

**ORGANIZACIÓN MUNDIAL
DEL COMERCIO**

WT/DS136/ARB
24 de febrero de 2004

(04-0743)

Original: inglés

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***

DECISIÓN DE LOS ÁRBITROS

La Decisión de los Árbitros sobre el asunto *Estados Unidos - Ley Antidumping de 1916 (Reclamación inicial de las Comunidades Europeas)* se distribuye a todos los Miembros de conformidad con el ESD. La decisión se distribuye como documento de distribución general a partir del 24 de febrero de 2004 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. SOLICITUD DE ARBITRAJE Y ELECCIÓN DE LOS ÁRBITROS.....	1
B. PRESENTACIÓN DEL INFORME.....	2
II. ANTECEDENTES DE HECHO - LA LEY ANTIDUMPING DE 1916 DE LOS ESTADOS UNIDOS Y LA PETICIÓN FORMULADA POR LAS CE PARA SUSPENDER OBLIGACIONES.....	2
A. INTRODUCCIÓN.....	2
B. LA LEY ANTIDUMPING DE 1916 DE LOS ESTADOS UNIDOS.....	3
C. CONSTATAIONES DEL GRUPO ESPECIAL INICIAL.....	3
D. LA PETICIÓN FORMULADA POR LAS CE PARA SUSPENDER OBLIGACIONES.....	4
III. CUESTIONES PRELIMINARES.....	6
A. LA CARGA DE LA PRUEBA.....	6
B. ¿ESTABAN OBLIGADAS LAS COMUNIDADES EUROPEAS A ESPECIFICAR LAS OBLIGACIONES PARA CUYA SUSPENSIÓN SOLICITAN AUTORIZACIÓN?.....	7
1. Introducción.....	7
2. Argumentos de las partes.....	8
3. Evaluación de los Árbitros.....	9
C. EL REGLAMENTO DE "BLOQUEO".....	10
IV. FUNCIÓN Y COMPETENCIA DE LOS ÁRBITROS DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 22 DEL ESD.....	11
V. PARÁMETROS PARA LA DETERMINACIÓN DEL NIVEL DE ANULACIÓN O MENOSCABO.....	14
A. CONSIDERACIONES GENERALES.....	14
B. CARÁCTER CUALITATIVO O CUANTITATIVO DE LA "EQUIVALENCIA".....	15
1. Argumentos de las partes.....	15
2. Evaluación por los Árbitros.....	17
C. LA PETICIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS Y LA "NATURALEZA" DE LAS OBLIGACIONES QUE SE HAYAN DE SUSPENDER.....	22
1. Argumentos de las partes.....	22
2. Evaluación por los Árbitros.....	22
D. EL NIVEL DE LA ANULACIÓN O MENOSCABO SUFRIDO POR LAS COMUNIDADES EUROPEAS.....	24
1. Argumentos de las partes.....	24
2. Evaluación por los Árbitros.....	25
a) La presunción de anulación.....	25

	<u>Página</u>
b) La posición de las CE de que la existencia de la Ley de 1916 constituye la anulación y menoscabo	25
c) Cálculo de la anulación o menoscabo: utilizar "estimaciones razonadas" y evitar la especulación	26
d) Sentencias firmes basadas en la Ley de 1916	27
e) Transacciones convenidas en el marco de la Ley de 1916	27
f) Efecto disuasivo o "paralizador"	28
g) Costas procesales.....	30
h) Conclusión sobre los parámetros del cálculo de la anulación o menoscabo	31
VI. DETERMINACIÓN DEL NIVEL DE LA ANULACIÓN O MENOSCABO EN EL PRESENTE CASO	32
1. Introducción.....	32
2. Sentencias firmes basadas en la Ley de 1916.....	32
3. Transacciones convenidas en el marco de la Ley de 1916.....	32
4. Continuación de la anulación o menoscabo.....	34
VII. RESUMEN DE CONSTATAACIONES Y CONCLUSIONES.....	35
VIII. LAUDO Y DECISIÓN DE LOS ÁRBITROS.....	36
IX. OBSERVACIONES FINALES.....	37

CUADRO DE ASUNTOS CITADOS EN EL PRESENTE INFORME

Título abreviado	TÍTULO COMPLETO Y REFERENCIA DEL ASUNTO
<i>Brasil - Aeronaves</i> (párrafo 6 del artículo 22 - Brasil)	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 aeronaves</i> (párrafo 6 del artículo 22 - Canadá)	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> (párrafo 6 del artículo 22 - CE)	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> (párrafo 6 del artículo 22 - CE)	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, 9 de abril de 1999, DSR 1999.II, 725
<i>CE - Hormonas (Estados Unidos)</i> (párrafo 6 del artículo 22 - CE)	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, 1105
<i>CE - Hormonas (Canadá)</i> (párrafo 6 del artículo 22 - CE)	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, 1135
<i>Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor</i> (párrafo 3 del artículo 25)	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>Estados Unidos - Artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Estados Unidos - Artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974</i> , WT/DS152/R, adoptado el 27 de enero de 2000, DSR 2000.II, 815
<i>Estados Unidos - EVE</i> (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)	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 - Ley de 1916</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Ley Antidumping de 1916</i> , WT/DS136/AB/R, WT/DS162/AB/R, adoptado el 26 de septiembre de 2000, DSR 2000.X, 4793
<i>Estados Unidos - Ley de 1916 (CE)</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Estados Unidos - Ley Antidumping de 1916 - Reclamación presentada por las Comunidades Europeas</i> , WT/DS136/R y Corr.1, adoptado el 26 de septiembre de 2000, confirmado por el informe del Órgano de Apelación, WT/DS136/AB/R, WT/DS162/AB/R, DSR 2000.X, 4593
<i>Estados Unidos - Ley de 1916 (Japón)</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Estados Unidos - Ley Antidumping de 1916 - Reclamación presentada por el Japón</i> , WT/DS162/R y Add.1, adoptado el 26 de septiembre de 2000, confirmado por el informe del Órgano de Apelación, WT/DS136/AB/R, WT/DS162/AB/R, DSR 2000.X, 4831

I. INTRODUCCIÓN

A. SOLICITUD DE ARBITRAJE Y ELECCIÓN DE LOS ÁRBITROS

1.1 El 26 de septiembre de 2000, el Órgano de Solución de Diferencia (OSD) adoptó el informe del Órgano de Apelación y el informe del Grupo Especial confirmado por el Órgano de Apelación en la presente diferencia.¹ El plazo prudencial para que los Estados Unidos pusieran la Ley Antidumping de 1916 en conformidad con las recomendaciones y resoluciones del OSD se decidió inicialmente mediante arbitraje de conformidad con el párrafo 3 c) del artículo 21 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD), y la fecha prevista de expiración era el 26 de julio de 2001. El plazo se prorrogó posteriormente de manera que expirase el 31 de diciembre de 2001, o en la fecha en que se clausurara el período de sesiones en curso del Congreso de los Estados Unidos, si esta fecha fuera anterior.²

1.2 El 7 de enero de 2002, las Comunidades Europeas pidieron que el OSD les autorizara a suspender la aplicación de obligaciones previstas en el GATT de 1994 y el Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (el "Acuerdo Antidumping").³

1.3 El 17 de enero de 2002, los Estados Unidos impugnaron el nivel de la suspensión propuesta por las Comunidades Europeas, de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del ESD.⁴ La cuestión se sometió a arbitraje. El 19 de febrero de 2002, los Miembros fueron informados de la constitución del Árbitro. Su composición fue la siguiente:

Presidente: Sr. Dimitrij Grcar

Miembros: Sr. Brendan McGivern
Sr. Eugeniusz Piontek

1.4 No obstante, el 27 de febrero de 2002 las Comunidades Europeas y los Estados Unidos informaron conjuntamente a los Árbitros de que el Congreso estadounidense estaba examinando una propuesta para derogar la Ley Antidumping de 1916 y poner fin a todos los casos pendientes iniciados al amparo de dicha Ley. Habida cuenta de esta circunstancia, las Comunidades Europeas y los Estados Unidos pidieron a los Árbitros que suspendieran el procedimiento de arbitraje. En la comunicación dirigida a los Árbitros también se indicaba que las Comunidades Europeas y los Estados Unidos habían acordado que el arbitraje podría reactivarse a petición de cualquiera de las partes después del 30 de junio de 2002.⁵

¹ *Estados Unidos - Ley de 1916*, en adelante el "informe del Órgano de Apelación" y *Estados Unidos - Ley de 1916 (CE)*, en adelante el "informe del Grupo Especial"; en adelante al Grupo Especial sobre esta diferencia se le denomina el "Grupo Especial inicial". El informe del Órgano de Apelación también confirmó el informe del Grupo Especial en la reclamación presentada por el Japón, *Estados Unidos - Ley de 1916 (Japón)*.

² Acta de la reunión del OSD de 11 de septiembre de 2001, WT/DSB/M/107, párrafo 66.

³ WT/DS136/15, 11 de enero de 2002.

⁴ WT/DS136/16, 18 de enero de 2002.

⁵ WT/DS136/18, 4 de marzo de 2002.

1.5 El 19 de septiembre de 2003, las Comunidades Europeas solicitaron que se reactivara el procedimiento de arbitraje.⁶

B. PRESENTACIÓN DEL INFORME

1.6 La estructura del informe es la siguiente:

- En la parte II exponemos los antecedentes de hecho pertinentes a estas actuaciones. Describimos brevemente la Ley Antidumping de 1916 y la petición formulada por las Comunidades Europeas para suspender obligaciones.
- En la parte III examinamos tres cuestiones preliminares: i) la carga de la prueba; ii) si las Comunidades Europeas estaban obligadas a especificar las obligaciones para cuya suspensión solicitan autorización; y iii) el "reglamento de bloqueo" adoptado recientemente por el Consejo de la Unión Europea.⁷
- En la parte IV describimos la función y competencia de los Árbitros de conformidad con el artículo 22 del ESD.
- En la parte V establecemos los parámetros para la determinación del nivel de anulación o menoscabo.
- En la parte VI aplicamos estos parámetros a los hechos específicos de este caso.
- En la parte VII resumimos nuestras constataciones y conclusiones principales.
- En la parte VIII presentamos el laudo y la decisión de los Árbitros.
- En la parte IX presentamos algunas observaciones finales.

II. ANTECEDENTES DE HECHO - LA LEY ANTIDUMPING DE 1916 DE LOS ESTADOS UNIDOS Y LA PETICIÓN FORMULADA POR LAS CE PARA SUSPENDER OBLIGACIONES

A. INTRODUCCIÓN

2.1 Las Comunidades Europeas solicitan autorización para adoptar una denominada reglamentación "espejo".⁸ Piden autorización para suspender el cumplimiento de obligaciones contraídas con los Estados Unidos en el marco del GATT de 1994 y el Acuerdo Antidumping con el fin de adoptar "respecto de las importaciones procedentes de los Estados Unidos, una reglamentación equivalente a la Ley de 1916".

⁶ Observamos que las partes acordaron de este modo aplazar el comienzo del procedimiento y prorrogar el plazo previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD. Los Árbitros dieron su conformidad a estos acuerdos.

⁷ Reglamento del Consejo (CE) N° 2238/2003, que se describe *infra*.

⁸ En las comunicaciones de las Comunidades Europeas se hace referencia alternativamente a la medida propuesta como "reglamentación espejo" o "legislación espejo".

2.2 En esta etapa sería útil describir brevemente la Ley Antidumping de 1916 ("Ley de 1996"), las constataciones con respecto a la Ley del Grupo Especial inicial y la petición formulada por las Comunidades Europeas para suspender obligaciones.

B. LA LEY ANTIDUMPING DE 1916 DE LOS ESTADOS UNIDOS

2.3 La Ley de 1916 fue aprobada por el Congreso de los Estados Unidos bajo el epígrafe "Competencia desleal" (*Unfair Competition*) del Título VIII de la Ley sobre la renta de 1916.⁹ La Ley estipula en parte lo siguiente:

"Se declara ilegal que cualquier persona que importe o ayude a importar cualquier artículo de cualquier país extranjero en los Estados Unidos, lo importe, venda o haga importar o vender en este país, de manera habitual y sistemática, a un precio sustancialmente inferior al valor real de mercado o precio de venta al por mayor que, en el momento de su exportación a los Estados Unidos, se aplique a tales artículos en los mercados principales del país de su producción, o de otros países extranjeros a los que se exporten habitualmente, después de añadir a ese valor real de mercado o precio de venta al por mayor, el flete, los derechos y las demás cargas y gastos que resulten necesariamente de la importación y venta de los mismos en los Estados Unidos, siempre que, tal acto o tales actos se realicen con la intención de destruir o dañar una rama de la producción de los Estados Unidos, o de impedir el establecimiento de una rama de producción en los Estados Unidos, o de restringir o monopolizar cualquier parte del comercio e intercambio de tales artículos en los Estados Unidos.

Toda persona que infrinja el presente artículo, o se concierte o conspire con otra persona para infringirlo incurrirá en una falta y, convicta de ello, será castigada con una pena de multa no mayor de 5.000 dólares, una pena privativa de libertad de no más de un año, o ambas penas, a discreción del tribunal.

Toda persona que resulte perjudicada en sus actividades empresariales o sus bienes a causa de una infracción del presente artículo, o de una concertación o conspiración para infringirlo, podrá incoar una acción ante el tribunal de distrito de los Estados Unidos correspondiente al distrito en que resida o se encuentre el demandado, o aquél en que éste tenga un agente, con independencia de la cuantía del litigio, y percibirá el triple de la cuantía de los daños que haya sufrido, así como las costas del juicio, incluida una suma apropiada en concepto de honorarios de abogado."¹⁰

C. CONSTATAciones DEL GRUPO ESPECIAL INICIAL

2.4 El Grupo Especial inicial constató, entre otras cosas, que:

"d) al no aplicar exclusivamente el criterio del daño establecido en el artículo VI, la Ley de 1916 infringe el párrafo 1 del artículo VI del GATT de 1994;

e) al prever la imposición del pago del triple de los daños causados, multas o penas privativas de libertad, en lugar de derechos antidumping, la Ley de 1916 infringe el párrafo 2 del artículo VI del GATT de 1994;

⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 2.1.

¹⁰ *Ibid.*

f) al no establecer diversos requisitos de procedimiento estipulados en el Acuerdo Antidumping, la Ley de 1916 infringe el artículo 1, el artículo 4 y el párrafo 5 del artículo 5 de dicho Acuerdo;

g) al infringir los párrafos 1 y 2 del artículo VI del GATT de 1994, la Ley de 1916 vulnera también el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo por el que se establece la OMC;

h) dado que se ha establecido la existencia de infracciones que no han sido refutadas por los Estados Unidos, este país anula o menoscaba ventajas resultantes para las Comunidades Europeas del Acuerdo sobre la OMC."¹¹

2.5 El Órgano de Apelación confirmó las constataciones del Grupo Especial, entre ellas "las constataciones del Grupo Especial - CE, que figuran en su informe, de que la Ley de 1916 es incompatible con los párrafos 1 y 2 del artículo VI del GATT de 1994, los artículos 1 y 4 y el párrafo 5 del artículo 5 del *Acuerdo Antidumping* y el párrafo 4 del artículo XVI del *Acuerdo sobre la OMC*".¹²

D. LA PETICIÓN FORMULADA POR LAS CE PARA SUSPENDER OBLIGACIONES

2.6 En la petición que presentaron las Comunidades Europeas al OSD el 7 de enero de 2002 se indicaba en parte lo siguiente:

"Como consecuencia del hecho de que los Estados Unidos no hayan puesto su Ley de 1916 en conformidad con los Acuerdos de la OMC ni hayan cumplido de otra forma las recomendaciones y resoluciones del Órgano de Solución de Diferencias en el presente asunto, varias empresas se enfrentan actualmente a procedimientos judiciales entablados en los Estados Unidos sobre la base de la Ley de 1916. Además, todas las empresas que efectúan exportaciones a los Estados Unidos se enfrentan a la amenaza de reclamaciones judiciales basadas en esta norma legal incompatible con la OMC."¹³

2.7 En la petición de las Comunidades Europeas también se indicaba que:

"[L]as Comunidades Europeas solicitarán que el Órgano de Solución de Diferencias les autorice a suspender la aplicación de las obligaciones dimanantes del GATT de 1994 y del Acuerdo Antidumping para adoptar, respecto de las importaciones procedentes de los Estados Unidos, una reglamentación equivalente a la Ley de 1916. Esa reglamentación permitiría a las Comunidades Europeas imponer a las empresas estadounidenses que se constatare que hacen dumping con sus productos en las Comunidades Europeas derechos adicionales correspondientes, en los cinco años de vigencia prevista de las medidas, al triple de la cuantía de los perjuicios experimentados por las empresas en las Comunidades Europeas en los casos en que se determine la existencia de intenciones concretas análogas a las exigidas por la Ley de 1916. Dicha reglamentación reproduciría asimismo otros aspectos de procedimiento de la medida estadounidense cuya incompatibilidad con las obligaciones de los Estados Unidos en el marco de la OMC se ha constatado en los casos en los que haya pruebas suficientes de intención específica. La investigación

¹¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 6.228.

¹² Informe del Órgano de Apelación, párrafo 155.

¹³ WT/DS136/15, 11 de enero de 2002.

sería llevada a cabo por las autoridades de las Comunidades Europeas encargadas de la aplicación de su legislación antidumping como parte de la investigación antidumping y no por los tribunales, y los derechos adicionales no se harían efectivos a los reclamantes."¹⁴

2.8 Los Estados Unidos informaron al OSD de que "impugna[ba]n el nivel de la suspensión de obligaciones propuesta por las Comunidades Europeas".¹⁵ Por consiguiente, como se señala *supra*, la cuestión se sometió a arbitraje.

2.9 Los Árbitros pidieron a las Comunidades Europeas que presentaran una comunicación "en la que se describiera la medida sometida a arbitraje" y la "metodología para calcular el nivel propuesto de la suspensión de concesiones u otras obligaciones". En el documento sobre la metodología, de 6 de octubre de 2003, las Comunidades Europeas facilitaron detalles adicionales sobre la medida que habían propuesto:

"La legislación de las CE se basaría en requisitos equivalentes a los previstos en la Ley de 1916. En particular, la aplicación de derechos especiales estaría supeditada a:

- la constatación de dumping realizado por una empresa estadounidense;
- daños a la empresa o empresas reclamantes de las CE;
- la intención de destruir o dañar una rama de producción de las Comunidades Europeas, o de impedir el establecimiento de una rama de producción en las Comunidades Europeas, o de restringir o monopolizar cualquier parte del comercio e intercambio de tales artículos en las Comunidades Europeas.

Sin embargo, la legislación de las CE se diferenciaría de la Ley de 1916 en varios aspectos, en particular:

- no estipularía la imposición de multas o penas privativas de libertad;
- no dispondría que fueran los tribunales los que impusieran los derechos especiales sino las autoridades de las CE encargadas de la aplicación de la legislación antidumping;
- no estipularía que las cantidades percibidas se hicieran efectivas a los reclamantes;
- no infringiría prescripciones de procedimiento del Acuerdo Antidumping tales como la presentación de pruebas por el reclamante."¹⁶

2.10 Las Comunidades Europeas terminaban su documento sobre la metodología afirmando que su petición "no excede del nivel de anulación o menoscabo sufrido por las CE".¹⁷

¹⁴ *Ibid.* En la petición se indicaba asimismo que "[a]l considerar qué obligaciones van a suspender, las Comunidades Europeas han aplicado los principios y procedimientos establecidos en los párrafos 3 y 4 del artículo 22 del ESD".

¹⁵ WT/DS136/16, 18 de enero de 2002.

¹⁶ *Documento sobre la metodología de las Comunidades Europeas*, 6 de octubre de 2003, párrafos 8-9.

¹⁷ *Ibid.*, párrafo 10.

III. CUESTIONES PRELIMINARES

A. LA CARGA DE LA PRUEBA

3.1 Cada parte en la presente diferencia formuló argumentos sobre lo que la otra parte estaba obligada a demostrar a los fines de este procedimiento. Los Estados Unidos sostenían que las Comunidades Europeas no habían aportado ninguna prueba sobre el nivel de anulación o menoscabo derivado de la Ley de 1916, ni habían propuesto un nivel específico de suspensión. Las Comunidades Europeas aducían que los Estados Unidos tenían que demostrar que el nivel solicitado de la suspensión de obligaciones no era equivalente al nivel de la anulación o el menoscabo. Además, según las Comunidades Europeas, los Estados Unidos no habían aportado prueba alguna de que la medida prevista por las Comunidades Europeas excedería efectivamente del nivel de anulación y menoscabo causado por la Ley de 1916.

3.2 La norma relativa a la carga de la prueba en los arbitrajes previstos en el párrafo 6 del artículo 22, como en los procedimientos habituales de solución de diferencias de la OMC, está ya bien establecida. Como hicieron constar los Árbitros en el asunto *CE - Hormonas (Estados Unidos)* (párrafo 6 del artículo 22 - *CE*):

"Cabe *presumir* que los Miembros de la OMC, como entidades soberanas, actúan en conformidad con sus obligaciones en el marco de la OMC. Corresponde a la parte que sostenga que un Miembro ha actuado *de forma incompatible* con normas de la OMC la carga de demostrar la incompatibilidad de sus actos con esas normas. El acto que examinamos es la propuesta estadounidense de suspensión de concesiones. La norma de la OMC de que se trata es el párrafo 4 del artículo 22, que prescribe que el nivel de suspensión ha de ser equivalente al nivel de la anulación o menoscabo. Las CE impugnan la conformidad de la propuesta estadounidense con esa norma de la OMC. En consecuencia, incumbe a las CE probar que la propuesta estadounidense es incompatible con el párrafo 4 del artículo 22. De ello se infiere, conforme a una jurisprudencia consagrada de la OMC, que las CE han de exponer argumentos y presentar pruebas suficientes para establecer una presunción *prima facie* de que el nivel de la suspensión propuesta por los Estados Unidos *no* es equivalente al nivel de la anulación o menoscabo causados por la prohibición comunitaria de las hormonas. No obstante, una vez que las CE hayan establecido esa presunción, corresponde a los Estados Unidos exponer argumentos y presentar pruebas suficientes para refutarla. Si hubiera un equilibrio entre las pruebas y argumentos presentados, considerados globalmente, las CE, en su calidad de parte a la que incumbe inicialmente la carga de la prueba, serían la parte vencida.

Las mismas reglas son aplicables cuando se alega la existencia de un *hecho* determinado La carga de probar la existencia de un hecho corresponde a la parte que lo alega.

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, los Estados Unidos están obligados también a presentar, tan pronto como les sea posible, pruebas que aclaren la vía que han seguido para llegar a su propuesta y las razones por las que

el nivel propuesto *es* equivalente al del menoscabo de los intercambios comerciales sufridos ..."¹⁸

3.3 Estamos de acuerdo en que se trata de una exposición precisa de la carga de la prueba aplicable en los procedimientos previstos en el párrafo 6 del artículo 22.¹⁹ Por otra parte, el hecho de que este asunto se refiera a la suspensión de "obligaciones", y no a la suspensión de concesiones arancelarias, no altera en modo alguno la carga de la prueba aplicable.

3.4 Al aplicar esta norma a los hechos del caso que nos ocupa, hacemos notar que recae en los Estados Unidos la carga de demostrar que la propuesta de las Comunidades Europeas, que se expone en la petición de las Comunidades Europeas de suspensión de obligaciones, es incompatible con el párrafo 4 del artículo 22 del ESD. Esto significa que los Estados Unidos deben presentar argumentos y pruebas suficientes para acreditar *prima facie* o establecer una presunción de que el nivel de la suspensión propuesta por las Comunidades Europeas no es equivalente al nivel de la anulación o el menoscabo sufrido por las Comunidades Europeas como consecuencia de la Ley de 1916. Si los Estados Unidos lo hacen, corresponderá a las Comunidades Europeas presentar argumentos y pruebas suficientes para refutar esa presunción.

3.5 También coincidimos con la declaración de los Árbitros en *CE - Hormonas (Estados Unidos)* (párrafo 6 del artículo 22 - *CE*) acerca de la carga de la prueba aplicable "cuando se alega la existencia de un *hecho* determinado". La carga de probar la existencia de un hecho corresponde a la parte que lo alega, ya sean los Estados Unidos o las Comunidades Europeas, según el caso.

3.6 También estamos de acuerdo en que las dos partes están obligadas a presentar pruebas y colaborar en la presentación de pruebas a los Árbitros. Los Estados Unidos están obligados a presentar pruebas que demuestren que la propuesta de las Comunidades Europeas no es equivalente. Las Comunidades Europeas, como Miembro que pide la suspensión de obligaciones, están "obligad[a]s también a presentar, tan pronto como les sea posible, pruebas que aclaren la vía que han seguido para llegar a su propuesta y las razones por las que el nivel propuesto *es* equivalente al del menoscabo de los intercambios comerciales sufrido".

B. ¿ESTABAN OBLIGADAS LAS COMUNIDADES EUROPEAS A ESPECIFICAR LAS OBLIGACIONES PARA CUYA SUSPENSIÓN SOLICITAN AUTORIZACIÓN?

1. Introducción

3.7 Compartimos la opinión expresada por ambas partes en el sentido de que la decisión de las Comunidades Europeas de pedir la suspensión de "obligaciones" y no de "concesiones" arancelarias no está sometida al examen de los Árbitros.²⁰ No obstante, ¿a pesar de eso, estaban obligadas las

¹⁸ Decisión de los Árbitros, *CE - Hormonas (Estados Unidos)* (párrafo 6 del artículo 22 - *CE*), párrafos 9-11. Las cursivas figuran en el original.

¹⁹ Otros Árbitros se han remitido igualmente a la carga de la prueba enunciada por los Árbitros en las decisiones del asunto *CE - Hormonas*. Véanse, por ejemplo: Decisión de los Árbitros, *CE - Banano III (Ecuador)* (párrafo 6 del artículo 22 - *CE*), párrafos 37-38; Decisión de los Árbitros, *Brasil - Aeronaves* (párrafo 6 del artículo 22 - *Brasil*), párrafo 2.8 y nota 12; Decisión del Árbitro, *Estados Unidos - EVE* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*), párrafo 2.10 y nota 18.

²⁰ Las Comunidades Europeas aducen que:

"El párrafo 2 del artículo 22 del ESD (y el párrafo 2 del artículo XXIII del GATT) ofrece al Miembro que está sufriendo anulación y menoscabo la posibilidad de pedir la suspensión de concesiones u otras

Comunidades Europeas en virtud del artículo 22 del ESD a especificar con precisión cuáles son las "obligaciones" que tratan de suspender?

2. Argumentos de las partes

3.8 Los Estados Unidos aducen que las Comunidades Europeas no han presentado ninguna información acerca del "nivel" en "ninguno de los miembros de la ecuación". Por una parte, según los Estados Unidos, las Comunidades Europeas "ni siquiera han facilitado un cálculo aproximado del nivel de anulación o menoscabo". Por otra parte, según los Estados Unidos, las Comunidades Europeas "tampoco han propuesto una suspensión que abarque un determinado 'nivel de comercio'. Los Estados Unidos aducen que "los párrafos 4 y 7 del artículo 22 del ESD no permiten que el árbitro o el OSD formulen una determinación cuando no existe dicha información". Afirman que:

"[L]as CE han pedido al OSD que les expida un cheque en blanco. Piden autorización para suspender concesiones u otras obligaciones, pero no identifican las concesiones u otras obligaciones concretas que se proponen suspender. En casos anteriores la parte reclamante ha identificado de manera específica las obligaciones que desea suspender y ello por una razón lógica: al OSD le resulta difícil autorizar la suspensión de concesiones u otras obligaciones sin saber qué concesiones u otras obligaciones serán suspendidas. Además, una descripción de las obligaciones concretas que la parte reclamante trata de suspender facilita la labor del árbitro para determinar, de conformidad con el párrafo 7 del artículo 22 del ESD, si el nivel de la suspensión es equivalente al nivel de la anulación o el menoscabo."²¹

3.9 Las Comunidades Europeas responden que:

"... no consideran que, porque hayan pedido suspender 'otras obligaciones', estén obligadas a facilitar información sobre las obligaciones específicas dimanantes del GATT de 1994 y el *Acuerdo Antidumping* que se proponen suspender. Al especificar detalladamente las características de la legislación espejo que proponen, las Comunidades Europeas han facilitado en realidad una indicación más precisa de la medida de retorsión que con una lista detallada de números de párrafos.

obligaciones o ambas. Esta elección está comprendida en las facultades discrecionales del Miembro y no está sometida a examen por los Árbitros en virtud del párrafo 7 del artículo 22 del ESD."

Comunicación escrita de las Comunidades Europeas, 3 de noviembre de 2003, párrafo 8. Las cursivas figuran en el original.

Aunque los Estados Unidos se opusieron a la petición de las CE por otros motivos, no impugnaron la elección de las CE de pedir la suspensión de "obligaciones".

"La elección de si se suspenden "concesiones" u "otras obligaciones" parece corresponder a la parte reclamante y no hay ninguna disposición en el ESD que indique una base para que un árbitro constate que la elección se hizo inadecuadamente, excepto los procedimientos previstos en el párrafo 3 del artículo 22. Al mismo tiempo, la distinción parece tener escasa importancia puesto que los dos términos se utilizan de manera intercambiable en el artículo 22. Los Estados Unidos no plantean en este procedimiento una alegación que exija distinguir entre una 'concesión' y 'otra obligación'."

Respuestas de los Estados Unidos a las preguntas del Árbitro a las partes, 20 de noviembre de 2003, párrafo 2.

²¹ *Comunicación escrita de los Estados Unidos*, 20 de octubre de 2003, párrafo 35.

Además, las Comunidades Europeas limitaron claramente su petición de suspensión a las disposiciones "pertinentes" del GATT y el *Acuerdo Antidumping* para adoptar la legislación espejo prevista. Por consiguiente, las Comunidades Europeas nunca pretendieron pedir autorización para suspender *cualesquiera* obligaciones previstas en el GATT de 1994 y el *Acuerdo Antidumping*.²²

3. Evaluación de los Árbitros

3.10 A nuestro juicio, la parte que solicita suspender obligaciones no está obligada, en virtud del artículo 22 del ESD, a indicar con precisión cuáles son las "obligaciones" para cuya suspensión pide autorización. El párrafo 2 del artículo 22 del ESD dice simplemente que una parte podrá pedir la autorización del OSD "para suspender la aplicación al Miembro afectado de concesiones u otras obligaciones resultantes de los acuerdos abarcados". No se exige que la parte solicitante identifique exactamente las obligaciones que desea suspender.

3.11 Además, señalamos que en casos anteriores ni los Árbitros ni el OSD han exigido que las partes solicitantes enumeren las concesiones u otras obligaciones que esos Miembros trataban de suspender. Por ejemplo, en el asunto *Canadá - Créditos y garantías para aeronaves (párrafo 6 del artículo 22 - Canadá)*, el Árbitro aceptó, y el OSD autorizó, la suspensión por el Brasil, entre otras, de "la aplicación de las obligaciones dimanantes del Acuerdo sobre Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación con respecto a las prescripciones en materia de licencias aplicadas a las importaciones procedentes del Canadá". En la petición del Brasil no se indicaba cuáles eran las "obligaciones" dimanantes del Acuerdo sobre Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación que deseaba suspender, ni los Árbitros exigieron tal especificidad.²³ En el asunto *Brasil - Aeronaves (párrafo 6 del artículo 22 - Brasil)*, los Árbitros tampoco se opusieron a la suspensión por el Canadá de obligaciones contraídas en virtud "del Acuerdo sobre los Textiles y el Vestido y el Acuerdo sobre Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación".²⁴ En *CE - Banano III (Ecuador) (párrafo 6 del artículo 22 - CE)*, los Árbitros indicaron que el reclamante podía obtener la autorización del OSD para suspender obligaciones no especificadas "en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC" con respecto a ciertos sectores.²⁵

3.12 Además, incluso en el caso de peticiones de suspensión de concesiones arancelarias "y obligaciones conexas derivadas del GATT de 1994", los Árbitros no exigieron que se especificaran cuáles eran estas "obligaciones conexas".²⁶

3.13 Por consiguiente, la práctica anterior indica que los Árbitros han aceptado peticiones para suspender "obligaciones" no especificadas. El OSD ha concedido autorización para suspender obligaciones, permitiendo al mismo tiempo que el Miembro solicitante decidiera qué obligaciones

²² *Respuestas de las Comunidades Europeas a las preguntas del Árbitro*, 20 de noviembre de 2003, párrafos 40-41.

²³ *Canadá - Créditos y garantías para aeronaves (párrafo 6 del artículo 22 - Canadá)*, párrafo 4.1.

²⁴ *Brasil - Aeronaves (párrafo 6 del artículo 22 - Brasil)*, párrafo 4.1. Aunque los asuntos *Canadá - Créditos y garantías para aeronaves* y *Brasil - Aeronaves* se referían principalmente a solicitudes de "contramedidas apropiadas" en virtud del Acuerdo SMC, en ambas diferencias en las solicitudes de contramedidas se citaba también el párrafo 2 del artículo 22 del ESD.

²⁵ *CE - Banano III (Ecuador) (párrafo 6 del artículo 22 - CE)*, párrafo 173.

²⁶ *CE - Banano III (Estados Unidos) (párrafo 6 del artículo 22 - CE)*, párrafo 8.1; *CE - Hormonas (Estados Unidos) (párrafo 6 del artículo 22 - CE)*, párrafo 84; *CE - Hormonas (Canadá) (párrafo 6 del artículo 22 - CE)*, párrafo 73.

concretas elegiría para hacer efectiva la autorización. No obstante, ponemos de relieve que cualquiera que sea la facultad discrecional concedida a ese Miembro, está sujeta al requisito de que el nivel de la suspensión de obligaciones no puede exceder del nivel de la anulación o menoscabo. Más adelante volvemos a ocuparnos de este punto.

3.14 Por lo tanto, no consideramos que la petición formulada por las Comunidades Europeas a fin de "suspender las obligaciones dimanantes del GATT de 1994 y del Acuerdo Antidumping para adoptar, respecto de las importaciones procedentes de los Estados Unidos, una reglamentación equivalente a la Ley de 1916" pueda ser considerada deficiente con arreglo al artículo 22 del ESD por no haber especificado cuáles son las "obligaciones" que intentan suspender.

3.15 Como observación final de carácter general sobre esta cuestión, estamos de acuerdo con los Árbitros en *CE - Hormonas (Estados Unidos) (párrafo 6 del artículo 22 - CE)* en que:

"Es deseable que la petición de suspensión sea lo más precisa posible en lo que respecta a los productos abarcados, al tipo y al nivel de la suspensión, etc. No cabe por menos que alentar esa precisión con miras al logro de los objetivos del ESD de "aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio" (párrafo 2 del artículo 3) y de hallar una solución pronta y positiva a las diferencias (párrafos 3 y 7 del artículo 3). Otra razón para que sea deseable la máxima precisión es la declaración del párrafo 10 del artículo 3 según la cual 'todos los Miembros entablarán [el] procedimiento [previsto en el ESD] de buena fe y esforzándose por resolver [la diferencia]'.²⁷

C. EL REGLAMENTO DE "BLOQUEO"

3.16 Los Estados Unidos plantearon ciertos argumentos con respecto al Reglamento del Consejo (CE) N° 2238/2003 de 15 de diciembre de 2003, el denominado "reglamento de bloqueo".²⁸ El Reglamento dispone en parte que "no se reconocerá o ejecutará en modo alguno" cualquier sentencia de un tribunal de los Estados Unidos "que aplique, directa o indirectamente, la Ley antidumping de 1916, ni las acciones basadas en dicha Ley o resultantes de ella". Establece que las personas físicas o jurídicas residentes o constituidas en la Comunidad "tendrán derecho a recuperar cualesquier desembolsos, costas, indemnizaciones o gastos varios en los que hayan incurrido como resultado de la aplicación de la Ley antidumping de 1916 o por las actuaciones basadas en dicha Ley o resultantes de ella". También permite obtener la restitución de "la persona natural o jurídica o de cualquier otra entidad que hubiera presentado una demanda acogiéndose a la Ley antidumping de 1916 o de cualquier persona o entidad vinculada a esa persona o entidad". La restitución podrá incluir el "embargo y venta de activos propiedad del demandado".

3.17 Los Estados Unidos aducen que al adoptar este Reglamento, "las CE parecen reconocer que las costas procesales no están sujetas a concesiones u obligaciones en el marco de la OMC" porque "en caso contrario, las CE habrían estado obligadas a recibir la autorización del OSD antes de adoptar la 'legislación de bloqueo' puesto que, con arreglo a la tesis anterior de las Comunidades Europeas, la 'legislación de bloqueo' de las CE habría exigido suspender concesiones u otras obligaciones de las CE en el marco de la OMC". Los Estados Unidos aducen también que el Reglamento "confirma

²⁷ *CE - Hormonas (Estados Unidos) (párrafo 6 del artículo 22 - CE)*, nota 16. Señalamos que los Árbitros en *CE - Banano III (Ecuador) (párrafo 6 del artículo 22 - CE)* también citaron esta declaración. *CE - Banano III (Ecuador) (párrafo 6 del artículo 22 - CE)* nota 12.

²⁸ Reglamento del Consejo (CE) N° 2238/2003 de 15 de diciembre de 2003 (DO L 333 de 20 de diciembre de 2003, página 1).

además que el nivel de anulación o menoscabo es cero" ya que "si el nivel de anulación o menoscabo fuera superior a cero, cualquier nivel de suspensión autorizado tendría que reducirse en la cuantía en que la legislación de bloqueo redujera la anulación o menoscabo".²⁹

3.18 Las Comunidades Europeas aducen que el Reglamento es "improcedente" a los efectos del arbitraje. Afirman que "el objeto de este procedimiento de arbitraje es la petición formulada por las CE a fin de obtener la autorización del OSD para adoptar una 'legislación espejo' equivalente a la Ley de 1916, pero no el 'reglamento de bloqueo'".³⁰ Las Comunidades Europeas afirman que "este reglamento simplemente tiene por objeto 'bloquear' los efectos de la legislación estadounidense incompatible con las normas de la OMC *dentro* de la Comunidad Europea, pero no afecta a los derechos de los Estados Unidos en el marco de la OMC".³¹ Además, según las Comunidades Europeas, "el 'reglamento de bloqueo' no elimina la Ley de 1916, que constituye por su misma existencia la anulación o menoscabo y a la cual debe ser equivalente la medida de retorsión. El objetivo de este reglamento es simplemente 'bloquear' el cumplimiento de la Ley de 1916 dentro de la Comunidad Europea, pero no elimina dicha Ley (ni puede hacerlo) ni impide que se aplique o haga cumplir en los Estados Unidos. Por consiguiente, la causa de la 'anulación y menoscabo' que las Comunidades Europeas sufren debido a la existencia de la Ley de 1916 sigue estando presente".³²

3.19 Coincidimos con las Comunidades Europeas en que el Reglamento del Consejo (CE) N° 2238/2003 no está comprendido en nuestro mandato. Como se analiza a continuación, nuestro mandato está definido en el párrafo 7 del artículo 22 del ESD, que nos exige determinar si el nivel de la suspensión de obligaciones solicitado por las Comunidades Europeas, definido en su petición de 7 de enero de 2002, es equivalente al nivel de la anulación o menoscabo sufrido por las Comunidades Europeas como consecuencia de la Ley de 1916. En la petición de las Comunidades Europeas no se menciona el Reglamento y no vemos base alguna en el párrafo 7 del artículo 22 para que los Árbitros puedan asumir competencia para examinarlo.

3.20 Del mismo modo, no es necesario que formulemos una resolución sobre el argumento de los Estados Unidos de que "cualquier nivel de suspensión autorizado tendría que reducirse en la cuantía en que la legislación de bloqueo redujera la anulación o menoscabo". Las Comunidades Europeas deben asegurarse de que cualquier suspensión de obligaciones no exceda del nivel de anulación. Si, en el futuro, los Estados Unidos consideran que la aplicación efectiva del reglamento de bloqueo da lugar a una situación en la que la suspensión de obligaciones excede del nivel de anulación o menoscabo, podrán recurrir al procedimiento adecuado de solución de diferencias para resolver esta cuestión.

IV. FUNCIÓN Y COMPETENCIA DE LOS ÁRBITROS DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 22 DEL ESD

4.1 Como se indica *supra*, el párrafo 2 del artículo 22 permite a las partes reclamantes pedir la suspensión de concesiones u otras obligaciones cuando la parte demandada no ha cumplido las recomendaciones o resoluciones del OSD al terminar el plazo prudencial. Esta disposición establece lo siguiente:

²⁹ Carta dirigida por los Estados Unidos a los Árbitros, 5 de enero de 2004, y *Respuestas de los Estados Unidos a las preguntas del Árbitro a las partes*, 20 de noviembre de 2003, párrafo 29.

³⁰ Carta dirigida por las Comunidades Europeas a los Árbitros, 7 de enero de 2004.

³¹ *Ibid.* Las cursivas figuran en el original.

³² *Ibid.* Las comillas figuran en el original.

"Si el Miembro afectado no pone en conformidad con un acuerdo abarcado la medida declarada incompatible con él o no cumple de otro modo las recomendaciones y resoluciones adoptadas dentro del plazo prudencial determinado de conformidad con el párrafo 3 del artículo 21, ese Miembro, si así se le pide, y no más tarde de la expiración del plazo prudencial, entablará negociaciones con cualesquiera de las partes que hayan recurrido al procedimiento de solución de diferencias, con miras a hallar una compensación mutuamente aceptable. Si dentro de los 20 días siguientes a la fecha de expiración del plazo prudencial no se ha convenido en una compensación satisfactoria, cualquier parte que haya recurrido al procedimiento de solución de diferencias podrá pedir la autorización del OSD para suspender la aplicación al Miembro afectado de concesiones u otras obligaciones resultantes de los acuerdos abarcados."

4.2 A su vez, la parte demandada podrá hacer valer su derecho de que la petición del reclamante se someta a arbitraje. Según el párrafo 6 del artículo 22 del ESD:

"Cuando se produzca la situación descrita en el párrafo 2, el OSD, previa petición, concederá autorización para suspender concesiones u otras obligaciones dentro de los 30 días siguientes a la expiración del plazo prudencial, a menos que decida por consenso desestimar la petición. No obstante, si el Miembro afectado impugna el nivel de la suspensión propuesta, ... la cuestión se someterá a arbitraje. El arbitraje estará a cargo del grupo especial que haya entendido inicialmente en el asunto, si estuvieran disponibles sus miembros, o de un árbitro nombrado por el Director General, y se concluirá dentro de los 60 días siguientes a la fecha de expiración del plazo prudencial. No se suspenderán concesiones u otras obligaciones durante el curso del arbitraje." [no se reproduce la nota de pie de página]

4.3 En el párrafo 7 del artículo 22 del ESD se establece la competencia de los Árbitros nombrados en virtud del párrafo 6 del mismo artículo:

"El árbitro que actúe en cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo 6 no examinará la naturaleza de las concesiones u otras obligaciones que se hayan de suspender, sino que determinará si el nivel de esa suspensión es equivalente al nivel de la anulación o el menoscabo. El árbitro podrá también determinar si la suspensión de concesiones u otras obligaciones propuesta está permitida en virtud del acuerdo abarcado. ... Las partes aceptarán como definitiva la decisión del árbitro y no tratarán de obtener un segundo arbitraje. Se informará sin demora de la decisión del árbitro al OSD: y éste, si se le pide, otorgará autorización para suspender concesiones u otras obligaciones siempre que la petición sea acorde con la decisión del árbitro, a menos que decida por consenso desestimarla." [no se reproduce la nota de pie de página]

4.4 Este concepto de "equivalencia" también está previsto en el párrafo 4 del artículo 22, que 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."

4.5 Por consiguiente, el mandato de los Árbitros consiste en determinar si el nivel de la suspensión de concesiones u otras obligaciones solicitado por la parte reclamante es equivalente al nivel de la anulación o menoscabo sufrido por la parte reclamante como consecuencia de que la parte demandada no haya puesto en conformidad sus medidas incompatibles con las normas de la OMC. Se prohíbe específicamente a los Árbitros que al hacerlo examinen "la naturaleza de las concesiones u otras obligaciones que se hayan de suspender".

4.6 Si los Árbitros determinan que el nivel de la suspensión de concesiones u otras obligaciones solicitado por la parte reclamante no es equivalente al nivel de la anulación o menoscabo, están obligados a determinar qué nivel de suspensión sería equivalente. Como declararon los Árbitros en el asunto *CE - Hormonas (Estados Unidos)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE):

"Hay ... una diferencia entre la tarea que hemos de realizar y la encomendada a un grupo especial. En el supuesto de que determinemos que la propuesta de los Estados Unidos *no* es compatible con la OMC (es decir, que el valor propuesto es excesivo), no podemos finalizar nuestro examen de la misma forma que los grupos especiales, es decir pidiendo [a] OSD que recomiende que se ponga la medida en conformidad con las obligaciones dimanantes de la OMC. Conforme al enfoque adoptado por los Árbitros en el asunto *Bananos* -en el que el valor propuesto de 520 millones de dólares EE.UU. se redujo a 191,4 millones de dólares EE.UU.-, no podemos limitarnos a eso. En función [de] los objetivos básicos de la solución pronta y positiva de las diferencias, hemos de estimar el nivel de suspensión que consideramos equivalente al menoscabo sufrido. En esto consiste esencialmente la labor de los Árbitros y la función que se les ha atribuido para solucionar la diferencia. A nuestro parecer, este enfoque se establece tácitamente en el párrafo 7 del artículo 22"³³

4.7 Igualmente, en *CE - Banano III (Ecuador)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE), los Árbitros declararon lo siguiente:

"[H]acemos notar que si constatáramos que el monto propuesto ... no es equivalente, tendríamos que hacer una estimación del nivel de suspensión que consideramos equivalente a la anulación o el menoscabo sufrido por el Ecuador. Este planteamiento es compatible con lo dispuesto en el párrafo 7 del artículo 22 del ESD, en el que se pone de relieve la finalidad de la decisión de los Árbitros: ...

Recordamos que se adoptó este planteamiento en el procedimiento de arbitraje EE.UU./CE *Bananos III* y en el procedimiento de arbitraje *CE - Hormonas*, en los que los Árbitros no consideraron que el nivel propuesto de suspensión fuera equivalente a la anulación o el menoscabo sufrido y volvieron a calcular el monto en cuestión para poder adoptar una decisión definitiva."³⁴

4.8 La norma se resumió de manera concisa en *Canadá - Créditos y garantías para aeronaves* (párrafo 6 del artículo 22 - Canadá):

"[O]bservamos que otros Árbitros anteriores que rechazaron los niveles propuestos para las contramedidas (o suspensiones de concesiones) siempre procedieron a fijar niveles compatibles con los acuerdos pertinentes."³⁵

4.9 En consecuencia, si determinamos que el nivel de suspensión de obligaciones solicitado por las Comunidades Europeas no es equivalente al nivel de la anulación o menoscabo sufrido por las Comunidades Europeas como resultado de la Ley de 1916, tendríamos que determinar qué nivel de suspensión sería equivalente.

³³ *CE - Hormonas (Estados Unidos)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE), párrafo 12. No se reproducen las notas de pie de página.

³⁴ *CE - Banano (Ecuador)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE), párrafos 12-13.

³⁵ Decisión de los Árbitros, *Canadá - Créditos y garantías para aeronaves* (párrafo 6 del artículo 22 - Canadá), párrafo 3.51. No se reproduce la nota de pie de página.

V. PARÁMETROS PARA LA DETERMINACIÓN DEL NIVEL DE ANULACIÓN O MENOSCABO

A. CONSIDERACIONES GENERALES

5.1 Como se indica *supra*, nuestro mandato según el párrafo 7 del artículo 22 consiste en determinar si el nivel de la suspensión de obligaciones solicitado por las Comunidades Europeas es equivalente al nivel de la anulación o el menoscabo sufrido por las Comunidades Europeas como resultado de la Ley de 1916. Por consiguiente, en esta sección los Árbitros examinarán:

- ciertas consideraciones generales aplicables a la determinación del nivel de anulación o menoscabo;
- el concepto de "equivalencia" previsto en el artículo 22 del ESD;
- el "nivel" de la suspensión de obligaciones solicitado por las Comunidades Europeas; y
- el "nivel" de la anulación o el menoscabo sufrido por las Comunidades Europeas como resultado de la Ley de 1916.

5.2 Comenzamos señalando que el párrafo 1 del artículo 22 del ESD dispone en parte lo siguiente:

"La compensación y la suspensión de concesiones u otras obligaciones son medidas temporales a las que se puede recurrir en caso de que no se apliquen en un plazo prudencial las recomendaciones y resoluciones adoptadas. Sin embargo, ni la compensación ni la suspensión de concesiones u otras obligaciones son preferibles a la aplicación plena de una recomendación de poner una medida en conformidad con los acuerdos abarcados."

5.3 Las Comunidades Europeas insistieron en que "la finalidad fundamental de la suspensión de concesiones u otras obligaciones es inducir al otro Miembro a que cumpla sus obligaciones en el marco de la OMC".³⁶ Los Estados Unidos sugirieron otras finalidades posibles, como "restablecer entre las partes en la diferencia el equilibrio de ventajas resultantes de los acuerdos abarcados".³⁷ Dijeron además: "Los Estados Unidos no consideran que sea adecuado que su país (o el Árbitro) intenten presentar una lista completa de las finalidades que explican la suspensión de concesiones, ni clasificar estas finalidades según cierto orden de prioridad."³⁸

³⁶ *Comunicación escrita de las Comunidades Europeas*, 3 de noviembre de 2003, párrafo 6.

³⁷ Según los Estados Unidos, "esa finalidad confirmaría que no debería autorizarse la suspensión si la parte reclamante no sufre anulación o menoscabo. En caso contrario la parte reclamante gozaría de un nivel de ventajas superior al que negoció en el marco de los acuerdos abarcados". Los Estados Unidos consideran también que "cualesquiera que sean las finalidades de la suspensión de concesiones u otras obligaciones, la norma prevista en el párrafo 7 del artículo 22 es la equivalencia". *Respuestas de los Estados Unidos a las preguntas del Árbitro a las partes*, 20 de noviembre de 2003, párrafo 33 y nota 15.

³⁸ *Respuestas de los Estados Unidos a las preguntas del Árbitro a las partes*, 20 de noviembre de 2003, párrafo 68.

5.4 Los Árbitros no están obligados a "presentar una lista completa de las finalidades" de la suspensión de concesiones u otras obligaciones, ni a "clasificar estas finalidades según cierto orden de prioridad". Además, estamos de acuerdo en que no sería adecuado que lo hiciéramos.

5.5 No obstante, opinamos que un objetivo clave de la suspensión de concesiones u obligaciones -cualesquiera que sean las otras finalidades que puedan existir- es tratar de inducir al otro Miembro de la OMC a que cumpla sus obligaciones en el marco de la OMC. Como señalaron los Árbitros en el asunto *CE - Banano III (Estados Unidos)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE):

[L]a autorización de suspender concesiones u otras obligaciones es una medida temporal en espera de la aplicación plena de las recomendaciones y resoluciones por el Miembro de que se trate. Coincidimos con los Estados Unidos en que ese carácter *temporal* indica que las contramedidas tienen por finalidad *inducir al cumplimiento*, pero ello no significa que el OSD deba conceder una autorización para suspender concesiones en un nivel que exceda del *equivalente* al nivel de la anulación o menoscabo. A nuestro parecer, no hay en el párrafo 1 del artículo 22 del ESD, ni menos aún en los párrafos 4 y 7 de ese mismo artículo, ninguna disposición que pueda entenderse que justifique contramedidas de carácter *punitivo*.³⁹

5.6 De igual manera, en el asunto *CE - Banano (Ecuador)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE) los Árbitros observaron que "el objeto y fin del artículo 22 ... es inducir al cumplimiento".⁴⁰

5.7 Estamos de acuerdo en que un objetivo fundamental de la suspensión de obligaciones es inducir al cumplimiento. El hecho de que esa suspensión tenga que ser temporal -como se indica en el párrafo 1 del artículo 22- es una prueba más de esa finalidad. Como declaró el árbitro en el asunto *Canadá - Créditos y garantías para aeronaves* (párrafo 6 del artículo 22 - Canadá): "el párrafo 1 del artículo 22 del ESD es particularmente claro respecto de la índole temporal de las suspensiones de concesiones u otras obligaciones, mientras el cumplimiento esté pendiente".⁴¹

5.8 También coincidimos con la observación decisivamente importante de que el concepto de "equivalencia", plasmado en el párrafo 4 del artículo 22, significa que no se pueden suspender obligaciones de manera punitiva. Esto significa que al suspender determinadas obligaciones contraídas con los Estados Unidos en virtud del GATT y el Acuerdo Antidumping, las Comunidades Europeas no pueden exceder del nivel de anulación o menoscabo que han sufrido como consecuencia de la Ley de 1916. Más adelante examinamos esta cuestión.

B. CARÁCTER CUALITATIVO O CUANTITATIVO DE LA "EQUIVALENCIA"

1. Argumentos de las partes

5.9 Los Estados Unidos y las Comunidades Europeas discrepan acerca de la interpretación de los conceptos de "equivalencia" y "nivel", en los párrafos 4 y 7 del artículo 22 del ESD.

³⁹ *CE - Banano III (Estados Unidos)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE), párrafo 6.3

⁴⁰ *CE - Banano III (Ecuador)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE), párrafo 76.

⁴¹ *Canadá - Créditos y garantías para aeronaves* (párrafo 6 del artículo 22 - Canadá), párrafo 3.105. El árbitro encargado de ese caso declaró también que: "[c]on arreglo al párrafo 1 del artículo 22 del ESD y el párrafo 10 del artículo 4 del Acuerdo SMC, el incumplimiento es el hecho mismo que justifica la adopción de las contramedidas." Además, señalaron que: "...los Árbitros del asunto *CE - Bananos*, al referirse a esa disposición [el párrafo 1 del artículo 22 del ESD], opinaron que la suspensión de concesiones u otras obligaciones tenía por objeto inducir al cumplimiento porque era temporal." *Ibid.*

5.10 En opinión de las Comunidades Europeas, el párrafo 4 del artículo 22 del ESD no impone ninguna obligación de especificar un nivel cuantitativo de la anulación y menoscabo. El concepto de "nivel" tiene un significado no sólo cuantitativo, sino también cualitativo. Las Comunidades Europeas alegan que no es necesario definir un nivel cuantitativo determinado:

"El párrafo 4 del artículo 22 del ESD sólo prescribe que el nivel de uno de los términos no debe exceder del nivel del otro. Por lo tanto, si los dos 'niveles' se definen de manera análoga, es decir, en términos cualitativos, en principio el párrafo 4 del artículo 22 del ESD queda plenamente respetado."⁴²

5.11 Además, según las Comunidades Europeas, "aunque pueda ser posible añadir un límite cuantitativo a los efectos de una medida cualitativa ... en este caso, la aplicación de la Ley de 1916 no tiene ningún límite cuantitativo, por lo que no es preciso imponer un límite cuantitativo a la aplicación de la legislación espejo".⁴³

5.12 Según las Comunidades Europeas, si el párrafo 4 del artículo 22 del ESD se hubiera circunscrito a un nivel cuantitativo, los redactores del ESD habrían empleado la palabra "cuantía". Las Comunidades Europeas destacan también que "una interpretación cualitativa del concepto de 'nivel' está en plena consonancia con el objetivo y fin de las medidas de retorsión, que consiste en inducir al cumplimiento de las obligaciones del régimen de la OMC por el otro Miembro".

5.13 Según los Estados Unidos, el "defecto fundamental" de la propuesta de las Comunidades Europeas es que "supone que alguna vaga similitud entre las medidas crea una presunción de que el nivel de la suspensión de concesiones u otras obligaciones es equivalente al nivel de la anulación o menoscabo de ventajas". A juicio de los Estados Unidos, no existe fundamento para tal presunción y no hay tal equivalencia.

5.14 Los Estados Unidos objetan que "la propuesta de las CE no fija límite alguno a la capacidad de las CE de afectar al comercio de los Estados Unidos" porque "si el OSD autorizara a las CE a adoptar la medida que presentan como semejante a la Ley de 1916, las CE quedarían en libertad para aplicar esa medida en cualquier número de casos que involucren una cantidad casi ilimitada de exportaciones estadounidenses a las CE. Cualquier número de empresas de los Estados Unidos podrían verse forzadas a pagar una indemnización triple, a pesar de que nunca se pidió a ninguna empresa que pagara una indemnización triple en virtud de la Ley de 1916 durante los 87 años de su historia".⁴⁴

5.15 Por lo tanto, a juicio de los Estados Unidos, el argumento de las Comunidades Europeas sobre la equivalencia cualitativa "no capta el verdadero sentido de la cuestión". Los Estados Unidos argumentan lo siguiente:

"Lo que cuenta, con arreglo a los párrafos 4 y 7 del artículo 22, es el efecto comercial global de la Ley de 1916 y de la medida propuesta por las CE. Las CE no han identificado su suspensión en una forma que fije un 'nivel' y de un modo que permita al Árbitro determinar si la propuesta de las CE tendrá un efecto comercial equivalente

⁴² *Comunicación escrita de las Comunidades Europeas*, 3 de noviembre de 2003, párrafos 3, 17 y 18.

⁴³ *Ibid.*, párrafo 18.

⁴⁴ El 3 de diciembre de 2003, después de esta comunicación de los Estados Unidos, el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos del Distrito Septentrional de Iowa condenó a daños y perjuicios a una empresa japonesa en virtud de la Ley de 1916. Fue la primera condena de esa clase basada en la Ley de 1916. Esta cuestión se analizará más adelante.

al de la Ley de 1916. Esa determinación supone necesariamente un análisis cuantitativo, como ponen de manifiesto los términos 'nivel' y 'equivalente'.⁴⁵

5.16 Con respecto al nivel de la anulación o menoscabo, los Estados Unidos alegan que otros Árbitros, en anteriores procedimientos con arreglo al párrafo 6 del artículo 22, han estimado el "menoscabo comercial" o perjuicio económico causado a la parte reclamante por no haber puesto en conformidad con el régimen de la OMC una medida incompatible con él dentro del "plazo prudencial". Los Estados Unidos añaden que los Árbitros que actuaron en procedimientos anteriores "reconocieron de modo uniforme que este perjuicio económico es 'cuantificable' (como aclara el término 'nivel')". Además, según los Estados Unidos, los Árbitros anteriores han basado sus determinaciones en "pruebas firmes" y "se rehusaron a entrar en especulaciones infundadas sobre 'lo que habría podido ocurrir' si la medida incompatible se hubiera puesto en conformidad dentro de un plazo prudencial".

2. Evaluación por los Árbitros

5.17 Recordamos que este caso es el primero en que un Miembro de la OMC trata de suspender obligaciones "cualitativamente equivalentes". En todos los casos anteriores las partes que trataban de suspender concesiones u otras obligaciones han presentado una cifra monetaria cuantitativa que indicaba la cuantía de la suspensión deseada. De hecho, las Comunidades Europeas han indicado que "son conscientes de que su solicitud de suspensión de obligaciones 'cualitativamente equivalentes' constituye una novedad en la práctica de la OMC".

5.18 Observamos que los arbitrajes anteriores han constatado que la "equivalencia" tenía que determinarse en términos cuantitativos. Por ejemplo, los Árbitros en *CE - Hormonas (Estados Unidos)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE) y *CE - Hormonas (Canadá)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE) declararon lo siguiente:

"hemos de determinar si el nivel global propuesto de la suspensión es *equivalente* al nivel de la anulación o menoscabo, lo que entraña una evaluación *cuantitativa* (y no cualitativa) de la suspensión propuesta. Como han señalado los Árbitros en el asunto *Bananos* 'es imposible cerciorarse de la correspondencia o identidad de dos niveles si uno de ellos no ha sido establecido claramente'. Así pues, como requisito previo para cerciorarnos de la equivalencia entre ambos niveles, es necesario que podamos determinar, no sólo el 'nivel de la anulación o menoscabo' sino también el 'nivel de la suspensión de concesiones u otras obligaciones'. En consecuencia, para dar cumplimiento a la obligación de equivalencia impuesta por el párrafo 4 del artículo 22, el Miembro que solicita la suspensión tiene que identificar el nivel de la suspensión de concesiones que propone de un modo que nos permita determinar su equivalencia".⁴⁶

5.19 Del mismo modo, los Árbitros de *Estados Unidos - EVE* (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos) observaron lo siguiente:

"Los redactores [del párrafo 4 del artículo 22] 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

⁴⁵ *Declaración oral de los Estados Unidos*, 13 de noviembre de 2003, párrafo 6.

⁴⁶ *CE - Hormonas (Estados Unidos)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE), párrafo 20, las cursivas figuran en el original; y *CE - Hormonas (Canadá)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE), párrafo 20, las cursivas figuran en el original.

párrafo 7 del artículo 22, que define el mandato de los Árbitros en los procedimientos de ese tipo ...

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 ...⁴⁷

5.20 En casos como *CE - Hormonas (Estados Unidos) (párrafo 6 del artículo 22 - CE)*, *CE - Hormonas (Canadá) (párrafo 6 del artículo 22 - CE)* y *Estados Unidos - EVE (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)*, en que la suspensión solicitada se expresaba en términos cuantitativos, los Árbitros necesariamente tenían que evaluar si existía "equivalencia cuantitativa" entre el nivel de la anulación o menoscabo y el nivel de la suspensión de concesiones u otras obligaciones.

5.21 En el caso presente, por el contrario, la suspensión solicitada no se ha expresado en términos cuantitativos. Sin embargo, esto por sí solo no hace que la petición de las CE sea incompatible con el artículo 22. En efecto: no es posible determinar *en abstracto* si una petición "cualitativamente equivalente" basada en el párrafo 2 del artículo 22 está en conformidad con el régimen de la OMC. Es necesario determinar cómo *se aplicaría* realmente la suspensión resultante de tal "equivalencia cualitativa". Más específicamente:

- ? Si la suspensión de obligaciones se aplicara de tal modo que fuera igual o inferior al nivel de anulación o menoscabo sufrido por las Comunidades Europeas, la suspensión estaría, en principio, en conformidad con el párrafo 4 del artículo 22 del ESD.⁴⁸
- ? Si la suspensión de obligaciones se aplicara de tal modo que excediera del nivel de la anulación o menoscabo sufrido por las Comunidades Europeas, la suspensión sería punitiva y no estaría en consonancia con el párrafo 4 del artículo 22 del ESD.

5.22 Como hemos indicado antes, toda suspensión de obligaciones que excediera del nivel de la anulación o menoscabo sería punitiva. Recordamos que ambas partes en esta diferencia aceptan la tesis, con la que estamos totalmente de acuerdo, de que el párrafo 4 del artículo 22 prohíbe las sanciones punitivas.⁴⁹

⁴⁷ Decisión del Árbitro, *Estados Unidos - EVE (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)*, párrafos 5.46-5.47.

⁴⁸ Recordamos que hemos preguntado a los Estados Unidos si una "retorsión recíproca o 'espejo' -la suspensión de las mismas obligaciones que el Miembro objeto de la retorsión infringió- es admisible en principio con arreglo al ESD siempre que el nivel de la suspensión sea equivalente al nivel de la anulación o menoscabo". Los Estados Unidos indicaron en su respuesta que "están de acuerdo en que la suspensión de las mismas obligaciones es, en principio, admisible con arreglo al ESD siempre que el nivel de la suspensión sea equivalente al nivel de la anulación o menoscabo". *Respuestas de los Estados Unidos a las preguntas del Árbitro a las partes*, 20 de noviembre de 2003, párrafo 38. Las cursivas figuran en el original.

⁴⁹ Las Comunidades Europeas están de acuerdo en que las obligaciones no pueden suspenderse de manera punitiva:

Cabría imaginar perfectamente que el mejor medio para inducir al cumplimiento consistiría en establecer sanciones punitivas. Pero el ESD no admite tal posibilidad. Por el contrario, limita expresamente el nivel de la suspensión de concesiones u otras obligaciones al nivel de la anulación: párrafo 4 del artículo 22 del ESD.

Declaración oral de las Comunidades Europeas, 13 de noviembre de 2003, párrafo 14.

5.23 En el presente caso, para determinar si la suspensión cualitativa podría aplicarse de modo que el nivel de la suspensión pudiera exceder del nivel de la anulación o menoscabo, es necesario determinar los efectos comerciales o económicos de la Ley de 1916 en las Comunidades Europeas. Una vez realizada esa determinación, las Comunidades Europeas podrían aplicar su medida de suspensión hasta esa cantidad, y no más allá de ella. Esto requiere una determinación de los efectos comerciales o económicos de la Ley de 1916 en las Comunidades Europeas en términos numéricos o monetarios, único modo por el que los Árbitros pueden determinar la "equivalencia" en el presente contexto.

5.24 Esto coincide con el criterio de otros arbitrajes anteriores. Por ejemplo, en *CE - Hormonas (Canadá)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE), los Árbitros declararon lo siguiente:

[N]uestra tarea de estimar la anulación o menoscabo es muy distinta de la que debe realizar un grupo especial que examina la conformidad de determinadas medidas con la OMC. Una vez que un grupo especial ha constatado que existe incompatibilidad con las normas de la OMC, puede *dar por supuesto* -de conformidad con el párrafo 8 del artículo 3 del ESD- que la incompatibilidad ha causado anulación o menoscabo. Sobre esa base, el Grupo Especial puede conceder reparación a la parte ganadora con arreglo al artículo XXIII del GATT de 1994 o a las disposiciones correspondientes de otros Acuerdos de la OMC. Lo que importa normalmente a un grupo especial son las oportunidades de competencia y las infracciones de las normas de la OMC, no las corrientes comerciales reales. Los grupos especiales no necesitan habitualmente estimar en términos más precisos la anulación o menoscabo causados; pueden suponer su existencia. En cambio, nosotros tenemos que ir un paso más allá. ... Lo que tenemos que hacer es estimar la anulación o menoscabo causados por ella (y cuya existencia se presume de conformidad con el párrafo 8 del artículo 3 del ESD). Para hacerlo en el presente asunto, tenemos que centrarnos en las corrientes comerciales. Debemos estimar los intercambios comerciales perdidos debido a la persistencia de la prohibición después del [vencimiento del plazo prudencial, el] 13 de mayo de 1999.⁵⁰

5.25 Los Árbitros de *CE - Hormonas (Canadá)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE) también declararon que el "valor comercial total" no podía "exceder del valor del menoscabo comercial que constatamos".⁵¹

5.26 Análogo criterio adoptaron los Árbitros en *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos* (párrafo 3 del artículo 25).⁵² Se trataba de un arbitraje previsto en el artículo 25 del ESD para determinar el nivel de la anulación o menoscabo de ventajas para las Comunidades Europeas resultante de la aplicación de ciertas normas legales de los Estados Unidos en materia de derecho de autor. Los Árbitros declararon que estaban de acuerdo con las partes en lo siguiente:

⁵⁰ *Estados Unidos - Hormonas (Canadá)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE), párrafo 41. No se reproducen las notas de pie de página.

⁵¹ *Ibid.*, párrafo 21.

⁵² Laudo arbitral, *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos* (párrafo 3 del artículo 25).

"[A] los efectos de este procedimiento de arbitraje, las ventajas de que se trata son de carácter económico. Esto es coherente con las decisiones anteriores de los Árbitros que han actuado con arreglo al párrafo 6 del artículo 22 del ESD."⁵³

5.27 Los Árbitros del asunto *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor* (párrafo 3 del artículo 25) también observaron que el objeto del procedimiento era "cuantificar el perjuicio económico sufrido por las Comunidades Europeas" como consecuencia de que hubiera seguido aplicándose la legislación estadounidense.⁵⁴

5.28 En el asunto *Brasil - Aeronaves* (párrafo 6 del artículo 22 - *Brasil*), como se ha señalado *supra*, los Árbitros autorizaron tanto la suspensión de concesiones arancelarias como la suspensión de "obligaciones", incluidas obligaciones dimanantes del Acuerdo sobre los Textiles y el Vestido y el Acuerdo sobre Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación. Los Árbitros, tras determinar un límite cuantitativo global para las contramedidas, añadieron lo siguiente:

"[I]os Árbitros instan al Canadá a que se asegure de que, si decide proceder ... a la suspensión de algunas de sus obligaciones para con el Brasil en lugar de aplicar el recargo del 100 por ciento, ello se haga en forma que respete la cuantía máxima de las contramedidas a que se hace referencia en el párrafo anterior".⁵⁵

5.29 A este respecto observamos que la petición de las CE no pone límites cuantificables o monetarios a la forma en que podría aplicarse en la práctica su suspensión. Podría aplicarse a una cantidad ilimitada de exportaciones estadounidenses a las Comunidades Europeas.

⁵³ *Ibid.*, párrafo 3.18.

⁵⁴ *Ibid.*, nota 38. Los Árbitros también dieron ejemplos de anteriores decisiones en que la determinación de las ventajas se calculó en términos económicos:

Véanse, por ejemplo, las decisiones de los árbitros sobre los asuntos *CE - Bananos III (22.6) (EE.UU.)*, *supra*, párrafo 6.12 (ventajas anuladas o menoscabadas: pérdidas de exportaciones estadounidenses de mercancías y pérdidas de suministro 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 suministro 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).

Ibid., nota 39.

⁵⁵ *Brasil - Aeronaves* (párrafo 6 del artículo 22 - *Brasil*), párrafo 4.2.

5.30 Estamos de acuerdo con los Estados Unidos en que, incluso cuando se aplican medidas idénticas de manera similar, los efectos en el comercio pueden ser notablemente distintos. El siguiente ejemplo hipotético lo ilustra:

- ? El Miembro X exporta al Miembro Y mercancías por valor de 10.000 millones de dólares. El Miembro Y decide aplicar un impuesto del 10 por ciento *ad valorem* sobre todos los productos importados del Miembro X. La repercusión económica o comercial total de esa medida (suponiendo que las exportaciones continúen como antes y que el impuesto se pague) será de 1.000 millones de dólares.
- ? Se constata que el impuesto *ad valorem* del 10 por ciento aplicado por el Miembro Y es incompatible con el régimen de la OMC. Tras la expiración del plazo prudencial, el Miembro X trata de adoptar una medida "cualitativamente equivalente" imponiendo un impuesto *ad valorem* del 10 por ciento sobre todas las importaciones procedentes del Miembro Y.
- ? El Miembro Y exporta mercancías al Miembro X por valor de 100.000 millones de dólares. La repercusión económica o comercial total de esta medida "cualitativamente equivalente", el impuesto *ad valorem* del 10 por ciento sobre todos los productos importados del Miembro Y, sería de 10.000 millones de dólares.

5.31 Otros ejemplos, extraídos de otros Acuerdos de la OMC, podrían ilustrar la misma conclusión. Sin embargo, resulta más oportuno examinar cómo podría aplicarse la suspensión propuesta en este caso por las CE a las exportaciones estadounidenses a las Comunidades Europeas. Cualquiera que sea el nivel de la anulación o menoscabo -cuestión a la que volveremos más adelante- la suspensión propuesta por las CE, una vez aplicada, debe permanecer limitada a ese nivel o por debajo de él.

5.32 Tampoco aceptamos el argumento de las CE de que la suspensión de obligaciones es de algún modo "equivalente" porque la medida que propone reproduciría, o reproduciría parcialmente, la Ley de 1916. Dejando a un lado por el momento la cuestión de si podemos examinar la medida de las CE, deseamos reiterar que una medida, aunque sea similar o hasta idéntica, puede tener efectos comerciales disímiles. Dicho en otros términos: pueden existir medidas similares o idénticas que no den lugar a la necesaria equivalencia entre el nivel de la suspensión y el nivel de la anulación o menoscabo.

5.33 Las Comunidades Europeas alegan que "de cualquier modo, lo posible repercusión de la legislación de las CE sería más limitada que la de la Ley de 1916", en parte porque, históricamente, han sido pocos los casos de medidas antidumping impuestas sobre productos estadounidenses.⁵⁶ Sin embargo, los Árbitros no pueden limitarse a *suponer*, sobre la base de la evolución histórica del comercio u otros factores, que la suspensión propuesta por las CE siempre tendrá "efectos similares o, en realidad, efectos económicos menos gravosos que la Ley de 1916".⁵⁷

5.34 Teniendo en cuenta la aplicación potencialmente ilimitada de la suspensión propuesta por las CE, según se expone en su petición, es posible que dicha suspensión exceda del nivel de la anulación o menoscabo cuando se aplique, y por lo tanto se convierta en punitiva. La petición de las CE no asegura que la suspensión se limitará al nivel de la anulación que han sufrido, expresado en términos económicos o comerciales cuantificables.

⁵⁶ *Comunicación escrita de las Comunidades Europeas*, 3 de noviembre de 2003, párrafo 59.

⁵⁷ *Ibid.*, párrafo 60.

5.35 En consecuencia, constatamos que los Estados Unidos han cumplido la carga inicial de la prueba que les correspondía en cuanto a acreditar *prima facie*, o establecer la presunción, de que el nivel de la suspensión propuesta por las Comunidades Europeas no es equivalente al nivel de la anulación y menoscabo.

5.36 Pasamos a continuación a los otros dos elementos de los párrafos 7 y 4 del artículo 22: el "nivel de la suspensión de obligaciones" propuesto por las Comunidades Europeas y el "nivel de la anulación o menoscabo" que las Comunidades Europeas han sufrido.

C. LA PETICIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS Y LA "NATURALEZA" DE LAS OBLIGACIONES QUE SE HAYAN DE SUSPENDER

1. Argumentos de las partes

5.37 Como se señala *supra*, el párrafo 7 del artículo 22 del ESD dispone, en parte, que el árbitro "no examinará la naturaleza de las concesiones u otras obligaciones que se hayan de suspender".

5.38 Los Estados Unidos alegan que las Comunidades Europeas piden a los Árbitros que examinen la naturaleza de las obligaciones que se han de suspender. A juicio de los Estados Unidos, "el párrafo 7 del artículo 22 prescribe que los Árbitros determinen la equivalencia entre el nivel de la suspensión y el nivel de la anulación o menoscabo, y no la equivalencia entre la medida que pondrá en práctica la suspensión y la medida que dio lugar a la anulación o menoscabo. En efecto, la primera frase del párrafo 7 del artículo 22 parece prohibir incluso el examen de la medida destinada a aplicar la suspensión de concesiones o de otras obligaciones que se propone".⁵⁸

5.39 Las Comunidades Europeas no están de acuerdo en que hayan pedido que los Árbitros examinen la "naturaleza" de las obligaciones que se han de suspender. Según las Comunidades Europeas, los Árbitros no sólo pueden examinar el reglamento "espejo" que se propone, sino que incluso pueden "sujetarlo a condiciones".⁵⁹

2. Evaluación por los Árbitros

5.40 A nuestro juicio, el párrafo 7 del artículo 22 no nos permite examinar el reglamento "espejo" propuesto por las Comunidades Europeas, y menos aún "sujetarlo a condiciones". Tal cosa llevaría a los Árbitros a un examen de la "naturaleza" de las obligaciones que se han de suspender. Como

⁵⁸ *Respuesta de los Estados Unidos a las preguntas del Árbitro a las partes*, 20 de noviembre de 2003, párrafo 62.

⁵⁹ En su respuesta a una pregunta de los Árbitros, las Comunidades Europeas manifestaron lo siguiente:

"los Árbitros pueden imponer las condiciones que consideren necesarias para asegurar la equivalencia entre los dos niveles pertinentes. Por ejemplo, si las Comunidades Europeas tuvieran el propósito de adoptar una legislación "espejo" en virtud de la cual pudieran imponerse derechos especiales triples sin manifestar un propósito específico de destruir la rama de producción de las CE, etc., los Árbitros podrían pedir a las Comunidades Europeas que insertaran esa condición para asegurar la equivalencia. Del mismo modo, si las Comunidades Europeas dispusieran la imposición de derechos especiales que sean 10 veces los perjuicios sufridos por la empresa o las empresas de las CE, los Árbitros podrían resolver que el nivel equivalente sólo permite la imposición de derechos especiales del triple de los perjuicios sufridos (análogos a la indemnización triple de la Ley de 1916)".

Respuestas de las Comunidades Europeas a las preguntas del Árbitro, 20 de noviembre de 2003, párrafo 25.

señalaron los Árbitros en *CE - Hormonas (Estados Unidos)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE) y *CE - Hormonas (Canadá)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE):

"Se prohíbe expresamente a los Árbitros examinar 'la naturaleza de las concesiones u otras obligaciones que se hayan de suspender' (salvo en el marco de los párrafos 3 y 5 del artículo 22).

Por esas razones, no podemos exigir a los Estados Unidos que especifiquen más la naturaleza de la suspensión propuesta. Como admiten todas las partes que intervienen en esta diferencia, si una propuesta de suspensión afecta únicamente a las galletas, con un arancel *ad valorem* del 100 por ciento, no corresponde a los Árbitros decidir, por ejemplo, que la suspensión debería afectar a los quesos y no a las galletas, que debería imponerse un arancel del 150 por ciento en lugar de un arancel del 100 por ciento o que el aumento arancelario debería percibirse sobre la base del peso del producto y no *ad valorem*. Todos esos aspectos son aspectos *cualitativos* de la suspensión propuesta que conciernen a la naturaleza de las concesiones que se han de retirar, y exceden de la competencia de los Árbitros."⁶⁰

5.41 Por lo tanto, los Árbitros de *CE - Hormonas (Estados Unidos)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE) y *CE - Hormonas (Canadá)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE) determinaron que tanto las concesiones arancelarias que afectan "a los quesos y no a las galletas" como el alcance de los aumentos arancelarios propuestos o las modalidades de la suspensión eran todos elementos relacionados con la "naturaleza" de las concesiones que se habían de retirar, y no podían ser examinados. A nuestro juicio, un examen del reglamento "espejo" propuesto por las Comunidades Europeas exigiría un papel significativamente más activo que el rechazado por los Árbitros en *CE - Hormonas (Estados Unidos)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE) y *CE - Hormonas (Canadá)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE).

5.42 En consecuencia, estimamos que la propuesta de las Comunidades Europeas de adoptar un reglamento "espejo" se relaciona con la naturaleza de las obligaciones que se han de suspender. Estamos de acuerdo con los Estados Unidos en que no tenemos competencia para determinar la equivalencia entre la *medida* propuesta para poner en práctica la suspensión y la *medida* que dio lugar a la anulación o menoscabo. Los párrafos 6 y 7 del artículo 22 del ESD autorizan la suspensión de *concesiones u otras obligaciones*. Los Árbitros no tienen competencia para aprobar la adopción de *medidas* por la parte reclamante.

5.43 En esta fase, por lo tanto, nos limitamos a tomar nota, como cuestión de hecho, de las declaraciones de las Comunidades Europeas en el sentido de que se proponen poner en práctica cualquier suspensión de obligaciones autorizada mediante el reglamento "espejo" que proponen. Pero, de acuerdo con las claras limitaciones de nuestro mandato establecidas por el párrafo 7 del artículo 22, nos abstenemos de examinar ese reglamento.

5.44 Aunque no podemos examinar las medidas propuestas para aplicar cualquier suspensión de obligaciones autorizada, debemos realizar, desde luego, una determinación acerca de si la suspensión de obligaciones propuesta por las Comunidades Europeas es equivalente al nivel de anulación o menoscabo. En consecuencia, pasamos ahora al otro miembro de la ecuación: la anulación o menoscabo sufrido por las Comunidades Europeas como consecuencia de la Ley de 1916.

⁶⁰ *CE - Hormonas (Estados Unidos)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE), párrafos 18-19, las cursivas figuran en el original; (*CE - Hormonas (Canadá)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE), párrafos 18-19, las cursivas figuran en el original).

D. EL NIVEL DE LA ANULACIÓN O MENOSCABO SUFRIDO POR LAS COMUNIDADES EUROPEAS

1. Argumentos de las partes

5.45 Los Estados Unidos alegan que el nivel de la anulación o menoscabo sufrido por las Comunidades Europeas como consecuencia de la Ley de 1916 es "cero". A juicio de los Estados Unidos:

"La omisión de poner la Ley de 1916 en conformidad con el régimen de la OMC al término del plazo prudencial *no* ha anulado o menoscabado ninguna ventaja resultante para las CE del GATT o el Acuerdo Antidumping. El punto de partida es la situación existente al término del plazo prudencial, cuando se inició este arbitraje y se fijó su mandato. No estaba en vigor ninguna orden de imposición de derechos contra productos de las CE y no estaba afectado ningún comercio de las CE. Si la Ley de 1916 se hubiera puesto en conformidad desde esa fecha, ello no habría dado lugar a ningún aumento del comercio de las CE. Por consiguiente, el nivel de la anulación o menoscabo sufrido por las CE fue cero."⁶¹

5.46 Las Comunidades Europeas "rechazan la infundada alegación de los Estados Unidos de que la anulación y el menoscabo son cero":

"Las Comunidades Europeas desean recordar las constataciones del Grupo Especial en el asunto *Estados Unidos - Ley de 1916 (CE)*, conforme a las cuales:

(...) habida cuenta de que ... los Estados Unidos no han aportado ningún elemento de prueba en contrario, concluimos que la Ley de 1916 anula o menoscaba ventajas resultantes para las Comunidades Europeas del Acuerdo sobre la OMC.

Las alegaciones de los Estados Unidos según las cuales las Comunidades Europeas no han sufrido anulación o menoscabo están, por lo tanto, en frontal contradicción con las conclusiones del Grupo Especial, confirmadas por el Órgano de Apelación. Las Comunidades Europeas, en lugar de reiterar la argumentación esgrimida ante el Grupo Especial y el Órgano de Apelación sobre la Ley de 1916, quisieran recomendar a los Estados Unidos que respetasen el párrafo 14 del artículo 17 del ESD, en virtud del cual "los informes del Órgano de Apelación serán adoptados por el OSD y *aceptados sin condiciones* por las partes en la diferencia (...)." (sin cursivas en el original)⁶²

5.47 Las Comunidades Europeas alegan que el nivel de la anulación o menoscabo tiene que determinarse en relación con las ventajas directas o indirectas que corresponden a un Miembro con arreglo al Acuerdo pertinente. En consecuencia, las Comunidades Europeas sostienen que la anulación o menoscabo debe entenderse "en sentido amplio, sin que se limite de ningún modo a la pérdida de comercio o de exportaciones a los Estados Unidos". En el presente caso, las Comunidades Europeas consideran que "la existencia de la Ley de 1916 constituye por sí misma la anulación y menoscabo pertinente. Como consecuencia de la Ley de 1916, las empresas europeas han sufrido y sufren pérdidas económicas y han tenido que hacer frente a sus consecuencias más amplias, a saber, el efecto disuasivo de la Ley de 1916".

⁶¹ *Comunicación escrita de los Estados Unidos*, 20 de octubre de 2003, párrafo 27.

⁶² *Comunicación escrita de las Comunidades Europeas*, 3 de noviembre de 2003, párrafos 14-15.

2. Evaluación por los Árbitros

a) La presunción de anulación

5.48 No aceptamos la posición de los Estados Unidos según la cual el nivel de la anulación o menoscabo, en este caso, es "cero". Como señalan las Comunidades Europeas, el Grupo Especial inicial que entendió en esta diferencia constató, y así lo confirmó el Órgano de Apelación, que "la Ley de 1916 anula y menoscaba ventajas resultantes para las Comunidades Europeas". Por lo tanto, aunque el nivel de la anulación o menoscabo no se haya especificado en términos cuantitativos en la solicitud presentada por las CE al amparo del párrafo 2 del artículo 22, ese nivel claramente no es, ni puede ser, "cero". A nuestro juicio, la posición de los Estados Unidos no puede sostenerse a la luz de las constataciones adoptadas del Grupo Especial y el Órgano de Apelación.

5.49 En apoyo de su argumento, los Estados Unidos citan la decisión de los Árbitros en el asunto *CE - Banano III (Estados Unidos) (párrafo 6 del artículo 22 - CE)*:

"No cabe considerar que la *presunción* de anulación o menoscabo en caso de infracción de una disposición del GATT que establece el párrafo 8 del artículo 3 del ESD constituya en sí misma también una *prueba* de un determinado nivel de la anulación o menoscabo supuestamente sufridos por un Miembro que pida autorización para suspender concesiones al amparo del artículo 22 del ESD en una etapa muy posterior del sistema de solución de diferencias de la OMC. 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. ... 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."⁶³

5.50 Estamos de acuerdo con los Árbitros que actuaron en *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. Pero el hecho de que esa presunción no se traduzca automáticamente en un nivel determinado no significa que el nivel sea "cero". El Grupo Especial inicial determinó que la Ley de 1916 "anula y menoscaba ventajas resultantes para las Comunidades Europeas". En vista de tal conclusión, el nivel debe ser mayor que "cero", y sugerir lo contrario es un contrasentido.

5.51 Pasamos a examinar seguidamente los parámetros para determinar el nivel real de anulación o menoscabo sufrido por las Comunidades Europeas en el presente caso.

b) La posición de las CE de que la existencia de la Ley de 1916 constituye la anulación y menoscabo

5.52 Las Comunidades Europeas subrayan en sus comunicaciones que "la existencia de la Ley de 1916, en sí misma, constituye la anulación y menoscabo pertinente". Por lo tanto, a juicio de las Comunidades Europeas, "los perjuicios financieros concretos sufridos por las empresas afectadas, así

⁶³ *CE - Banano III (Estados Unidos) (párrafo 6 del artículo 22 - CE)*, párrafo 6.10, citado en *Comunicación escrita de los Estados Unidos*, 20 de octubre de 2003, párrafo 27.

como el efecto disuasivo de la Ley de 1916, no son más que consecuencias económicas de la Ley de 1916".⁶⁴

5.53 Sin embargo, como se señaló antes, ninguna suspensión propuesta por las Comunidades Europeas puede aplicarse en forma que exceda del nivel de la anulación o menoscabo. A fin de verificar en qué condiciones podría ocurrir tal cosa -o, dicho en otros términos, para determinar el nivel de la suspensión que no sería punitivo- los Árbitros estiman necesario examinar lo que podría considerarse legítimamente que constituye anulación o menoscabo de ventajas resultantes para las Comunidades Europeas en el presente caso.

c) Cálculo de la anulación o menoscabo: utilizar "estimaciones razonadas" y evitar la especulación

5.54 Para determinar el nivel de la anulación o menoscabo sufrido por las Comunidades Europeas como consecuencia de la Ley de 1916 necesitamos apoyarnos, en la mayor medida posible, en información fidedigna, fáctica y verificable. No podemos basar ninguna estimación de esa clase en la especulación. Como señalaron los Árbitros en *CE - Hormonas (Estados Unidos)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE):

Así pues, la pregunta que tenemos que contestar aquí es: ¿cuáles serían las exportaciones anuales prospectivas de carne de bovino y productos de carne de bovino tratada con hormonas de los Estados Unidos a las CE si las CE hubieran suprimido la prohibición el 13 de mayo de 1999? La respuesta a esta pregunta, como a cualquier pregunta relativa a acontecimientos futuros, sólo puede ser una estimación razonada, basada necesariamente en determinadas hipótesis. *Al realizar esas estimaciones y formular esas hipótesis, tenemos que tomar precauciones contra las alegaciones relativas a oportunidades perdidas cuya vinculación causal con la prohibición de las hormonas incompatible no es ni mucho menos evidente, es decir, contra los casos en que las exportaciones supuestamente perdidas no lo han sido debido a la prohibición sino a otras circunstancias.*⁶⁵

⁶⁴ *Respuestas de las Comunidades Europeas a las preguntas del Árbitro*, 20 de noviembre de 2003, párrafo 16.

⁶⁵ *CE - Hormonas (Estados Unidos)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE), párrafo 41 (sin cursivas en el original). En apoyo de esta posición los Árbitros del asunto *CE - Hormonas (Estados Unidos)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE) citaron el siguiente texto de *CE - Banano III (Estados Unidos)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE):

"Consideramos que la pauta para calcular la anulación o menoscabo de corrientes comerciales de los Estados Unidos debe basarse en las pérdidas de exportaciones estadounidenses de mercancías a las Comunidades Europeas y en las pérdidas de suministro de servicios a las Comunidades Europeas o dentro de las Comunidades Europeas sufridas por los proveedores estadounidenses de servicios. En cambio, consideramos que las pérdidas de exportaciones estadounidenses de bienes o servicios *en el comercio entre los Estados Unidos y terceros países* no suponen una anulación o menoscabo, ni siquiera de ventajas *indirectas* resultantes para los Estados Unidos del GATT o del AGCS, por razón de los cuales las Comunidades Europeas puedan verse enfrentadas a la suspensión de concesiones."

CE - Banano III (Estados Unidos) (párrafo 6 del artículo 22 - CE), párrafo 6.12; las cursivas figuran en el original.

5.55 Aplicando este enfoque, los Árbitros de *CE - Hormonas (Estados Unidos)* (párrafo 6 del artículo 22 - *CE*) desestimaron las alegaciones de los Estados Unidos referentes a las pérdidas de ciertas exportaciones, considerándolas "demasiado distantes" y "demasiado especulativas".⁶⁶

5.56 El Árbitro del asunto *Canadá - Créditos y garantías para aeronaves* (párrafo 6 del artículo 22 - *Canadá*) adoptó un criterio similar. En ese asunto, el Canadá alegó que determinada empresa de transporte aéreo tenía "un margen de preferencia manifiesto" por un fabricante canadiense de aeronaves regionales. El Árbitro desestimó este argumento, en parte porque "aunque pueda haber existido tal preferencia, el Canadá no la ha cuantificado significativamente ...".⁶⁷

5.57 Nos parece procedente este criterio prudente adoptado por otros Árbitros anteriores. En consecuencia, examinaremos a continuación el nivel de anulación o menoscabo en el presente caso evitando las alegaciones que sean "demasiado distantes" o "demasiado especulativas", o que no estén "cuantificadas significativamente".

d) Sentencias firmes basadas en la Ley de 1916

5.58 A nuestro juicio, toda sentencia firme dictada contra empresas de las CE o sus filiales en virtud de la Ley de 1916 constituiría anulación o menoscabo de ventajas resultantes para las Comunidades Europeas, hasta el valor en dólares o en términos monetarios de la sentencia firme. A nuestro juicio, sería apropiado incluir únicamente las sentencias "firmes", es decir, las condenas de pago después de que se han agotado los recursos de apelación o de que han vencido los plazos para presentarlos. Además, todas esas decisiones se hacen públicas, por lo que la cuantía de las condenas es de fácil verificación.

5.59 En un caso en que se plantean múltiples reclamaciones -es decir, cuando la sentencia resuelve al mismo tiempo reclamaciones basadas en la Ley de 1916 y reclamaciones no basadas en ésta- la cuantía incluida por las Comunidades Europeas en el cálculo de su nivel de anulación o menoscabo tendría que limitarse exclusivamente a las reclamaciones basadas en la Ley de 1916.

5.60 Las sentencias basadas en la Ley de 1916 se pronuncian en virtud de una legislación incompatible con el régimen de la OMC, e indudablemente anulan o menoscaban ventajas resultantes para las Comunidades Europeas del GATT de 1994 y el Acuerdo Antidumping. El valor acumulativo en dólares, o en términos monetarios, de las sentencias basadas en dicha Ley podría incluirse por lo tanto, en principio, en cualquier cálculo acumulativo que hagan las Comunidades Europeas del nivel global de la anulación o menoscabo que han sufrido.

e) Transacciones convenidas en el marco de la Ley de 1916

5.61 A nuestro juicio, cualquier decisión resultante de transacciones convenidas por empresas de las CE o sus filiales en el marco de la Ley de 1916 equivaldría igualmente a una anulación o menoscabo de ventajas resultantes para las Comunidades Europeas, hasta el valor acumulativo en dólares o en términos monetarios de las transacciones. También en este caso, tales transacciones resultan de una legislación incompatible con el régimen de la OMC, y en consecuencia anulan o menoscaban ventajas resultantes para las Comunidades Europeas. A nuestro juicio, el efecto jurídico en términos de la anulación o menoscabo de ventajas resultantes para las Comunidades Europeas es el mismo, se trate de sumas pagaderas por entidades de las CE en cumplimiento de órdenes judiciales en virtud de la Ley de 1916 o de transacciones convenidas en el marco de dicha Ley.

⁶⁶ *CE - Hormonas (Estados Unidos)* (párrafo 6 del artículo 22 - *CE*), párrafo 77.

⁶⁷ *Canadá - Créditos y garantías para aeronaves* (párrafo 6 del artículo 22 - *Canadá*), párrafo 3.22.

5.62 En una transacción referente a múltiples reclamaciones -es decir, cuando la transacción resuelve una demanda que comprende al mismo tiempo reclamaciones basadas en la Ley de 1916 y reclamaciones no basadas en ésta- la cuantía incluida por las Comunidades Europeas en el cálculo de su nivel de anulación o menoscabo tendría que limitarse exclusivamente a las reclamaciones basadas en la Ley de 1916.

5.63 Como se señaló antes, al calcular el nivel de la anulación o menoscabo es preciso basarse exclusivamente en información fidedigna y verificable y no en especulaciones. En el contexto de transacciones basadas en la Ley de 1916, esto requeriría casi seguramente la revelación de tales transacciones, de modo que permitiera confirmar su cuantía y las partes imputables a la Ley de 1916. Este punto se analiza más adelante con mayor detenimiento.

f) Efecto disuasivo o "paralizador"

5.64 Las partes adoptaron posiciones radicalmente divergentes sobre el supuesto efecto disuasivo o "paralizador" de la Ley de 1916. Las Comunidades Europeas afirmaron lo siguiente:

"Cabe sostener que el efecto más perjudicial de la Ley de 1916 es su efecto 'paralizador' en el comportamiento comercial de las empresas europeas y la posibilidad de su empleo como medio de intimidación contra las empresas europeas que ya desarrollan actividades en el mercado estadounidense o consideran la posibilidad de entrar en él"⁶⁸

5.65 Las Comunidades Europeas caracterizaron la Ley de 1916 como "un instrumento de intimidación". Sostuvieron que "los exportadores se han visto forzados siempre a transigir", mientras que "no cabe duda de que otros han modificado su comportamiento comercial como consecuencia de amenazas, sin que se incoara acción judicial alguna".⁶⁹ Las Comunidades Europeas citan, en apoyo de su posición, la decisión del Grupo Especial que se ocupó del asunto *Estados Unidos - Artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior*:

"[E]n el caso de un tratado cuyas ventajas dependen en parte de la actividad de los empresarios, se puede interpretar que las propias disposiciones legislativas constituyen una infracción, puesto que la mera existencia de esas disposiciones puede tener un efecto paralizador apreciable sobre las actividades económicas de los particulares."⁷⁰

5.66 Por consiguiente, a juicio de las Comunidades Europeas, "los grupos especiales siempre han reconocido que la legislación puede tener un efecto disuasivo o 'paralizador' de las actividades económicas de los operadores. Huelga decir que ese efecto se manifiesta más aún cuando se trata de leyes penales o civiles de carácter punitivo".⁷¹

5.67 Las Comunidades Europeas añadieron lo siguiente:

"Cualquier intento de cuantificar el 'efecto paralizador' está condenado al fracaso. Sin embargo, el efecto disuasivo es un elemento cualitativo importante para la determinación del nivel de la anulación y menoscabo que sufren las CE debido a la

⁶⁸ *Comunicación escrita de las Comunidades Europeas*, 3 de noviembre de 2003, párrafo 31.

⁶⁹ *Ibid.*, párrafo 32.

⁷⁰ *Estados Unidos - Artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior*, párrafo 7.81.

⁷¹ *Comunicación escrita de las Comunidades Europeas*, 3 de noviembre de 2003, párrafo 33.

existencia de la Ley de 1916. Las empresas afectadas han confirmado que la existencia de la Ley de 1916 ha menoscabado su igualdad de oportunidades en el mercado estadounidense.⁷²

5.68 Los Estados Unidos argumentaron lo siguiente:

"En lo que respecta a esta diferencia, la Ley de 1916 no tiene efecto 'disuasivo' ni 'paralizador' sobre las importaciones procedentes de las CE, ni éstas han presentado prueba alguna para acreditar que lo tiene.

Ningún arbitraje anterior ha incluido cálculo alguno de un 'efecto disuasivo o paralizador' causado por medidas incompatibles con el régimen de la OMC. Las Comunidades Europeas piden que el Árbitro, en estas actuaciones, adopte la medida sin precedentes de introducir el concepto de 'efecto paralizador' y formule la constatación de un nivel de anulación o menoscabo basado en ese concepto especulativo. Las Comunidades Europeas no han señalado fundamento alguno de tal criterio en el texto del ESD.⁷³

5.69 Opinamos que cualquier alegación por las Comunidades Europeas de un efecto disuasivo o "paralizador" en el presente caso sería demasiado especulativo y demasiado distante. No nos es preciso decidir, a los efectos de este arbitraje, el problema más general de si cabe considerar que existe un "efecto paralizador" a los fines de la solución de diferencias en la OMC.⁷⁴ Sólo necesitamos determinar si ese efecto paralizador puede cuantificarse significativamente a los fines de determinar el nivel de anulación o menoscabo sufrido por las Comunidades Europeas como consecuencia de la Ley de 1916.

5.70 Ambas partes están de acuerdo en que el efecto paralizador no puede cuantificarse en el presente caso. Los Estados Unidos, refiriéndose a ciertos estudios econométricos presentados por las Comunidades Europeas, alegan que "aunque pudiera considerarse que esos estudios determinan la existencia de un 'efecto paralizador' respecto de los derechos antidumping, no lo acreditan respecto de la Ley de 1916".⁷⁵ Las Comunidades Europeas reconocieron que "no tienen conocimiento de ningún modelo econométrico que pudiera medir el 'efecto paralizador' producido por la mera existencia de legislación antidumping o, en términos aún más específicos, de la Ley de 1916".⁷⁶

⁷² *Ibid.*, párrafo 34.

⁷³ *Respuestas de los Estados Unidos a las preguntas adicionales del Árbitro a las partes*, 16 de diciembre de 2003, párrafos 2-3.

⁷⁴ Observamos que si la Ley de 1916 tiene un efecto "paralizador" -cuestión sobre la cual no nos pronunciamos- la suspensión de obligaciones propuesta por las CE tiene presumiblemente igual efecto. De modo concomitante, si la Ley de 1916 no tiene efecto "paralizador", entonces presumiblemente tampoco lo tiene la suspensión de obligaciones propuesta por las CE.

⁷⁵ *Observaciones de los Estados Unidos sobre las respuestas de las Comunidades Europeas a las preguntas adicionales del Árbitro*, 22 de diciembre de 2003, párrafo 3.

⁷⁶ *Respuestas de las Comunidades Europeas a las preguntas adicionales del Árbitro*, 16 de diciembre de 2003, párrafo 1.

5.71 Las Comunidades Europeas subrayan que "la cuestión del 'efecto paralizador' y su cuantificación no es esencial a los fines de estas actuaciones y las Comunidades Europeas nunca basaron su petición en ese concepto. En efecto, en opinión de las Comunidades Europeas ni siquiera es necesario (y puede ser imposible) entrar en los detalles [cuantitativos] de ese concepto".⁷⁷ Reconocemos que las Comunidades Europeas nunca "basaron" su petición en el concepto del "efecto paralizador". Al mismo tiempo, es necesario que evaluemos si es posible cuantificar el "efecto paralizador", como parte de la determinación del nivel general cuantificado de la anulación o menoscabo sufrido por las Comunidades Europeas.

5.72 Sobre la base de la información suministrada a los árbitros, estamos de acuerdo con las partes en que no es posible la cuantificación del efecto paralizador. En consecuencia, el efecto paralizador supuestamente causado por la Ley de 1916 no podría incluirse en ningún cálculo de las Comunidades Europeas del nivel general de la anulación o menoscabo que han sufrido.

g) Costas procesales

5.73 Las Comunidades Europeas consideran que los "gastos judiciales relacionados con asuntos judiciales pendientes en los Estados Unidos" son uno de los "costos inmediatos de la Ley de 1916".⁷⁸ Los Estados Unidos adoptan una posición contraria, subrayando que "no alcanzan a ver cómo es posible que los gastos judiciales de asuntos pendientes en el marco de la Ley de 1916 se relacionen con alguna 'ventaja' resultante para los Miembros de la OMC de algún Acuerdo de la OMC. Las CE no han señalado en el régimen de la OMC ninguna obligación de prevenir demandas contra personas en un Miembro". Los Estados Unidos argumentan que "ni el GATT de 1994 ni el Acuerdo Antidumping otorgan a ninguna persona de un Miembro de la OMC el derecho de importar productos en el territorio de otro Miembro de la OMC, y menos aún la inmunidad judicial o el beneficio de algún tipo de 'límite máximo' a los gastos judiciales incurridos como consecuencia de la importación. Por consiguiente, los 'gastos judiciales' en que incurran los importadores como consecuencia de la Ley de 1916 no parecen constituir la anulación o menoscabo de ninguna 'ventaja' resultante para un Miembro de ningún Acuerdo de la OMC".⁷⁹

5.74 En su respuesta, las Comunidades Europeas rechazan la idea de que "los gastos judiciales en los asuntos pendientes en el marco de la Ley de 1916 [no] se relacionan con ninguna 'ventaja' resultante para los Miembros de la OMC". A juicio de las Comunidades Europeas, "los Acuerdos de la OMC, y en este caso particular el GATT y el Acuerdo Antidumping, constituyen un marco jurídico previsible y seguro para el comportamiento comercial de las empresas en el mercado estadounidense. Por lo tanto, cualquier empresa que cumple las normas de esos Acuerdos goza de una expectativa razonable de poder actuar en forma comercial normal, sin interferencias (legales) indebidas". Como consecuencia de la Ley de 1916, según las Comunidades Europeas, "una de las principales ventajas de los Acuerdos de la OMC, en particular la seguridad y la previsibilidad jurídicas, resulta anulada y menoscabada".⁸⁰

⁷⁷ *Observaciones de las Comunidades Europeas sobre las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas adicionales del Árbitro*, 22 de diciembre de 2003, párrafo 8.

⁷⁸ *Documento metodológico de las Comunidades Europeas*, 6 de octubre de 2003, párrafo 4. Las Comunidades Europeas también han hecho referencia a gastos conexos, con inclusión de "los gastos ocultos de las empresas que se ven obligadas a defenderse": *Respuestas de las Comunidades Europeas a las preguntas del Árbitro*, 20 de noviembre de 2003, párrafo 48.

⁷⁹ *Comunicación escrita de los Estados Unidos*, 20 de octubre de 2003, párrafo 30.

⁸⁰ *Comunicación escrita de las Comunidades Europeas*, 3 de noviembre de 2003, párrafo 30.

5.75 Las Comunidades Europeas también afirman que no es posible hacer un cálculo exacto de las costas procesales, en parte porque "para las empresas que intervienen activamente en un proceso regido por la Ley de 1916, la defensa de sus intereses genera nuevos costos cada día. Por consiguiente, indicar la cuantía precisa de los costos sería como perseguir un blanco móvil".⁸¹ La información suministrada por las Comunidades Europeas a los árbitros sobre algunas costas procesales en que incurrieron entidades de las CE tenía "exclusivamente fines ilustrativos".⁸² Los Estados Unidos adoptan la posición de que "las CE han exagerado esos honorarios en varios aspectos importantes, y no han presentado prueba alguna en apoyo de esas alegaciones".⁸³ Los Estados Unidos aducen que las Comunidades Europeas han presentado "aseveraciones de particulares participantes en tales asuntos, formuladas sin juramento ni fundamentación. Hasta donde llega nuestro conocimiento, nunca un árbitro ha basado en alegaciones tan vagas e infundadas un laudo en el marco del párrafo 6 del artículo 22".⁸⁴

5.76 Los Árbitros recuerdan su posición, expuesta más arriba, de que es apropiado seguir el criterio prudente adoptado por otros árbitros anteriores para determinar el nivel de la anulación o menoscabo. No tenemos conocimiento de que los Acuerdos de la OMC ofrezcan ninguna base que apoye el criterio propuesto por las Comunidades Europeas según el cual los honorarios de asistencia letrada pueden alegarse como pérdida de ventajas resultantes para un Miembro de la OMC. Además, no tenemos presente ningún caso anterior en que se haya admitido tal alegación. Tampoco está claro qué clase de honorarios podrían incluirse en tal alegación, y en qué circunstancia.

5.77 En las circunstancias de este caso, es un hecho no controvertido que las Comunidades Europeas no han "cuantificado significativamente" el importe de los honorarios de asistencia letrada pagados por entidades de las CE como consecuencia de la Ley de 1916. Las Comunidades Europeas reconocen incluso que sólo han presentado ejemplos de tales gastos, y no una tabulación general verificable. Además, como ya se ha indicado, esos ejemplos de honorarios han sido controvertidos por los Estados Unidos.

5.78 En consecuencia, a nuestro juicio las costas procesales en que incurrieron las entidades de las CE en el marco de la Ley de 1916 no podrían incluirse en ningún cálculo de las Comunidades Europeas del nivel general de la anulación o menoscabo.

h) Conclusión sobre los parámetros del cálculo de la anulación o menoscabo

5.79 Hemos determinado así que, al evaluar si la aplicación de la suspensión de obligaciones propuesta por las Comunidades Europeas excedería del nivel de la anulación o menoscabo, sería apropiado incluir las sentencias firmes dictadas en el ámbito de la Ley de 1916, así como las decisiones de transacción destinadas a resolver reclamaciones planteadas en el marco de la Ley. En el presente caso no sería apropiado incluir ninguna alegación relacionada con el "efecto paralizador" atribuido a la Ley, ni costas procesales y gastos conexos.

5.80 En la próxima sección aplicaremos estos parámetros a las circunstancias concretas de este caso.

⁸¹ *Comunicación escrita de las Comunidades Europeas*, 3 de noviembre de 2003, párrafo 29.

⁸² *Respuestas de las Comunidades Europeas a las preguntas del Árbitro*, 20 de noviembre de 2003, párrafo 49.

⁸³ *Observaciones de los Estados Unidos sobre las respuestas de las Comunidades Europeas a las preguntas adicionales del Árbitro*, 22 de diciembre de 2003, párrafo 8.

⁸⁴ *Observaciones de los Estados Unidos sobre las respuestas de las Comunidades Europeas a las preguntas adicionales del Árbitro*, 22 de diciembre de 2003, párrafo 14.

VI. DETERMINACIÓN DEL NIVEL DE LA ANULACIÓN O MENOSCABO EN EL PRESENTE CASO

1. Introducción

6.1 Hemos subrayado en todo este laudo que al evaluar la conformidad con el régimen de la OMC de la petición de suspensión de obligaciones presentada por las Comunidades Europeas el factor determinante, a nuestro juicio, es la forma en que la suspensión *se aplicaría* en la práctica. Es conveniente, por lo tanto, formular opiniones no sólo sobre la forma en que podría aplicarse la suspensión propuesta por las CE en este momento, sino también la forma en que podría aplicarse con continuidad en caso de que no se suprimiera la medida de los Estados Unidos incompatible con el régimen de la OMC.

6.2 Estamos de acuerdo en que las Comunidades Europeas pueden suspender obligaciones dimanantes del GATT de 1994 y del Acuerdo Antidumping con la importante salvedad de que, cualesquiera que sean las obligaciones que suspendan, el nivel global cuantificado de la suspensión no puede exceder del nivel cuantificado de la anulación o menoscabo.

6.3 Hemos indicado que las Comunidades Europeas, al calcular el nivel de la anulación o menoscabo, podían incluir tanto las sentencias firmes basadas en la Ley de 1916 como los acuerdos de transacción basados en esa Ley. Examinaremos a continuación cada una de esas situaciones.

2. Sentencias firmes basadas en la Ley de 1916

6.4 Como se indica *supra*, la cuantía de cualesquiera sentencias firmes dictadas contra empresas de las CE o sus filiales sobre la base de la Ley Antidumping de 1916 constituiría anulación o menoscabo de ventajas resultantes para las Comunidades Europeas, hasta el valor acumulativo en dólares o en términos monetarios fijado en esas sentencias.

6.5 Hasta la fecha no se han dictado sentencias contra entidades de las CE sobre la base de la Ley de 1916. Por lo tanto, actualmente no podría incluirse ninguna suma por ese concepto en ningún cálculo del nivel de la anulación o menoscabo sufrido por las Comunidades Europeas.

6.6 Las sentencias contra entidades de las CE que se dicten en el futuro sobre la base de la Ley podrían incluirse, a nuestro juicio, en un cálculo futuro del nivel de la anulación o menoscabo sufrido por las Comunidades Europeas. A los fines de ese cálculo, lo pertinente sería el valor monetario total de esas sentencias en el marco de la Ley de 1916 (es decir, con independencia del número de decisiones de "triple indemnización" impuestas en los Estados Unidos), al que podría corresponder una suspensión de obligaciones por las Comunidades Europeas de una cuantía monetaria equivalente (también en este caso con independencia de cuántas decisiones de imposición de "derechos triples" las Comunidades Europeas puedan aplicar como respuesta).

3. Transacciones convenidas en el marco de la Ley de 1916

6.7 Como se indica *supra*, el valor en dólares de cualesquiera transacciones convenidas por empresas de las CE o sus filiales en el marco de la Ley de 1916 constituiría anulación o menoscabo de ventajas resultantes para las Comunidades Europeas, hasta el valor acumulativo en dólares o en términos monetarios de las transacciones pagadero por entidades de las Comunidades Europeas.

6.8 Las Comunidades Europeas han afirmado que desde la expiración del plazo prudencial entidades de las Comunidades Europeas han celebrado acuerdos de transacción. Sin embargo, las cuantías de tales transacciones no ha sido revelada, evidentemente debido a disposiciones sobre confidencialidad incluidas en los acuerdos de transacción aplicables.

6.9 Los Árbitros tienen plena conciencia de las limitaciones aplicables a la información sobre tales decisiones de transacción. Las Comunidades Europeas nos han informado de que no les era posible obtener el texto de los acuerdos de transacción, en parte porque las empresas estadounidenses participantes en éstos se negaban a revelarlo.⁸⁵ Los Estados Unidos indicaron que no podían obtener acceso a los acuerdos de transacción debido a las disposiciones sobre confidencialidad que contienen.⁸⁶

6.10 Al mismo tiempo, no creemos que las decisiones de transacción no reveladas puedan incluirse en el cálculo del nivel de la anulación o menoscabo. Los Árbitros recuerdan que no pueden admitir alegaciones "demasiado distantes", "demasiado especulativas" o "no cuantificadas significativamente".

6.11 Recordamos también que, conforme a las reglas normales aplicables a la carga de la prueba, establecidas en *CE - Hormonas (Estados Unidos) (párrafo 6 del artículo 22 - CE)* y *CE - Hormonas (Canadá) (párrafo 6 del artículo 22 - CE)*, "cuando se alega la existencia de un *hecho* determinado ... la carga de probar la existencia [del] hecho corresponde a la parte que lo alega". En el presente caso, las Comunidades Europeas han alegado "hechos específicos": la resolución por transacción de las reclamaciones basadas en la Ley de 1916 con respecto a entidades de las CE. Pero no han probado esos hechos.⁸⁷

⁸⁵ Las Comunidades Europeas afirmaron lo siguiente:

"A pesar de sus esfuerzos, las Comunidades Europeas no han podido obtener el texto de los acuerdos de transacción. En el asunto *Goss International vs. MAN Roland, Koenig & Bauer*, se informó a las Comunidades Europeas de que la empresa estadounidense se oponía a dar a conocer el acuerdo. Las Comunidades Europeas no disponen de medios jurídicos para imponer la revelación de los términos del acuerdo conforme a las condiciones de confidencialidad estipuladas en él. Por último, se ha informado a las Comunidades Europeas de que ni siquiera una solicitud directa de los árbitros a las empresas satisfaría las condiciones del acuerdo de transacción, y que la comunicación no autorizada del documento podría exponer a las empresas europeas a nuevas acciones judiciales en los Estados Unidos."

Observaciones de las Comunidades Europeas sobre las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas adicionales del Árbitro, 22 de diciembre de 2003, párrafo 10.

⁸⁶ Los Estados Unidos informaron de que se habían puesto en comunicación con las partes en los recientes litigios referentes a la Ley de 1916 para recabar información sobre los términos de las transacciones respectivas. Sin embargo, según los Estados Unidos:

"... cada uno de esos acuerdos de transacción entre litigantes privados está sujeto a disposiciones sobre confidencialidad que impiden el acceso de terceros. Esas disposiciones sobre confidencialidad cuyo cumplimiento puede exigirse judicialmente, son independientes y distintas de cualquier consideración de confidencialidad comercial. Ninguna de las partes está facultada para revelar los términos de la transacción. En consecuencia, los Estados Unidos no pueden obtener acceso a los términos de la transacción y, por lo tanto, no están en condiciones de apreciar su repercusión, si la tuviera."

Respuestas de los Estados Unidos a las preguntas adicionales del Árbitro a las partes, 16 de diciembre de 2003, párrafo 7.

⁸⁷ Las Comunidades Europeas han presentado a los Árbitros una decisión que condena al pago de una indemnización a una empresa japonesa sobre la base de la Ley de 1916, dictada el 3 de diciembre de 2003 por el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos del Distrito Septentrional de Iowa. Las Comunidades Europeas observaron que se trataba de la primera decisión dictada sobre la base de la Ley de 1916. Las Comunidades Europeas alegaron lo siguiente:

"... la empresa *Goss International* obtuvo la primera sentencia que se ha dictado hasta ahora sobre la base de la Ley de 1916, que condena al pago de una indemnización a la empresa japonesa *TKS*.

6.12 Por lo tanto, en la medida en que las Comunidades Europeas puedan obtener información fidedigna acerca de los acuerdos de transacción existentes en el marco de la Ley de 1916 -en otras palabras, en la medida en que puedan obtener la revelación de tales acuerdos extrajudiciales- podrán incluir en cualquier cálculo del nivel de anulación o menoscabo las sumas pagaderas por entidades de las CE en las transacciones convenidas en el marco de la Ley de 1916.

6.13 Las futuras decisiones de transacción en el marco de la Ley de 1916 con respecto a entidades de las CE podrían igualmente incluirse en el cálculo futuro del nivel cuantificado global de anulación o menoscabo sufrido por las Comunidades Europeas. También en este caso sería necesario obtener información verificable acerca de tales decisiones. En otras palabras, sería necesaria su revelación.

4. Continuación de la anulación o menoscabo

6.14 La Ley de 1916 ha sido declarada incompatible con el régimen de la OMC "en sí misma", y los Estados Unidos no han cumplido las recomendaciones y resoluciones del OSD de poner su medida en conformidad con las obligaciones que les corresponden en el régimen de la OMC. Las Comunidades Europeas tienen, con arreglo al ESD, el derecho de suspender obligaciones, con sujeción a las condiciones indicadas en este laudo. Al mismo tiempo, no consideramos que el derecho de las Comunidades Europeas a suspender obligaciones deba quedar congelado en el tiempo en la fecha en que las Comunidades Europeas formularon su solicitud al amparo del párrafo 2 del artículo 22 del ESD. La existencia y el mantenimiento de la Ley de 1916, en sí misma, viola los derechos de las Comunidades Europeas; y cada aplicación de esa Ley -si un tribunal de los Estados Unidos condenara a una entidad de las CE a pagar una indemnización, o si entidades de las CE celebran acuerdos para resolver reclamaciones basadas en la Ley de 1916- acrecienta el nivel de anulación o menoscabo sufrido por las Comunidades Europeas como consecuencia de la Ley.

6.15 La situación actual debe distinguirse de un caso en que el Grupo Especial inicial declaró que la medida de la parte demandada era incompatible con el régimen de la OMC únicamente "en su aplicación". En un caso como ese los Árbitros no pueden autorizar la suspensión de concesiones u otras obligaciones más allá del nivel de la anulación o menoscabo causado por la aplicación específica de la medida incompatible con el régimen de la OMC. Fue ésta la situación que se planteó al árbitro en *Canadá - Créditos y garantías para aeronaves (párrafo 6 del artículo 22 - Canadá)*:

"[L]as constataciones del Grupo Especial no se extienden más allá del caso particular en que se constató la ilicitud de la aplicación de esos programas. Es probable que una aplicación idéntica de esos programas dé lugar, en circunstancias idénticas, a la misma resolución. Sin embargo, mientras tal cosa no se haya sometido al Grupo Especial y no haya dado lugar a recomendaciones del OSD, en nuestro carácter de

La indemnización se fijó en 31,5 millones de dólares de los Estados Unidos Las Comunidades Europeas desean señalar que ... empresas europeas ... fueron demandadas inicialmente en el mismo proceso entablado contra TKS hasta que en diciembre de 2002 celebraron un acuerdo de transacción con Goss. Sin embargo, si la condena impuesta a TKS se extrapolara a estas dos empresas, fácilmente podrían haber sido condenadas a pagar una indemnización de hasta 100 millones de dólares de los Estados Unidos, además de aun más amplios honorarios de asistencia letrada y gastos ocultos por actividad comercial paralizada."

Respuestas de las Comunidades Europeas a las preguntas adicionales del Árbitro, 16 de diciembre de 2003, párrafos 10-11.

Nos abstenemos de "extrapolar", y reafirmamos nuestra opinión de que el cálculo del nivel de anulación o menoscabo sólo puede basarse en información fidedigna y verificable.

Árbitro con arreglo al párrafo 6 del artículo 22 del ESD y el párrafo 10 del artículo 4 del Acuerdo SMC no estamos facultados para tratar esa situación."⁸⁸

6.16 Cabe destacar que el fundamento de esta determinación del árbitro del asunto *Canadá - Créditos y garantías para aeronave (párrafo 6 del artículo 22 - Canadá)* residía en que la medida del Canadá había sido declarada incompatible con el régimen de la OMC únicamente en su aplicación, y no "en sí misma". Como dijo este árbitro:

"En el presente caso, las medidas que se han declarado ilícitas son el otorgamiento de subvenciones para diversas transacciones. En el informe del Grupo Especial se resolvió claramente que los programas ..., 'en sí mismos', no constituían subvenciones a la exportación prohibidas, contrarias al párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC. Las recomendaciones y resoluciones del OSD, evidentemente, no pueden interpretarse en el sentido de que extienden el derecho de adoptar contramedidas al mantenimiento de esos programas 'en sí mismos'".⁸⁹

6.17 En el presente caso, como es sabido, la Ley de 1916 fue declarada "en sí misma" incompatible con el régimen de la OMC. Por lo tanto, a nuestro juicio, cada aplicación de esa Ley, como se indica *supra*, daría derecho a las Comunidades Europeas a acrecentar de modo concomitante el nivel de la suspensión de obligaciones.

VII. RESUMEN DE CONSTATAIONES Y CONCLUSIONES

7.1 Recordamos nuestras constataciones de que no es posible determinar en abstracto la compatibilidad con el régimen de la OMC de una petición de suspensión de obligaciones "cualitativamente equivalentes". Por el contrario, es preciso determinar cómo se aplicaría esa suspensión. Si se aplicara de tal modo que fuera igual al nivel de la anulación o menoscabo sufrido por las Comunidades Europeas como consecuencia de la Ley de 1916, la suspensión sería "equivalente" conforme al párrafo 4 del artículo 22 del ESD. Si la suspensión se aplicara de tal modo que excediera del nivel de la anulación o menoscabo sufrido por las Comunidades Europeas como consecuencia de la Ley de 1916, la suspensión no sería "equivalente" conforme al párrafo 4 del artículo 22 del ESD. La suspensión, en cambio, sería punitiva, lo que la disposición mencionada no autoriza.

7.2 Para determinar si la "suspensión cualitativa" podría aplicarse en forma que excediera del nivel de la anulación o menoscabo, es necesario determinar los efectos comerciales o económicos de la Ley de 1916 en las Comunidades Europeas. Las Comunidades Europeas podrían, entonces, aplicar su suspensión hasta esa suma, pero no más allá de ella. Tal cosa, a su vez, requiere una determinación de los efectos comerciales o económicos de la Ley de 1916 en las Comunidades Europeas en términos cuantitativos o monetarios. Este es el único modo en que los árbitros pueden determinar la "equivalencia" en el presente contexto.

7.3 Observamos que la petición de las CE no establece límites cuantificados o monetarios con respecto a la forma en que podría aplicarse la suspensión en la práctica. Además, no aceptamos el argumento de las Comunidades Europeas de que su suspensión de obligaciones es "equivalente" porque la medida propuesta reproduciría, o reproduciría parcialmente, la Ley de 1916.

7.4 En primer lugar, conforme al párrafo 7 del artículo 22 del ESD, los árbitros no pueden examinar la "naturaleza" de la suspensión propuesta. No tenemos competencia para determinar la equivalencia entre la medida propuesta para poner en práctica la suspensión y la medida que causa la

⁸⁸ *Canadá - Créditos y garantías para aeronaves (párrafo 6 del artículo 22 - Canadá)*, párrafo 3.111.

⁸⁹ *Ibid.*, párrafo 3.110.

anulación o menoscabo. El artículo 22 del ESD prevé la suspensión de concesiones u otras obligaciones. Los árbitros no pueden aprobar la adopción de *medidas* por la parte solicitante.

7.5 En segundo lugar, las medidas comerciales similares, o aun idénticas, pueden tener efectos comerciales o económicos disímiles, de modo que la suspensión puede no ser "equivalente".

7.6 Al mismo tiempo, no aceptamos el argumento de los Estados Unidos de que el nivel de anulación o menoscabo, en el presente caso, es "cero". Tal cosa es contraria a las claras constataciones del Grupo Especial inicial, conforme a las cuales la Ley de 1916 anula o menoscaba ventajas resultantes para las Comunidades Europeas.

7.7 En consecuencia, hemos examinado parámetros para determinar el nivel real de anulación o menoscabo sufrido por las Comunidades Europeas como consecuencia de la Ley de 1916. Al hacerlo, hemos subrayado la necesidad de utilizar información fidedigna, fáctica y verificable. Hemos determinado que las Comunidades Europeas, al evaluar el nivel de anulación o menoscabo, podrían incluir las cuantías totales de las sentencias firmes dictadas contra entidades de las CE sobre la base de la Ley de 1916, así como las sumas pagaderas por entidades de las CE en virtud de decisiones de transacción sobre reclamaciones basadas en la Ley. En el presente caso, no sería apropiado incluir ninguna reclamación relacionada con el "efecto paralizador" que se invoca, ni costas procesales o gastos conexos.

7.8 Las Comunidades Europeas podrán aplicar estos parámetros para determinar el nivel de anulación o menoscabo que han sufrido como consecuencia de la Ley de 1916. En caso de que la Ley de 1916 tenga aplicaciones en el futuro -por ejemplo, decisiones de tribunales de los Estados Unidos contra entidades de las CE, o futuras decisiones de transacción con respecto a entidades de las Comunidades Europeas- las Comunidades Europeas tendrían derecho a ajustar el nivel cuantificado de la suspensión para tomar en consideración ese nivel adicional de anulación o menoscabo. La Ley de 1916 es incompatible con el régimen de la OMC "en sí misma", y cada aplicación de esa Ley anula o menoscaba aún más ventajas resultantes para las Comunidades Europeas.

7.9 Si los Estados Unidos estiman que la aplicación efectiva de la suspensión por las Comunidades Europeas excede del nivel de la anulación o menoscabo, podrán impugnar esa suspensión mediante el procedimiento de solución de diferencias apropiado.

7.10 A nuestro juicio, el criterio establecido en el presente informe logra un adecuado equilibrio entre:

- el derecho de las Comunidades Europeas a aplicar su suspensión cualitativa en respuesta a la Ley Antidumping de 1916 de los Estados Unidos, incompatible con el régimen de la OMC; y
- el derecho de los Estados Unidos a asegurarse de que las Comunidades Europeas apliquen su suspensión únicamente hasta el nivel de la anulación o menoscabo que las Comunidades Europeas han sufrido como consecuencia de la Ley de 1916.

7.11 En otras palabras, este criterio establece la "equivalencia" entre el nivel de la suspensión de obligaciones y el nivel de la anulación o menoscabo.

VIII. LAUDO Y DECISIÓN DE LOS ÁRBITROS

8.1 Por los motivos expuestos *supra*, llegamos a la conclusión de que las Comunidades Europeas podrán suspender obligaciones con arreglo al GATT de 1994 y el Acuerdo Antidumping respecto de importaciones procedentes de los Estados Unidos. Las Comunidades Europeas deben asegurarse de que la aplicación de esta suspensión esté cuantificada y no exceda del nivel cuantificado de la anulación o menoscabo que han sufrido como consecuencia de la Ley de 1916.

8.2 Al cuantificar el nivel monetario de la anulación o menoscabo que han sufrido, las Comunidades Europeas podrán incluir:

- a) el valor monetario acumulativo de cualesquiera sumas pagaderas por entidades de las CE en virtud de sentencias judiciales firmes por reclamaciones formuladas al amparo de la Ley de 1916; y
- b) el valor monetario acumulativo de cualesquiera sumas pagaderas por entidades de las CE en virtud de la resolución por transacción de reclamaciones formuladas al amparo de la Ley de 1916.

IX. OBSERVACIONES FINALES

9.1 Como se señaló *supra*, el monto cuantificado de la anulación o menoscabo sufrido por las Comunidades Europeas como consecuencia de la Ley de 1916 puede variar con el tiempo, si se dictan nuevas sentencias o se celebran nuevos acuerdos de transacción sobre la base de la Ley de 1916 con respecto a entidades de las CE. Para ello puede ser necesario el acceso de las partes a toda la información pertinente, incluidas las decisiones de transacción. Los Árbitros confían en que cada parte acatará plenamente la obligación que le corresponde en virtud del párrafo 10 del artículo 3 del ESD de "entablar el procedimiento de solución de diferencias de buena fe y esforzándose por resolver la diferencia". A nuestro juicio, esta obligación rige en todas las etapas de la diferencia, incluso durante la aplicación de la suspensión de obligaciones.

9.2 Recordamos también que los Estados Unidos podrán recurrir al procedimiento de solución de diferencias apropiado en caso de que estimen que la aplicación de la suspensión por las Comunidades Europeas excede del nivel de la anulación o menoscabo que las Comunidades Europeas han sufrido como consecuencia de la Ley de 1916. Esto fue igualmente reconocido por los árbitros en *CE - Hormonas (Estados Unidos)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE):

"Los Estados Unidos nos confirmaron que, una vez que se aplique, el nivel real de suspensión será equivalente al nivel de la anulación o menoscabo que hemos constatado. Todo lo que podemos hacer en esta fase es alentar a los Estados Unidos a atenerse a esa confirmación, respetando el párrafo 4 del artículo 22 del ESD. Si surgiera en el futuro una diferencia sobre esta cuestión, señalamos que las CE podrían iniciar actuaciones normales -o, puede aducirse, incluso aceleradas- con arreglo al ESD para impugnar la compatibilidad del nivel de suspensión aplicado por los Estados Unidos con el párrafo 4 del artículo 22."⁹⁰

9.3 Por último, observamos que el párrafo 8 del artículo 22 del ESD dispone 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"

⁹⁰ *CE - Hormonas (Estados Unidos)* (párrafo 6 del artículo 22), párrafo 82.