

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

WT/DS108/AB/RW2

13 de febrero de 2006

(06-0580)

Original: inglés

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

**SEGUNDO RECURSO DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS
AL PÁRRAFO 5 DEL ARTÍCULO 21 DEL ESD**

AB-2005-9

Informe del Órgano de Apelación

I.	Introducción	1
II.	Argumentos de los participantes y de los terceros participantes.....	7
A.	<i>Alegaciones de error formuladas por los Estados Unidos - Apelante</i>	7
1.	Mandato del Grupo Especial	7
2.	Párrafo 7 del artículo 4 del <i>Acuerdo SMC</i> y párrafo 5 del artículo 21 del ESD	9
B.	<i>Argumentos de las Comunidades Europeas - Apelado</i>	12
1.	Mandato del Grupo Especial	12
2.	Párrafo 7 del artículo 4 del <i>Acuerdo SMC</i> y párrafo 5 del artículo 21 del ESD	14
C.	<i>Alegaciones de error formuladas por las Comunidades Europeas - Otro apelante</i>	17
D.	<i>Argumentos de los Estados Unidos - Apelado</i>	18
E.	<i>Argumentos de los terceros participantes</i>	20
1.	Australia	20
2.	Brasil	21
III.	Cuestiones que se plantean en la presente apelación	22
IV.	Mandato del Grupo Especial.....	23
V.	Párrafo 7 del artículo 4 del <i>Acuerdo SMC</i> y párrafo 5 del artículo 21 del ESD	31
VI.	Apelaciones condicionales de las Comunidades Europeas	42
VII.	Constataciones y conclusiones.....	43

ANEXO I Notificación de la apelación de los Estados Unidos

ANEXO II Notificación de otra apelación de las Comunidades Europeas

ANEXO III Solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por las Comunidades Europeas

ASUNTOS CITADOS EN EL PRESENTE INFORME

<i>Brasil - Aeronaves</i> (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá)	Informe del Órgano de Apelación, <i>Brasil - Programa de financiación de las exportaciones para aeronaves - Recurso del Canadá al párrafo 5 del artículo 21 del ESD</i> , WT/DS46/AB/RW, adoptado el 4 de agosto de 2000
<i>Canadá - Aeronaves civiles</i> (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil)	Informe del Órgano de Apelación, <i>Canadá - Medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles - Recurso del Brasil al párrafo 5 del artículo 21 del ESD</i> , WT/DS70/AB/RW, adoptado el 4 de agosto de 2000
<i>CE - Banano III</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos</i> , WT/DS27/AB/R, adoptado el 25 de septiembre de 1997
<i>CE - Ropa de cama</i> (párrafo 5 del artículo 21 - India)	Informe del Órgano de Apelación, <i>Comunidades Europeas - Derechos antidumping sobre las importaciones de ropa de cama de algodón originarias de la India - Recurso de la India al párrafo 5 del artículo 21 del ESD</i> , WT/DS141/AB/RW, adoptado el 24 de abril de 2003
<i>Estados Unidos - Acero al carbono</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Derechos compensatorios sobre determinados productos planos de acero al carbono resistente a la corrosión procedentes de Alemania</i> , WT/DS213/AB/R, adoptado el 19 de diciembre de 2002
<i>Estados Unidos - EVE</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Trato fiscal aplicado a las "empresas de ventas en el extranjero"</i> , WT/DS108/AB/R, adoptado el 20 de marzo de 2000
<i>Estados Unidos - EVE</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Estados Unidos - Trato fiscal aplicado a las "empresas de ventas en el extranjero"</i> , WT/DS108/R, adoptado el 20 de marzo de 2000, modificado por el informe del Órgano de Apelación, WT/DS108/AB/R
<i>Estados Unidos - EVE</i> (párrafo 5 del artículo 21 - CE)	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Trato fiscal aplicado a las "empresas de ventas en el extranjero" - Recurso de las Comunidades Europeas al párrafo 5 del artículo 21 del ESD</i> , WT/DS108/AB/RW, adoptado el 29 de enero de 2002
<i>Estados Unidos - EVE</i> (párrafo 5 del artículo 21 - CE)	Informe del Grupo Especial, <i>Estados Unidos - Trato fiscal aplicado a las "empresas de ventas en el extranjero" - Recurso de las Comunidades Europeas al párrafo 5 del artículo 21 del ESD</i> , WT/DS108/RW, adoptado el 29 de enero de 2002, modificado por el informe del Órgano de Apelación, WT/DS108/AB/RW
<i>Estados Unidos - EVE</i> (párrafo 5 del artículo 21 - CE II)	Informe del Grupo Especial, <i>Estados Unidos - Trato fiscal aplicado a las "empresas de ventas en el extranjero" - Segundo recurso de las Comunidades Europeas al párrafo 5 del artículo 21 del ESD</i> , WT/DS108/RW2, 30 de septiembre de 2005
<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 - Madera blanda IV</i> (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá)	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Determinación definitiva en materia de derechos compensatorios con respecto a determinada madera blanda procedente del Canadá - Recurso del Canadá al párrafo 5 del artículo 21 del ESD</i> , WT/DS257/AB/RW, adoptado el 20 de diciembre de 2005
<i>México - Jarabe de maíz</i> (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)	Informe del Órgano de Apelación, <i>México - Investigación antidumping sobre el jarabe de maíz con alta concentración de fructosa (JMAF) procedente de los Estados Unidos - Recurso de los Estados Unidos al párrafo 5 del artículo 21 del ESD</i> , WT/DS132/AB/RW, adoptado el 21 de noviembre de 2001

ABREVIATURAS UTILIZADAS EN EL PRESENTE INFORME

<i>Acuerdo SMC</i>	<i>Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias</i>
Artículo 5	artículo 5(c)(1)(B) de la Ley IET
ESD	<i>Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias</i>
EVE	empresas de ventas en el extranjero
GATT de 1994	<i>Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994</i>
Primer Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21	Grupo Especial que entendió en el primer procedimiento <i>Estados Unidos - EVE (párrafo 5 del artículo 21 - CE)</i>
Grupo Especial	Grupo Especial que entendió en el presente procedimiento <i>Estados Unidos - EVE (párrafo 5 del artículo 21 - CE II)</i>
Informe del Grupo Especial	informe del Grupo Especial, <i>Estados Unidos - EVE (párrafo 5 del artículo 21 - CE II)</i>
Grupo Especial inicial	Grupo Especial que entendió en el procedimiento inicial <i>Estados Unidos - EVE</i>
IET	ingresos extraterritoriales
IRC	Código de Rentas Internas de los Estados Unidos
Ley del Empleo	Ley para la creación de empleo en los Estados Unidos, de 2004
Ley IET	Ley de derogación de las disposiciones relativas a las EVE y exclusión de los ingresos extraterritoriales, de 2000, United States Public Law 106-519, 114 Stat. 2423 (2000) (Prueba documental 2 presentada por las Comunidades Europeas al Grupo Especial)
OMC	Organización Mundial del Comercio
OSD	Órgano de Solución de Diferencias
<i>Procedimientos de trabajo</i>	<i>Procedimientos de trabajo para el examen en apelación, WT/AB/W/5, 4 de enero de 2005</i>

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO
ÓRGANO DE APELACIÓN

**Estados Unidos - Trato fiscal aplicado a las
"empresas de ventas en el extranjero"**

Segundo recurso de las Comunidades
Europeas al párrafo 5 del artículo 21 del ESD

Estados Unidos, *apelante/apelado*
Comunidades Europeas, *apelante/apelado*

Australia, *tercero participante*
Brasil, *tercero participante*
China, *tercero participante*

AB-2005-9

Actuantes:

Abi-Saab, Presidente de la Sección
Ganesan, Miembro
Janow, Miembro

I. Introducción

1. Los Estados Unidos apelan contra determinadas cuestiones de derecho e interpretaciones jurídicas contenidas en el informe del Grupo Especial sobre el asunto *Estados Unidos - Trato fiscal aplicado a las "empresas de ventas en el extranjero"*, *Segundo recurso de las Comunidades Europeas al párrafo 5 del artículo 21 del ESD* ("informe del Grupo Especial").¹ El Grupo Especial fue establecido para examinar una reclamación presentada por las Comunidades Europeas en relación con la Ley para la creación de empleo en los Estados Unidos, de 2004 ("Ley del Empleo") y con el cumplimiento por los Estados Unidos de las recomendaciones y resoluciones adoptadas por el Órgano de Solución de Diferencias ("OSD") sobre la base de los informes del Grupo Especial y del Órgano de Apelación en los asuntos *Estados Unidos - Trato fiscal aplicado a las "empresas de ventas en el extranjero"* ("*Estados Unidos - EVE*")² y *Estados Unidos - Trato fiscal aplicado a las "empresas de ventas en el extranjero"*, *Recurso de las Comunidades Europeas al párrafo 5 del artículo 21 del ESD* ("*Estados Unidos - EVE (párrafo 5 del artículo 21 - CE)*").³ Los aspectos pertinentes de la Ley del Empleo se describen en el párrafo 6 *infra*, así como en los párrafos 2.13 a 2.17 del informe del Grupo Especial.

2. El Grupo Especial que examinó el asunto *Estados Unidos - EVE* (el "Grupo Especial inicial") llegó a la conclusión de que la "medida relativa a las EVE" constituida por los artículos 921 a 927 del Código de Rentas Internas de los Estados Unidos ("IRC") y las medidas conexas por las que se

¹ WT/DS108/RW2, 30 de septiembre de 2005.

² WT/DS108/R; WT/DS108/AB/R.

³ WT/DS108/RW; WT/DS108/AB/RW.

establece un trato fiscal especial para las empresas de ventas en el extranjero ("EVE") era incompatible con las obligaciones de los Estados Unidos en virtud del *Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias* ("Acuerdo SMC") y el *Acuerdo sobre la Agricultura*.⁴ El Órgano de Apelación confirmó la constatación del Grupo Especial inicial de que la medida relativa a las EVE era incompatible con las obligaciones de los Estados Unidos en virtud del *Acuerdo SMC* y modificó las constataciones del Grupo Especial inicial en relación con el *Acuerdo sobre la Agricultura*.

3. El 20 de marzo de 2000, el OSD adoptó los informes del Grupo Especial inicial y del Órgano de Apelación. El OSD recomendó que los Estados Unidos pusieran la medida relativa a las EVE en conformidad con las obligaciones que les corresponden en virtud de los acuerdos abarcados y que se retiraran sin demora las subvenciones relativas a las EVE que se había constatado que constituían subvenciones prohibidas a la exportación en el sentido del *Acuerdo SMC*, de conformidad con el párrafo 7 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*, es decir, "de manera efectiva a más tardar el 1º de octubre del año 2000".⁵ En la reunión que celebró el 12 de octubre de 2000, el OSD accedió a la solicitud presentada por los Estados Unidos de que se modificara el plazo para el cumplimiento de las recomendaciones y resoluciones del OSD de modo que éste expirara el 1º de noviembre de 2000.⁶ El 15 de noviembre de 2000 los Estados Unidos promulgaron la Ley de derogación de las disposiciones relativas a las EVE y exclusión de los ingresos extraterritoriales, de 2000 (la "Ley IET")⁷ para cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD.⁸

4. Las Comunidades Europeas consideraron que la Ley IET no daba cumplimiento a las recomendaciones y resoluciones del OSD en la diferencia inicial, porque no era compatible con las obligaciones de los Estados Unidos en virtud del *Acuerdo SMC*, el *Acuerdo sobre la Agricultura* y el *Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994* ("GATT de 1994") y, en consecuencia, recurrieron al párrafo 5 del artículo 21 del *Entendimiento relativo a las normas y*

⁴ Informe del Grupo Especial inicial, *Estados Unidos - EVE*, párrafo 8.1. En los párrafos 2.1 a 2.8 del informe del Grupo Especial inicial y en los párrafos 11 a 18 del informe del Órgano de Apelación, en el procedimiento inicial *Estados Unidos - EVE*, se hace una descripción detallada de la medida relativa a las EVE.

⁵ Informe del Grupo Especial inicial, *Estados Unidos - EVE*, párrafo 8.8.

⁶ WT/DSB/M/90, párrafos 6 y 7. Véase también el informe del Grupo Especial, párrafo 1.1.

⁷ United States Public Law 106-519, 114 Stat. 2423 (2000).

⁸ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - EVE* (párrafo 5 del artículo 21 - CE), párrafo 1.5. En los párrafos 2.2 a 2.8 del informe del Grupo Especial y en los párrafos 15 a 25 del informe del Órgano de Apelación, en *Estados Unidos - EVE* (párrafo 5 del artículo 21 - CE) se hace una descripción detallada de la Ley IET.

procedimientos por los que se rige la solución de diferencias ("ESD").⁹ El 20 de diciembre de 2000, el OSD sometió la cuestión a un grupo especial de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD.¹⁰ El informe del primer Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 se distribuyó a los Miembros de la Organización Mundial del Comercio ("OMC") el 20 de agosto de 2001.

5. El Grupo Especial que actuó en el primer procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 concluyó que la Ley IET era incompatible con las obligaciones de los Estados Unidos en virtud del *Acuerdo SMC*, el *Acuerdo sobre la Agricultura* y el GATT de 1994. Además, declaró que, al hacer disponibles indefinidamente los beneficios fiscales para las EVE en el caso de determinadas transacciones en virtud del artículo 5(c)(1)(B) de la Ley IET ("artículo 5"), los Estados Unidos "no ha[bían] retirado plenamente las subvenciones EVE que se constató constituían subvenciones a la exportación prohibidas [en el procedimiento inicial], por lo que no ha[bían] aplicado las recomendaciones y resoluciones formuladas por el OSD [en el procedimiento inicial] de conformidad con el párrafo 7 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*".¹¹ El Órgano de Apelación confirmó esas constataciones del primer Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21. Además, recomendó al OSD que pidiera "a los Estados Unidos que pongan la medida IET [...] en conformidad con sus obligaciones [...] y [...] que apliquen plenamente las recomendaciones y resoluciones formuladas por el OSD en el asunto *Estados Unidos - EVE* de conformidad con el párrafo 7 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*".¹² El 29 de enero de 2002, el OSD adoptó los informes del primer Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 y del Órgano de Apelación.¹³

6. El 22 de octubre de 2004, los Estados Unidos, con el fin de poner sus medidas en conformidad con las obligaciones que les corresponden en el marco de la OMC, promulgaron la Ley

⁹ WT/DS108/16.

¹⁰ WT/DS108/19.

¹¹ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - EVE* (párrafo 5 del artículo 21 - CE), párrafo 9.1 e).

¹² Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EVE* (párrafo 5 del artículo 21 - CE), párrafo 257.

¹³ El 17 de noviembre de 2000, las Comunidades Europeas habían pedido autorización para adoptar "contramedidas apropiadas" y suspender concesiones de conformidad con el párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* y los párrafos 2 y 7 del artículo 22 del ESD por una cuantía de 4.043 millones de dólares EE.UU. por año. (WT/DS108/13) Los Estados Unidos impugnaron el carácter apropiado de las contramedidas propuestas por las Comunidades Europeas, así como el nivel de la suspensión de concesiones propuesto por éstas y solicitaron que la cuestión se sometiera a arbitraje. El árbitro, actuando de conformidad con el párrafo 11 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* y el párrafo 6 del artículo 22 del ESD, determinó que las contramedidas solicitadas por las Comunidades Europeas constituían "medidas apropiadas en el sentido del párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*". (Decisión del Árbitro, *Estados Unidos - EVE* (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos), párrafo 8.1)

del Empleo, que derogó la exclusión fiscal de la Ley IET.¹⁴ La Ley del Empleo entró en vigor el 1º de enero de 2005. El artículo 101 de la Ley del Empleo se titula "Derogación de la exclusión aplicable a los ingresos extraterritoriales". El artículo 101(a) estipula lo siguiente: "Queda derogado el artículo 114 [del Código de Rentas Internas]". El artículo 101(b), titulado "Enmiendas a efectos de coherencia" estipula, en su apartado (1), lo siguiente: "Queda derogada la Subparte E de la Parte III del subcapítulo N del capítulo 1 (relativa a los ingresos de comercio exterior que reúnen las condiciones establecidas)". Al mismo tiempo, el artículo 101(d) contiene una "disposición transitoria" de conformidad con la cual el programa fiscal IET sigue siendo aplicable, en forma reducida, para determinadas transacciones efectuadas en el período comprendido entre el 1º de enero de 2005 y el 31 de diciembre de 2006. Además, el artículo 101(f) contiene una "cláusula de anterioridad" que protege *indefinidamente* el programa fiscal IET por lo que respecta a determinadas transacciones.¹⁵ Por último, el artículo 101 de la Ley del Empleo no deroga el artículo 5 de la Ley IET, que protegió indefinidamente por anterioridad las subvenciones por lo que respecta a determinadas transacciones.¹⁶ En los párrafos 2.13 a 2.17 del informe del Grupo Especial se hace una descripción más detallada de la Ley del Empleo.

7. Las Comunidades Europeas consideraron que los Estados Unidos no habían retirado sus subvenciones prohibidas, como exige el párrafo 7 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*, ni habían puesto su programa en conformidad con las obligaciones que les corresponden en el marco de la OMC y, por consiguiente, no habían dado aplicación a las recomendaciones y resoluciones del OSD de 20 de marzo de 2000 y 29 de enero de 2002. Las Comunidades Europeas consideraban además que los Estados Unidos seguían violando determinadas disposiciones del *Acuerdo SMC*, el *Acuerdo sobre la Agricultura* y el GATT de 1994. En consecuencia, las Comunidades Europeas recurrieron por segunda vez al párrafo 5 del artículo 21.¹⁷ El 17 de febrero de 2005, el OSD sometió la cuestión a un

¹⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 1.6.

¹⁵ En concreto, por lo que respecta a las transacciones realizadas en el curso de operaciones comerciales normales de conformidad con un contrato vinculante celebrado entre el contribuyente y una persona no relacionada con él y que estuviera en vigor el 17 de septiembre de 2003 y en todo momento a partir de entonces. (*Ibid.*, nota 29 al párrafo 2.16)

¹⁶ *Ibid.*, párrafo 2.17. Se trata de las transacciones que tuvieron lugar en virtud de un contrato vinculante entre la EVE y una persona no vinculada que estuviera en vigor el 30 de septiembre de 2000. (*Ibid.*, párrafo 2.12)

¹⁷ Solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por las Comunidades Europeas, WT/DS108/29 (adjunto como anexo III al presente informe).

Grupo Especial de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD.¹⁸ El informe del Grupo Especial fue distribuido a los Miembros de la OMC el 30 de septiembre de 2005.

8. El Grupo Especial constató lo siguiente:

Las constataciones del Grupo Especial y el Órgano de Apelación en el primer procedimiento relativo al cumplimiento en virtud del párrafo 5 del artículo 21, tal como fueron adoptadas por el OSD, establecieron que el programa IET infringía los párrafos 1 a) y 2 del artículo 3 del *Acuerdo SMC*, el párrafo 1 del artículo 10, el artículo 8 y el párrafo 3 del artículo 3 del *Acuerdo sobre la Agricultura* y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994. De conformidad con los artículos 101(d) y (f) de la Ley del Empleo, los beneficios de la IET siguen disponibles a lo largo de 2005 y 2006 (si bien en porcentajes reducidos), e indefinidamente (en el caso de determinadas transacciones). Subsiste la incompatibilidad con los párrafos 1 a) y 2 del artículo 3 del *Acuerdo SMC*, el párrafo 1 del artículo 10, el artículo 8 y el párrafo 3 del artículo 3 del *Acuerdo sobre la Agricultura* y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.

Tomamos nota, además, de la aplicación indefinida del principio de anterioridad a las subvenciones EVE originales, para determinadas transacciones, en virtud de la aplicación ininterrumpida del artículo 5[] de la Ley IET. Como confirmaron los Estados Unidos en respuesta a preguntas formuladas por el Grupo Especial, no hay en el texto de la Ley del Empleo nada que modifique implícita o explícitamente esas disposiciones transitorias para las subvenciones relativas a las EVE.¹⁹ (no se reproducen las notas de pie de página)

9. El Grupo Especial llegó a la siguiente conclusión:

[...] los Estados Unidos, en la medida en que al promulgar el artículo 101 de la Ley del Empleo mantienen subvenciones IET y relativas a las EVE prohibidas en virtud de las medidas transitorias y de anterioridad impugnadas, siguen sin aplicar plenamente las recomendaciones y resoluciones operativas del OSD de retirar las subvenciones prohibidas y de poner sus medidas en conformidad con las obligaciones que les corresponden en virtud de los acuerdos abarcados pertinentes.²⁰

10. El Grupo Especial declaró además lo siguiente:

Dado que las recomendaciones y resoluciones iniciales del OSD en 2000 siguen siendo operativas en virtud de los resultados del procedimiento relativo al cumplimiento de 2002, no formulamos una nueva recomendación.²¹

¹⁸ WT/DS108/30.

¹⁹ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.60 y 7.61.

²⁰ *Ibid.*, párrafo 8.1. Véase también el párrafo 7.65.

²¹ *Ibid.*, párrafo 8.2.

11. El 14 de noviembre de 2005, los Estados Unidos notificaron al OSD su propósito de apelar contra determinadas cuestiones de derecho tratadas en el informe del Grupo Especial y contra determinadas interpretaciones jurídicas formuladas por éste, de conformidad con el párrafo 4 del artículo 16 del ESD, y presentaron un anuncio de apelación²² de conformidad con la Regla 20 de los *Procedimientos de trabajo para el examen en apelación* (los "*Procedimientos de trabajo*").²³ El 21 de noviembre de 2005, los Estados Unidos presentaron una comunicación del apelante.²⁴ El 28 de noviembre de 2005, las Comunidades Europeas notificaron al OSD su intención de apelar contra determinadas cuestiones de derecho tratadas en el informe del Grupo Especial y determinadas interpretaciones jurídicas formuladas por éste, de conformidad con el párrafo 4 del artículo 16 del ESD, y presentaron un anuncio de otra apelación²⁵ de conformidad con el párrafo 1) de la Regla 23 de los *Procedimientos de trabajo*. El 29 de noviembre de 2005, las Comunidades Europeas presentaron una comunicación de otro apelante.²⁶ El 9 de diciembre de 2005, las Comunidades Europeas y los Estados Unidos presentaron sendas comunicaciones del apelado.²⁷ Ese mismo día, Australia y el Brasil presentaron sendas comunicaciones de tercero participante²⁸ y China notificó su intención de comparecer en la audiencia como tercero participante.²⁹ El 16 de diciembre de 2005, la Directora de la Secretaría del Órgano de Apelación informó a las partes de que el Sr. John Lockhart no podía continuar actuando en la Sección por motivos personales graves comprendidos en el ámbito de la Regla 12 de los *Procedimientos de trabajo*. De conformidad con la Regla 13 de los *Procedimientos de trabajo*, el Órgano de Apelación eligió a la Sra. Merit E. Janow para que sustituyera al Sr. Lockhart. La audiencia de la presente apelación se celebró el 9 de enero de 2006.

²² WT/DS108/32 (adjunto como anexo I al presente informe).

²³ WT/AB/WP/5, 4 de enero de 2005.

²⁴ De conformidad con el párrafo 1) de la Regla 21 de los *Procedimientos de trabajo*.

²⁵ WT/DS108/33 (adjunto como anexo II al presente informe).

²⁶ De conformidad con el párrafo 3) de la Regla 23 de los *Procedimientos de trabajo*.

²⁷ De conformidad con la Regla 22 y el párrafo 4) de la Regla 23 de los *Procedimientos de trabajo*.

²⁸ De conformidad con el párrafo 1) de la Regla 24 de los *Procedimientos de trabajo*.

²⁹ De conformidad con el párrafo 2) de la Regla 24 de los *Procedimientos de trabajo*.

II. Argumentos de los participantes y de los terceros participantes

A. Alegaciones de error formuladas por los Estados Unidos - Apelante

1. Mandato del Grupo Especial

12. Los Estados Unidos solicitan al Órgano de Apelación que revoque la constatación del Grupo Especial de que, debido a la aplicación ininterrumpida del artículo 5 de la Ley IET, seguía en vigor la cláusula de "anterioridad" con respecto a la exención fiscal aplicada a las EVE, y de que no había nada en la Ley del Empleo que modificara esta cláusula de anterioridad. Los Estados Unidos aducen que ni el artículo 5 de la Ley IET ni su aplicación ininterrumpida estaban comprendidos en el ámbito del mandato del Grupo Especial y que, en consecuencia, las constataciones del Grupo Especial al respecto son incompatibles con el párrafo 2 del artículo 6 y el párrafo 5 del artículo 21 del ESD.

13. Según los Estados Unidos, el artículo 5 de la Ley IET no estaba comprendido en el ámbito del mandato del Grupo Especial, porque no estaba incluido en la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por las Comunidades Europeas. Las únicas disposiciones citadas por las Comunidades Europeas en esa solicitud como objeto de la diferencia eran los artículos 101(d) y 101(f) de la Ley del Empleo. Se trata, respectivamente, de la "disposición transitoria" y de la "disposición de anterioridad" para la exclusión fiscal IET; esas disposiciones no se refieren a la exención fiscal aplicable a las EVE. Los Estados Unidos destacan que en la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por las Comunidades Europeas no se hace en absoluto referencia al artículo 5 de la Ley IET, "ni mucho menos que no se haya retirado el artículo 5 []".³⁰

14. El Grupo Especial, según los Estados Unidos, expuso cuatro razones por las que llegó a la conclusión de que la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por las Comunidades Europeas incluía el artículo 5 de la Ley IET. La primera era que el artículo 101 de la Ley del Empleo "no deroga el artículo 5 de la Ley IET".³¹ Los Estados Unidos señalan que la solicitud de establecimiento del grupo especial define como objeto de la diferencia el artículo 101 de la Ley del Empleo y su contenido, y no lo que el artículo 101 *no* contiene.

15. La segunda de las razones del Grupo Especial, según los Estados Unidos, es que "en otras partes de la solicitud de establecimiento de un grupo especial [presentada por las Comunidades Europeas] hay referencias a la Ley IET en su conjunto, así como a los informes adoptados de

³⁰ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 46.

³¹ *Ibid.*, párrafo 50.

anteriores grupos especiales y del Órgano de Apelación en la presente diferencia".³² A juicio de los Estados Unidos, esas referencias excesivamente amplias no "arrojan demasiada luz acerca del alcance de la cuestión sometida al Grupo Especial".³³

16. La tercera razón que da el Grupo Especial es que en la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por las Comunidades Europeas se hacía referencia a que no se habían retirado las subvenciones prohibidas ni se había dado aplicación a las recomendaciones y resoluciones formuladas por el OSD en el procedimiento inicial y en el primer procedimiento de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21. No obstante, según los Estados Unidos, "la mera referencia a la no retirada de subvenciones prohibidas no indica si la supuesta omisión se refiere a la exención fiscal aplicable a las EVE, a la exclusión fiscal IET o a una y otra".³⁴

17. La cuarta razón que da el Grupo Especial, según los Estados Unidos, es que el párrafo 2 del artículo 6 no requiere la identificación de aspectos concretos de una medida determinada, ni prescribe la forma de identificar una medida concreta en litigio. Los Estados Unidos afirman que -aun suponiendo que la declaración del Grupo Especial sea correcta- "ello no significa que cuando una solicitud de establecimiento de un grupo especial identifica expresamente el 'objeto de la diferencia'", y define después el objeto de la diferencia remitiéndose a las disposiciones concretas contenidas en una ley, un grupo especial pueda prescindir del método utilizado efectivamente por el reclamante para identificar las medidas en litigio.³⁵

18. Los Estados Unidos aducen que el Grupo Especial, aunque pretendió atenerse a la prescripción que exige que la solicitud de establecimiento de un grupo especial se considere en su conjunto, no lo hizo en realidad.³⁶ En lugar de ello, atribuyó mecánicamente el mismo peso a cada palabra o cada apartado de la solicitud. A juicio de los Estados Unidos, la sección de la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por las Comunidades Europeas titulada "El objeto de la diferencia" tenía, por razón de su título, "más fuerza probatoria" que las demás en lo que respecta a las medidas abarcadas por la solicitud.³⁷ Además, el Grupo Especial prescindió también del hecho de

³² *Ibid.*, párrafo 51. (no se reproduce la nota de pie de página)

³³ *Ibid.*

³⁴ *Ibid.*, párrafo 52.

³⁵ *Ibid.*, párrafo 53.

³⁶ *Ibid.*, párrafo 54.

³⁷ *Ibid.*

que en ninguna parte de la solicitud de establecimiento del grupo especial se hacía referencia al artículo 5 de la Ley IET.

19. Por último, los Estados Unidos rechazan la conclusión del Grupo Especial de que la falta de claridad de la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por las Comunidades Europeas no redundó en perjuicio de los Estados Unidos. Cuando, como ocurre en el presente caso, una cuestión no está comprendida en el ámbito del mandato de un grupo especial por no haber sido incluida en la solicitud de establecimiento, no es necesario que el Miembro demandado demuestre que ha sufrido un perjuicio.

2. Párrafo 7 del artículo 4 del Acuerdo SMC y párrafo 5 del artículo 21 del ESD

20. Los Estados Unidos solicitan que el Órgano de Apelación revoque la constatación del Grupo Especial de que los Estados Unidos no aplicaron plenamente las recomendaciones y resoluciones formuladas por el OSD en las anteriores diferencias *Estados Unidos - EVE* y *Estados Unidos - EVE* (párrafo 5 del artículo 21 - CE). Los Estados Unidos solicitan también al Órgano de Apelación que revoque, en particular, la conclusión del Grupo Especial de que los Estados Unidos no cumplieron la recomendación adoptada por el OSD de conformidad con el párrafo 7 del artículo 4 del Acuerdo SMC de que se retiraran las subvenciones prohibidas. Según los Estados Unidos, el Grupo Especial incurrió en error al llegar a esta conclusión porque el OSD no formuló ninguna recomendación de conformidad con el párrafo 7 del artículo 4 del Acuerdo SMC de retirar la exclusión fiscal IET, mientras que en el caso de las disposiciones de anterioridad del artículo 5 de la Ley IET, el mandato del Grupo Especial no incluía entre las medidas citadas ese precepto.

21. A juicio de los Estados Unidos, el Grupo Especial "equiparó de forma inapropiada la recomendación requerida por el párrafo 7 del artículo 4 a una obligación de los Miembros en virtud de los acuerdos abarcados".³⁸ Los Estados Unidos aducen que el Grupo Especial que entendió en las actuaciones iniciales del asunto *Estados Unidos - EVE* formuló una recomendación de conformidad con el párrafo 7 del artículo 4 del Acuerdo SMC, concerniente a la exención fiscal concedida a las EVE. La única referencia a esta disposición en las primeras actuaciones de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 es la referencia del Órgano de Apelación a la protección mediante una "cláusula de anterioridad" de la exención fiscal de las EVE en la Ley IET. No se formuló ninguna recomendación con respecto a la propia Ley IET de conformidad con el párrafo 7 del artículo 4 del Acuerdo SMC.

³⁸ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, título III.A.

22. Según los Estados Unidos, el Grupo Especial creó erróneamente "la obligación de retirar la exclusión fiscal IET en el sentido del párrafo 7 del artículo 4".³⁹ El Grupo Especial "transform[ó] esencialmente una recomendación y resolución del OSD de conformidad con el párrafo 7 del artículo 4 de retirar las medidas que daban lugar a la exención fiscal de las EVE en una obligación general de retirar las subvenciones prohibidas".⁴⁰ Además, el Grupo Especial constató que la "recomendación de retirada" formulada en el procedimiento del Grupo Especial inicial es la recomendación "operativa" con respecto a todas las medidas futuras destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD.⁴¹

23. Los Estados Unidos discrepan de esas constataciones del Grupo Especial por dos razones: en primer lugar, a juicio de los Estados Unidos, los destinatarios del párrafo 7 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* son los grupos especiales y no los Miembros de la OMC. En segundo lugar, ese párrafo no se refiere a cualquier "subvención", sino a "la medida de que se trate [...] [respecto de la que se haya llegado a la conclusión de que] es una subvención prohibida".⁴² Así pues, la "medida" objeto de la recomendación de retirada del párrafo 7 del artículo 4 es la medida examinada por el Grupo Especial inicial, y no "cualquier medida futura destinada a cumplir las recomendaciones y resoluciones que pueda constatarse que constituye una subvención prohibida".⁴³ En el contexto de la presente diferencia, "la medida de que se trat[a]" que había de ser retirada era la exención fiscal concedida a las EVE.⁴⁴ Así pues, el Grupo Especial incurrió en error al constatar que la recomendación adoptada por el Grupo Especial inicial de conformidad con el párrafo 7 del artículo 4 es aplicable a otras medidas distintas de la exención fiscal concedida a las EVE.

24. Otro error importante en que incurrió el Grupo Especial, según los Estados Unidos, consiste en que éste "caracteriz[ó] de forma inexacta" la función que le correspondía de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21.⁴⁵ Los Estados Unidos no aceptan la declaración del Grupo Especial según la cual su tarea de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 consistía en determinar si un Miembro

³⁹ *Ibid.*, párrafo 20.

⁴⁰ *Ibid.*, párrafo 21.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Ibid.*, párrafo 24.

⁴³ *Ibid.* (no se reproduce la nota de pie de página)

⁴⁴ *Ibid.* (donde se hace referencia al párrafo 7 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*).

⁴⁵ *Ibid.*, párrafo 26.

"ha solucionado el problema".⁴⁶ Aducen que, con arreglo a los términos del párrafo 5 del artículo 21, la tarea del grupo especial consiste simplemente en determinar si hay o no medidas destinadas al cumplimiento y, en el caso de que haya medidas de esa naturaleza, si con ellas se da cumplimiento a las recomendaciones y resoluciones del OSD. Al caracterizar de forma inexacta su tarea de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 como la tarea de cerciorarse de que se ha "solucionado" un "problema", el Grupo Especial "parece haberse atribuido la facultad de prescindir del texto preciso del párrafo 7 del artículo 4 del Acuerdo SMC y del párrafo 5 del artículo 21 [del ESD], de su mandato, y de las alegaciones específicas formuladas por la parte reclamante".⁴⁷ A juicio de los Estados Unidos, el párrafo 7 del artículo 4 no dispone que un grupo especial recomiende que un Miembro se abstenga de promulgar cualquier disposición nueva que pueda otorgar una subvención prohibida.⁴⁸

25. Según los Estados Unidos, el Grupo Especial interpretó además erróneamente las constataciones y recomendaciones del Grupo Especial y del Órgano de Apelación en el primer procedimiento del párrafo 5 del artículo 21. El Grupo Especial manifestó que el primer Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 "opinó expresamente que la recomendación inicial con arreglo al párrafo 7 del artículo 4 'seguía siendo operativa'".⁴⁹ No obstante, el primer Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 formuló esta declaración en respuesta a una observación sobre el informe provisional en la que las Comunidades Europeas afirmaban que el Grupo Especial no debía formular nuevas recomendaciones. Los Estados Unidos aducen que las únicas constataciones formuladas por el primer Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 en el marco del párrafo 7 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* se referían exclusivamente a la exención fiscal de las EVE y al artículo 5 de la Ley IET, que se ocupa de la exención fiscal concedida a las EVE, pero no a la exclusión fiscal IET. Por esta razón, los Estados Unidos no aceptan la idea de que la recomendación con arreglo al párrafo 7 del artículo 4 adoptada por el OSD en el procedimiento inicial *Estados Unidos - EVE* es

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ *Ibid.*, párrafo 29.

⁴⁸ *Ibid.* Los Estados Unidos manifestaron en la audiencia que en la presente diferencia no era necesario abordar la "cuestión sistémica" de si un grupo especial del párrafo 5 del artículo 21 estaba facultado para formular una nueva recomendación en el marco del párrafo 7 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* con respecto a la medida destinada al cumplimiento sometida a su consideración.

⁴⁹ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 33 (en el que se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafo 7.56).

"operativa" con respecto a la exclusión fiscal IET, "una exclusión fiscal prevista por una legislación que ni siquiera existía en el momento de la recomendación del OSD del año 2000".⁵⁰

26. Los Estados Unidos sostienen que el primer procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 tuvo como resultado dos series distintas de constataciones y recomendaciones. Una serie de constataciones correspondía al artículo 5 de la Ley IET y a las disposiciones transitorias en relación con la exención fiscal de las EVE. Con respecto a esta constatación, se hacía referencia al hecho de que los Estados Unidos no habían cumplido anteriores recomendaciones y resoluciones formuladas de conformidad con el párrafo 7 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*. La otra serie de constataciones afectaba a la exclusión fiscal IET. Aunque había constataciones de incompatibilidad de esa exclusión con las disposiciones de varios acuerdos abarcados, no se formuló ninguna constatación o recomendación con respecto al párrafo 7 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*.

27. Los Estados Unidos aducen también que las interpretaciones dadas por el Grupo Especial al párrafo 7 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* y al párrafo 5 del artículo 21 del ESD no eran necesarias para evitar la socavación del sistema de solución de diferencias de la OMC. El Grupo Especial consideró erróneamente que sólo una recomendación de conformidad con el párrafo 7 del artículo 4 podía generar para un Miembro la obligación de retirar una medida que se haya constatado que constituye una subvención prohibida. Los Estados Unidos admiten que cuando, como resultado de un procedimiento del párrafo 5 del artículo 21, el OSD resuelva que una medida destinada al cumplimiento es incompatible con un acuerdo abarcado, "el Miembro que mantenga la medida en cuestión debe retirarla o ponerla de otra manera en conformidad con el acuerdo abarcado pertinente".⁵¹ En consecuencia, los Estados Unidos, aunque no niegan que están obligados "a corregir las incompatibilidades [de la Ley IET] con las obligaciones [...] que les corresponden en el marco de la OMC", no admiten que "esta obligación se derive del párrafo 7 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* o de las recomendaciones formuladas de conformidad con el mismo".⁵²

B. *Argumentos de las Comunidades Europeas - Apelado*

1. Mandato del Grupo Especial

28. Las Comunidades Europeas solicitan que el Órgano de Apelación rechace la apelación de los Estados Unidos contra la constatación del Grupo Especial relativa a su mandato.

⁵⁰ *Ibid.*, párrafo 34.

⁵¹ *Ibid.*, párrafo 40.

⁵² *Ibid.*, párrafo 41.

29. Las Comunidades Europeas aducen, en primer lugar, que el Grupo Especial actuó acertadamente al considerar en su conjunto la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por las Comunidades Europeas. Los Estados Unidos no han puesto de manifiesto las razones por las que los grupos especiales estarían obligados, sobre la base del párrafo 2 del artículo 6, a atender exclusivamente al texto de sólo una determinada parte de una solicitud de establecimiento de un grupo especial. Además, si se lee el párrafo 2 del artículo 6 del ESD en el contexto de los procedimientos del párrafo 5 del artículo 21, el objeto de las presentes actuaciones "es fundamentalmente examinar si con la Ley del Empleo de 2004 se logró el pleno cumplimiento, entre otras, de las recomendaciones y resoluciones del OSD de 2000".⁵³ En este sentido, la sección 2 de la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por las Comunidades Europeas describía los aspectos pertinentes de la Ley del Empleo. Además, la sección 3 de la solicitud está "inextricablemente vinculada"⁵⁴ con la sección 2 y hay en ella una clara referencia a la recomendación inicial de conformidad con el párrafo 7 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* y a las constataciones formuladas en el primer procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 con respecto a la Ley IET. Es evidente que esas últimas constataciones incluyen las constataciones de que la Ley IET mantiene parcialmente en vigor el programa relativo a las EVE mediante la disposición de "anterioridad". Por último, las Comunidades Europeas aducen que la solicitud de establecimiento del grupo especial explicaba las razones por las que "aspectos pertinentes"⁵⁵ de la Ley del Empleo no daban aplicación a las recomendaciones del OSD, es decir, las razones por las que esas disposiciones mantenían "las exenciones fiscales ya declaradas incompatibles con las normas de la OMC"⁵⁶; esas exenciones fiscales abarcan tanto los IET como el programa EVE.

30. En segundo lugar, las Comunidades Europeas aducen que el Grupo Especial actuó acertadamente al examinar si los Estados Unidos habían experimentado un perjuicio como consecuencia de la supuesta falta de identificación correcta por las Comunidades Europeas del artículo 5 de la Ley IET como la medida en litigio. El Grupo Especial no impuso a los Estados Unidos la carga de demostrar que habían sufrido un perjuicio, sino que señaló que la cuestión de si la parte demandada ha sufrido un perjuicio es una cuestión que es pertinente examinar para adoptar una decisión sobre la supuesta infracción del párrafo 2 del artículo 6 del ESD. Además, los argumentos expuestos por los Estados Unidos al Grupo Especial demuestran también que no resultaron

⁵³ Comunicación del apelado presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 64.

⁵⁴ *Ibid.*, párrafo 66.

⁵⁵ *Ibid.*, párrafo 70.

⁵⁶ *Ibid.*, párrafo 71.

perjudicados; los Estados Unidos no han negado, sino que han confirmado, que la Ley del Empleo no afectó esencialmente al artículo 5 de la Ley IET. En consecuencia, la única defensa expuesta por los Estados Unidos fue "reconocer que no había nada que defender"⁵⁷, lo que equivale a admitir que "esencialmente la Ley del Empleo no afectó al artículo 5[] de la Ley IET [y] demuestra que no pudo haber efectos adversos para [las] oportunidades de defensa de los Estados Unidos".⁵⁸

31. Las Comunidades Europeas señalan también que i) existen ya resoluciones del OSD en el sentido de que el artículo 5 de la Ley IET no tiene como consecuencia la retirada de la exención fiscal para las EVE de conformidad con el párrafo 7 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*, resultantes de la adopción de los informes del primer Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 y del Órgano de Apelación⁵⁹; ii) los Estados Unidos han confirmado que la Ley del Empleo no modifica el artículo 5 de la Ley IET; y iii) los Estados Unidos no niegan que la Ley del Empleo y la Ley IET constituyen "medidas destinadas a cumplir". En consecuencia, los argumentos de los Estados Unidos según los cuales el Grupo Especial debería haber constatado que sólo los artículos 101(d) y 101(f) de la Ley del Empleo, y no el artículo 5 de la Ley IET, estaban comprendidos en el ámbito de su mandato carecen de un fundamento adecuado.

2. Párrafo 7 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* y párrafo 5 del artículo 21 del ESD

32. Las Comunidades Europeas consideran que los argumentos de los Estados Unidos con respecto al párrafo 5 del artículo 21 del ESD y el párrafo 7 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* carecen de fundamento y deben ser rechazados. En primer lugar, la recomendación formulada por el Grupo Especial inicial de conformidad con el párrafo 7 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* es pertinente a la Ley IET, con respecto a la parte de la Ley que introdujo el régimen fiscal de los IET o programa de "sustitución de las EVE".⁶⁰ El Grupo Especial no inventó una nueva obligación ni equiparó inadecuadamente la recomendación prevista en el párrafo 7 del artículo 4 con la obligación de retirar una subvención prohibida. Los Estados Unidos intentan de forma inadecuada limitar los procedimientos del párrafo 5 del artículo 21 al procedimiento del Grupo Especial "inicial". Según las Comunidades Europeas, el objeto principal de los procedimientos del párrafo 5 del artículo 21 "es evaluar si las últimas medidas destinadas a cumplir anteriores recomendaciones y resoluciones

⁵⁷ *Ibid.*, párrafo 77. (subrayado en el original)

⁵⁸ *Ibid.*, párrafo 78.

⁵⁹ Esta constatación se recoge en el párrafo 9.1 e) del informe del Grupo Especial y en el párrafo 256 f) del informe del Órgano de Apelación en *Estados Unidos - EVE (párrafo 5 del artículo 21 - CE)*.

⁶⁰ Comunicación del apelado presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 35.

han logrado efectivamente el cumplimiento de esas recomendaciones y resoluciones".⁶¹ En consecuencia, el párrafo 7 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* no puede interpretarse aisladamente.

33. En segundo lugar, las Comunidades Europeas aducen que el Grupo Especial no formuló un criterio inadecuado basado en la "solución del problema".⁶² El Grupo Especial actuó acertadamente al examinar si, entre otras cosas, habían sido eliminadas las violaciones cuya existencia se constató en el procedimiento inicial y en el primer procedimiento de del párrafo 5 del artículo 21. En la medida en que los Estados Unidos sugieran que el párrafo 5 del artículo 21 del ESD "incorpora un requisito específico de alegar la inexistencia de las medidas supuestamente destinadas al cumplimiento o la incompatibilidad de esas medidas", las Comunidades Europeas discrepan de ellos y sostienen que "desde luego no es ésa la práctica"⁶³ de las solicitudes de establecimiento de un grupo especial de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21. Esos dos elementos son "dos formas diferentes de considerar la misma cuestión".⁶⁴ Con respecto al argumento de los Estados Unidos de que el Grupo Especial diluyó de forma inadecuada la diferencia entre la medida inicial (el programa relativo a las EVE) y las medidas destinadas al cumplimiento (el régimen fiscal IET y la Ley del Empleo), las Comunidades Europeas aducen que la constatación del Órgano de Apelación en *Canadá - Aeronaves (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil)*, citada por los Estados Unidos, no avala el argumento de los Estados Unidos de que no es posible examinar una medida destinada al cumplimiento a la luz de la recomendación inicial. Las Comunidades Europeas, en apoyo de su argumento, se remiten al informe del Órgano de Apelación en *Brasil - Aeronaves (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá)*.⁶⁵

34. En tercer lugar, según las Comunidades Europeas, el Grupo Especial no interpretó erróneamente las constataciones y recomendaciones formuladas en el primer procedimiento del párrafo 5 del artículo 21. Las Comunidades Europeas no están de acuerdo con la tesis de los Estados Unidos de que la recomendación inicial sólo es aplicable al programa relativo a las EVE y al artículo 5, pero no al régimen fiscal IET. En lugar de ello, según las Comunidades Europeas, la recomendación inicial de conformidad con el párrafo 7 del artículo 4 es aplicable a toda la Ley IET, incluido su artículo 5. La razón "fundamental" de ello es que la recomendación inicial constituye el "punto de referencia" real con respecto al cual debe analizarse la medida destinada a cumplir para

⁶¹ *Ibid.*, párrafo 37.

⁶² *Ibid.*, párrafo 28.

⁶³ *Ibid.*, párrafo 41.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ *Ibid.*, párrafo 43 (en el que se cita el informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Aeronaves (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá)*, párrafo 82 a) y b)).

evaluar si esa medida ha dado lugar al cumplimiento.⁶⁶ No era necesaria una nueva recomendación con arreglo al párrafo 7 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* en el primer procedimiento del párrafo 5 del artículo 21, porque el principal objetivo de la recomendación prevista en ese párrafo es definir el plazo en el que debe retirarse la subvención que se ha constatado que infringe el párrafo 1 del artículo 3 del *Acuerdo SMC*. Las Comunidades Europeas señalan también que los Estados Unidos admiten que, incluso en ausencia de una recomendación con arreglo al párrafo 7 del artículo 4 concerniente específicamente al régimen fiscal IET, estaban obligados a retirar en su totalidad ese régimen fiscal.

35. A este respecto, las Comunidades Europeas aducen que el Órgano de Apelación, en el primer procedimiento del párrafo 5 del artículo 21, formuló sus recomendaciones con respecto a la "medida IET", la cual incluía el artículo 5 de la Ley IET.⁶⁷ El Órgano de Apelación recordó también que se había constatado que la "medida IET" era incompatible con las obligaciones de los Estados Unidos en virtud de los tres acuerdos en cuestión, y que había recomendado que los Estados Unidos pusieran la "medida IET" en conformidad con esos acuerdos. En consecuencia, la recomendación del Órgano de Apelación incluía el *Acuerdo SMC* y, especialmente, el párrafo 7 del artículo 4 de dicho Acuerdo. Por tanto, según las Comunidades Europeas, en caso de que fuera necesaria en algún sentido una nueva recomendación con arreglo al párrafo 7 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* con respecto al régimen fiscal IET, estaría contenida en la citada recomendación del Órgano de Apelación.

36. Además, las Comunidades Europeas destacan su solicitud de establecimiento de un grupo especial en el primer procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 y alegan que el análisis del Grupo Especial en ese procedimiento se refería a la resolución de una discrepancia acerca de si la Ley IET en su conjunto aseguraba el cumplimiento de anteriores recomendaciones y resoluciones. No se estableció ninguna distinción entre las disposiciones que establecían un nuevo régimen de subvenciones y las que "perpetuaban"⁶⁸ los beneficios de las EVE.

37. Por último, las Comunidades Europeas hacen suya la preocupación del Grupo Especial por la posibilidad de que, en caso de que en cada procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 fuera necesaria una nueva recomendación con arreglo al párrafo 7 del artículo 4, ello socavara el funcionamiento eficaz del sistema de solución de diferencias, por entrañar la fijación de nuevos plazos para el cumplimiento. Las Comunidades Europeas destacan también la falta de coherencia de los argumentos

⁶⁶ *Ibid.*, párrafo 46.

⁶⁷ *Ibid.*, párrafo 53 (en el que se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EVE (párrafo 5 del artículo 21 - CE)*, párrafo 257).

⁶⁸ *Ibid.*, párrafo 55.

de los Estados Unidos, según los cuales, de un lado, no se habría formulado ninguna recomendación con arreglo al párrafo 7 del artículo 4 de retirar la exclusión fiscal de la Ley IET en el primer procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 y, de otro, los grupos especiales sobre el cumplimiento establecidos de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 no tienen facultades para formular esas recomendaciones con arreglo al párrafo 7 del artículo 4.

C. *Alegaciones de error formuladas por las Comunidades Europeas - Otro apelante*

38. Las Comunidades Europeas solicitan que, en caso de que el Órgano de Apelación acoja alguna de las alegaciones formuladas en la apelación por los Estados Unidos, se pronuncie sobre determinadas alegaciones que las Comunidades Europeas formularon ante el Grupo Especial y respecto de las cuales, según las Comunidades Europeas, el Grupo Especial sólo adoptó en parte una decisión.

39. La primera de esas alegaciones es que, al no retirar completamente las subvenciones a las EVE y respecto de los IET, los Estados Unidos no han dado cumplimiento a las recomendaciones y resoluciones del OSD ni al párrafo 7 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*. Las Comunidades Europeas sostienen que el Grupo Especial acogió esta alegación únicamente "en la medida en que constató que los Estados Unidos no habían dado cumplimiento a las recomendaciones y resoluciones operativas del OSD"⁶⁹, pero no declaró expresamente si se había producido una violación del párrafo 7 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*, ni manifestó que aplicaba el principio de economía procesal con respecto a esta alegación de las Comunidades Europeas.

40. En segundo lugar, las Comunidades Europeas aducen que, al no retirar enteramente las subvenciones a las EVE y respecto de los IET, los Estados Unidos no han dado cumplimiento a las recomendaciones y resoluciones del OSD y han incumplido por consiguiente las obligaciones que les imponía el párrafo 1 del artículo 19 y el párrafo 1 del artículo 21 del ESD. El Grupo Especial aplicó el principio de economía procesal con respecto a esas alegaciones. Las Comunidades Europeas aducen que el párrafo 1 del artículo 19 del ESD establece implícitamente una obligación de los Miembros de la OMC similar a la que establece el párrafo 7 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*. En consecuencia, las Comunidades Europeas consideran que los Estados Unidos infringen el párrafo 1 del artículo 19 y el párrafo 1 del artículo 21 del ESD y solicitan que el Órgano de Apelación formule una constatación en ese sentido, en el caso de que revoque cualquiera de las constataciones del Grupo Especial.

⁶⁹ Comunicación de otro apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 6.

41. Además, las Comunidades Europeas solicitan que, en caso de que considere que el Grupo Especial incurrió en error al declarar que "las recomendaciones y resoluciones iniciales del OSD en 2000 siguen siendo operativas"⁷⁰, por lo que no necesitaba formular una nueva recomendación con arreglo al párrafo 7 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*, el Órgano de Apelación formule esa recomendación. Las Comunidades Europeas explican que la razón por la que solicitaron que el primer Grupo Especial sobre el cumplimiento *no* formulara una recomendación con arreglo al párrafo 7 del artículo 4 es que esa recomendación exige la fijación de un plazo para retirar la subvención que se ha constatado que es una subvención prohibida. El cumplimiento de las obligaciones en el marco de la OMC no debe aplazarse debido a un "ciclo interminable"⁷¹ de litigios y fijación de plazos para el cumplimiento. Las Comunidades Europeas aducen además que, en el caso de que los Grupos Especiales del párrafo 5 del artículo 21 en el primer y segundo procedimiento incurrieran en error al *no* formular una recomendación en lo respectivos procedimientos, el Órgano de Apelación debería completar el análisis y formular la recomendación correspondiente.

42. Las Comunidades Europeas añaden que las recomendaciones con arreglo al párrafo 7 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* y al párrafo 1 del artículo 19 del ESD, en caso de que el Órgano de Apelación las considere necesarias, han de formularse "independientemente de que exista una petición expresa de la parte reclamante".⁷² En consecuencia, el Órgano de Apelación puede formular esas recomendaciones cuando lo considere necesario para completar el análisis en ausencia de una petición en ese sentido. No obstante, esas recomendaciones adicionales no deben llevar aparejada la fijación de un nuevo plazo para retirar las subvenciones prohibidas, ya que ello socavaría el funcionamiento efectivo del sistema de solución de diferencias.

D. *Argumentos de los Estados Unidos - Apelado*

43. Los Estados Unidos solicitan que el Órgano de Apelación rechace las alegaciones condicionales de error formuladas por las Comunidades Europeas. Aducen que no podrían haber actuado de forma incompatible con el párrafo 1 del artículo 19 y el párrafo 1 del artículo 21 del ESD: la primera frase del párrafo 1 del artículo 19 impone a los grupos especiales y al Órgano de Apelación la obligación de formular recomendaciones y no impone obligaciones a los Miembros de la OMC; el párrafo 1 del artículo 21 no establece ninguna obligación. Según los Estados Unidos, las Comunidades Europeas confunden la función de las recomendaciones con la de las obligaciones de

⁷⁰ *Ibid.*, párrafo 7 (en el que se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafos 7.49 y 8.2).

⁷¹ *Ibid.*, párrafo 24 (en el que se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafo 7.46).

⁷² *Ibid.*, párrafo 27.

los Miembros de la OMC. A juicio de los Estados Unidos, la incompatibilidad que puede existir es la incompatibilidad con la disposición pertinente de un acuerdo abarcado y no con el párrafo 1 del artículo 19 o con el párrafo 1 del artículo 21.

44. En segundo lugar, los Estados Unidos sostienen que el párrafo 7 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*, al igual que el párrafo 1 del artículo 19 y el párrafo 1 del artículo 21 del ESD, no impone obligaciones a los Miembros de la OMC; los destinatarios de ese párrafo son los grupos especiales. Según los Estados Unidos, las Comunidades Europeas no basan sus argumentos en el texto del párrafo 7 del artículo 4, sino en su propia interpretación de declaraciones formuladas por el Órgano de Apelación en *Estados Unidos - EVE (párrafo 5 del artículo 21 - CE)*.⁷³ A juicio de los Estados Unidos, es el párrafo 2 del artículo 3 del *Acuerdo SMC*, y no el párrafo 7 del artículo 4 de ese Acuerdo, el que prohíbe otorgar o mantener subvenciones prohibidas. Además, los Estados Unidos señalan que ni el Grupo Especial ni el Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - EVE (párrafo 5 del artículo 21 - CE)* constataron la existencia de una violación del párrafo 7 del artículo 4; en lugar de ello, el Grupo Especial constató que los Estados Unidos no habían "aplicado las recomendaciones y resoluciones formuladas por el OSD de conformidad con el párrafo 7 del artículo 4 del Acuerdo SMC".⁷⁴

45. En tercer lugar, los Estados Unidos aducen que el Órgano de Apelación debería rechazar el "supuesto"⁷⁵ en el que se basa la solicitud de recomendaciones de las Comunidades Europeas. Según los Estados Unidos, es "imposible"⁷⁶ que pueda producirse el supuesto definido por las Comunidades Europeas (la constatación por el Órgano de Apelación de que el Grupo Especial incurrió en error al concluir que no eran necesarias nuevas recomendaciones de conformidad con el párrafo 7 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*). No "habría ninguna base para que el Órgano de Apelación constara que el Grupo Especial incurrió en error al no formular nuevas recomendaciones"⁷⁷ porque ni en el anuncio de apelación de los Estados Unidos ni en el anuncio de otra apelación de las Comunidades Europeas

⁷³ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 17 (en el que se hace referencia a la comunicación de otro apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 12, que cita a su vez el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EVE (párrafo 5 del artículo 21 - CE)*, párrafo 229, en el que se dice lo siguiente: "El párrafo 7 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* requiere que las subvenciones prohibidas se retiren 'sin demora', y establece que el Grupo Especial especificará el plazo dentro del cual la medida debe retirarse.").

⁷⁴ *Ibid.*, párrafo 20 (que se remite al informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - EVE (párrafo 5 del artículo 21 - CE)*, párrafo 9.1 e)).

⁷⁵ *Ibid.*, párrafo 22.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ *Ibid.*

se alega que el Grupo Especial incurrió en error al concluir que no eran necesarias nuevas recomendaciones.

46. En cuarto lugar, según los Estados Unidos, las Comunidades Europeas no cumplieron lo dispuesto en la Regla 21 de los *Procedimientos de trabajo* porque la comunicación de otro apelante de las Comunidades Europeas no incluye "una exposición precisa de los motivos de la apelación" ni "una exposición precisa de las disposiciones de los acuerdos abarcados y otras fuentes jurídicas en las que se ampara el apelante"⁷⁸ como exige esa Regla. En particular, los Estados Unidos destacan la declaración que se hace en la comunicación de otro apelante presentada por las Comunidades Europeas de que "los argumentos detallados que apoyan las alegaciones [de las Comunidades Europeas] figuran en las comunicaciones presentadas [por las Comunidades Europeas] al Grupo Especial y se incorporan por remisión a la presente comunicación".⁷⁹ Aunque, "quizá sea posible"⁸⁰ cumplir lo dispuesto en la Regla 21 mediante una incorporación por remisión, los Estados Unidos sostienen que las Comunidades Europeas no han cumplido lo dispuesto en la Regla 21 en este caso concreto, y ello porque las referencias de las Comunidades Europeas son "imprecisas" y porque el enfoque adoptado por las Comunidades prescinde de los intereses de los terceros.⁸¹ En consecuencia, los Estados Unidos piden que el Órgano de Apelación, de conformidad con la Regla 29 de los *Procedimientos de trabajo*, rechace las partes pertinentes de la apelación condicional de las Comunidades Europeas.

E. *Argumentos de los terceros participantes*

1. Australia

47. Con respecto al mandato del Grupo Especial, Australia sostiene que las disposiciones sobre anterioridad y exclusión del artículo 5 de la Ley IET constituyen una medida que ya se constató que era incompatible antes del segundo procedimiento del Grupo Especial de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21. El hecho de que en la solicitud de establecimiento del grupo especial no se

⁷⁸ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 25.

⁷⁹ *Ibid.* (en el que se hace referencia a la comunicación de otro apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 6).

⁸⁰ *Ibid.*, párrafo 27.

⁸¹ Los Estados Unidos sostienen, concretamente, que las Comunidades Europeas se refieren a comunicaciones, declaraciones orales y respuestas a preguntas formuladas por el Grupo Especial de las que nunca se dio traslado a los terceros. Aunque la declaración inicial de las Comunidades Europeas se incluyó como anexo al informe del Grupo Especial, la declaración final y las respuestas a las preguntas no se incluyeron. Tampoco se incluyeron los documentos de la página Web de las Comunidades Europeas.

cite expresamente el artículo 5 de la Ley IET "no convierte una medida incompatible con las normas de la OMC en una medida compatible con ellas".⁸² Aun en caso de que el Órgano de Apelación revoque la resolución del Grupo Especial con respecto a su mandato, los Estados Unidos "siguen estando obligados"⁸³ a poner en conformidad la medida en litigio.

48. En lo que respecta a los argumentos de los Estados Unidos acerca de la exclusión fiscal IET y de la aplicación de las recomendaciones y resoluciones del OSD, Australia hace suyas las constataciones del Grupo Especial y aduce que los Estados Unidos tratan en realidad de apelar contra las recomendaciones adoptadas por el OSD en el primer procedimiento del párrafo 5 del artículo 21. Los grupos especiales del párrafo 5 del artículo 21 no tienen el mandato de formular recomendaciones de conformidad con el párrafo 7 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*. Las recomendaciones del OSD en la diferencia inicial tienen "aplicación constante"⁸⁴, habida cuenta de que las medidas destinadas al cumplimiento siguen operando y de que se constató que esas medidas eran incompatibles con el derecho de la OMC. A juicio de Australia, la posición de los Estados Unidos llevaría a un "absurdo legal"⁸⁵ en lo que respecta a los efectos jurídicos de las recomendaciones del OSD. Además, los Estados Unidos están obligados a corregir las incompatibilidades, y una apelación satisfactoria de los Estados Unidos "no debe servir para convertir una medida incompatible con las normas de la OMC en una medida conforme a las obligaciones en el marco de la OMC".⁸⁶

2. Brasil

49. En lo que respecta al mandato del Grupo Especial, el Brasil sostiene que los Estados Unidos aducen, de hecho, que las Comunidades Europeas atribuyeron a una sección determinada de su solicitud de establecimiento de un grupo especial mayor importancia que a otras por el hecho de que esa sección se titula "El objeto de la diferencia". A juicio del Brasil, la apelación de los Estados Unidos da primacía a la "forma sobre el fondo".⁸⁷ Al pedir, en la solicitud de establecimiento de un grupo especial, una constatación de que los Estados Unidos no habían retirado sus subvenciones prohibidas y, en consecuencia, no habían aplicado las recomendaciones y resoluciones del OSD, las

⁸² Comunicación de tercero participante presentada por Australia, párrafo 9.

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ *Ibid.*, párrafo 6.

⁸⁵ *Ibid.*, párrafo 7.

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ Comunicación de tercero participante presentada por el Brasil, párrafo 19.

Comunidades Europeas cumplieron el requisito de presentar el problema con claridad establecido en el párrafo 2 del artículo 6 del ESD. Las referencias a la Ley IET en su conjunto y a anteriores informes de grupos especiales y del Órgano de Apelación eran suficientes para definir el alcance de la cuestión sometida al Grupo Especial. Además, en la Primera comunicación de las Comunidades Europeas al Grupo Especial se hace referencia expresa al hecho de que el artículo 5 de la Ley IET seguía estando en vigor.

50. En lo que respecta a los argumentos de los Estados Unidos acerca de la exclusión fiscal IET y la aplicación de las recomendaciones y resoluciones del OSD, el Brasil sostiene que el criterio de la "solución del problema" expuesto por el Grupo Especial es "acorde con una interpretación racional del texto del párrafo 5 del artículo 21 del ESD".⁸⁸ El Brasil se muestra también en desacuerdo con el argumento de los Estados Unidos de que la "medida" objeto de la recomendación de retirada del párrafo 7 del artículo 4 es la medida examinada por el Grupo Especial inicial y no cualquier medida futura destinada al cumplimiento respecto de la cual pueda constatar que constituye una subvención prohibida. El Brasil coincide con la constatación del Grupo Especial de que la obligación de un Miembro de retirar una subvención prohibida es "una constante" y "[p]ersiste hasta que se logra la plena aplicación de las recomendaciones y resoluciones del OSD".⁸⁹ Además, aunque los Estados Unidos reconocen que estaban obligados a corregir las incompatibilidades constatadas con respecto a la exclusión fiscal IET por el primer Grupo Especial sobre el cumplimiento, no han aclarado cómo y cuándo procederán al cumplimiento. Por último, el Brasil "advierte firmemente" contra una interpretación conforme a la cual la introducción de "nuevas" incompatibilidades⁹⁰, en el proceso de poner una medida incompatible con las normas de la OMC en conformidad con los acuerdos abarcados, dilate las diferencias.

III. Cuestiones que se plantean en la presente apelación

51. En la apelación de los Estados Unidos se plantean las dos cuestiones siguientes:

- a) si el Grupo Especial incurrió en error al constatar que el artículo 5(c)(1)(B) ("artículo 5") de la Ley de derogación de las disposiciones relativas a las EVE y exclusión de los ingresos extraterritoriales, de 2000 ("Ley IET")⁹¹, por el que se

⁸⁸ *Ibid.*, párrafo 9.

⁸⁹ *Ibid.*, párrafo 12 (que se remite al informe del Grupo Especial, párrafo 7.31). (las cursivas figuran en el original)

⁹⁰ *Ibid.*, párrafo 17.

⁹¹ United States Public Law 106-519, 114 Stat. 2423 (2000).

amparan por anterioridad las subvenciones a las empresas de ventas en el extranjero ("EVE") prohibidas, estaba comprendido en su mandato⁹²; y

- b) si el Grupo Especial incurrió en error al constatar que los Estados Unidos, en la medida en que mantienen subvenciones relativas a los ingresos extraterritoriales ("IET") y a las EVE prohibidas mediante las medidas transitorias y de anterioridad en litigio, "siguen sin aplicar plenamente las recomendaciones y resoluciones operativas del OSD de retirar las subvenciones prohibidas y poner sus medidas en conformidad con las obligaciones contraídas en virtud de los acuerdos abarcados pertinentes".⁹³

IV. Mandato del Grupo Especial

52. Nos ocupamos en primer lugar de la cuestión planteada por los Estados Unidos de que la conclusión del Grupo Especial de que el artículo 5 de la Ley IET está comprendido en su mandato es incompatible con el párrafo 2 del artículo 6 y el párrafo 1 del artículo 7 del ESD.⁹⁴

53. El Grupo Especial definió la cuestión que se le había sometido como la supuesta omisión por parte de las Comunidades Europeas de la identificación, conforme a lo prescrito por el párrafo 2 del artículo 6, de la "medida concreta en litigio", el artículo 5 de la Ley IET, que ampara por anterioridad las subvenciones a las EVE prohibidas.⁹⁵ El Grupo Especial declaró que esta medida estaría comprendida en su mandato "en la medida en que estuviera *debidamente identificada* en la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por las [Comunidades Europeas]".⁹⁶ El Grupo Especial consideró que la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por las Comunidades Europeas debía considerarse "en su conjunto"⁹⁷, e indicó que en el texto de la solicitud de establecimiento de un grupo especial "se hace referencia a la Ley IET en su conjunto, así como a las recomendaciones y resoluciones iniciales del OSD y a la adopción por el OSD de los informes del Grupo Especial y del Órgano de Apelación en el procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 de 2002 que contienen, entre otras cosas, constataciones de incompatibilidad del artículo 5 de la Ley IET".⁹⁸

⁹² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.87.

⁹³ *Ibid.*, párrafo 7.65. Véase también el párrafo 8.1.

⁹⁴ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 57; Anuncio de apelación de los Estados Unidos, WT/DS108/32 (adjunto como anexo I al presente informe), párrafo 2.

⁹⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.72.

⁹⁶ *Ibid.*, párrafo 7.73. (las cursivas figuran en el original)

⁹⁷ *Ibid.*, párrafo 7.76. (no se reproduce la nota de pie de página)

⁹⁸ *Ibid.*, párrafo 7.78.

El Grupo Especial señaló además que en la solicitud de establecimiento de un grupo especial se presenta como "objeto de la diferencia" el artículo 101 de la Ley para la creación de empleo en los Estados Unidos, de 2004 ("Ley del Empleo"). Esta disposición "deroga el programa [fiscal] IET, salvo las transacciones a que se refieren las disposiciones transitorias y de anterioridad de la IET expresamente citadas y las disposiciones de anterioridad relativas a las EVE establecidas en el artículo 5 de la Ley IET".⁹⁹ El Grupo Especial declaró lo siguiente:

En consecuencia, rechazamos el argumento de los Estados Unidos de que debe interpretarse que nuestro mandato excluye el artículo 5 de la Ley IET porque esa disposición afecta al alcance de la derogación efectiva de la Ley IET: el artículo 101 no deroga las disposiciones de anterioridad relativas a las EVE establecidas en el artículo 5 de la Ley IET.¹⁰⁰

54. El Grupo Especial observó, además, que "en el texto de la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por las [Comunidades Europeas] se citan globalmente la Ley IET, en su totalidad, y los informes del Grupo Especial y el Órgano de Apelación (párrafo 5 del artículo 21), tanto de 2000 como de 2002, incluidas las recomendaciones y resoluciones adoptadas por el OSD" y que en la solicitud también se afirma "que *no* se han retirado las subvenciones prohibidas y que *no* se han aplicado las recomendaciones y resoluciones del OSD en el procedimiento original y el primer procedimiento relativo al cumplimiento".¹⁰¹ El Grupo Especial declaró que si el "*contenido* [de una medida concreta] se describe adecuadamente en la solicitud de establecimiento de un grupo especial, la medida de que se trate puede identificarse debidamente".¹⁰² Basándose en ello, el Grupo Especial llegó a la conclusión de que:

[...] las referencias en el texto de la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por las [Comunidades Europeas] engloban las disposiciones de la IET que amparan por anterioridad el programa [fiscal] relativo a las EVE inicial, así como las constataciones de incompatibilidad del artículo 5 de la Ley IET formuladas por el Grupo Especial y el Órgano de Apelación, tal como fueron adoptadas por el OSD. A nuestro juicio, esto satisface claramente los requisitos del párrafo 2 del artículo 6 del ESD.¹⁰³ (las cursivas figuran en el original)

55. Después de llegar a esta conclusión, el Grupo Especial analizó si los Estados Unidos "pueden haberse visto perjudicados por algún defecto aparente en la solicitud de establecimiento de un grupo

⁹⁹ *Ibid.*, párrafo 7.80.

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ *Ibid.*, párrafo 7.82. (las cursivas figuran en el original)

¹⁰² *Ibid.* (sin cursivas en el original)

¹⁰³ *Ibid.*

especial [...]".¹⁰⁴ El Grupo Especial reconoció que los defectos de una solicitud de establecimiento de un grupo especial no podían "subsanarse"¹⁰⁵ en una comunicación subsiguiente, pero señaló que, no obstante, la primera comunicación escrita de un reclamante "puede confirmar el sentido de las palabras utilizadas en la solicitud de establecimiento de un grupo especial".¹⁰⁶ El Grupo Especial consideró que las Comunidades Europeas, en su Primera comunicación escrita, "hicieron claramente una distinción" entre la aplicación de la cláusula de anterioridad al programa fiscal relativo a las EVE y la aplicación de la cláusula de anterioridad a las subvenciones IET en virtud de la Ley IET y de la Ley del Empleo, y que esta Primera comunicación escrita ponía de manifiesto que las Comunidades Europeas "desea[ban] impugnar ambas cosas".¹⁰⁷ El Grupo Especial señaló además que en las recomendaciones y resoluciones iniciales se requería la retirada de las subvenciones prohibidas no más tarde del 1º de octubre de 2000, y que "[l]os Estados Unidos tenían pleno conocimiento de sus obligaciones como mínimo desde esa fecha".¹⁰⁸ En conclusión, el Grupo Especial no consideró que se hubiera menoscabado la capacidad de los Estados Unidos para defenderse.¹⁰⁹

56. En apelación, los Estados Unidos aducen que la sección 2 de la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por las Comunidades Europeas sólo define como objeto de la diferencia "lo que el artículo 101 *contiene*"¹¹⁰ y que ese artículo no se refiere en absoluto al artículo 5 de la Ley IET. Las referencias que la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por las Comunidades Europeas hacen "en otras partes" a la Ley IET en su totalidad, así como a los anteriores informes de grupos especiales y del Órgano de Apelación adoptados en la presente diferencia no "arrojan demasiada luz acerca del alcance de la cuestión sometida al Grupo Especial".¹¹¹ De forma análoga, la mera referencia a que "no se han retirado las subvenciones prohibidas" no indica si la omisión alegada corresponde a la exención fiscal relativa a las EVE, a la exclusión fiscal IET o a

¹⁰⁴ *Ibid.*, párrafo 7.83.

¹⁰⁵ *Ibid.* (en el que se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *CE - Banano III*, párrafo 143).

¹⁰⁶ *Ibid.* (en el que se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Acero al carbono*, párrafo 127).

¹⁰⁷ *Ibid.*, párrafo 7.85.

¹⁰⁸ *Ibid.*, párrafo 7.86.

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 50. (las cursivas figuran en el original)

¹¹¹ *Ibid.*, párrafo 51.

una y a otra, por cuanto la presente diferencia afecta a "dos medidas diferentes"¹¹² que se ha constatado que constituyen subvenciones prohibidas.

57. Los Estados Unidos sostienen además que el Grupo Especial incurrió en error al atribuir el mismo peso a "todas las palabras o todas las secciones de la solicitud de establecimiento de un grupo especial"¹¹³; en realidad, el Grupo Especial debería haber atribuido "más fuerza probatoria"¹¹⁴ a la sección 2 de la solicitud titulada "El objeto de la diferencia". Por último, los Estados Unidos discrepan de la constatación del Grupo Especial sobre la cuestión del perjuicio y sostienen que cuando, como ocurre en el presente caso, una cuestión no está comprendida en el mandato de un grupo especial porque la medida de que se trata (el artículo 5 de la Ley IET) no ha sido incluida en la solicitud de establecimiento de un grupo especial, no es necesario que el Miembro demandado demuestre que ha sufrido un perjuicio.¹¹⁵

58. Comenzamos nuestro análisis con el texto del párrafo 5 del artículo 21 del ESD, que establece, en la parte pertinente, lo siguiente:

En caso de desacuerdo en cuanto a la existencia de medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones o a la compatibilidad de dichas medidas con un acuerdo abarcado, esta diferencia se resolverá conforme a los *presentes procedimientos de solución de diferencias*, con intervención, siempre que sea posible, del grupo especial que haya entendido inicialmente en el asunto. (sin cursivas en el original)

59. Hasta este momento, no se ha pedido al Órgano de Apelación que determine el alcance preciso de la expresión "los presentes procedimientos de solución de diferencias" del párrafo 5 del artículo 21 ni su relación con el párrafo 2 del artículo 6 del ESD.¹¹⁶ Aunque no consideramos necesario, a efectos de la resolución de la presente diferencia, determinar el alcance preciso de la expresión "los presentes procedimientos de solución de diferencias", opinamos que abarca el párrafo 2 del artículo 6 del ESD, y que el párrafo 2 del artículo 6 es aplicable en general a las solicitudes de

¹¹² *Ibid.*, párrafo 52.

¹¹³ *Ibid.*, párrafo 54.

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ *Ibid.*, párrafo 56.

¹¹⁶ En *México - Jarabe de maíz (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)*, el Órgano de Apelación formuló determinadas constataciones asumiendo, a efectos de argumentación, que el párrafo 2 del artículo 6 era aplicable en el contexto de los procedimientos del párrafo 5 del artículo 21. El Órgano de Apelación no formuló una constatación acerca de si el párrafo 2 del artículo 6 era *realmente aplicable* en el contexto de los procedimientos del párrafo 5 del artículo 21 y, de ser así, en qué medida. (Véase Informe del Órgano de Apelación, *México - Jarabe de maíz (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)*, párrafos 52, 53 y 67.)

establecimiento de un grupo especial del párrafo 5 del artículo 21.¹¹⁷ Al mismo tiempo, habida cuenta de que el párrafo 5 del artículo 21 se refiere a los procedimientos relativos al cumplimiento, es necesario interpretar el párrafo 2 del artículo 6 a la luz del párrafo 5 del artículo 21. Dicho de otra forma, es necesario adaptar las prescripciones del párrafo 2 del artículo 6, aplicables a la solicitud de establecimiento de un grupo especial inicial, a la solicitud de establecimiento de un grupo especial de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21.

60. Observamos que la finalidad del párrafo 5 del artículo 21 es resolver un desacuerdo entre las partes "en cuanto a la existencia de medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones" del OSD o a "la compatibilidad de dichas medidas con una acuerdo abarcado". Así pues, puede pedirse a un grupo especial del párrafo 5 del artículo 21 que examine, bien la "existencia" de "medidas destinadas a cumplir" las recomendaciones y resoluciones del OSD o, cuando esas medidas existan, su "compatibilidad" con los acuerdos abarcados, o ambas cosas, en los casos en los que las medidas destinadas a cumplir, debido a omisiones o por cualquier otra razón, sólo puedan lograr un cumplimiento parcial.

61. Es importante señalar que el texto del párrafo 5 del artículo 21 vincula expresamente las "medidas destinadas a cumplir" con las recomendaciones y resoluciones del OSD. En consecuencia, las "medidas concretas en litigio" que han de identificarse en los procedimientos del párrafo 5 del artículo 21 son las medidas que tienen relación con el cumplimiento de las recomendaciones y resoluciones del OSD, lo que, a nuestro juicio, indica que las prescripciones del párrafo 2 del artículo 6 del ESD, tal como son aplicables a una solicitud de establecimiento de un grupo especial del párrafo 5 del artículo 21, deben analizarse en función de las recomendaciones y resoluciones del OSD en el procedimiento del grupo especial inicial relativo a la misma diferencia.

62. De ello se desprende que para identificar las "medidas concretas en litigio" y hacer "una breve exposición de los fundamentos de derecho de la reclamación" en una solicitud de establecimiento de un grupo especial del párrafo 5 del artículo 21, la parte reclamante debe identificar, como mínimo, en su solicitud los elementos que se indican a continuación. En primer lugar, debe citar las recomendaciones y resoluciones que el OSD formuló en la diferencia inicial, así como en cualquier procedimiento anterior del párrafo 5 del artículo 21 a las que, según la parte reclamante, aún no se haya dado cumplimiento. En segundo lugar, debe identificar con suficiente detalle las medidas supuestamente destinadas a cumplir esas recomendaciones y resoluciones, así como las posibles

¹¹⁷ En respuesta a preguntas formuladas en la audiencia, ambos participantes admitieron expresamente la aplicabilidad general del párrafo 2 del artículo 6 en los procedimientos del párrafo 5 del artículo 21, aunque había algunas divergencias entre ellos en cuanto a los detalles específicos de las prescripciones del párrafo 2 del artículo 6 en los procedimientos del párrafo 5 del artículo 21.

omisiones o deficiencias de esas medidas¹¹⁸, o declarar que el Miembro que ha de proceder a la aplicación no ha adoptado *ninguna* medida a tal efecto. En tercer lugar, debe indicar los fundamentos de derecho de su reclamación, detallando cómo las medidas adoptadas, o que no se han adoptado, no eliminan las incompatibilidades con las normas de la OMC constatadas en los anteriores procedimientos, o si esas medidas han dado lugar a nuevas incompatibilidades con dichas normas. Señalamos que en el presente caso no se nos plantea esta última cuestión.¹¹⁹

63. Los participantes coinciden en que el supuesto que se nos plantea no es la *ausencia completa* de "medidas destinadas a cumplir". De hecho, las Comunidades Europeas manifestaron en la audiencia que la presente diferencia se refería, en parte, a la existencia de una medida destinada a cumplir, en concreto, respecto del artículo 5 de la Ley IET, y, en parte, a la compatibilidad de una medida destinada a cumplir, en concreto el artículo 101 de la Ley del Empleo. Además, señalamos que la cuestión que se nos plantea no es la inexistencia de una exposición de los fundamentos de derecho de las reclamaciones, sino más bien, si, en lo que respecta al artículo 5 de la Ley IET, las Comunidades Europeas identificaron suficientemente la "medida concreta en litigio".

64. En cuanto a la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por las Comunidades Europeas en la presente diferencia, observamos que las Comunidades Europeas identificaron todas las recomendaciones y resoluciones del OSD en el procedimiento inicial y en el primer procedimiento del párrafo 5 del artículo 21.¹²⁰

65. En lo que respecta a las "medidas concretas en litigio", observamos que las Comunidades Europeas se refieren expresamente al artículo 101 de la Ley del Empleo como "medida destinada a cumplir".¹²¹ Los Estados Unidos no sostienen que las Comunidades Europeas no hayan identificado

¹¹⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Madera blanda IV (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá)*, párrafo 67.

¹¹⁹ A este respecto, recordamos que el Órgano de Apelación declaró, en *CE - Ropa de cama (párrafo 5 del artículo 21 - India)*, que la medida destinada a cumplir puede ser incompatible con el derecho de la OMC "en formas distintas" que la medida inicial (Informe del Órgano de Apelación, *CE - Ropa de cama (párrafo 5 del artículo 21 - India)*, párrafo 79) Véase también el informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Aeronaves civiles (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil)*, párrafo 40.

¹²⁰ La solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por las Comunidades Europeas se refiere expresamente a las recomendaciones y resoluciones del OSD en la diferencia inicial y en la primera diferencia del párrafo 5 del artículo 21 en la sección 1 ("Los antecedentes de la diferencia"), en la sección 2 ("El objeto de la diferencia") y en la sección 3 ("Solicitud de establecimiento de un grupo especial"). (Solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por las Comunidades Europeas, WT/DS/108/29 (adjunto como anexo III al presente informe))

¹²¹ En la sección 2 de la solicitud de establecimiento de un grupo especial ("El objeto de la diferencia"), las Comunidades Europeas declaran: "El artículo 101 de la Ley del EMPLEO tiene supuestamente la finalidad de derogar la Ley IET (artículo 101(a))".

de forma suficiente la Ley del Empleo o los artículos 101(d) y (f) de la misma como una medida en litigio¹²², sino que la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por las Comunidades Europeas se limita específica y exclusivamente al artículo 101 de la Ley del Empleo y no incluye el artículo 5 de la Ley IET. La cuestión que se nos plantea es, por consiguiente, si la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por las Comunidades Europeas informó de forma suficiente a los Estados Unidos de que se estaba formulando una impugnación contra la aplicación ininterrumpida del artículo 5 de la Ley IET.

66. A nuestro parecer, las Comunidades Europeas han cumplido este requisito, porque, en su solicitud de establecimiento de un grupo especial, se han referido expresamente a que "los Estados Unidos *no han retirado las subvenciones prohibidas* como exige el párrafo 7 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* [...] y [...] no han dado aplicación a las recomendaciones y resoluciones del OSD, especificadas por el OSD el 20 de marzo de 2000 y el 29 de enero de 2002".¹²³ Este texto indica claramente que las Comunidades Europeas se referían a la *totalidad* de las subvenciones prohibidas cuya existencia se constató en el procedimiento inicial y en el primer procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 y abarcadas por las recomendaciones y resoluciones del OSD, lo que incluía el artículo 5 de la Ley IET. Habida cuenta de que la Ley del Empleo no se aplica a las subvenciones EVE prohibidas, por cuanto "ni deroga el artículo 5 de la Ley IET ni en modo alguno afecta expresa o implícitamente a su aplicación"¹²⁴, extremo éste que los Estados Unidos no contradicen, debe interpretarse que la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por las Comunidades Europeas incluye la aplicación ininterrumpida del artículo 5 de la Ley IET.

67. Recordamos, como ha hecho el Grupo Especial, que el Órgano de Apelación ha declarado anteriormente que "al examinar si una solicitud de establecimiento de un grupo especial es o no suficiente, pueden consultarse las comunicaciones presentadas y las declaraciones hechas durante el curso de las actuaciones, en particular la Primera comunicación escrita de la parte reclamante, con el fin de confirmar el sentido de los términos empleados en la solicitud de establecimiento del grupo especial".¹²⁵ Señalamos que, en su Primera comunicación escrita al Grupo Especial, las Comunidades

¹²² La apelación de los Estados Unidos con respecto al mandato del Grupo Especial se limita al artículo 5 de la Ley IET. Además, los Estados Unidos declaran: "La sección 2 [de la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por las Comunidades Europeas] *identifica claramente* como objeto de la diferencia los artículos 101(d) y (f) de la [Ley del Empleo]". (Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 48) (sin cursivas en el original)

¹²³ Solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por las Comunidades Europeas, sección 3. (sin cursivas en el original)

¹²⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.68.

¹²⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Acero al carbono*, párrafo 127.

Europeas establecieron una clara distinción entre "la cláusula de anterioridad respecto de las subvenciones EVE contenida en el artículo 5[] de la Ley IET"¹²⁶ y las "cláusulas transitorias y de anterioridad de la Ley del Empleo"¹²⁷, y declaró expresamente que impugnaba ambos elementos.¹²⁸ Coincidimos también con el Grupo Especial en que la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por las Comunidades Europeas debe considerarse en su conjunto y en que la evaluación de la solicitud no debe limitarse al contenido de su sección 2, titulada "El objeto de la diferencia".

68. Sobre la base de las consideraciones anteriores, concluimos que la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por las Comunidades Europeas identifica la aplicación ininterrumpida del artículo 5 de la Ley IET de forma suficiente para informar a los Estados Unidos a ese respecto.¹²⁹ Al mismo tiempo, consideramos que habría sido preferible y con ello se habrían cumplido mejor los requisitos del párrafo 2 del artículo 6 del ESD, que las Comunidades Europeas hubieran formulado expresamente su impugnación de la aplicación ininterrumpida del artículo 5 de la Ley IET. Las Comunidades Europeas podían haberse referido expresamente al amparo ininterrumpido por anterioridad de las subvenciones EVE cuando impugnaron expresamente el amparo por anterioridad de las subvenciones IET en virtud de la Ley del Empleo. No obstante, analizando la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por las Comunidades Europeas en su conjunto, y en las circunstancias concretas de la presente diferencia del párrafo 5 del artículo 21, consideramos que la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por las Comunidades Europeas cumple los requisitos mínimos del párrafo 2 del artículo 6, en conexión con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD.¹³⁰

¹²⁶ Primera comunicación de las Comunidades Europeas al Grupo Especial, párrafo 58; informe del Grupo Especial, página A-16.

¹²⁷ *Ibid.*, párrafo 59; informe del Grupo Especial, página A-16.

¹²⁸ Deseamos advertir -como hizo el Grupo Especial en el presente caso- que un grupo especial que examina la Primera comunicación escrita de la parte reclamante a efectos de confirmar el sentido de la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por ella debe tener presente que no es posible "subsanan" posteriormente una solicitud deficiente de establecimiento de un grupo especial en la primera comunicación. (Informe del Órgano de Apelación, *CE - Banano III*, párrafo 143 (en referencia al requisito del párrafo 2 del artículo 6 del ESD de hacer "una breve exposición de los fundamentos de derecho de la reclamación"))

¹²⁹ Observamos también que las Comunidades Europeas aducen que cabe prever que la parte demandada en un procedimiento relativo al cumplimiento tenga noticia de las medidas abarcadas por las recomendaciones o resoluciones formuladas por el OSD en el procedimiento inicial o en el primer procedimiento del párrafo 5 del artículo 21. (Véase también el informe del Grupo Especial, párrafo 7.86)

¹³⁰ Dada nuestra opinión de que las Comunidades Europeas cumplieron el requisito mínimo del párrafo 2 del artículo 6, en conexión con el párrafo 5 del artículo 21, no estimamos necesario abordar la cuestión de si los Estados Unidos podrían haber sufrido perjuicio por la supuesta falta de claridad de la solicitud de

69. En consecuencia *confirmamos* la constatación del Grupo Especial, que se recoge en el párrafo 7.87 de su informe, de que el artículo 5 de la Ley IET, por el que se amparan por anterioridad las subvenciones a las EVE prohibidas, estaba comprendido en el mandato del Grupo Especial.

V. Párrafo 7 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* y párrafo 5 del artículo 21 del ESD

70. Examinamos ahora la segunda cuestión que se plantea en la apelación de los Estados Unidos. Los Estados Unidos apelan contra la constatación del Grupo Especial de que los Estados Unidos "siguen sin aplicar plenamente las recomendaciones y resoluciones operativas del OSD de retirar las subvenciones [EVE e IET] prohibidas y poner sus medidas en conformidad con las obligaciones contraídas en virtud de los acuerdos abarcados pertinentes".¹³¹ Más concretamente, los Estados Unidos impugnan la constatación del Grupo Especial de que los Estados Unidos no retiraron las subvenciones EVE e IET prohibidas de conformidad con el párrafo 7 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*.¹³²

71. La apelación de los Estados Unidos conforme a la cual el Grupo Especial constató erróneamente la no aplicación de las recomendaciones del OSD de conformidad con el párrafo 7 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* se basa en dos razones distintas. Con respecto a la subvención IET, los Estados Unidos aducen que el Grupo Especial incurrió en error "porque el OSD no formuló ninguna recomendación de conformidad con el párrafo 7 del artículo 4 con respecto a la exclusión fiscal IET".¹³³ En lo que respecta a la subvención EVE, el Grupo Especial incurrió en error porque "constató de forma incorrecta que el artículo 5[] de la [...] 'Ley IET' [...] estaba comprendido en el mandato del Grupo Especial" y "a su vez, ese error dio lugar a que el Grupo Especial formulara erróneamente constataciones sobre una medida que no estaba comprendida en su mandato".¹³⁴ Los Estados Unidos no niegan que, con respecto a la subvención EVE, hubo una recomendación del OSD de conformidad con el párrafo 7 del artículo 4 de retirar esa subvención, que se formuló en el procedimiento inicial y en el procedimiento del primer Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 y del Órgano de Apelación.

establecimiento de un grupo especial presentada por las Comunidades Europeas. A este respecto, observamos que los Estados Unidos admitieron, en la audiencia, que una vez que se determina que una medida está debidamente comprendida en el mandato de un grupo especial, no es necesario demostrar, además, la existencia o inexistencia de perjuicio para la parte demandada.

¹³¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.65; Anuncio de apelación de los Estados Unidos, párrafo 1.

¹³² Anuncio de apelación de los Estados Unidos, párrafo 1.

¹³³ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 3.

¹³⁴ *Ibid.*, párrafo 4.

72. En la sección II *supra*, hemos confirmado la constatación del Grupo Especial de que el artículo 5 de la Ley IET estaba comprendido en el mandato del Grupo Especial. En consecuencia limitamos el análisis que hacemos a continuación a la impugnación de los Estados Unidos con respecto a la subvención IET, es decir a la impugnación basada en que el OSD no formuló ninguna recomendación de conformidad con el párrafo 7 del artículo 4 con respecto a la exclusión fiscal IET, y en que un grupo especial del párrafo 5 del artículo 21 no puede formular una nueva recomendación de conformidad con el párrafo 7 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*.

73. Observamos que el Grupo Especial inicial recomendó, de conformidad con el párrafo 7 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*, que los Estados Unidos retiraran las subvenciones relativas a las EVE prohibidas a más tardar el 1º de octubre del año 2000.¹³⁵ El primer Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 llegó a la conclusión de que los Estados Unidos, en virtud de la Ley IET, no habían puesto plenamente su medida en conformidad con las obligaciones que les corresponden en el marco de la OMC, al no aplicar las recomendaciones formuladas por el OSD de conformidad con el párrafo 7 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* de retirar plenamente las subvenciones EVE prohibidas.¹³⁶ El Órgano de Apelación confirmó las constataciones del Grupo Especial inicial y recomendó en el primer procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 que el OSD pidiera a los Estados Unidos que pusieran su medida IET en conformidad con las obligaciones que les corresponden en el marco de la OMC y que aplicaran "plenamente las recomendaciones y resoluciones formuladas por el OSD en el asunto *Estados Unidos - EVE* de conformidad con el párrafo 7 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*".¹³⁷

74. En este segundo procedimiento de un grupo especial del párrafo 5 del artículo 21, las Comunidades Europeas alegan que los artículos 101(d) y 101(f) de la Ley del Empleo son incompatibles con las obligaciones que corresponden a los Estados Unidos en el marco de la OMC porque siguen manteniendo las subvenciones IET prohibidas.¹³⁸ Además, las Comunidades Europeas alegan que los Estados Unidos siguen sin retirar plenamente las subvenciones EVE prohibidas

¹³⁵ Informe del Grupo Especial inicial, *Estados Unidos - EVE*, párrafos 8.3 y 8.8. En la reunión que celebró el 12 de octubre de 2000, el OSD acordó modificar el plazo para que éste expirara el 1º de noviembre de 2000. (Informe del Grupo Especial, párrafo 1.1)

¹³⁶ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - EVE (párrafo 5 del artículo 25 - CE)*, párrafo 8.170.

¹³⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EVE (párrafo 5 del artículo 25 - CE)*, párrafo 257.

¹³⁸ En primer lugar, la "disposición transitoria" que establece la continuación por dos años de un porcentaje de los beneficios IET (80 por ciento en 2005 y 60 por ciento en 2006); y en segundo lugar la "cláusula de anterioridad" que exime indefinidamente a determinadas transacciones de la derogación del programa fiscal IET.

amparadas por anterioridad por el artículo 5 de la Ley IET.¹³⁹ Los Estados Unidos "no rechazan [...] los argumentos sustantivos de las Comunidades Europeas"¹⁴⁰ acerca de la disposición transitoria y la disposición de anterioridad en lo que respecta a las subvenciones IET y EVE. Tampoco rechazan la constatación del Grupo Especial de que la disposición transitoria y la disposición de anterioridad en relación con la subvención IET (recogidas en los artículos 101(d) y (f) de la Ley del Empleo respectivamente) son incompatibles con los párrafos 1 a) y 2 del artículo 3 del *Acuerdo SMC*, el párrafo 3 del artículo 3, el artículo 8 y el párrafo 1 del artículo 10 del *Acuerdo sobre la Agricultura* y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.¹⁴¹

75. El Grupo Especial concluyó que:

[...] los Estados Unidos, en la medida en que al promulgar el artículo 101 de la Ley del Empleo mantienen subvenciones IET y EVE prohibidas mediante esas medidas transitorias y de anterioridad, siguen sin aplicar plenamente las recomendaciones y resoluciones operativas del OSD de retirar las subvenciones prohibidas y poner sus medidas en conformidad con las obligaciones contraídas en virtud de los acuerdos abarcados pertinentes.¹⁴²

El Grupo Especial concluyó además que no formularía una nueva recomendación de conformidad con el párrafo 7 del artículo 4 "[d]ado que las recomendaciones y resoluciones iniciales del OSD en 2000 siguen siendo operativas en virtud de los resultados del procedimiento relativo al cumplimiento de 2002".¹⁴³

76. Los Estados Unidos apelan contra esas constataciones. Según los Estados Unidos, no hay ninguna recomendación del OSD de conformidad con el párrafo 7 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* resultante del primer procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 (en 2002) con respecto a la exclusión fiscal IET.¹⁴⁴ En el primer procedimiento del párrafo 5 del artículo 21, el Grupo Especial y el Órgano de Apelación sólo formularon una recomendación con respecto al artículo 5 de la Ley IET. Los Estados Unidos aducen que el Grupo Especial convirtió erróneamente la recomendación inicial del OSD de conformidad con el párrafo 7 del artículo 4 de retirar la exención fiscal EVE en una

¹³⁹ Esta cláusula de anterioridad no ha sido derogada o modificada por la Ley del Empleo. (Informe del Grupo Especial, párrafo 7.80.)

¹⁴⁰ *Ibid.*, párrafo 7.11; comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 41.

¹⁴¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.60; respuesta de los Estados Unidos a preguntas formuladas en la audiencia.

¹⁴² Informe del Grupo Especial, párrafos 7.65 y 8.1.

¹⁴³ *Ibid.*, párrafo 8.2. Véanse también los párrafos 7.40, 7.41 y 7.44.

¹⁴⁴ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 3.

obligación general de retirar las futuras subvenciones prohibidas. Los Estados Unidos no niegan que estaban obligados a retirar plenamente la subvención relativa a las EVE incompatible con las normas de la OMC; no obstante, esta obligación, a juicio de los Estados Unidos, no deriva del párrafo 7 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*, sino, exclusivamente, del artículo 3 de dicho Acuerdo. Según los Estados Unidos, el párrafo 7 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* -al igual que su correlato genérico, el párrafo 1 del artículo 19 del ESD- no impone obligaciones a los Miembros.¹⁴⁵ Por último, los Estados Unidos aducen que la función de un grupo especial del párrafo 5 del artículo 21 no es determinar si un Miembro ha "solucionado el problema"¹⁴⁶, sino determinar si existen o no medidas destinadas a cumplir y, en el caso de que existan, si con ellas se da aplicación a las recomendaciones y resoluciones del OSD.

77. Los Estados Unidos señalan que, cuando el Grupo Especial inicial formuló su recomendación de conformidad con el párrafo 7 del artículo 4 de retirar las subvenciones EVE prohibidas en octubre de 2000, la Ley IET no existía. Es evidente que la recomendación del Grupo Especial inicial de conformidad con el párrafo 7 del artículo 4 no se refería a la Ley IET y, por lo tanto, no podía incluirla.¹⁴⁷ Posteriormente, en 2002, aunque el primer Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 constató que la Ley IET otorgaba subvenciones prohibidas, no formuló ninguna recomendación de conformidad con el párrafo 7 del artículo 4 con respecto a las subvenciones IET. En consecuencia, las recomendaciones adoptadas por el OSD no incluían una recomendación relativa a la retirada de la subvención IET de conformidad con el párrafo 7 del artículo 4, por lo que los Estados Unidos no estaban obligados a retirar la exclusión fiscal IET en virtud de una recomendación formulada de conformidad con el párrafo 7 del artículo 4.

78. Las Comunidades Europeas responden que en el primer procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 no era necesaria una nueva recomendación de conformidad con el párrafo 7 del artículo 4, porque la principal finalidad de una recomendación de conformidad con el párrafo 7 del artículo 4 es fijar el plazo dentro del cual debe retirarse la subvención que se ha constatado que infringe el artículo 3 del *Acuerdo SMC*. La recomendación inicial de conformidad con el párrafo 7 del artículo 4 constituye el "punto de referencia" con respecto al cual debe analizarse la medida destinada a cumplir para evaluar si esa medida ha dado lugar al cumplimiento.¹⁴⁸ En consecuencia, aun en ausencia de

¹⁴⁵ Declaración de los Estados Unidos en la audiencia.

¹⁴⁶ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 26.

¹⁴⁷ *Ibid.*, párrafos 10 y 11.

¹⁴⁸ Comunicación del apelado presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 46.

una nueva recomendación de conformidad con el párrafo 7 del artículo 4 relativa específicamente al programa fiscal IET, los Estados Unidos estaban obligados a retirar plenamente sin demora ese programa. Si fuera necesaria una nueva recomendación de conformidad con el párrafo 7 del artículo 4 en cada procedimiento del párrafo 5 del artículo 21, ello socavaría el funcionamiento eficaz del sistema de solución de diferencias, porque implicaría la prórroga de los plazos para el cumplimiento mediante sucesivos procedimientos del párrafo 5 del artículo 21. Las Comunidades Europeas aducen también que el Grupo Especial no inventó un criterio inadecuado basado en la "solución del problema" sino que analizó correctamente si se habían eliminado las violaciones del derecho de la OMC constatadas en el procedimiento inicial y en el primer procedimiento del párrafo 5 del artículo 21.

79. Las Comunidades Europeas destacan también lo que consideran que constituye una contradicción en los argumentos de los Estados Unidos. De un lado, los Estados Unidos aducen que el primer Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 no formuló una recomendación de conformidad con el párrafo 7 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* con respecto a la exclusión fiscal IET y, de otro, que el segundo Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 -el presente Grupo Especial- no estaba facultado para formular una nueva recomendación de conformidad con el párrafo 7 del artículo 4 con respecto a la exclusión fiscal IET.¹⁴⁹ Por último, las Comunidades Europeas sostienen que la recomendación del Órgano de Apelación en el primer procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 en relación con la retirada de la subvención EVE de conformidad con el párrafo 7 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*¹⁵⁰ abarca también implícitamente la retirada de la subvención IET de conformidad con esa disposición.¹⁵¹

80. Así pues, la apelación de los Estados Unidos plantea la cuestión de si una recomendación formulada de conformidad con el párrafo 7 del artículo 4 en el procedimiento inicial sigue en vigor hasta que el Miembro que ha de proceder a la aplicación haya cumplido plenamente las recomendaciones y resoluciones formuladas por el OSD en el procedimiento inicial y en los procedimientos posteriores del párrafo 5 del artículo 21.

¹⁴⁹ *Ibid.*, párrafo 56.

¹⁵⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EVE (párrafo 5 del artículo 21 - CE)*, párrafo 257.

¹⁵¹ Comunicación del apelado presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 53.

81. Comenzamos nuestro análisis con el texto del párrafo 7 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*, que establece lo siguiente:

Si se llega a la conclusión de que la medida de que se trate es una subvención prohibida, el grupo especial recomendará que el Miembro que concede esa subvención la retire sin demora. A este respecto, el grupo especial especificará en su recomendación el plazo dentro del cual debe retirarse la medida.

82. Del texto del párrafo 7 del artículo 4 se desprende claramente que cuando constata que una medida en litigio es una subvención prohibida, el grupo especial está obligado a formular una recomendación que tiene dos componentes: i) que la subvención debe retirarse "sin demora"; y ii) que el plazo dentro del cual debe retirarse la subvención ha de ser especificado por el grupo especial. Esa recomendación, cuando es adoptada por el OSD, debe ser, en virtud de lo dispuesto en el párrafo 14 del artículo 17 del ESD, aceptada "sin condiciones por las partes en la diferencia" y de ese modo se hace efectiva y vincula a las partes. De conformidad con el párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*, en caso de que no se cumpla una recomendación formulada de conformidad con el párrafo 7 del artículo 4 en el plazo especificado, el OSD puede autorizar la adopción de contramedidas apropiadas con respecto al Miembro que concede la subvención.

83. Consideramos que la obligación del Miembro que concede la subvención de retirar la subvención prohibida "sin demora" y dentro del plazo especificado deriva de una constatación de la existencia de una violación del artículo 3 del *Acuerdo SMC* y de una recomendación consiguiente de conformidad con el párrafo 7 del artículo 4, una vez que ésta ha sido adoptada por el OSD. Esa recomendación de conformidad con el párrafo 7 del artículo 4 sigue en vigor hasta que el Miembro afectado haya cumplido su obligación retirando *plenamente* la subvención prohibida.¹⁵² Cuando un Miembro retira sólo en parte una subvención prohibida, no cumple *plenamente* su obligación en el marco de la OMC y la recomendación de conformidad con el párrafo 7 del artículo 4 sigue en vigor con respecto a la parte de la subvención que no ha sido retirada. De forma análoga, la *retirada* plena de una subvención prohibida, en el sentido del párrafo 7 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* no puede lograrse mediante una "medida destinada a cumplir" que sustituya la subvención original por otra subvención que se constate que es una subvención prohibida.

¹⁵² Como se ha indicado antes, el párrafo 14 del artículo 17 del ESD establece que los informes del Órgano de Apelación, incluidas las constataciones del grupo especial confirmadas o modificadas por éste, deben ser aceptados sin condiciones por las partes en la diferencia una vez que hayan sido adoptados por el OSD.

En ninguno de estos casos puede decirse que el Miembro haya cumplido la obligación de retirar plenamente la subvención prohibida.¹⁵³

84. En consecuencia, si, en un procedimiento del párrafo 5 del artículo 21, un grupo especial constata que la medida destinada a cumplir la recomendación de conformidad con el párrafo 7 del artículo 4 formulada en el procedimiento inicial no logra la retirada *plena* de la subvención prohibida -bien porque deja en efecto, en todo o en parte, la subvención inicial prohibida, o bien porque sustituye esa subvención por otra subvención también prohibida de conformidad con el *Acuerdo SMC*- el Miembro que procede a la aplicación sigue estando obligado a la retirada plena de la subvención. La obligación de cumplir una recomendación de conformidad con el párrafo 7 del artículo 4 sigue en vigor, aun cuando sean necesarios varios procedimientos de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21, hasta que se retire plenamente la subvención prohibida.

85. Este segundo procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 se refiere a una situación en la que la medida destinada a cumplir las recomendaciones formuladas por el OSD en el procedimiento inicial y en el primer procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 (la Ley del Empleo) ha retirado en gran parte las subvenciones prohibidas.¹⁵⁴ No obstante, en la medida en que la Ley del Empleo, en virtud de su disposición transitoria y de su disposición de anterioridad, no retira plenamente las subvenciones IET que en los procedimientos anteriores se constató que eran subvenciones prohibidas de conformidad con el *Acuerdo SMC*, era suficiente que el segundo Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 concluyera que no se había cumplido enteramente la recomendación inicial de conformidad con el párrafo 7 del artículo 4 adoptada por el OSD y que esa recomendación seguía en vigor con respecto a la parte a la que no se había dado aplicación.

86. Aun suponiendo, a efectos de argumentación, que un grupo especial del párrafo 5 del artículo 21 formulara una nueva recomendación de conformidad con el párrafo 7 del artículo 4 para retirar la subvención prohibida "sin demora", es probable que además especificara "el plazo dentro del

¹⁵³ Recordamos que el Órgano de Apelación ha declarado anteriormente que los procedimientos del párrafo 5 del artículo 21 no tienen por objeto *cualquier* medida de un Miembro de la OMC, sino únicamente las "medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones". (Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Aeronaves civiles (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil)*, párrafo 36) Recordamos también las constataciones del Órgano de Apelación y los criterios identificados por éste para determinar cuándo una medida tiene una "relación especialmente estrecha con la 'medida destinada a cumplir' declarada". (Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Madera blanda IV (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá)*, párrafo 77) Habría que examinar diversos aspectos para determinar si una subvención impugnada está comprendida en las "medidas destinadas a cumplir". Señalamos que la cuestión de lo que constituyen "medidas destinadas a cumplir" que pueden ser examinadas en un procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 no se nos ha planteado en la presente apelación.

¹⁵⁴ Señalamos que el artículo 101(a) de la Ley del Empleo deroga la Ley IET.

cual debe retirarse la medida". Si ello diera lugar a una prórroga del plazo fijado para la retirada de la subvención que se constató que constituía una subvención prohibida en el procedimiento inicial, los procedimientos relativos al cumplimiento podrían tener el efecto de ampliar los plazos de cumplimiento mediante nuevas recomendaciones de conformidad con el párrafo 7 del artículo 4 formuladas en sucesivos procedimientos del párrafo 5 del artículo 21, lo que podría llevar a un "ciclo potencialmente interminable"¹⁵⁵ de procedimientos de solución de diferencias y a enormes demoras en la aplicación de las recomendaciones y resoluciones del OSD.

87. Coincidimos con el Grupo Especial en que las recomendaciones pertinentes adoptadas por el OSD en el procedimiento inicial en 2000 y las adoptadas en el primer procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 y en este segundo procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 forman parte de un conjunto de acontecimientos sin solución de continuidad relativos al cumplimiento de las recomendaciones y resoluciones del OSD en el procedimiento inicial.¹⁵⁶ La finalidad del primer procedimiento relativo al cumplimiento de 2002 era determinar si la Ley IET, promulgada por los Estados Unidos para cumplir las recomendaciones y resoluciones formuladas por el OSD en el procedimiento inicial, llevaban de hecho aparejado el cumplimiento en lo que respecta a las subvenciones relativas a las EVE. No obstante, los informes del primer Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 y del Órgano de Apelación adoptados por el OSD en 2002, en relación con las subvenciones IET, constataron que los Estados Unidos no habían retirado plenamente las subvenciones relativas a las EVE.¹⁵⁷ En este segundo procedimiento del párrafo 5 del artículo 21, el Grupo Especial constató que la Ley del Empleo no había retirado plenamente las subvenciones EVE e IET prohibidas, lo que pone de manifiesto que los Estados Unidos no han aplicado plenamente las constataciones y recomendaciones adoptadas por el OSD, no han cumplido su obligación de retirar plenamente las subvenciones prohibidas y siguen estando obligados a hacerlo.

88. Nos ocupamos ahora de la cuestión de si un grupo especial del párrafo 5 del artículo 21 está facultado para formular una nueva recomendación de conformidad con el párrafo 7 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*. En la audiencia, los Estados Unidos confirmaron que, tras haber reflexionado sobre el asunto, retiraban su apelación con respecto a esta cuestión.¹⁵⁸ Los Estados Unidos añadieron que

¹⁵⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.46.

¹⁵⁶ *Ibid.*, párrafo 7.86; informe del Órgano de Apelación, *México - Jarabe de maíz (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)*, párrafo 121.

¹⁵⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.52.

¹⁵⁸ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, nota 36 al párrafo 38. Los Estados Unidos confirmaron este punto en respuesta a preguntas formuladas en la audiencia.

basaban su apelación en los demás motivos que habían expuesto, en concreto, la inexistencia de una recomendación de conformidad con el párrafo 7 del artículo 4 del OSD en el presente caso con respecto a la exclusión fiscal IET y el hecho de que, en consecuencia, los Estados Unidos no estaban obligados a retirarla en virtud del párrafo 7 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*.¹⁵⁹

89. A nuestro juicio, la cuestión de si el primer Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 formuló o pudo formular una nueva recomendación de conformidad con el párrafo 7 del artículo 4 no es un elemento determinante para resolver la cuestión de si la recomendación inicial de conformidad con el párrafo 7 del artículo 4 sigue estando en vigor hasta que se logre el cumplimiento pleno.¹⁶⁰ Como al Grupo Especial, "la supuesta falta de una 'nueva' recomendación expresa ... con arreglo al párrafo 7 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* en el primer procedimiento [del párrafo 5 del artículo 21] no nos parece especialmente importante".¹⁶¹

90. Por último, abordamos la alegación de los Estados Unidos de que el Grupo Especial "caracteriz[ó]" de forma inexacta la función que le correspondía de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 al declarar que ésta consistía en determinar si un Miembro ha "solucionado el problema".¹⁶² Los Estados Unidos aducen que la función de un grupo especial del párrafo 5 del artículo 21 no es determinar si un Miembro ha "solucionado el problema", sino determinar si hay o no medidas destinadas al cumplimiento y, en el caso de que las haya, si con ellas se da cumplimiento a las recomendaciones y resoluciones del OSD. Según los Estados Unidos, al seguir un criterio basado en la "solución del problema", el Grupo Especial "parece haberse atribuido la facultad de prescindir del texto preciso del párrafo 7 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* y del párrafo 5 del artículo 21 [el ESD], de su mandato y de las alegaciones específicas formuladas por la parte reclamante".¹⁶³ Los Estados Unidos sostienen que el párrafo 7 del artículo 4 exige que el grupo especial recomiende la retirada de la medida respecto de la que se haya llegado a la conclusión "de que [...] es una subvención

¹⁵⁹ Los Estados Unidos no niegan que están obligados a retirar plenamente la subvención IET en virtud de los párrafos 1 a) y 2 del artículo 3 del *Acuerdo SMC*.

¹⁶⁰ Señalamos que los Estados Unidos "no niegan que están obligados [en virtud del artículo 3 del *Acuerdo SMC*] a corregir esas incompatibilidades con las obligaciones que les corresponden en el marco del Acuerdo sobre la OMC" con independencia de que haya o no una recomendación específica de conformidad con el párrafo 7 del artículo 4. (Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 41)

¹⁶¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.55. Véanse también el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - EVE (párrafo 5 del artículo 21 - CE)*, párrafo 9.1 e) y el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EVE (párrafo 5 del artículo 21 - CE)*, párrafo 257.

¹⁶² Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 26.

¹⁶³ *Ibid.*, párrafo 29.

prohibida"¹⁶⁴, pero se limita a ello y no dispone que un grupo especial recomiende que un Miembro de la OMC se abstenga de promulgar cualquier disposición nueva que pueda otorgar una subvención prohibida.

91. Las Comunidades Europeas responden que "puede describirse de forma más completa" la tarea de un grupo especial del párrafo 5 del artículo 21 como la de "examinar si se han eliminado las infracciones anteriormente constatadas y si al hacerlo el Miembro que procede a la aplicación ha respetado plenamente sus obligaciones en el marco de la OMC (y no ha incurrido en nuevas infracciones)".¹⁶⁵ Según las Comunidades Europeas, eso es lo que quiere decir "tanto literal como lógicamente" el Grupo Especial con la expresión "solución del problema".¹⁶⁶

92. El Grupo Especial indicó lo siguiente:

Los procedimientos relativos al cumplimiento de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 forman parte de una serie de acontecimientos sin solución de continuidad derivados de las diversas etapas de los procedimientos de solución de diferencias, en las que las recomendaciones y resoluciones a efectos de esos procedimientos son las adoptadas por el OSD en el procedimiento *inicial*. Esas recomendaciones y resoluciones siguen siendo operativas en el curso de los procedimientos de los grupos especiales sobre el cumplimiento establecidos con arreglo al párrafo 5 del artículo 21 del *ESD* hasta que el "problema" se haya "solucionado" enteramente, debido al retiro *pleno* de la subvención prohibida.¹⁶⁷ (las cursivas figuran en el original; el subrayado se ha añadido; no se reproduce la nota de pie de página)

93. Para determinar si el Grupo Especial efectivamente "caracterizó de forma inexacta" la función que le correspondía de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21, como alegan los Estados Unidos, analizamos, en primer lugar, la función de un grupo especial establecido de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 y examinamos, en segundo lugar, las constataciones del Grupo Especial a este respecto. La función de un grupo especial del párrafo 5 del artículo 21 es determinar si las "medidas destinadas a cumplir" dan aplicación a las "recomendaciones y resoluciones" adoptadas por el OSD en el procedimiento inicial.¹⁶⁸ Al hacerlo, un grupo especial establecido de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 puede examinar, bien la "existencia" de medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD, o en el caso de que existan, su "compatibilidad" con los

¹⁶⁴ *Ibid.*

¹⁶⁵ Comunicación del apelado presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 29.

¹⁶⁶ *Ibid.*

¹⁶⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.36.

¹⁶⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Aeronaves civiles (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil)*, párrafo 40.

acuerdos abarcados, o una y otra cosa en los casos en que con las medidas destinadas a cumplir, debido a omisiones u otras deficiencias, sólo se pueda lograr un cumplimiento parcial. Como hemos indicado antes, el texto del párrafo 5 del artículo 21 vincula expresamente las "medidas destinadas a cumplir" con las recomendaciones y resoluciones del OSD.¹⁶⁹ La determinación de si las "medidas destinadas a cumplir" impugnadas por la parte reclamante dan aplicación plenamente, o únicamente en parte, a las recomendaciones y resoluciones del OSD requiere que el grupo especial examine todas las recomendaciones y resoluciones anteriores del OSD y la gama completa de medidas abarcadas por ellas.¹⁷⁰ De ello se deduce que en los procedimientos relativos al cumplimiento un grupo especial establecido de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 puede tener que examinar si con las "medidas destinadas a cumplir" se da aplicación plena, o sólo parcial, a las recomendaciones y resoluciones adoptadas por el OSD.

94. Pasamos ahora a examinar cómo realizó el Grupo Especial su análisis en el marco del párrafo 5 del artículo 21 en el presente caso. El Grupo Especial declaró que los procedimientos relativos al cumplimiento de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 "forman parte de una serie de acontecimientos sin solución de continuidad derivados de las diversas etapas de los procedimientos de solución de diferencias".¹⁷¹ Según el Grupo Especial, las recomendaciones y resoluciones iniciales del OSD "siguen siendo operativas en el curso de los procedimientos de los grupos especiales sobre el cumplimiento establecidos con arreglo al párrafo 5 del artículo 21 del *ESD* hasta que el 'problema' se haya 'solucionado' enteramente"¹⁷², es decir, hasta que se retire plenamente la subvención prohibida. A continuación, el Grupo Especial declaró que examinaría si las medidas adoptadas por los Estados Unidos para cumplir las recomendaciones y resoluciones son compatibles con los acuerdos abarcados pertinentes. El Grupo Especial identificó en primer lugar las "medidas destinadas a cumplir" y las recomendaciones y resoluciones en litigio y, en segundo lugar, expuso su opinión acerca del párrafo 7 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* y de las recomendaciones formuladas de conformidad con ese párrafo por el Grupo Especial inicial, para ocuparse finalmente de la existencia o compatibilidad de las "medidas destinadas a cumplir" identificadas.

95. El Grupo Especial podría haber utilizado al describir su función de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 una expresión más precisa que la relativa a la "solución del problema".

¹⁶⁹ Véase *supra*, párrafo 61.

¹⁷⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Madera blanda IV (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá)*, párrafo 68.

¹⁷¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.36. (no se reproduce la nota de pie de página)

¹⁷² *Ibid.* (las cursivas figuran en el original)

Leyendo el análisis del Grupo Especial en su conjunto, consideramos que hizo una descripción adecuada y, lo que es más importante, que no sobrepasó las facultades que le confiere el párrafo 5 del artículo 21. El Grupo Especial examinó si los Estados Unidos habían eliminado completamente las subvenciones que en el procedimiento inicial y en el primer procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 se constató que eran subvenciones prohibidas, como exigían las recomendaciones y resoluciones adoptadas por el OSD.

96. Por las razones que hemos expuesto, *confirmamos* la constatación del Grupo Especial, que figura en el párrafo 7.65 de su informe, de que "los Estados Unidos, en la medida en que al promulgar el artículo 101 de la Ley del Empleo mantienen subvenciones IET y EVE prohibidas mediante esas medidas transitorias y de anterioridad, siguen sin aplicar plenamente las recomendaciones y resoluciones operativas del OSD de retirar las subvenciones prohibidas y poner sus medidas en conformidad con las obligaciones contraídas en virtud de los acuerdos abarcados pertinentes".

VI. Apelaciones condicionales de las Comunidades Europeas

97. Las Comunidades Europeas formulan dos apelaciones condicionales con respecto a "determinadas alegaciones que [las Comunidades Europeas] formularon ante el Grupo Especial y sobre las que el Grupo Especial no consideró necesario pronunciarse".¹⁷³ Las Comunidades Europeas solicitan que, en caso de que revoque "alguna de las constataciones del Grupo Especial", el Órgano de Apelación constate que:

al no retirar totalmente las subvenciones IET y las relativas a las EVE, los Estados Unidos no han cumplido las obligaciones que les corresponden en virtud del párrafo 7 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*; [y que] al no retirar totalmente las subvenciones IET y las relativas a las EVE y al mantener un trato menos favorable para los productos importados en comparación con los productos nacionales, los Estados Unidos no han cumplido las obligaciones que les corresponden en virtud del párrafo 1 del artículo 19 y el párrafo 1 del artículo 21 del *ESD*.¹⁷⁴ (las cursivas figuran en el original)

98. Las Comunidades Europeas confirmaron en la audiencia que esas apelaciones "tenían carácter condicional" y que "únicamente si el Órgano de Apelación revocara total o parcialmente el informe del Grupo Especial sería necesario examinar esas alegaciones para completar el análisis y resolver la diferencia".¹⁷⁵

¹⁷³ Comunicación de otro apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 3.

¹⁷⁴ *Ibid.*, párrafo 29.

¹⁷⁵ *Ibid.*, párrafo 4; respuesta de las Comunidades Europeas a preguntas formuladas en la audiencia.

99. Al haber confirmado las dos constataciones del Grupo Especial contra las que apelan los Estados Unidos, no concurre la condición a la que está supeditada la apelación condicional de las Comunidades Europeas, y no es necesario que examinemos esas apelaciones condicionales.

VII. Constataciones y conclusiones

100. Por las razones expuestas en el presente informe, el Órgano de Apelación:

- a) confirma la constatación del Grupo Especial, recogida en el párrafo 7.87 de su informe, de que el artículo 5(c)(1)(B) de la Ley de derogación de las disposiciones relativas a las EVE y exclusión de los ingresos extraterritoriales, de 2000, por el que se amparan por anterioridad las subvenciones a las EVE prohibidas, estaba comprendido en su mandato¹⁷⁶; y
- b) confirma la constatación y la conclusión del Grupo Especial, que figuran en los párrafos 7.65 y 8.1 de su informe, de que "los Estados Unidos, en la medida en que al promulgar el artículo 101 de la Ley para la creación de empleo en los Estados Unidos, de 2004, mantienen subvenciones IET y EVE prohibidas mediante [las] medidas transitorias y de anterioridad, siguen sin aplicar plenamente las recomendaciones y resoluciones operativas del OSD de retirar las subvenciones prohibidas y poner sus medidas en conformidad con las obligaciones contraídas en virtud de los acuerdos abarcados pertinentes".

¹⁷⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.87.

Firmado en el original, en Ginebra, el 26 de enero de 2006, por:

Georges Abi-Saab
Presidente de la Sección

A.V. Ganesan
Miembro

Merit E. Janow
Miembro

ANEXO I

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

WT/DS108/32
16 de noviembre de 2005

(05-5377)

Original: inglés

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

Segundo recurso de las Comunidades Europeas al párrafo 5 del artículo 21 del ESD

Notificación de la apelación de los Estados Unidos de conformidad con el párrafo 4 del artículo 16 y el artículo 17 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD), y de conformidad con el párrafo 1 de la Regla 20 de los *Procedimientos de trabajo para el examen en apelación*

Se distribuye a los Miembros la siguiente notificación de la delegación de los Estados Unidos, de fecha 14 de noviembre de 2005.

De conformidad con el artículo 16 del *Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias* ("ESD") y la Regla 20 de los *Procedimientos de trabajo para el examen en apelación*, los Estados Unidos notifican por la presente su decisión de apelar ante el Órgano de Apelación contra determinadas cuestiones de derecho tratadas en el informe del Grupo Especial que se ocupó del asunto *Estados Unidos - Trato fiscal aplicado a las "empresas de ventas en el extranjero": Segundo recurso de las Comunidades Europeas al párrafo 5 del artículo 21 del ESD* (WT/DS108/RW2) ("informe del Grupo Especial") y contra determinadas interpretaciones jurídicas formuladas por el Grupo Especial en esta diferencia.

1. Los Estados Unidos solicitan la revisión de la conclusión del Grupo Especial de que los Estados Unidos siguen sin aplicar plenamente las recomendaciones y resoluciones operativas del OSD de retirar las subvenciones prohibidas y poner sus medidas en conformidad con las obligaciones contraídas en virtud de los acuerdos abarcados pertinentes. Esta conclusión es errónea y está basada en constataciones sobre cuestiones de derecho e interpretaciones jurídicas conexas erróneas, incluso con respecto al párrafo 2 del artículo 6 y el párrafo 5 del artículo 21 del ESD y el párrafo 7 del artículo 4 del *Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias* ("Acuerdo SMC").¹ Estas constataciones e interpretaciones jurídicas conexas erróneas incluyen la de que había una recomendación formulada de conformidad con el párrafo 7 del artículo 4 del Acuerdo SMC con respecto a la Ley de exclusión de los ingresos extraterritoriales ("Ley IET") y la de que un grupo

¹ Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, párrafos 7.39, 7.41 a 7.44, 7.51 a 7.58 y 7.62 a 7.65.

especial establecido con arreglo al párrafo 5 del artículo 21 del ESD puede formular una recomendación de conformidad con el párrafo 7 del artículo 4 del Acuerdo SMC.

2. Los Estados Unidos solicitan la revisión de la conclusión jurídica del Grupo Especial de que el artículo 5 de la Ley IET está comprendido en el mandato del Grupo Especial de conformidad con el párrafo 2 del artículo 6 y el párrafo 1 del artículo 7 del ESD.² Esta conclusión es errónea y está basada en constataciones sobre cuestiones de derecho e interpretaciones jurídicas conexas erróneas.

² Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, párrafos 7.61, 7.68, 7.72 a 7.73, 7.76 y 7.78 a 7.87.

ANEXO II

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

WT/DS108/33
30 de noviembre de 2005

(05-5652)

Original: inglés

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

Segundo recurso de las Comunidades Europeas al párrafo 5 del artículo 21 del ESD

Notificación de otra apelación de las Comunidades Europeas de conformidad con el
párrafo 4 del artículo 16 y el artículo 17 del Entendimiento relativo a las normas
y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD),
y de conformidad con el párrafo 1 de la Regla 23 de los
Procedimientos de trabajo para el examen en apelación

Se distribuye a los Miembros la siguiente notificación de la delegación de la Comisión Europea, de fecha 28 de noviembre de 2005.

1. De conformidad con el párrafo 4 del artículo 16 y el artículo 17 del ESD y el párrafo 1 de la Regla 23 de los Procedimientos de trabajo para el examen en apelación, las Comunidades Europeas presentan su anuncio de otra apelación con respecto a determinadas cuestiones de derecho tratadas en el informe del Grupo Especial que se ocupó del asunto *Estados Unidos - Trato fiscal aplicado a las "empresas de ventas en el extranjero": Segundo recurso de las Comunidades Europeas al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*¹ y determinadas interpretaciones jurídicas formuladas por el Grupo Especial.

2. Las Comunidades Europeas están de acuerdo con las constataciones del Grupo Especial relativas a la subsistencia de la infracción y la incompatibilidad y con su conclusión de que siguen sin aplicarse las recomendaciones y resoluciones del OSD, así como con el rechazo por el Grupo Especial de las defensas procesales de los Estados Unidos. Sin embargo, si el Órgano de Apelación aceptara cualquiera de las alegaciones de los Estados Unidos en la apelación, las Comunidades Europeas estiman que sería necesario que el Órgano de Apelación considerara algunas otras cuestiones a fin de resolver esta diferencia. Por esta razón, las Comunidades Europeas solicitan al Órgano de Apelación que, en caso de que revoque cualquiera de las constataciones del Grupo Especial, considere las siguientes alegaciones:

¹ Documento WT/DS108/RW2, distribuido el 30 de septiembre de 2005.

- a) Al no retirar totalmente las subvenciones IET y las relativas a las EVE, los Estados Unidos no han cumplido las obligaciones que les corresponden en virtud del párrafo 7 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*²;
- b) Al no retirar totalmente las subvenciones IET y las relativas a las EVE y al mantener un trato menos favorable para los productos importados en comparación con los productos nacionales, los Estados Unidos no han cumplido las obligaciones que les corresponden en virtud del párrafo 1 del artículo 19 y el párrafo 1 del artículo 21 del *ESD*.³

3. Además, en caso de que el Órgano de Apelación considere que el Grupo Especial incurrió en error al llegar a la conclusión de que no era necesario formular una nueva recomendación de conformidad con el párrafo 7 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* o el párrafo 1 del artículo 19 del *ESD*⁴, las Comunidades Europeas respetuosamente solicitan al Órgano de Apelación que corrija el error y emita las recomendaciones necesarias.

4. Las Comunidades Europeas consideran que si el Órgano de Apelación constatará que el Grupo Especial incurrió en error, eso significaría que el Grupo Especial no hizo una evaluación del asunto de conformidad con el artículo 11 del *ESD* ni contribuyó a una eficaz solución de la diferencia en el sentido del artículo 3 del *ESD*.

² Las que no fueron abordadas por el Grupo Especial en su informe (véase el documento WT/DS108/29, 14 de enero de 2005).

³ Respecto de las cuales el Grupo Especial aplicó el principio de economía procesal (véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, nota 84).

⁴ Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, párrafos 7.37 a 7.46, 7.49, 7.52 a 7.58 y 8.2.

ANEXO III

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

WT/DS108/29
14 de enero de 2005

(05-0183)

Original: inglés

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

Segundo recurso de las Comunidades Europeas
al párrafo 5 del artículo 21 del ESD

Solicitud de establecimiento de un grupo especial

La siguiente comunicación, de fecha 13 de enero de 2005, dirigida por la delegación de las Comunidades Europeas a la Presidenta del Órgano de Solución de Diferencias, se distribuye de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD.

1. LOS ANTECEDENTES DE LA DIFERENCIA

El 8 de octubre de 1999, el Grupo Especial que entendió en esta diferencia constató que el programa relativo a las "empresas de ventas en el extranjero" de los Estados Unidos de América infringía el párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias ("*Acuerdo SMC*") y el párrafo 3 del artículo 3 del Acuerdo sobre la Agricultura [WT/DS108/R]. El 24 de febrero de 2000, el Órgano de Apelación confirmó las constataciones del Grupo Especial con respecto a las infracciones del *Acuerdo SMC* y modificó las constataciones relativas al Acuerdo sobre la Agricultura, concluyendo que el programa relativo a las empresas de ventas en el extranjero infringía el párrafo 1 del artículo 10 y el artículo 8 del Acuerdo sobre la Agricultura [WT/DS108/AB]. El 20 de marzo de 2000, el Órgano de Solución de Diferencias ("OSD") adoptó el informe del Órgano de Apelación y el informe del Grupo Especial, según había sido modificado por el Órgano de Apelación. Entre las resultantes recomendaciones y resoluciones del OSD figura la recomendación de que los Estados Unidos pongan las medidas declaradas incompatibles con el *Acuerdo SMC* y el Acuerdo sobre la Agricultura en conformidad con las disposiciones de dichos Acuerdos y que los Estados Unidos retiren sus subvenciones a la exportación a más tardar con efecto a partir del 1º de octubre de 2000.

El 12 de octubre de 2000, en una reunión extraordinaria, el OSD accedió a la solicitud de los Estados Unidos de que se les concediera plazo hasta el 1º de noviembre de 2000 para la aplicación de las recomendaciones y resoluciones del OSD.

El 15 de noviembre de 2000, el Presidente de los Estados Unidos firmó la Ley de derogación de las disposiciones relativas a las EVE y exclusión de los ingresos territoriales de 2000 ("FSC Repeal and Extraterritorial Income Exclusion Act of 2000"), US Public law N° 106-519 (la "Ley IET").

El 20 de diciembre de 2000 el asunto se volvió a someter al Grupo Especial en virtud del párrafo 5 del artículo 21 del ESD, y el 29 de enero de 2002 el OSD adoptó los informes del Grupo Especial [WT/DS108/RW] y del Órgano de Apelación [WT/DS108/AB/RW], en los que se declaraba que la Ley IET infringía los párrafos 1 a) y 2 del artículo 3 y el párrafo 7 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*, el artículo 8, el párrafo 1 del artículo 10 y el párrafo 3 del artículo 3 del Acuerdo sobre la Agricultura y el párrafo 4 del artículo III del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (el "GATT de 1994"); por tanto los Estados Unidos no habían retirado plenamente su programa de subvenciones prohibidas y no habían aplicado las recomendaciones y resoluciones del OSD en esta diferencia.

El 22 de octubre de 2004, los Estados Unidos promulgaron la "Ley para la creación de EMPLEO en los Estados Unidos de 2004" (la "Ley del EMPLEO"). Supuestamente concebida para poner en aplicación las mencionadas recomendaciones y resoluciones del OSD en el asunto WT/DS108, la Ley del EMPLEO no las pone debidamente en aplicación y es incompatible con las mismas disposiciones del *Acuerdo sobre la OMC* que la legislación que la precedió.

2. EL OBJETO DE LA DIFERENCIA

El artículo 101 de la Ley del EMPLEO tiene supuestamente la finalidad de derogar la Ley IET (artículo 101 (a)). Sin embargo, al mismo tiempo, mantiene efectivamente parte de las exenciones fiscales previstas en la Ley IET durante un período de transición que se extiende hasta el final de 2006 (artículo 101 (d)). Además, la derogación de parte de la Ley IET no se aplica a determinados contratos, sin ningún límite temporal (artículo 101(f)).

A la luz de lo expuesto, las Comunidades Europeas consideran que el artículo 101 de la Ley del EMPLEO contiene disposiciones que permitirán a los exportadores estadounidenses seguir beneficiándose de las exenciones fiscales ya declaradas incompatibles con las normas de la OMC a) durante los años 2005 y 2006 con respecto a todas las transacciones de exportación y b) por un período indefinido con respecto a determinados contratos. Por consiguiente, los Estados Unidos no han dado aplicación a las recomendaciones y resoluciones del OSD al no haber retirado sin demora los programas respecto de los que se ha llegado a la conclusión de que son subvenciones prohibidas en el marco del *Acuerdo SMC* y no haber puesto su legislación en conformidad con las obligaciones que les corresponden en virtud del *Acuerdo SMC*, el Acuerdo sobre la Agricultura y el GATT de 1994.

3. SOLICITUD DE ESTABLECIMIENTO DE UN GRUPO ESPECIAL

El 5 de noviembre de 2004, las Comunidades Europeas solicitaron la celebración de consultas con los Estados Unidos de América con miras a llegar a una solución mutuamente satisfactoria del asunto. La solicitud fue distribuida en el documento WT/DS108/27, de fecha 10 de noviembre de 2004. Las consultas se celebraron el 11 de enero de 2005 en Ginebra. Han contribuido a una mejor comprensión de las respectivas posiciones, pero no han dado lugar a una solución satisfactoria del asunto.

Por consiguiente, sigue habiendo "desacuerdo en cuanto a la existencia de medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones [del OSD] o a la compatibilidad de dichas medidas con un acuerdo abarcado" entre los Estados Unidos y las Comunidades Europeas, en el sentido del párrafo 5 del artículo 21 del ESD.

En consecuencia, de conformidad con el artículo 6 y el párrafo 5 del artículo 21 del ESD, el artículo 4 del *Acuerdo SMC*, el artículo 19 del Acuerdo sobre la Agricultura y el artículo XXIII del GATT de 1994, las Comunidades Europeas solicitan por la presente el establecimiento de un grupo especial. En particular, las Comunidades Europeas solicitan respetuosamente que el grupo especial constate lo siguiente:

- que los Estados Unidos no han retirado las subvenciones prohibidas como exige el párrafo 7 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*, no han puesto su programa en conformidad con las obligaciones que les corresponden en el marco de la OMC y, en consecuencia, no han dado aplicación a las recomendaciones y resoluciones del OSD, especificadas por el OSD el 20 de marzo de 2000 y el 29 de enero de 2002, como exigen el párrafo 1 del artículo 19 y el párrafo 1 del artículo 21 del *ESD*.
- que los Estados Unidos siguen infringiendo los párrafos 1 a) y 2 del artículo 3 del *Acuerdo SMC*, el párrafo 1 del artículo 10, el artículo 8 y el párrafo 3 del artículo 3 del Acuerdo sobre la Agricultura y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.

De conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD, las Comunidades Europeas solicitan que este asunto sea sometido al Grupo Especial que entendió inicialmente en el mismo. Solicitan además que el Grupo Especial examine el mencionado asunto con arreglo al mandato uniforme establecido en el artículo 7 del ESD.

Las Comunidades Europeas piden que la presente solicitud se inscriba en el orden del día de la reunión del Órgano de Solución de Diferencias que se celebrará el 25 de enero de 2005.
