¹²²

ii) *India*

4.19 La India aduce que el objetivo del párrafo 4 del artículo 22 del ESD es asegurar la equivalencia entre el nivel de la suspensión y el nivel de la anulación o menoscabo para velar por que no se apliquen medidas punitivas contra un Miembro que se haya constatado que ha incumplido las obligaciones que le corresponden en el marco de la OMC. Sin embargo, esto no significa que un nivel no pueda variar en función de las variaciones del nivel de anulación o menoscabo. Las partes solicitantes fijaron un único nivel de suspensión que se puede identificar en cada momento de la aplicación de la suspensión. La India hace referencia a la decisión adoptada en el asunto *Estados Unidos - Ley de 1916 (CE) (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)*, en la que el Árbitro tuvo en cuenta el objetivo del párrafo 4 del artículo 22, que es asegurar la equivalencia entre dos niveles en el curso de la aplicación de medidas de retorsión. La India considera que sería especulativo extrapolar al futuro un nivel fijo de anulación o menoscabo y de suspensión, habida cuenta de la amplia variación de los pagos de compensación anuales en el marco de la CDSOA hasta la fecha. Este resultado está plenamente justificado por el objetivo del sistema de retorsión, que es inducir al cumplimiento. Si, en el caso de una legislación considerada en sí misma incompatible con las normas de la OMC, la suspensión de las obligaciones fuera determinada en un momento dado, el Miembro infractor podría seguir aumentando la anulación o menoscabo tras el arbitraje con total impunidad. La posición de los Estados Unidos frustra el objetivo de la retorsión. La India añade que un nivel variable incluso podría ser favorable para los Estados Unidos, porque podrían reducir el nivel de la suspensión reduciendo el nivel de anulación o menoscabo mediante los desembolsos en el marco de la CDSOA.¹²³

¹²¹ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 80-90.

¹²² Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 91.

¹²³ Comunicación escrita del Brasil, las Comunidades Europeas, Corea, la India, el Japón y México, párrafos 87-93.

b) Análisis del Árbitro

4.20 Analizamos en primer lugar los argumentos relativos al texto. Aunque observamos que el párrafo 4 del artículo 22 se refiere al "nivel" (en singular) de la suspensión de concesiones u otras obligaciones, no estamos convencidos de que esos términos establezcan la obligación de identificar un nivel único y permanente de anulación o menoscabo. Lo que exige el párrafo 4 del artículo 22 es simplemente que los dos niveles sean equivalentes. En la medida en que los dos niveles sean equivalentes, no vemos que haya ninguna razón por la que esos niveles no puedan ajustarse periódicamente, siempre que los ajustes estén justificados y no aumente la imprevisibilidad como resultado de ellos. De hecho, no vemos que haya en el ESD ninguna limitación a la posibilidad de establecer un nivel variable de suspensión si el nivel de anulación o menoscabo varía también.

4.21 La mayoría de los arbitrajes anteriores han establecido un único nivel de anulación o menoscabo, correspondiente al nivel que existía al final del plazo prudencial concedido a la parte demandada para poner en conformidad su legislación.¹²⁴ No negamos que este enfoque sea, en la gran mayoría de los casos, el más adecuado. No obstante, no consideramos que haya en el artículo 22 del ESD ninguna disposición que nos impida seguir una vía distinta si las circunstancias del presente caso así lo exigen claramente.

4.22 El análisis económico que hemos realizado antes indica que el valor y la distribución por sectores de la repercusión en el comercio de la CDSOA podrían variar ampliamente de un año al siguiente, debido a los numerosos factores que afectan a las cantidades que pueden desembolsarse, a la naturaleza de los receptores y a la forma en que es probable que cada categoría de receptores utilice las cantidades monetarias que éstos hayan percibido en el marco de la CDSOA. Esta variabilidad es, a nuestro juicio, muy diferente en naturaleza y grado de la evolución, más constante, de las exportaciones registradas en otros casos en los que se aplicaron supuestos hipotéticos¹²⁵, como *CE - Banano III (Estados Unidos) (párrafo 6 del artículo 22 - CE)* o *CE - Hormonas (Estados Unidos) (párrafo 6 del artículo 22 - CE)*. En esos casos, la pérdida de comercio identificada sobre la base de una situación hipotética se estableció artificialmente de una vez por todas. En el presente caso, hay una justificación económica para permitir el establecimiento de un nivel variable de anulación o menoscabo y, correlativamente, de un nivel variable de suspensión de concesiones u otras obligaciones.

4.23 Aunque tenemos presentes los argumentos de los Estados Unidos de que la posibilidad de variar el nivel de suspensiones podría hacer imprevisible el nivel de las contramedidas aplicadas de un año al siguiente, y de que no podría establecerse ninguna fórmula para introducir un grado suficiente de previsibilidad, estos argumentos no nos parecen concluyentes. De hecho, el nivel de la anulación o menoscabo en relación con el efecto sobre el comercio que hemos calculado antes se basa en la CDSOA, una ley concebida y adoptada por las autoridades estadounidenses, cuyos desembolsos son determinados también por las autoridades de los Estados Unidos. Debe resultar sencillo a las autoridades estadounidenses aplicar la fórmula elaborada en la presente Decisión para constatar el volumen del comercio de los Estados Unidos que puede quedar sujeto a la suspensión de concesiones u otras obligaciones en cada uno de los años siguientes. En consecuencia, el grado de imprevisibilidad sería mínimo.

¹²⁴ Véanse, por ejemplo, *CE - Hormonas (Canadá) (párrafo 6 del artículo 22 - CE)*, párrafo 37; *Brasil - Aeronaves (párrafo 6 del artículo 22 - Brasil)*, párrafos 3.63-3.65; *Estados Unidos - EVE (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)*, párrafos 2.12-2.15; *Canadá - Créditos y garantías para las aeronaves (párrafo 6 del artículo 22 - Canadá)*, párrafos 3.67-3.73.

¹²⁵ Véase en la nota 34 *supra* una definición de "situación hipotética".

4.24 Además, en el presente caso, los Estados Unidos controlarían los instrumentos para reducir el nivel efectivo de la suspensión de concesiones u otras obligaciones. De hecho, en otros arbitrajes en los que se estableció de una vez por todas el nivel de anulación o menoscabo, la parte demandada no podía influir en el nivel de las contramedidas aplicadas a su comercio, salvo que la parte solicitante aceptara modificarlo. En el presente caso, el nivel de la suspensión de concesiones dependerá automáticamente de la cuantía de los desembolsos efectuados en el marco de la CDSOA en un determinado año. Si esa cuantía disminuye, disminuirá el nivel de la suspensión de concesiones u otras obligaciones que las partes solicitantes tienen derecho a imponer. Si no se efectúan desembolsos, el nivel de la suspensión habrá de ser "cero".

4.25 Por último, aunque hemos expuesto algunas reservas acerca de la noción de "inducción al cumplimiento", observamos que niveles variables podrían lograr este objetivo sin afectar al requisito de "equivalencia" entre el nivel de anulación o menoscabo y el nivel de la suspensión de conformidad con el párrafo 4 del artículo 22 del ESD. Se nos han presentado pruebas convincentes de que, si la CDSOA sigue en vigor, es probable que la cuantía de los desembolsos aumente en los próximos años. Somos conscientes de que es posible que la intensificación de las contramedidas tal vez no induzca realmente al cumplimiento en todos los casos. No obstante, si hemos de adoptar una decisión sobre un nivel de suspensión fijado de una vez por todas sobre la base de los primeros años de aplicación de la CDSOA, es posible que en el curso del tiempo ese nivel de la suspensión de concesiones u otras obligaciones llegue a ser considerablemente inferior al nivel real de anulación o menoscabo resultante de la continuación de la aplicación de la CDSOA. Dicho de otra forma, el costo de la infracción para los Estados Unidos podría disminuir. En tal caso, seguramente disminuirían también los incentivos para el cumplimiento. Consideramos que en el presente caso ese riesgo existe y justifica que determinemos un nivel variable de anulación y menoscabo y, en consecuencia, un nivel variable de la suspensión de concesiones u otras obligaciones.

4.26 Consideramos también que este enfoque es coherente con el principio de pronta y eficaz solución de las diferencias recogido en los párrafos 3 y 4 del artículo 3 del ESD.¹²⁶

4.27 Por último, al igual que los árbitros en *CE - Hormonas (Estados Unidos)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE)¹²⁷ y *Estados Unidos - Ley de 1916 (CE)* (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)¹²⁸, observamos que los Estados Unidos pueden recurrir a los procedimientos adecuados de solución de diferencias en caso de que consideren que la aplicación de la suspensión por la India supera, en un período determinado, el nivel de la anulación o menoscabo que la India ha sufrido a consecuencia de la infracción de las obligaciones de los Estados Unidos por la CDSOA, conforme se ha calculado utilizando la fórmula establecida antes.¹²⁹

V. LAUDO DEL ÁRBITRO

5.1 Por las razones expuestas, determinamos que, en el asunto *Estados Unidos - Ley de compensación por continuación del dumping o mantenimiento de las subvenciones de 2000 (Reclamación inicial de la India)*, puede considerarse que el nivel de anulación o menoscabo que ha sufrido la India en un año determinado equivale al total de los desembolsos efectuados en el marco de la CDSOA el año anterior relativos a derechos antidumping o compensatorios pagados sobre las

¹²⁶ Véase *CE - Hormonas (Canadá)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE), párrafo 38.

¹²⁷ Véase el párrafo 82.

¹²⁸ Véase el párrafo 9.2.

¹²⁹ Véanse también los informes del Grupo Especial y del Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Determinados productos procedentes de la CE*.

importaciones procedentes de la India, multiplicado por el coeficiente indicado en la sección III.D *supra*.

5.2 En consecuencia, decidimos que la suspensión por la India de concesiones u otras obligaciones en forma de imposición de un derecho de importación adicional por encima de los derechos de aduana consolidados a una lista definitiva de productos originarios de los Estados Unidos que abarque, anualmente, un *valor total del comercio* que no sea superior, en dólares de los Estados Unidos, al importe resultante de la siguiente ecuación:

cuantía de los desembolsos efectuados en el marco de la CDSOA el último año respecto del cual se disponga de datos correspondientes a los derechos antidumping o compensatorios pagados sobre las importaciones procedentes de la India en ese año, según los datos publicados por las autoridades estadounidenses.

multiplicada por:

0,72

sería compatible con el párrafo 4 del artículo 22 del ESD.

5.3 A este respecto, señalamos que la India notificará al OSD cada año, antes de ajustar los derechos, una lista detallada en la que indicará el nivel del derecho adicional aplicable a los productos seleccionados a la luz de los cambios en el nivel de los desembolsos efectuados en el marco de la CDSOA.

5.4 En ese contexto, sugerimos que la India también notifique al OSD, anualmente, el volumen del comercio que quedará sujeto a la medida mencionada *supra*.

5.5 Por último, recordamos que el párrafo 8 del artículo 22 del ESD establece lo siguiente:

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

VI. OBSERVACIONES FINALES

6.1 Algunas de las cuestiones que se han planteado en el presente procedimiento nos inducen a formular las siguientes observaciones con miras a un análisis más amplio.

6.2 Como se ha indicado antes, el ESD no aclara expresamente la finalidad a que responde la autorización de la suspensión de concesiones u otras obligaciones. De un lado, de la obligación general de cumplir las recomendaciones y resoluciones de la OSD parece desprenderse que la suspensión de concesiones u otras obligaciones tiene por fin inducir al cumplimiento, como ha sido reconocido por árbitros anteriores.¹³⁰ No obstante, es probable que lo que puede inducir exactamente al cumplimiento sea distinto en cada caso, en función de diversos factores, entre ellos, pero no sólo, el nivel de la suspensión de obligaciones autorizado.¹³¹

¹³⁰ *CE - Banano III (Estados Unidos)* (párrafo 6 del artículo 22 - *CE*), párrafo 6.3.

¹³¹ Aunque el valor de la suspensión de concesiones u otras obligaciones acude inmediatamente a la mente como factor pertinente para inducir al cumplimiento, es preciso reconocer también que la función real del valor de esa suspensión con respecto al logro o no del cumplimiento puede variar de un caso a otro. Es posible

6.3 De otro lado, el requisito de que el nivel de esas suspensiones sea equivalente al nivel de la anulación o menoscabo que ha sufrido la parte reclamante parece indicar que la suspensión de concesiones u otras obligaciones es únicamente un medio para obtener alguna forma de compensación temporal, aun en caso de que haya fracasado la negociación de compensaciones.

6.4 Dicho de otra forma, no resulta enteramente claro cuál es la función que desempeña la suspensión de obligaciones en el ESD, y una gran parte del debate conceptual que ha tenido lugar en el presente procedimiento podría haberse evitado si se hubieran identificado un "objeto y fin" claros.

6.5 El sistema de solución de diferencias de la OMC permite a los Miembros impugnar una ley en sí misma, es decir, con independencia de que haya sido aplicada o no. Cabe la posibilidad de que el planteamiento "clásico", basado en la evaluación del efecto sobre el comercio de una medida determinada no siempre contribuya a identificar el nivel real de anulación o menoscabo, especialmente en un momento en el que aún no haya habido casos de aplicación. Ello puede deberse a que el efecto sobre el comercio de una medida puede resultar difícil de evaluar por la falta de cifras verificables. Consideramos que, aunque todas las partes tienen obligación de colaborar con el árbitro en el establecimiento de los hechos, no hay *a priori* motivo para penalizar a la parte solicitante o a la parte demandada en los casos en que resulta difícil o imposible encontrar cifras justificativas. Consideramos que se trata de una situación que es preciso abordar para llegar a una decisión sobre lo que en tales casos puede obtenerse mediante el recurso a la suspensión de obligaciones.

6.6 En el presente arbitraje, hemos interpretado el concepto de anulación o menoscabo basándonos, entre otros elementos, en el texto del artículo XXIII del GATT de 1994 y del párrafo 8 del artículo 3 del ESD. No obstante, consideramos, a partir del amplio debate que las partes han llevado a cabo sobre este concepto, que el sentido real de esta disposición no es claro y que es preciso analizarlo en el foro adecuado.

6.7 Por último, observamos que una cuestión que se plantea a consecuencia de la aplicación del enfoque con arreglo al cual se otorgaría a cada parte el derecho de suspender obligaciones exclusivamente en relación con sus propias exportaciones es que habrá desembolsos en el marco de la CDSOA correspondientes a productos procedentes de otros Miembros y no Miembros de la OMC respecto de los cuales no se ha autorizado ninguna suspensión de concesiones u otras obligaciones.

ANEXO A

PROCEDIMIENTO DE TRABAJO DEL ÁRBITRO

El Árbitro seguirá los procedimientos normales de trabajo del ESD en lo pertinente y adaptados a las circunstancias de estas actuaciones, de conformidad con el calendario que ha adoptado. A este respecto:

- a) el Árbitro se reunirá a puerta cerrada;
- b) las deliberaciones del Árbitro y los documentos que se hayan sometido a su consideración tendrán carácter confidencial, sin perjuicio de que las partes hagan públicas sus posiciones, de conformidad con el párrafo 2 del artículo 18 del ESD;
- c) en las reuniones sustantivas que se celebren con las partes, el Árbitro pedirá a los Estados Unidos en primer lugar y a continuación a la(s) parte(s) que haya(n) pedido autorización para suspender concesiones u otras obligaciones que expongan oralmente sus puntos de vista;
- d) cada una de las partes presentará al Árbitro todas las pruebas fácticas a más tardar en la primera comunicación escrita dirigida a él, excepto en lo que respecta a las pruebas necesarias en el curso de la audiencia o a efectos de las respuestas a las preguntas formuladas. Podrán establecerse excepciones a este procedimiento cuando haya justificación suficiente, en cuyo caso se dará a la(s) otra(s) parte(s) un plazo para formular observaciones, según proceda;
- e) las partes presentarán un ejemplar en versión electrónica (en un formato informático compatible con los programas de la Secretaría) junto con la versión impresa (en seis ejemplares) de sus comunicaciones, incluido el documento sobre la metodología, en la fecha prevista al efecto. Todos esos ejemplares deberán presentarse al Encargado del Registro de Solución de Diferencias [...]. Los ejemplares en versión electrónica podrán enviarse por correo electrónico a [...]. Las partes facilitarán seis ejemplares y una versión electrónica de sus declaraciones orales en el curso de toda reunión que celebren con el Árbitro o a más tardar al mediodía del día siguiente al de la reunión;
- f) salvo que se indique otra cosa en el calendario, las comunicaciones deberán presentarse a más tardar a las 17.00 h del día en que venza el plazo para hacerlo, de modo que sea posible remitirlos ese día al Árbitro. Como es habitual, cada parte se ocupará de distribuir sus comunicaciones a la(s) otra(s) parte(s);
- g) en caso necesario, y en cualquier momento de las actuaciones, el Árbitro podrá formular a cualquiera de las partes preguntas para aclarar cualquier punto que no esté claro. Cuando proceda, se concederá a la(s) otra(s) parte(s) derecho a formular observaciones sobre las respuestas;
- h) los documentos que se presenten serán concisos y se ceñirán a las cuestiones pertinentes en este procedimiento;
- i) las partes tienen derecho a establecer la composición de sus delegaciones. Podrán figurar en las delegaciones, como representantes del gobierno de que se trate, consejeros y asesores privados. Las partes serán responsables por todos los miembros de sus delegaciones y asegurarán que la actuación de todos ellos se ajuste a las normas del ESD y al presente Procedimiento de trabajo, en particular en lo que respecta al carácter confidencial de las actuaciones. Las partes presentarán una lista

de los integrantes de su delegación antes de cualquier reunión con el Árbitro, o al comienzo de ella;

- j) para facilitar la constitución del expediente del arbitraje y dar la máxima claridad posible a las comunicaciones y demás documentos, en particular las referencias a las pruebas documentales presentadas por las partes, éstas numerarán consecutivamente sus pruebas documentales durante todo el desarrollo del arbitraje.

ANEXO B

METODOLOGÍA PARA CALCULAR EL EFECTO SOBRE EL COMERCIO DE LOS DESEMBOLSOS EN EL MARCO DE LA CDSOA

A. INTRODUCCIÓN

1. En la sección III.C.2 de la presente Decisión se exponen los sistemas propuestos por las partes para estimar el descenso de las importaciones derivado del desembolso de fondos en el marco de la Ley de compensación por continuación del dumping o mantenimiento de las subvenciones. La finalidad del presente anexo es explicar la metodología utilizada para calcular los valores del cuadro 3 del texto principal. En la sección B se describe esa metodología. A continuación se explican, en la sección C, las modificaciones introducidas en el modelo de las partes solicitantes por el Árbitro al aplicarlo. La sección D analiza la cuestión de los valores que han de asignarse a los diversos parámetros. En la última sección se presentan los resultados globales.

B. METODOLOGÍA

2. En la decisión del arbitraje *Estados Unidos - EVE* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*) se analiza detenidamente la función de la formulación de un modelo económico de los efectos sobre el comercio.¹³² En ese caso, el Árbitro se enfrentó a un problema análogo al que nos enfrentamos, la elección de un modelo apropiado, pero su enfoque difiere del que hemos adoptado, puesto que decidió utilizar, en todos sus aspectos, el modelo propuesto por una de las partes. En apoyo de su decisión, el Árbitro que examinó ese asunto destacó que el modelo que utilizó, aunque había sido propuesto por las Comunidades Europeas, había sido elaborado en realidad por el Gobierno de los Estados Unidos para explicar al Congreso de ese país los efectos sobre el comercio del programa EVE. Por ello, el Árbitro llegó a la conclusión de que si era adecuado para el Congreso de los Estados Unidos, el modelo sería también adecuado para el arbitraje.¹³³

3. En el presente caso, en respuesta a la petición que hicimos a todas las partes de presentar modelos adecuados, a su juicio, para simular las repercusiones en el comercio de los desembolsos en el marco de la CDSOA, se nos presentaron dos modelos. No obstante, como se explica en la sección III.C.2, los modelos propuestos por las partes solicitantes y por los Estados Unidos, a pesar de ser bastante similares, diferían en su nivel de agregación y, en cierta medida, en los diversos parámetros que sirven para estimar la disminución hipotética del valor de las importaciones derivada de los pagos en el marco de la CDSOA.¹³⁴ El modelo de las partes solicitantes se basaba en cifras

¹³² Sección VI.B del documento WT/DS108/ARB.

¹³³ Sobre este punto el Árbitro que examinó el asunto *Estados Unidos - EVE* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*) declara lo siguiente: "A este respecto, el simple hecho de que el informe del Tesoro fuera sometido al Congreso tiene, en nuestra opinión, un peso considerable. En ese informe se sugiere que quizás los resultados estén algo sobrevalorados. De hecho, no pueden ser absolutamente exactos. No obstante, el Tesoro de los Estados Unidos llegó evidentemente a la conclusión de que, si se quería presentar los efectos del programa EVE al Congreso (que, señalamos, era el autor de la legislación en cuestión), el informe, incluidas las presunciones en que se basaba el modelo, tenía la suficiente credibilidad como para ofrecer un reflejo fiable del impacto del programa, cuando se planteó la cuestión de informar al Congreso de los Estados Unidos sobre sus operaciones y efectos. Cabe presumir que esa decisión no se adoptó a la ligera y, cuando menos, que no se consideraba que indujera manifiestamente a error." Párrafo 6.48.

¹³⁴ El modelo de los Estados Unidos, aunque está basado en el mismo marco económico fundamental que el propuesto por las partes solicitantes, tiene una especificación diferente, ya que incluye parámetros independientes para la elasticidad de la oferta y la elasticidad con respecto al precio de la demanda. Ese modelo se basa en Francois y Hall (1997), "Partial Equilibrium Modelling" en Francois, J. y Rennert, K. (eds.), *Applied Methods for Trade Policy Analysis: A Handbook*, Cambridge: Cambridge University Press. Al hablar de un marco similar nos referimos a que el mecanismo mediante el cual se considera que los desembolsos en el marco

agregadas para cada uno de los tres parámetros, en tanto que el de los Estados Unidos calculaba resultados a nivel de productos respecto de cada Miembro de la OMC afectado. La estimación agregada se obtenía en ese sistema sumando las estimaciones correspondientes a los diversos productos.

4. A pesar de las ventajas relativas de los modelos propuestos, en la forma en que se presentaron en las presentes actuaciones, cada uno de ellos adolecía de deficiencias fundamentales que le hacían inviable para el presente caso. El modelo de las partes solicitantes requería valores a nivel del conjunto de la economía. En consecuencia, se utilizaba un único parámetro de elasticidad para reflejar la sustituibilidad entre los productos nacionales y los productos importados. De forma análoga, en ese modelo se suponía que el valor de la penetración de las importaciones era el promedio correspondiente a toda la economía. La dificultad que entraña ese sistema es que prescinde de la considerable diferencia existente entre los sectores en lo que respecta al grado en el que se benefician de los desembolsos efectuados en el marco de la CDSOA. Intuitivamente, cabría esperar que los valores de la elasticidad de sustitución y de la penetración de las importaciones correspondientes a sectores que absorben una proporción relativamente mayor de los desembolsos efectuados en el marco de la CDSOA tuvieran mayor peso en la cifra global.

5. El modelo de los Estados Unidos, aunque ampliamente aceptado por los autores, no podía aplicarse a todos los productos respecto de los cuales hay desembolsos en el marco de la CDSOA por lo que, respecto de esos productos era preciso establecer una presunción para obtener por aproximación el efecto sobre el comercio, lo que planteaba la cuestión de si la mayor complejidad de ese modelo estaba o no justificada dado que, en último término, era necesario también establecer presunciones *ad hoc* en relación con parámetros fundamentales.

6. Además, no se disponía de estimaciones precisas para cada uno de los parámetros de elasticidad, por lo que habría sido necesaria una serie de valores para la elasticidad con respecto a los precios de la demanda, la elasticidad de sustitución y las elasticidades de la oferta de los productores nacionales y extranjeros, lo que, como manifestaron las partes solicitantes, genera "mayores deficiencias en relación con los parámetros que el modelo propuesto por las partes solicitantes".¹³⁵

7. Dado que, técnicamente, resulta difícil aplicar de forma independiente el modelo de los Estados Unidos, hemos optado por una versión modificada del modelo propuesto por las partes solicitantes. En concreto, hemos realizado en él ajustes para tener en cuenta las preocupaciones técnicas expuestas por los Estados Unidos. Aunque el motivo principal para utilizar el modelo de las partes solicitantes es la facilidad con la que puede ser empleado, tomamos también nota de que los Estados Unidos no han criticado la especificación del modelo de las partes solicitantes. Las críticas se han centrado predominantemente en los valores asignados a los diversos parámetros.¹³⁶

8. El modelo básico de las partes solicitantes se expresa a continuación mediante la ecuación (A1). Esta ecuación es idéntica a la ecuación (5) del texto principal:

de la CDSOA afectan a las importaciones es el mismo. El desplazamiento de las importaciones es debido al aumento de su precio en comparación con el de los productos nacionales vendidos por las empresas estadounidenses beneficiarias de los desembolsos efectuados en el marco de la CDSOA.

¹³⁵ Observaciones de las partes solicitantes a las preguntas adicionales del Árbitro, párrafo 23.

¹³⁶ "Los Estados Unidos no critican la teoría económica en que se basa el modelo, sino que sostienen que los valores de los parámetros utilizados en él no son apropiados", Observaciones de las partes solicitantes a las preguntas adicionales del Árbitro, párrafo 21.

Reducción de las importaciones derivada de los desembolsos
en el marco de la CDSOA = $h * S * R$ (A1)

fórmula en la cual¹³⁷,

- h es la elasticidad de sustitución $h = \left(\frac{\Delta M / M}{\Delta P_q / \Delta P_q} \right)$
- S es el valor total de los pagos como margen de la reducción de precios en la producción nacional financiada por los pagos, que puede expresarse de la siguiente forma: $S = \Delta P_q * Q$
- R es la relación entre el valor de las importaciones y el valor de los envíos internos en los mercados de que se trata, y puede expresarse como $R = \left(\frac{P_m M}{P_q Q} \right)$

9. Analizamos en primer lugar la especificación del modelo y las preocupaciones acerca de su solidez. En primer lugar, compartimos la opinión de los Estados Unidos de que no se puede tener la absoluta certeza de que el desembolso total del que se ha beneficiado una empresa se destinará a la reducción de las importaciones. Aunque el principio económico que apoya un traspaso del 100 por ciento es firme, es preciso ajustar la especificación del modelo para tener en cuenta los casos en los que el efecto de traspaso es inferior al 100 por ciento. En consecuencia, podemos incluir en la ecuación A1 un cuarto multiplicador para tener en cuenta el traspaso inferior al 100 por ciento y reformular la ecuación A1 como ecuación A2 (ecuación (6) del texto principal):

Reducción de las importaciones = $a * h * S * R$ (A2)

fórmula en la que a es el coeficiente de traspaso y tiene el valor: $0 < a < 1$.

10. La atribución a de un valor cero implica que ninguna parte del gasto se utiliza para reducir los precios, por lo que el efecto estimado sobre el comercio sería cero. Tal es la tesis expuesta por los Estados Unidos. La tesis contraria, expuesta por las partes solicitantes, es que tiene un valor de 1, lo que representa un traspaso del 100 por ciento.

11. El objeto principal de nuestro sistema para analizar el efecto sobre el comercio es determinar un coeficiente de efecto sobre el comercio, que puede definirse como la cifra que multiplicada por el nivel de desembolsos aplicable nos permite estimar el efecto total sobre el comercio. Al centrarnos en el coeficiente como base de nuestro laudo resulta más sencillo simplificar y salvar las diferencias en los modelos propuestos. En la fórmula A2 *supra*, el coeficiente puede definirse como el producto de a , h y R . Así pues, la ecuación A2 puede reducirse a A3:

Reducción de las importaciones = $S * b$ (A3)

fórmula en la que b es el coeficiente de efecto sobre el comercio y puede tener un valor superior o igual a cero. Es importante también señalar que ese coeficiente no asigna valores específicos a la

¹³⁷ En el párrafo 3.96 se explican todas las variables.

elasticidad de sustitución o al traspaso. Para determinar un único valor para β pueden utilizarse diferentes combinaciones de los valores de esas variables.

12. La segunda cuestión que se plantea es el nivel al que ha de aplicarse el modelo. Desde el punto de vista técnico, el modelo puede aplicarse a nivel de productos, como proponen los Estados Unidos, o a nivel nacional, o agregado, como proponen las partes solicitantes.

13. Para la tarea que hemos de llevar a cabo, no cabe duda de que sería preferible un enfoque desagregado. Con arreglo al programa de la CDSOA, se perciben derechos a nivel de productos y se efectúan desembolsos a empresas peticionarias. No obstante, como han señalado los Estados Unidos, en el caso de algunos productos no se dispone de datos relativos a la producción, elemento fundamental para aplicar cualquier modelo económico. Con un grado mayor de agregación, aumenta la probabilidad de disponer de datos, aunque en detrimento de una mayor precisión.

14. Para examinar la viabilidad de la aplicación de un modelo a un nivel de agregación superior al nivel de los productos e inferior al nivel nacional, solicitamos a los Estados Unidos que nos facilitaran datos respecto de cada uno de los parámetros de la ecuación A2.¹³⁸ Aunque la petición se hizo con respecto al nivel de 2 dígitos de la Clasificación Industrial Internacional Uniforme, los Estados Unidos facilitaron los datos necesarios a nivel de 3 dígitos de la Clasificación Industrial de América del Norte ("NAIC"), lo que resulta más apropiado.

15. En una serie posterior de preguntas, pedimos a cada una de las partes que presentara los datos adicionales necesarios para aplicar un modelo económico a nivel de 3 dígitos de la NAIC.¹³⁹ En respuesta a esas preguntas, tanto las partes solicitantes como los Estados Unidos manifestaron preocupaciones en relación con la realización de un análisis hipotético de los efectos sobre el comercio a nivel de 3 dígitos de la NAIC. En consecuencia, antes de seguir adelante hemos de exponer y analizar esas preocupaciones.

16. En opinión de las partes solicitantes:

"Los niveles de 3 dígitos de la NAIC no pueden representar de forma exacta las elasticidades de sustitución de los productos que se benefician de pagos en el marco de la CDSOA. Ese nivel no es suficientemente desagregado y abarca una serie demasiado amplia de productos. De hecho, la mayoría de los productos objeto de órdenes antidumping se especifican a un nivel muy desagregado. La utilización de estimaciones agregadas de elasticidades de sustitución para productos desagregados provocaría una distorsión de los resultados de los efectos calculados sobre el comercio."¹⁴⁰

17. Las partes solicitantes añadieron que era probable que esa distorsión fuera una distorsión a la baja, ya que es probable que las elasticidades referidas a productos específicos sean mayores que las elasticidades agregadas.¹⁴¹ En apoyo de esa afirmación se citó el ejemplo de la pasta. Este producto se agruparía con los cereales para desayuno y las golosinas en barras, que suelen ser productos de marca. Las partes solicitantes pusieron también de relieve un problema similar en relación con las diversas clases de rodamientos, haciendo notar la diferencia entre los rodamientos de gran precisión utilizados en las aeronaves y los utilizados en la industria del automóvil y en los aparatos electrodomésticos.

¹³⁸ Pregunta 16 de la primera serie de preguntas del Árbitro.

¹³⁹ Pregunta 1 de la segunda serie de preguntas del Árbitro.

¹⁴⁰ Respuesta de las partes solicitantes a la segunda serie de preguntas del Árbitro.

¹⁴¹ Respuesta de las partes solicitantes a la segunda serie de preguntas del Árbitro, párrafo 6.

18. Los Estados Unidos opinaban, al igual que las partes solicitantes, que un análisis a nivel de 3 dígitos llevaría aparejada forzosamente una distorsión de los resultados. Los Estados Unidos declararon que "todas las partes coinciden en que un modelo basado en datos a nivel de 3 dígitos de la Clasificación Industrial de América del Norte o del Proyecto de análisis del comercio mundial (GTAP) daría lugar a una estimación relativamente imprecisa del efecto que la CDSOA tiene sobre el comercio de las partes solicitantes".¹⁴²

19. Las partes nos han colocado en una difícil posición en lo que respecta a la elección de un nivel adecuado de agregación. Coincidimos con los Estados Unidos en que una metodología más centrada en productos específicos es preferible a una metodología agregada. No obstante, al no disponer de los datos apropiados para esa metodología, no entendemos cómo puede una metodología desagregada ser más exacta que una metodología agregada. Además, señalamos que la solución de los Estados Unidos para los casos en que no se dispone de los datos necesarios consistía en suponer la aplicación de los resultados de su análisis con datos disponibles a los productos respecto de los que no se disponía de datos.¹⁴³ En efecto, los Estados Unidos suponen que el análisis aplicado a una serie de productos podría aplicarse automáticamente a otra serie de productos, suposición que lleva aparejada implícitamente los mismos tipos de distorsiones e inexactitudes que los Estados Unidos han criticado.

20. Aun reiterando que la formulación de modelos económicos no es siempre precisa, consideramos que la cuestión estriba en si los parámetros generales de un producto obtenido mediante un análisis de los efectos sobre el comercio son o no "razonables".¹⁴⁴ A este respecto, consideramos que un análisis a nivel de 3 dígitos salva efectivamente los problemas que entrañan un modelo excesivamente agregado que suponga un único valor para cada variable y un análisis desagregado, para el que no se dispone de todos los datos necesarios.

21. En consecuencia, el sistema que hemos adoptado consiste en estimar el efecto sobre el comercio, para un año determinado, a nivel de 3 dígitos y sumar después los valores correspondientes para obtener el efecto total sobre el comercio.¹⁴⁵ Ese efecto total sobre el comercio se divide posteriormente por el nivel de los desembolsos para obtener el coeficiente de efecto sobre el comercio (β en la ecuación A3). La misma operación se realiza respecto de cada uno de los años comprendidos entre 2001 y 2003. A continuación se halla el promedio simple de esas tres cifras para obtener el valor final del coeficiente. Los resultados obtenidos mediante la aplicación de este sistema se exponen y presentan en la última sección del presente anexo.

¹⁴² Observaciones de los Estados Unidos sobre las respuestas de las partes solicitantes a la segunda serie de preguntas del Árbitro, párrafo 1.

¹⁴³ Véase la nota 6 de pie de página de la Prueba documental 18 de los Estados Unidos. Los Estados Unidos adoptan el mismo enfoque que nosotros, que consiste en suponer un coeficiente de efecto sobre el comercio. El nivel para los productos respecto de los que no se dispone de información se define mediante el producto de los pagos de compensación y la relación entre el impacto sobre el comercio conforme al modelo para todas las partes reclamantes en el año de que se trata y los pagos totales de compensación conforme al modelo para todas las partes reclamantes en ese año.

¹⁴⁴ Véase *Estados Unidos - EVE (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)*, párrafo 6.49.

¹⁴⁵ No hay que confundir la agregación de los diversos sectores para obtener el valor total con el análisis de los efectos en el mercado de los Estados Unidos conforme a un análisis de equilibrio general. Cada estimación individual se realiza suponiendo que no hay cambios en ninguno de los demás sectores.

C. VALORES ASIGNADOS A LOS PARÁMETROS

1. Traspaso

22. Las partes adoptan posiciones radicalmente opuestas en relación con el traspaso. Los Estados Unidos afirman que su valor es cero y las partes solicitantes que es el 100 por ciento. En la sección III.4 d) se exponen la justificación de las posiciones de las partes y nuestras opiniones acerca de los valores adecuados. En síntesis, hemos optado por una gama de valores de traspaso que va del 25 al 100 por ciento. No nos convence el argumento de los Estados Unidos de que debe considerarse que el valor del traspaso es cero. Aunque los Estados Unidos han citado algunos casos en los que las empresas que se beneficiaron de desembolsos en el marco de la CDSOA no utilizaron los fondos, no han demostrado de forma convincente que pueda decirse lo mismo respecto de cada dólar desembolsado en el marco del programa CDSOA.¹⁴⁶

23. De forma análoga, el hecho de que los Estados Unidos pudieran citar al menos una empresa que no utilizó los fondos para desviar las importaciones indica que no sería realista suponer un traspaso del 100 por ciento. No obstante, el problema con el que nos enfrentamos es que no hay ningún dato que indique cuál podría ser el límite superior de no ser éste el 100 por ciento. La teoría económica y las presiones comerciales apuntan al 100 por ciento, pero no a otro porcentaje específico. Como hemos manifestado en el párrafo 3.144, nuestra intuición nos dice que si el punto más alto de la gama no es el 100 por ciento, es probable que se sitúe en un porcentaje muy cercano.

2. Elasticidades

24. Como han señalado las partes, hay un intenso debate acerca de los valores adecuados que han de asignarse a las diversas elasticidades utilizadas en la elaboración de un modelo. No sólo hay diferencias a nivel de productos específicos sino que, como han indicado los Estados Unidos, habría diferencias acerca de la metodología pertinente de agregación que debe emplearse si los cálculos no se efectúan a nivel de productos.

25. El modelo de las partes solicitantes se basa en un único valor de elasticidad, el de la elasticidad de sustitución. Por el contrario, en el modelo de los Estados Unidos se utilizan tres valores además del valor de la elasticidad de sustitución. Coincidimos con las partes solicitantes en que deben explorarse todas las vías para reducir al mínimo la varianza entre valores. A este respecto, el modelo de las partes solicitantes reduce el debate sobre los valores de elasticidad pertinentes a la elasticidad de sustitución.

26. Las mismas partes solicitantes reconocen las dificultades para obtener estimaciones precisas. Como prueba de los valores que podían utilizarse para modelizar el efecto sobre el comercio se presentaron dos series de elasticidades. La primera serie estaba tomada del Proyecto de análisis del comercio mundial (GTAP) y se basaba en los sectores de su modelo básico. La segunda serie presentada para los mismos sectores se había obtenido de investigaciones realizadas para la Comisión de Comercio Internacional de los Estados Unidos ("USITC"). Había considerables diferencias entre una y otra serie (cuadro 1 del anexo). La serie estándar del GTAP tiene una media menor (2,7) que la de las estimaciones de la USITC (3,1) y un intervalo menor (4 en comparación con 3,4) pero ambas series tienen la misma mediana (2,8). En la serie de la USITC hay valores más altos en 22 de las categorías y el mismo valor en 8.

¹⁴⁶ Los Estados Unidos facilitaron datos anecdóticos de algunas empresas que no utilizaron los fondos para ampliar la producción en las páginas 30-34 de su comunicación escrita. Cuando les pedimos (pregunta 13 del Árbitro) que facilitaran pruebas adicionales, los Estados Unidos respondieron que no habían "podido determinar la forma en que los productores nacionales interesados utilizaron los pagos en el marco de la CDSOA, con excepción de la información facilitada en las páginas 30-34 de su comunicación escrita".

27. En un intento de establecer un marco viable para la elaboración de un modelo, se pidió a las partes que facilitaran las elasticidades de sustitución a nivel de 3 dígitos de la NAIC.¹⁴⁷ Las partes solicitantes, aunque expusieron algunas reservas, respondieron de forma positiva a esta petición y facilitaron los datos solicitados. Los Estados Unidos no lo hicieron, pero expusieron muchas de las dificultades a las que se enfrentaba una metodología para concordar los datos de una y otra clasificación. Los Estados Unidos se ofrecieron también a dar una respuesta positiva a la petición, pero únicamente en un momento posterior.¹⁴⁸ En consecuencia, no tuvimos otra opción que utilizar las estimaciones de elasticidad facilitadas por las partes solicitantes. No obstante, antes de hacerlo, examinamos las estimaciones presentadas por los Estados Unidos conforme a las categorías de productos respecto de los que se efectuaron desembolsos en el marco de la CDSOA. En el cuadro 1 del anexo figuran datos estadísticos resumidos para cada una de las cuatro series de valores de elasticidad: GTAP, estimaciones del GTAP de la USITC, elasticidades presentadas por los Estados Unidos (baja, alta y media) por categorías de productos en relación con la CDSOA y categorías por sectores de 3 dígitos de la NAIC conforme a los datos presentados por las partes solicitantes.

Cuadro 1 del anexo: Datos estadísticos resumidos de las series de elasticidades de sustitución

	GTAP	USITC GTAP	Partes solicitantes NAIC	Estados Unidos- Productos Baja*	Estados Unidos- Productos Media*	Estados Unidos- Productos Alta*
Media	2,68	3,09	2,67	2,83	3,99	5,17
Mediana	2,8	2,8	2,8	3	4	5
Desviación típica	0,8	1,18	0,79	0,87	0,92	1,12
Mínimo	1,8	1	1,8	1	2	3
Máximo	5,2	5	5,2	5	6,5	8
Número total	41	41	31	65	65	65

* No se incluyen valores para los tubos sin soldadura y el azúcar, puesto que no se facilitaron valores específicos para esos productos, sino que sólo se indicó, respectivamente, "alta" y "perfecta".

28. El cuadro confirma la opinión de las partes solicitantes de que las elasticidades agregadas tienden a ser menores. Las tres primeras columnas reflejan los valores de la clasificación del GTAP, incluida la clasificación concordada en la categoría de la NAIC. La mediana de esas tres series es 2,8 y la media oscila entre 2,67 y 3,09. En cambio, la media de los valores medios de las estimaciones de la elasticidad por producto de los Estados Unidos es 3,99 y el valor de la mediana, 4. El valor máximo para esta categoría es 6,5, en tanto que el máximo para los valores agregados es 6,2. En general, las estadísticas descriptivas de la categoría correspondiente a los valores bajos propuesta por los Estados Unidos corresponden a las estadísticas de las primeras tres columnas.

29. El cuadro confirma además que la cuestión de los valores que han de asignarse a las diversas elasticidades de sustitución que puede utilizar quien elabora un modelo está lejos de estar resuelta. Nuestro problema se complica debido a que, a pesar de haber recabado específicamente los valores que podíamos utilizar, sólo disponemos de una serie de valores para el nivel de 3 dígitos de la NAIC. Para tener en cuenta el error de medida y, naturalmente, la distorsión producida por la agregación, nos proponemos utilizar las series de estimaciones de elasticidad de las partes solicitantes, pero modificadas en un 20 por ciento para obtener una gama de efectos. Así pues, se llevarán a cabo los

¹⁴⁷ Pregunta 1 de la serie adicional de preguntas del Árbitro.

¹⁴⁸ "Si los Árbitros lo piden, los Estados Unidos podrían calcular esas estimaciones concordadas de elasticidad, utilizando en caso necesario promedios simples o promedios ponderados en función del comercio." Respuesta de los Estados Unidos a las preguntas adicionales del Árbitro, párrafo 2.

cálculos utilizando valores de elasticidad superiores e inferiores en un 20 por ciento a las elasticidades propuestas. Ese porcentaje del 20 por ciento se eligió como cifra de ajuste prudente, habida cuenta de que la diferencia entre las medias de los valores bajos y medios de los Estados Unidos y de los valores medios y altos de los Estados Unidos es aproximadamente un 25 por ciento.

3. Penetración de las importaciones

30. Los valores de penetración de las importaciones se calcularon utilizando datos facilitados por los Estados Unidos. Según las partes solicitantes esos valores reflejan la "relación entre las importaciones y los envíos internos". Estos últimos se definen como los envíos totales menos las exportaciones.

31. Las cifras recogidas en el cuadro corresponden a lo que cabría esperar intuitivamente, con excepción de la cifra, muy elevada, correspondiente al pescado y los productos de la pesca. Las cifras de producción notificadas para los años 2000 a 2002 son 3.550 millones de dólares EE.UU., 3.230 millones de dólares EE.UU. y 3.090 millones de dólares EE.UU., respectivamente. Las cifras de las exportaciones para esos años fueron 2.660 millones de dólares EE.UU., 2.850 y 2.800 millones de dólares EE.UU. Si se combinan esas cifras con las cifras de importación de 8.120, 7.710 y 7.800 millones de dólares EE.UU. para los años correspondientes, las cifras de penetración de las importaciones resultantes son muy altas en comparación con las calculadas para los demás sectores.¹⁴⁹

Cuadro 2 del anexo: Coeficiente de penetración de las importaciones por categorías de 3 dígitos de la NAIC, 2001-2003

Sector	Código de la NAIC	2001	2002	2003
Productos agropecuarios	111	0,16	0,16	0,17
Ganadería y productos de ganadería	112	0,03	0,04	0,03
Productos de la pesca frescos, refrigerados o congelados y otros productos marinos	114	20,60	26,89	23,79*
Productos de las industrias alimenticias	311	0,05	0,05	0,05
Bebidas y productos del tabaco	312	0,08	0,09	0,11
Textiles y tejidos	313	0,16	0,19	0,21
Artículos textiles confeccionados	314	0,25	0,27	0,30
Prendas de vestir y accesorios	315	1,30	1,29	1,38
Productos de cuero y similares	316	3,34	2,64	2,55
Productos de madera	321	0,18	0,19	0,19
Papel	322	0,13	0,13	0,13
Productos de imprenta y editoriales y similares	323	0,04	0,05	0,05
Productos de petróleo y de carbón	324	0,17	0,16	0,17
Productos químicos	325	0,22	0,25	0,28
Caucho y productos de plástico	326	0,11	0,11	0,12
Productos minerales no metálicos	327	0,15	0,16	0,18
Metales de primera fusión	331	0,30	0,28	0,30
Productos metálicos, n.e.p.	332	0,11	0,12	0,13

¹⁴⁹ Resultado de dividir las importaciones por el resto de la producción menos las exportaciones.

Sector	Código de la NAIC	2001	2002	2003
Maquinaria, excepto la eléctrica	333	0,38	0,37	0,42
Productos informáticos y electrónicos	334	0,69	0,75	0,70
Equipo, aparatos y componentes eléctricos	335	0,43	0,48	0,52
Material de transporte	336	0,44	0,44	0,45
Muebles y accesorios	337	0,22	0,26	0,29
Productos manufacturados diversos	339	0,59	0,61	0,60

Fuente: Cifras calculadas a partir de datos facilitados por los Estados Unidos. Sólo se incluyen aquellos sectores respecto de los cuales hay un pago en el marco de la CDSOA superior a cero en cualquier año entre 2001 y 2003.

* Promedio de 2001 y 2002.

4. Valor de los desembolsos

32. Los datos relativos a la magnitud de los desembolsos en el marco de la CDSOA a nivel de 3 dígitos de la NAIC fueron facilitados por los Estados Unidos en respuesta a una petición de que facilitaran esa información. Al facilitarlos, los Estados Unidos indicaron que no podían clasificar 17 productos. El total de esos desembolsos no clasificados no es despreciable y plantea un problema con respecto a la estimación del efecto total. Al examinar esos desembolsos, parece que algunos de los pagos podrían clasificarse en las categorías pertinentes. No obstante, dado que los Estados Unidos optan por no clasificarlos, no nos cabe sino suponer que no disponemos de información pertinente a su clasificación. En consecuencia, esos pagos figurarán como "no clasificados en otra parte" y sin un código de la NAIC.

33. Los datos correspondientes a los desembolsos no clasificados generan un problema de asignación de los valores de las elasticidades y del valor de la penetración de las importaciones. La solución que hemos dado a ese problema, en este caso, consiste en suponer una elasticidad de sustitución de 2,8, que es el valor de la mediana, y un valor de penetración de las importaciones que corresponde al promedio de las categorías pertinentes de la NAIC para el año de que se trata.¹⁵⁰ Al calcular ese último valor, excluimos el pescado y los productos de la pesca, por cuanto de los datos presentados por los Estados Unidos se desprende claramente que ninguno de los productos de la pesca no clasificados correspondería a esta categoría. Además, destacamos que los valores resultantes para cada uno de los años no se alejan demasiado del valor global de 0,295 presentado por las partes solicitantes, que podría utilizarse también como aproximación.

D. APLICACIÓN DEL MODELO

34. Tras habernos ocupado de la especificación y de los diversos parámetros del modelo, nos ocupamos ahora de su aplicación. La metodología de agregación adoptada para los resultados a nivel de sectores de 3 dígitos es similar a la de los Estados Unidos. Se suman las diversas estimaciones hipotéticas del comercio perdido a consecuencia de los desembolsos en el marco de la CDSOA a nivel de sectores de 3 dígitos para obtener el efecto total sobre el comercio. Ese efecto total sobre el comercio se divide después por el total de los desembolsos efectuados en el marco de la CDSOA en el año de que se trate para obtener el valor del coeficiente de efecto sobre el comercio. Ese valor, por definición, corresponde específicamente a las presunciones relativas a los valores de las elasticidades de sustitución y del efecto de traspaso. La modificación de las presunciones relativas a esas variables

¹⁵⁰ Son categorías pertinentes a este respecto las categorías de la NAIC respecto de las cuales hubo una cifra positiva de desembolsos en el marco de la CDSOA en uno de los años 2001, 2002 ó 2003.

modificará forzosamente el resultado final. Como hemos explicado antes, el sistema seguido con respecto al valor de las elasticidades de sustitución consiste en modificar en un 20 por ciento en más y en menos los valores propuestos.

35. Este proceso se repite para cada uno de los años comprendidos entre 2001 y 2003, suponiendo un valor de traspaso del 100 por ciento. En los cuadros 3 a 5 figuran los resultados de esas simulaciones. En esos cuadros figuran en primer lugar el sector y el código pertinentes de la NAIC. A continuación se indica el desembolso en el marco de la CDSOA para el sector, conforme a los datos presentados por los Estados Unidos. La cuarta columna corresponde a la elasticidad de sustitución, seguida por la variable relativa a la penetración en el mercado. Como se ha indicado antes, se utilizan tres valores de elasticidad. El efecto sobre el comercio resultante de cada una de esas presunciones figura en las últimas tres columnas como reducción baja, media y alta.

36. La penúltima fila de los cuadros, titulada "totales" es la suma, cuando resulta pertinente, de todas las filas anteriores. En consecuencia, las reducciones simuladas figuran en "reducción de las importaciones". En la última fila, titulada "coeficiente de efecto sobre el comercio" figura el valor que se obtiene dividiendo el efecto total sobre el comercio (de la fila anterior) por los desembolsos totales en el marco de la CDSOA. Con respecto a 2001, esos valores (que figuran en el cuadro 3 del anexo) son 1,09 para la gama de valores medios, 0,87 para la de valores bajos y 1,30 para la de valores altos. De forma análoga, los resultados correspondientes a 2002 y 2003 se recogen en los cuadros 4 y 5 del anexo, respectivamente.

37. Con objeto de ajustar los resultados de la simulación para las diversas presunciones de traspaso, conforme a lo propuesto por los Estados Unidos, procedemos simplemente a reducir el valor de los desembolsos. Por ejemplo, en el caso de una presunción de un traspaso del 25 por ciento, sólo se utiliza el 25 por ciento de los desembolsos correspondientes para calcular el efecto sobre el comercio, lo que, en relación con la ecuación A3, implicaría suponer que el valor de a es 0,25. El cuadro 6 del anexo, que es también el cuadro 3 del texto principal, presenta los diversos resultados correspondientes a los distintos valores presuntos de la elasticidad de sustitución y el traspaso.

38. Queda únicamente por calcular el coeficiente final de efecto sobre el comercio. Al hacerlo hemos decidido tomar el promedio simple de los coeficientes correspondientes a los tres años (2001-2003). La razón para ello es la variación de los valores y de la distribución de los pagos. Un período más amplio refleja mejor el valor y el tipo de distribución que cabe esperar del funcionamiento del programa en el curso del tiempo. Como hemos indicado en el párrafo 3.146, tomamos para cada año las dos filas intermedias y la columna central y hallamos el promedio de esos tres valores. De esa forma obtenemos 0,68 para 2001, 0,78 para 2002 y 0,70 para 2003. El promedio simple de esos tres valores es 0,72. En consecuencia, el valor de B en la ecuación A3, o coeficiente de efecto sobre el comercio, es 0,72.

Cuadro 3 del anexo: Efecto hipotético sobre el comercio de los desembolsos en el marco de la CDSOA,
suponiendo un traspaso del 100 por ciento a nivel de 3 dígitos de la NAIC, 2001

Código de la NAIC	Sector	Desembolsos (\$EE.UU.)	Elasticidad	Penetración en el mercado	Reducción de las importaciones (\$EE.UU.)		
					Baja	Media	Alta
111	Agricultura	25251,96	2,2	0,16	7111	8889	10666
114	Productos de la pesca	63576,45	2,8	20,60	2933672	3667090	4400508
311	Productos alimenticios	22086937,38	2,2	0,05	1943650	2429563	2915476
313	Textiles y tejidos	0	2,2	0,18	0	0	0
314	Artículos textiles confeccionados	21673,08	2,2	0,25	9536	11920	14304
321	Productos de madera	0	2,8	0,18	0	0	0
322	Papel	413729,38	1,8	0,13	77450	96813	116175
325	Productos químicos	5444564,42	1,9	0,22	1820662	2275828	2730994
326	Caucho y productos de plástico	694385,83	1,9	0,11	116101	145127	174152
327	Minerales no metálicos	3253894,67	2,8	0,15	1093309	1366636	1639963
331	Metales de primera fusión	31938114,29	2,8	0,30	21462413	26828016	32193619
332	Productos metálicos	13801060,19	2,8	0,11	3400581	4250727	5100872
333	Maquinaria, excepto la eléctrica	27551,75	2,8	0,38	23452	29315	35178
336	Material de transporte	714537,7	5,2	0,44	1307890	1634862	1961835
337	Muebles y accesorios	0	2,8	0,22	0	0	0
339	Manufacturas diversas	108862859,3	2,8	0,59	143873155	179841444	215809732
	Productos no clasificados en otra parte	43853754,39	2,8	0,23	22724431	28405539	34086646
	Totales	231201890,8			200793413	250991767	301190120
	<i>Coefficiente de efecto sobre el comercio</i>				0,87	1,09	1,30

Cuadro 4 del anexo: Efecto hipotético sobre el comercio de los desembolsos en el marco de la CDSOA,
suponiendo un traspaso del 100 por ciento a nivel de 3 dígitos de la NAIC, 2002

Código de la NAIC	Sector	Desembolsos (\$EE.UU.)	Elasticidad	Penetración en el mercado	Reducción de las importaciones (\$EE.UU.)		
					Baja	Media	Alta
111	Agricultura	535685,42	2,2	0,16	150849	188561	226274
114	Productos de la pesca	261675,49	2,8	26,89	15761657	19702071	23642485
311	Productos alimenticios	18886033,44	2,2	0,05	1661971	2077464	2492956
313	Textiles y tejidos	0	2,2	0,19	0	0	0
314	Artículos textiles confeccionados	6734180,07	2,2	0,27	3200082	4000103	4800124
321	Productos de madera	0	2,8	0,19	0	0	0
322	Papel	128975,29	1,8	0,13	24144	30180	36216
325	Productos químicos	5463401,14	1,9	0,25	2076092	2595116	3114139
326	Caucho y productos de plástico	1091701,37	1,9	0,11	182532	228166	273799
327	Minerales no metálicos	3564,22	2,8	0,16	1277	1597	1916
331	Metales de primera fusión	36423770,47	2,8	0,28	22844989	28556236	34267483
332	Productos metálicos	27606835,88	2,8	0,12	7420717	9275897	11131076
333	Maquinaria, excepto la eléctrica	1970105,76	2,8	0,37	1632824	2041030	2449235
336	Material de transporte	2094362,23	5,2	0,44	3833521	4791901	5750281
337	Muebles y accesorios	0	2,8	0,26	0	0	0
339	Manufacturas diversas	168327408	2,8	0,60	226232036	282790045	339348055
	Productos no clasificados en otra parte	37935918,13	2,8	0,24	20281048	25351310	30421571
	Totales	307463616,9			305303740	381629675	457955610
	<i>Coefficiente de efecto sobre el comercio</i>				0,99	1,24	1,49

Cuadro 5 del anexo: Efecto hipotético sobre el comercio de los desembolsos en el marco de la CDSOA,
suponiendo un traspaso del 100 por ciento a nivel de 3 dígitos de la NAIC, 2003

Código de la NAIC		Desembolsos (\$EE.UU.)	Elasticidad	Penetración en el mercado	Reducción estimada de las importaciones (\$EE.UU.)		
					Baja	Media	Alta
111	Agricultura	417142,63	2,2	0,17	124809,1	156011	187214
114	Productos de la pesca	668638,52	2,8	23,75	35571569,3	44464462	53357354
311	Productos alimenticios	19378335,76	2,2	0,05	1705293,5	2131617	2557940
313	Textiles y tejidos	92126,35	2,2	0,21	34049,9	42562	51075
314	Artículos textiles confeccionados	4153133,37	2,2	0,30	2192854,4	2741068	3289282
321	Productos de madera	71164,16	2,8	0,19	30287,5	37859	45431
322	Papel	354593,19	1,8	0,13	66379,8	82975	99570
325	Productos químicos	1185138,69	1,9	0,25	450352,7	562941	675529
326	Caucho y productos de plástico	17779,87	1,9	0,12	3243,0	4054	4865
327	Minerales no metálicos	160876,92	2,8	0,18	64865,6	81082	97298
331	Metales de primera fusión	37658237,68	2,8	0,30	25306335,7	31632920	37959504
332	Productos metálicos	58308377,14	2,8	0,13	16979399,4	21224249	25469099
333	Maquinaria, excepto la eléctrica	303535,69	2,8	0,42	285566,4	356958	428350
336	Material de transporte	47777,55	5,2	0,45	89439,6	111799	134159
337	Muebles y accesorios	347,89	2,8	0,29	226,0	282	339
339	Manufacturas diversas	63033167,58	2,8	0,60	84716577,2	105895722	127074866
	Productos no clasificados en otra parte	4397052,27	2,8	0,25	2488614,3	3110768	3732921
	Totales	190247425,3			170109863,5	212637329	255164795
	<i>Coefficiente de efecto sobre el comercio</i>				0,89	1,12	1,34

Cuadro 6 del anexo: Resumen de los resultados correspondientes a distintos valores de elasticidad de sustitución y de traspaso, 2001-2003

2001			
	Bajo	Medio	Alto
25 por ciento	0,22	0,27	0,33
50 por ciento	0,43	0,54	0,65
75 por ciento	0,65	0,81	0,98
100 por ciento	0,87	1,09	1,30
2002			
	Bajo	Medio	Alto
25 por ciento	0,25	0,31	0,37
50 por ciento	0,50	0,62	0,74
75 por ciento	0,74	0,93	1,12
100 por ciento	0,99	1,24	1,49
2003			
	Bajo	Medio	Alto
25 por ciento	0,22	0,28	0,34
50 por ciento	0,45	0,56	0,67
75 por ciento	0,67	0,84	1,01
100 por ciento	0,89	1,12	1,34

—————