

**AUSTRALIA - SUBVENCIONES CONCEDIDAS A LOS
PRODUCTORES Y EXPORTADORES DE CUERO
PARA AUTOMÓVILES**

INFORME DEL GRUPO ESPECIAL

El informe del Grupo Especial encargado de examinar el asunto "Australia - Subvenciones concedidas a los productores y exportadores de cuero para automóviles" se distribuye a todos los Miembros de conformidad con lo dispuesto en el ESD. El informe se distribuye como documento no reservado a partir del 25 de mayo de 1999 de conformidad con los Procedimientos para la distribución y la supresión del carácter reservado de los documentos de la OMC (WT/L/160/Rev.1). Se recuerda a los Miembros que, de conformidad con el ESD, sólo las partes en la diferencia pueden presentar una apelación en relación con el informe de un grupo especial, que las apelaciones están limitadas a las cuestiones de derecho abordadas en el informe del grupo especial y a las interpretaciones jurídicas que éste haga y que no se podrá establecer comunicación *ex parte* alguna con el Grupo Especial ni con el Órgano de Apelación respecto de las cuestiones que el Grupo o el Órgano estén examinando.

Nota de la Secretaría: El presente informe del Grupo Especial será adoptado por el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) dentro de los 30 días siguientes a la fecha de su distribución, a menos que una parte en la diferencia decida recurrir en apelación o que el OSD decida por consenso no adoptar el informe. En caso de recurrirse en apelación contra el informe del Grupo Especial, éste no será considerado por el OSD a efectos de su adopción hasta después de haber concluido el proceso de apelación. Puede obtenerse información acerca de la situación actual del informe del Grupo Especial en la Secretaría de la OMC.

ÍNDICE

	<u>Página</u>
I. INTRODUCCIÓN	1
II. ELEMENTOS DE HECHO	2
III. PROCEDIMIENTOS ANTERIORES DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS EN LA OMC ENTRE LAS PARTES CON RESPECTO A LAS MISMAS CUESTIONES O A CUESTIONES CONEXAS	4
IV. PROCEDIMIENTOS ADOPTADOS POR EL GRUPO ESPECIAL EN RELACIÓN CON LA "INFORMACIÓN COMERCIAL CONFIDENCIAL "	4
V. CONSTATAIONES Y RECOMENDACIONES SOLICITADAS POR LAS PARTES	5
VI. CUESTIONES PRELIMINARES Y SOLICITUDES DE DECISIONES PRELIMINARES	6
A. SOLICITUD DE DOCUMENTOS PRESENTADA POR LOS ESTADOS UNIDOS	6
B. ESTABLECIMIENTO DEL GRUPO ESPECIAL.....	11
C. OBLIGACIÓN DE PROPORCIONAR INFORMACIÓN CON ARREGLO AL ARTÍCULO 4 DEL ACUERDO SMC	20
D. ADMISIBILIDAD DE LAS PRUEBAS	25
VII. PRINCIPALES ARGUMENTOS DE LAS PARTES	29
A. MEDIDAS	29
B. ÍNDOLE DE LAS PRUEBAS PRESENTADAS	35
C. ARTÍCULO 1 DEL ACUERDO SMC	39
1. "Contribución financiera"	39
2. "Beneficio"	40
3. Cálculo y asignación del "beneficio"	44
D. PÁRRAFO 1 A) DEL ARTÍCULO 3 DEL ACUERDO SMC	50
1. Texto del párrafo 1 a) del artículo 3	50
2. Principios de interpretación de los tratados.....	51
3. Interpretación de la frase "supeditadas de jure o de facto a los resultados de exportación"	51
a) Aplicación de las normas usuales de interpretación del derecho internacional público	51
b) Consideraciones operativas	69
4. Aplicación del párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC en la presente diferencia.....	73
a) "supeditadas de jure [...] a los resultados de exportación"	73
b) "supeditadas [...] de facto a los resultados de exportación"	73
i) Aspectos generales.....	73
ii) Medidas anteriores y esbozo de otro tipo de ayuda a Howe.....	75
iii) Intención	92

	<u>Página</u>
iv) Condiciones de la ayuda y dimensión del mercado interno.....	95
<u>Factores considerados con inclusión del nivel de las exportaciones</u>	95
<u>Factores distintos del nivel de exportaciones</u>	110
E. REPARACIÓN	112
F. PERÍODO DE TIEMPO PARA LA APLICACIÓN.....	113
VIII. REEXAMEN INTERMEDIO	113
IX. CONSTATAIONES.....	114
A. CUESTIONES PRELIMINARES Y SOLICITUDES DE RESOLUCIONES PRELIMINARES	116
1. <i>Solicitud de Australia de que se ponga fin a las actuaciones a causa de la existencia de varios grupos especiales que se ocupan del mismo asunto</i>	117
2. <i>Cumplimiento del párrafo 2 del artículo 4 del Acuerdo SMC</i>	118
3. <i>Limitación de las pruebas y de los argumentos</i>	120
4. <i>Información obtenida en el contexto de las consultas celebradas con arreglo a la primera solicitud (WT/DS106/1) y prueba documental Nº 2 presentada con la primera comunicación de los Estados Unidos</i>	122
B. ¿CONSTITUYEN LAS MEDIDAS SOMETIDAS A LA CONSIDERACIÓN DEL GRUPO ESPECIAL SUBVENCIONES A LA EXPORTACIÓN EN EL SENTIDO DEL APARTADO A) DEL PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO 3 DEL ACUERDO SMC?	123
1. <i>¿Cuáles son las medidas sometidas a la consideración del Grupo Especial?</i>	123
2. <i>¿Son "subvenciones", en el sentido del artículo 1 del Acuerdo SMC, las medidas sometidas a la consideración del Grupo Especial?</i>	125
3. <i>¿Están las subvenciones en cuestión "supeditadas de jure o de facto" a los resultados de exportación, en el sentido del apartado a) del párrafo 1 del artículo 3 del Acuerdo SMC?</i>	126
a) <i>"supeditadas de jure"</i>	126
b) <i>"supeditadas [...] de facto"</i>	127
c) <i>Análisis de los hechos</i>	129
i) <i>Pagos efectuados con arreglo al contrato de donación</i>	131
ii) <i>El contrato de préstamo</i>	135
X. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIÓN	136

I. INTRODUCCIÓN

1.1 El 4 de mayo de 1998, los Estados Unidos solicitaron la celebración de consultas con Australia de conformidad con los artículos 1 y 4 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias ("ESD") y con el párrafo 1 del artículo 4 y el artículo 30 (en la medida en que incorpora por referencia el párrafo 1 del artículo XXIII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994) del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias ("Acuerdo SMC") con respecto a las subvenciones pretendidamente prohibidas concedidas a un productor y exportador australiano de cuero para automóviles, Howe and Company Proprietary Ltd. ("Howe"), o a cualquiera de sus compañías afiliadas y/o matrices (WT/DS126/1).

1.2 Los Estados Unidos y Australia se reunieron el 4 de junio de 1998.¹

1.3 El 11 de junio de 1998, conforme a lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 4 del Acuerdo SMC y en el párrafo 2 del artículo 1 del ESD, los Estados Unidos solicitaron que se estableciera inmediatamente un grupo especial para que examinase la compatibilidad de las subvenciones concedidas a Howe con las obligaciones que imponía a Australia el Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio ("Acuerdo sobre la OMC"), en particular las impuestas por el Acuerdo SMC (WT/DS126/2).

1.4 En la reunión celebrada por el Órgano de Solución de Diferencias ("OSD") el 22 de junio de 1998, el OSD estableció un grupo especial de conformidad con el párrafo 4 del artículo 4 del Acuerdo SMC y con el artículo 6 del ESD, con el mandato uniforme. El mandato era el siguiente:

Examinar, a la luz de las disposiciones pertinentes de los acuerdos abarcados invocados por los Estados Unidos en el documento WT/DS126/2, el asunto sometido al OSD por los Estados Unidos en ese documento y formular conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en dichos acuerdos. (WT/DS126/4)

1.5 El 27 de octubre de 1998, los Estados Unidos pidieron al Director General que determinase la composición del Grupo Especial, de conformidad con el párrafo 7 del artículo 8 del ESD. El 2 de noviembre de 1998, el Director General dio al Grupo Especial la composición siguiente:

Presidenta: Excma. Sra. Carmen Luz Guarda

Miembros: Sr. Jean-François Bellis
 Sr. Wiesław Karsz

1.6 El Grupo Especial se reunió con las partes los días 9 y 10 de diciembre de 1998 y 13 y 14 de enero de 1999.

1.7 El Grupo Especial presentó su informe provisional a las partes el 8 de marzo de 1999. El 15 de marzo de 1999, Australia y los Estados Unidos presentaron solicitudes escritas para que el Grupo Especial examinase algunos aspectos concretos del informe provisional. El Grupo Especial presentó su informe definitivo a las partes el 23 de marzo de 1999.

¹ Australia no considera que esa reunión constituyera unas "consultas" en el sentido del ESD. Véase el documento WT/DS126/3, de 19 de junio de 1998.

II. ELEMENTOS DE HECHO

2.1 Esta diferencia ha surgido en relación con cierta asistencia prestada por el Gobierno de Australia a Howe, filial de propiedad total de la Australian Leather Upholstery Pty. Ltd., que es propiedad de Australian Leather Holdings, Limited ("ALH"), parte de la cual es a su vez propiedad de Schaffer Corporation, Ltd. Howe es el único productor y exportador especializado de cuero para automóviles de Australia. En los automóviles, el cuero se utiliza principalmente para recubrimientos de asientos y otros componentes interiores de automóviles, tales como apoyacabezas, apoyabrazos, consolas centrales y paneles interiores y embellecedores para las puertas.

2.2 El 9 de marzo de 1997, el Gobierno de Australia firmó dos contratos con ALH y Howe: un contrato de donación (el "contrato de donación") y un contrato de préstamo (el "contrato de préstamo") en los que se acordaba la financiación de un conjunto de medidas de asistencia. El Departamento de Estado de Industria, Ciencia y Recursos de Australia² es el organismo oficial encargado de administrar los contratos y de efectuar los pagos con arreglo a ellos.

2.3 En el contrato de donación se dispone que se efectúe una serie de tres pagos por concepto de donación por un valor total de hasta 30 millones de dólares australianos. El importe total de los pagos que había que efectuar con arreglo al contrato de donación se fijó en 30 millones de dólares australianos para limitar el nivel global de las subvenciones *ad valorem* de las ventas hasta mediados del año 2000 a aproximadamente el 5 por ciento.³ Los pagos tenían que realizarse en tres veces: el primer pago, de 5 millones de dólares australianos, había de hacerse al concertarse el contrato de donación; el segundo pago, de hasta 12,5 millones de dólares australianos, había de hacerse en julio de 1997 basándose en los resultados obtenidos por Howe en comparación con los resultados fijados como objetivo en el contrato de donación para el período comprendido entre el 1º de abril de 1997 y el 30 de junio de 1997, así como en consideraciones relativas a la diligencia debida, tales como si la empresa estaba funcionando debidamente; el tercer pago, de hasta 12,5 millones de dólares australianos, había de hacerse en julio de 1998 basándose en los resultados obtenidos por Howe en comparación con los resultados fijados como objetivo en el contrato de donación para el período comprendido entre el 1º de julio de 1997 y el 30 de junio de 1998, así como en consideraciones relativas a la diligencia debida, tales como si la empresa estaba funcionando debidamente. Los resultados fijados como objetivo consistían en unas ventas y unos gastos de capital que habían de alcanzarse en determinados períodos: del 1º de abril al 30 de junio de 1997, del 1º de julio de 1997 al 30 de junio de 1998, del 1º de julio de 1998 al 30 de junio de 1999 y del 1º de julio de 1999 al 30 de junio del 2000. Con arreglo al contrato de donación, Howe estaba obligada a hacer todo lo posible para conseguir los resultados fijados como objetivo. En cuanto a los gastos de capital que había que hacer con arreglo al contrato de donación, el objetivo global fijado para los gastos en capital aprobados era de 22,8 millones de dólares en el período de cuatro años en cuestión.⁴ La cantidad máxima de 30 millones de dólares australianos se desembolsó esencialmente en los tres pagos por concepto de donación, de conformidad con el contrato de donación.⁵

² Hasta octubre de 1998, ese Departamento se denominaba Departamento de Industria, Ciencia y Turismo.

³ Véase el párrafo 123 de la primera comunicación escrita de Australia; *infra*, párrafo 7.191.

⁴ Howe construyó una nueva curtiduría en Rosedale y unas nuevas instalaciones de acabado en Thomastown. Estas últimas entraron en servicio en febrero/marzo de 1998, empezaron a funcionar en abril de 1998 y sustituyeron a las antiguas instalaciones de Preston, que quedaron fuera de servicio en el mismo período y fueron cerradas en mayo de 1998.

⁵ Parte del tercer pago de 12,5 millones de dólares australianos se retuvo hasta que se finalizó la verificación de cuentas.

2.4 En el contrato de préstamo se estipula que el Gobierno de Australia concederá un préstamo de 25 millones de dólares australianos, durante un plazo de 15 años, a ALH/Howe. Durante los cinco primeros años de la vigencia de ese préstamo, ALH/Howe no está obligada a reembolsar el principal ni a pagar intereses. Tras la expiración de ese quinquenio, los intereses del préstamo se basarán en el tipo de las obligaciones del Commonwealth de Australia con un plazo de reembolso de 10 años, más 2 puntos porcentuales. El préstamo está garantizado por un segundo derecho de retención sobre los activos y los compromisos de ALH.

2.5 Estas disposiciones fueron adoptadas por el Gobierno de Australia como compensación⁶ por haberse, a partir del 1º de abril de 1997, el cuero para automóviles de entre los productos que podían acogerse al Programa de Créditos a la Importación para las industrias australianas de los textiles, el vestido y el calzado⁷ y al Plan de Facilitación de las Exportaciones de productos del automóvil⁸ de conformidad con un acuerdo concertado con los Estados Unidos en noviembre de 1996. Esa supresión se efectuó el 26 de marzo de 1997 por el Aviso N° 97/29 de las Aduanas australianas. El cuero para automóviles estará incluido en las disposiciones generales para la industria de los textiles y el vestido que entrarán en vigor en Australia el 1º de julio del 2000.

⁶ En respuesta a preguntas del Grupo Especial, Australia declaró que esto no era una "compensación" en el sentido que se contrarrestase el incumplimiento de una obligación jurídica del Gobierno de Australia, ni en el sentido de que se tratase de conseguir un resultado equivalente, ni en el sentido de que se prestase un volumen equivalente de asistencia. Australia declaró, no obstante, que había la voluntad política de ayudar a mantener la viabilidad comercial de Howe a la vista del acuerdo a que habían llegado Australia y los Estados Unidos en noviembre de 1996.

⁷ El Programa de Créditos a la Importación está en vigor desde el 1º de julio de 1991 y permanecerá en vigor hasta el 30 de junio del 2000. Con arreglo a ese Programa, los exportadores de textiles, vestido y calzado que cumplan los requisitos establecidos pueden obtener créditos a la importación que pueden utilizarse para reducir los derechos de importación pagaderos por esos textiles, vestido y calzado hasta el valor de los créditos conseguidos. Los exportadores no están obligados a utilizar sus créditos para deducirlos de los derechos de importación pagaderos, sino que pueden transferirlos a otro titular a cambio de una contraprestación en efectivo. El valor de los créditos a la importación que pueden obtenerse se calcula como el valor FOB de una venta de exportación que cumpla los requisitos pertinentes, multiplicado por el contenido de valor añadido australiano de la venta de exportación. Este total se multiplica por un "porcentaje de reducción progresiva" determinado. TCF Import Credit Scheme: Administrative Arrangements (marzo de 1995), prueba documental N° 7 de los Estados Unidos. Los Servicios de Aduanas de Australia, en nombre de la Autoridad para el Fomento de las Industrias Textil, del Vestido y del Calzado, aplican el Programa de Créditos a la Importación.

⁸ El Plan de Facilitación de las Exportaciones está en vigor en su forma actual desde 1991 y permanecerá en vigor hasta el 31 de diciembre del 2000. En virtud de ese Plan, los fabricantes australianos obtienen 1 dólar australiano de créditos a la exportación por cada dólar de exportaciones de productos del automóvil incluidos que cumplan los requisitos establecidos. El valor de las exportaciones por el que se pueden obtener créditos a la exportación es igual al contenido de valor añadido australiano de las exportaciones que puedan acogerse al plan, calculado como precio de venta FOB menos el valor de cualesquiera materias primas y componentes importados. Los créditos a la exportación conseguidos con ese Plan pueden utilizarse para que se reduzcan los derechos pagaderos por las importaciones de vehículos automóviles y componentes de vehículos automóviles que cumplan los requisitos establecidos o pueden venderse a cualquier importador de mercancías que cumplan los requisitos pertinentes, el cual puede análogamente obtener tales reducciones. La cuantía de la reducción de los derechos de importación con arreglo a ese Plan se determina mediante un baremo y depende del año en el que se utilicen los créditos a la exportación. Departamento de Industria, Ciencia y Tecnología de Australia, Report on the State of the Automotive Industry 1994 (junio de 1995), prueba documental N° 13 de los Estados Unidos.

III. PROCEDIMIENTOS ANTERIORES DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS EN LA OMC ENTRE LAS PARTES CON RESPECTO A LAS MISMAS CUESTIONES O A CUESTIONES CONEXAS

3.1 El 7 de octubre de 1996, los Estados Unidos solicitaron la celebración de consultas con Australia sobre las subvenciones otorgadas al cuero con arreglo al Programa de Créditos a la Importación y cualesquiera otras subvenciones al cuero otorgadas o mantenidas en Australia que estaban prohibidas en virtud del artículo 3 del Acuerdo SMC.⁹ Tras las consultas, los Estados Unidos y Australia llegaron a un acuerdo el 24 de noviembre de 1996. Ese acuerdo fue anunciado el 25 de noviembre de 1996. Conforme a los términos del acuerdo, el Gobierno de Australia dispondría que el cuero para automóviles quedase excluido, a partir del 1º de abril de 1997, de los productos que podían acogerse al Programa de Créditos a la Importación, así como al Plan de Facilitación de las Exportaciones. El 26 de marzo de 1997, en virtud del Aviso N° 97/29 de las Aduanas australianas se excluyó el cuero para automóviles del Programa de Créditos a la Importación y del Plan de Facilitación de las Exportaciones, con efecto a partir del 1º de abril de 1997.

3.2 El 10 de noviembre de 1997, los Estados Unidos solicitaron la celebración de consultas con respecto a las "subvenciones prohibidas otorgadas a los productores y exportadores australianos de cuero para automóviles, incluidas las subvenciones concedidas a Howe Leather", subvenciones que los Estados Unidos entendían que incluían "la concesión por el Gobierno de Australia de un préstamo de 25 millones de dólares australianos en condiciones preferenciales y no comerciales, y donaciones que, en potencia, podrían llegar a otros 30 millones de dólares australianos".¹⁰ En las consultas celebradas entre los Estados Unidos y Australia el 16 de diciembre de 1997 no se logró dirimir la diferencia. El OSD, en su reunión de 22 de enero de 1998 y atendiendo la solicitud hecha por los Estados Unidos el 9 de enero de 1998, estableció un grupo especial de conformidad con el párrafo 4 del artículo 4 del Acuerdo SMC y con el artículo 6 del ESD. Nunca se dio una composición a ese Grupo Especial.

IV. PROCEDIMIENTOS ADOPTADOS POR EL GRUPO ESPECIAL EN RELACIÓN CON LA "INFORMACIÓN COMERCIAL CONFIDENCIAL"

4.1 A causa de la preocupación expresada por una de las partes sobre la presentación de información comercial delicada al Grupo Especial, éste adoptó, en su primera reunión con las partes, unos "Procedimientos aplicables a la información comercial confidencial". Conforme a esos procedimientos, sólo las "personas aprobadas" (es decir, los miembros del Grupo Especial, los representantes, los funcionarios de la Secretaría o los miembros de Grupo Permanente de Expertos (el "GPE")) que hayan presentado al Presidente del Grupo Especial una Declaración de no divulgación están autorizadas a ver o escuchar la información designada por una de las partes como información comercial confidencial en el curso de las actuaciones del Grupo Especial. Tales personas aprobadas tienen la obligación de no revelar ni permitir que se revele esa información a ninguna otra persona que no sea una de las personas aprobadas, salvo de conformidad con los Procedimientos. El Grupo Especial estaba obligado a no revelar información comercial confidencial en su informe provisional ni en su informe definitivo, pero podía exponer las conclusiones sacadas de tal información. En consecuencia, el Grupo Especial ha tomado medidas para que se omita de este informe toda la información designada por una de las partes como información comercial confidencial. Cuanto el Grupo Especial lo ha considerado necesario, se ha descrito el tipo de la información de que se trataba.

⁹ WT/DS57/1, G/SCM/D7/1, de 9 de octubre de 1996.

¹⁰ WT/DS106/1, G/SCM/D17/1, de 17 de noviembre de 1997.

V. CONSTATAIONES Y RECOMENDACIONES SOLICITADAS POR LAS PARTES

5.1 Los **Estados Unidos** piden al Grupo Especial que formule, con carácter preliminar, las siguientes peticiones, constataciones y decisiones:

- a) que Australia presente, para el 30 de noviembre de 1998, copias certificadas conformes de ciertos documentos¹¹ para su examen por el Grupo Especial y por los Estados Unidos;
- b) "que se rechace el argumento de Australia de que se debe poner fin a las actuaciones ante este Grupo Especial";
- c) "que se declare que los Estados Unidos han cumplido las obligaciones que le impone el párrafo 2 del artículo 4 del Acuerdo SMC", y
- d) "que se rechace el argumento de Australia de que el Grupo Especial debe hacer caso omiso de los hechos y los argumentos que no se mencionaron expresamente en la solicitud de celebración de consultas".

5.2 Con respecto al fondo del asunto, los Estados Unidos piden al Grupo Especial que constate que "Australia ha infringido las obligaciones que le impone el párrafo 1 del artículo 3 del Acuerdo SMC" y que "recomiende que Australia retire sin demora la subvención a Howe".

5.3 **Australia** pide al Grupo Especial que formule las siguientes constataciones y decisiones preliminares:

- a) que "el establecimiento del Grupo Especial era incompatible con el ESD y que, en consecuencia, el Grupo Especial debe poner fin a sus trabajos";
- b) que "en el documento WT/DS126/1 los Estados Unidos no cumplieron las obligaciones que en materia de comunicación de información le impone el artículo 4 del Acuerdo SMC y que, por consiguiente, el establecimiento del Grupo Especial y la base de los argumentos aducidos por los Estados Unidos ante el Grupo Especial están irremediabilmente viciados. Australia pide que, en consecuencia, el Grupo Especial ponga fin a sus actuaciones o resuelva inmediatamente que los Estados Unidos no han probado sus alegaciones ante el Grupo Especial", y
- c) "Si el Grupo Especial no atiende las peticiones formuladas en los apartados [a) y b)] que anteceden, Australia pide al Grupo Especial que resuelva que, al no haber cumplido los Estados Unidos las obligaciones que en materia de comunicación de información le impone el artículo 4 del Acuerdo SMC, se haga caso omiso, a los efectos de las actuaciones del Grupo Especial, de todos los hechos y argumentos no expuestos explícitamente en la solicitud de establecimiento del Grupo Especial (WT/DS126/1). De esas pruebas, Australia pide además que se resuelva que la información obtenida en las consultas realizadas con arreglo al documento WT/DS106/1 son confidenciales para este proceso [se ha omitido la nota de pie de página] y no son admisibles ante este Grupo Especial, incluyendo la prueba documental N° 2 presentada en la primera comunicación de los Estados Unidos."

¹¹ Estos documentos se enumeran más abajo, en el párrafo 6.1.

5.4 En el caso de que Grupo Especial no ponga fin a las actuaciones basándose en las solicitudes de constataciones y decisiones preliminares presentadas por Australia, Australia pide al Grupo Especial que constataste que:

- a) "el préstamo no está comprendido en el apartado a) del párrafo 1 del artículo 3 del Acuerdo sobre Subvenciones";
- b) "los dos primeros pagos hechos con arreglo al contrato de donación no están comprendidos en el apartado a) del párrafo 1 del artículo 3 del Acuerdo sobre Subvenciones", o
- c) "si el Grupo Especial decide considerar los pagos posteriores o el propio contrato de donación, ninguno de los pagos ni el propio contrato de donación están comprendidos en el apartado a) del párrafo 1 del artículo 3 del Acuerdo sobre Subvenciones".

5.5 Además, si el Grupo Especial constata que cualquier medida sometida a su consideración es incompatible con el apartado a) del párrafo 1 del artículo 3 del Acuerdo SMC, Australia solicita que:

- a) "con arreglo al párrafo 2 del artículo 19 del ESD, el Grupo Especial no haga ninguna recomendación ni sugerencia sobre la forma en que Australia debe poner sus medidas en conformidad con las normas", y
- b) "con arreglo al párrafo 12 del artículo 4 del Acuerdo sobre Subvenciones, recomiende que Australia disponga, para la aplicación, de un plazo de al menos siete meses y medio desde la adopción del informe del Grupo Especial o del Órgano de Apelación, es decir, al menos la mitad del plazo establecido como período de referencia en el apartado c) del párrafo 3 del artículo 21 del ESD, pero que el Grupo Especial y las partes aborden esta cuestión después de distribuirse el informe provisional en el que se exponga el proyecto de constataciones del Grupo Especial sobre la naturaleza de las medidas sometidas al Grupo Especial".

VI. CUESTIONES PRELIMINARES Y SOLICITUDES DE DECISIONES PRELIMINARES

A. SOLICITUD DE DOCUMENTOS PRESENTADA POR LOS ESTADOS UNIDOS

6.1 En su primera comunicación escrita al Grupo Especial, los **Estados Unidos** pidieron al Grupo Especial que solicitase a Australia que presentase, para el 30 de noviembre de 1998, copias certificadas conformes de los siguientes documentos, para su examen por el Grupo Especial y por los Estados Unidos:

- a) "cualquier documento por el que se haga la donación del Gobierno australiano a Howe, y cualesquiera documentos conexos;
- b) el contrato de préstamo concertado entre el Gobierno australiano y Howe, y cualesquiera documentos relativos a ese contrato;
- c) el informe preparado por la empresa de contabilidad a la que recurrió el Gobierno australiano y utilizado para preparar el conjunto de subvenciones substitutivas;
- d) los estados financieros de Howe (o las empresas conexas) correspondientes al período comprendido entre 1989 y el momento actual;

- e) los planes comerciales internos o los planes estratégicos de Howe (o las empresas conexas) correspondientes al período comprendido entre 1995 y el momento actual;
- f) cualquier correspondencia entre el Gobierno australiano y Howe (o las empresas relacionadas con Howe) sobre el conjunto de subvenciones substitutivas;
- g) los informes anuales de Howe (o las empresas conexas) correspondientes al período comprendido entre 1989 y el momento actual, y
- h) cualquier análisis o previsión del mercado australiano del cuero para automóviles que esté bajo la custodia o el control del Gobierno australiano, de Howe o de cualquier entidad relacionada con Howe."

6.2 Los Estados Unidos indicaron que estaban dispuestos a aceptar los procedimientos pertinentes para proteger cualquier información comercial confidencial obtenida de los documentos. Los Estados Unidos afirmaron que habían solicitado la mayor parte de esa información en las consultas celebradas con Australia, pero que el Gobierno australiano no se había mostrado, hasta la fecha, dispuesto a proporcionarla. Los Estados Unidos recordaron que en el informe del Órgano de Apelación que estudió el asunto *India - Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura* ("*India - Patentes*") declaró lo siguiente:

Todas las partes que intervengan en la solución de diferencias con arreglo al ESD deben exponer plenamente desde el principio las alegaciones que configuran la diferencia y los elementos de hecho relacionados con esas alegaciones. Las alegaciones deben exponerse claramente. Los elementos de hecho deben comunicarse con libertad. Así debe suceder en las consultas y en las reuniones más formales del procedimiento de los grupos especiales. De hecho, la exigencia de un proceso con todas las garantías que está implícita en el ESD hace que esto sea especialmente necesario durante las consultas. Porque las alegaciones que se formulan y los hechos que se establecen durante las consultas configuran en gran medida el fondo y el ámbito del posterior procedimiento del grupo especial. Si, después de las consultas, cualquiera de las partes estima que, por los motivos que sea, no se han expuesto al grupo especial todos los elementos de hecho pertinentes relacionados con una alegación, esa parte debe pedir al grupo especial encargado de ese caso que inicie trámites adicionales de ampliación de información.¹²

6.3 **Australia** respondió que incumbía al demandante, los Estados Unidos, la obligación de exponer los hechos en los que se basaban sus pretensiones. Australia no tenía ninguna obligación de aportar la información solicitada por los Estados Unidos. Los Estados Unidos podían en cualquier momento haber utilizado los procedimientos establecidos en el Acuerdo SMC para obtener información sobre las medidas en cuestión. Específicamente, Australia señaló que el párrafo 8 del artículo 25 del Acuerdo SMC era el medio de que un Miembro obtuviera información sobre medidas tomadas por otro Miembro. Los Estados Unidos optaron por no recurrir a esa disposición de procedimiento establecida en el acuerdo pertinente, por lo que no pueden esperar que se proporcione esa información, a petición suya, en los procedimientos de este Grupo Especial.

¹² WT/DS50/AB/R, adoptado el 16 de enero de 1998, párrafo 94.

6.4 Los **Estados Unidos** indicaron que durante las consultas habían solicitado información, incluyendo información sobre la notificación de las subvenciones conforme a lo dispuesto en el párrafo 8 del artículo 25 del Acuerdo SMC. Según los Estados Unidos, Australia no proporcionó en aquel momento la información solicitada.

6.5 A juicio de **Australia**, los Estados Unidos estaban falseando la situación al dar a entender que era análoga a la que se sometió la consideración del Órgano de Apelación en el asunto *India - Patentes*.¹³ La declaración del Órgano de Apelación, aunque pueda tener una aplicación más amplia, se hizo con respecto a una situación determinada en la que la analogía con este asunto sería que había habido un cambio sustancial que afectaba a las medidas sometidas al Grupo Especial. Evidentemente, los procedimientos de trabajo de todo grupo especial incluyen la posibilidad de recabar información adicional de las partes. Ahora bien, para así hacerlo, el Grupo Especial ha de tener en cuenta si las pruebas admisibles presentadas por los Estados Unidos constituyen un principio de prueba que justifique que el Grupo Especial proceda a una investigación más a fondo. Incumbe al demandante demostrar que se han infringido las normas.

6.6 Australia afirmó que, si el Grupo Especial rechazase su petición de que se ponga fin a las actuaciones del Grupo Especial, Australia deseaba cooperar con el Grupo Especial permitiéndole llegar a conclusiones. En consecuencia, si el Grupo Especial consideraba que los dos contratos (el contrato de donación y el contrato de préstamo) eran necesarios para sus deliberaciones, Australia estaba dispuesta a proporcionárselos, sin las cifras confidenciales más sensibles relativas al comercio que, a juicio de Australia, no guardaban relación con las cuestiones a que se refería el artículo 3 del Acuerdo SMC. No obstante, Australia desearía que se le diera seguridades de que tanto el Grupo Especial como los Estados Unidos tratarían como información confidencial los contratos. Esta diferencia afectaba a solamente una empresa australiana de tamaño medio, y el mero hecho de que los Estados Unidos la hubieran planteado había sometido a esa empresa a una gran presión comercial y a una gran incertidumbre en el mercado. Esta es una situación que no afectaba más que a una empresa, y cualquier información sobre sus actividades era potencialmente valiosa para sus competidores. Por consiguiente, era indispensable que los competidores de Howe no obtuvieran nuevas ventajas de la divulgación de información comercialmente sensible. Australia expresó su pesar por el hecho de algunas declaraciones de los Estados Unidos al Grupo Especial sobre Howe no pudieran entenderse más que en el sentido de que se debían a consideraciones comerciales y no como argumentos jurídicos destinados al Grupo Especial. Sería improcedente que el Gobierno de Australia proporcionase, en relación con los contratos, una información más detallada que llegase rápidamente a los círculos comerciales.

6.7 Australia presentó, en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial con las partes, unas versiones del contrato de donación y del contrato de préstamo en las que se había suprimido la información de carácter sensible.

6.8 Los **Estados Unidos** expresaron su satisfacción por el hecho de que Australia hubiera estado dispuesta a proporcionar unas copias del contrato de donación y del contrato de préstamo en las que se había suprimido la información sensible, y dieron seguridades a Australia en el sentido de que tratarían esa información como confidencial. En la primera reunión sustantiva del Grupo Especial con las partes, los Estados Unidos instaron al Grupo Especial a que instase a Australia a proporcionar la restante información que habían solicitado, ya que creían que esa información colocaría al Grupo Especial en mejores condiciones de hacer una evaluación objetiva de los hechos y de su pertinencia con arreglo al Acuerdo SMC. Los Estados Unidos dieron seguridades a Australia en el sentido de que toda la información se trataría como confidencial.

¹³ *Ibid.*

6.9 Como se indica más abajo¹⁴, el 10 de diciembre de 1998 el Grupo Especial resolvió lo siguiente con respecto a la petición de los Estados Unidos de que el Grupo Especial pidiera a Australia que presentase ciertos documentos:

"[...] señalamos que Australia ya ha presentado unas versiones del contrato de préstamo y del contrato de donación en las que se ha suprimido la información sensible. Además, en las preguntas hechas por el Grupo Especial a las partes se solicitan cierta información y ciertos documentos que hemos llegado a la conclusión de que son de importancia para nuestro examen de las cuestiones a que se refiere esta diferencia, por lo que hemos pedido a Australia que los presente".

6.10 El 10 de diciembre de 1998, en el contexto de las preguntas formuladas por escrito a las partes por el Grupo Especial después de su primera reunión sustantiva con las partes, el **Grupo Especial** pidió a Australia que presentase lo siguiente al Grupo Especial y a los Estados Unidos:

- a) "el informe preparado por una empresa de contabilidad que había sido encargado por el Gobierno de Australia y fue utilizado para idear las disposiciones de compensación a Howe;
- b) cualquier correspondencia cruzada entre el Gobierno australiano y Howe (o las empresas relacionadas con Howe) sobre las disposiciones de compensación a Howe, y cualesquiera documentos relativos a los pagos hechos con arreglo al contrato de donación en los que se indique exactamente qué hechos se tuvieron en cuenta para determinar si Howe cumplía los criterios que en materia de resultados se habían establecido en el contrato de donación a fin de hacer los pagos por concepto de donación hasta la fecha, incluyendo el informe sobre el año que finalizó el 30 de junio de 1997 en el que se comparaban los resultados obtenidos y los resultados fijados como objetivo, y el informe sobre el año que finalizó el 30 de junio de 1998 en el que se comparaban los resultados obtenidos y los resultados fijados como objetivo;
- c) en el calendario de ejecución incluido en el contrato de donación, las cifras relativas a los resultados fijados como objetivo (que podrían indicarse en forma indizada o como escalas), los epígrafes de las categorías de gastos de capital y las cifras correspondientes a los gastos de capital (que podrían indicarse en forma indizada o como escalas);
- d) cualesquiera documentos en los que se indique la base jurídica que la donación o las donaciones y el préstamo tienen en la legislación australiana (por ejemplo, documentos relativos al presupuesto), y
- e) cualesquiera actas o informes sobre los debates del Parlamento australiano sobre la donación o las donaciones y el préstamo".

6.11 El 17 de diciembre de 1998, **Australia** respondió, con respecto al informe de la empresa de contabilidad encargado por el Gobierno australiano y utilizado para idear las medidas de compensación a Howe, que:

¹⁴ Párrafo 9.9 y nota 182.

"Entre otras disposiciones adoptadas para preparar las medidas de compensación, el Departamento de Industria, Ciencia y Turismo existente a la sazón contrató a la empresa KPMG de expertos contables para que evaluase la viabilidad financiera de Howe Leather después de haberse retirado el cuero para automóviles del Programa de Créditos a la Importación y del Plan de Facilitación de las Exportaciones. Conforme a los términos del contrato, KPMG había de estudiar cierta información proporcionada por Howe e informar al Gobierno de Australia. El informe había de ser estrictamente confidencial entre el Gobierno de Australia y KPMG. De hecho, KPMG aceptó el contrato en el entendimiento de que "nuestro informe es solamente [...] para información del Gobierno de Australia y *no ha de utilizarse para ningún otro fin ni ha de entregarse a ninguna otra parte.*" (Las cursivas han sido añadidas por Australia.)

El Gobierno de Australia, entre otras medidas destinadas a formular su política industrial, contrata frecuentemente a empresas para que realicen este tipo de estudios. Es indispensable que esos informes sean completamente francos, y esto significa que la confidencialidad ha de ser absoluta. En este asunto, era de suponer que el Gobierno pidiese que se hiciese una evaluación independiente de la viabilidad de la empresa."

6.12 Australia presentó, como información comercial confidencial, unas versiones de las cartas enviadas por ALH al Departamento de Industria, Ciencia y Turismo en julio de 1997 y julio de 1998 en las que se informaba, previa supresión de los datos sensibles, sobre los resultados obtenidos efectivamente por Howe en comparación con los resultados provisionales fijados como objetivo para los períodos comprendidos entre el 1º de abril y el 30 de junio de 1997 y entre el 1º de julio de 1997 y el 30 de junio de 1998, así como un anexo con la información no comercial confidencial en el que se explicaba la legislación nacional relativa al máximo empeño en la medida que era aplicable a este asunto. Con respecto a la petición del Grupo Especial de que se presentasen cifras sobre los resultados fijados como objetivo, los epígrafes de las categorías de gastos de capital y las cifras correspondientes a los gastos de capital, Australia declaró lo siguiente: "Cualquier dato financiero proporcionado en forma indizada o como escalas podría utilizarse para deducir información, quebrantando deslealmente la confidencialidad comercial de todo dato así proporcionado de buena fe. Análogamente, si se dieran más detalles sobre las categorías de inversiones de capital efectuadas por Howe, se podría dar a sus competidores una ventaja comercial injusta. En consecuencia, Australia lamenta no poder atender esa petición del Grupo Especial." Australia afirmó que la base jurídica fundamental de las donaciones y del préstamo se encuentra en las estimaciones adicionales para el Departamento de Industria, Ciencia y Turismo del Gobierno australiano correspondientes a 1996/97, particularmente en la sección titulada "Explicación de las estimaciones adicionales para 1996/97". Australia presentó un ejemplar de ese documento, así como un resumen del proyecto de Ley de presupuesto (Nº 4) para 1996/97 y unos pasajes de los documentos relativos a los presupuestos para 1997-98 y 1998-99. Australia declaró además que en el Parlamento australiano no había habido debates sobre la donación o las donaciones ni sobre el préstamo.

6.13 El 12 de enero de 1999, el **Grupo Especial** reiteró su petición a Australia de que proporcionase lo siguiente:

- a) "el informe preparado por la empresa de contabilidad, por encargo del Gobierno australiano, y utilizado para idear las medidas de compensación a Howe, y

- b) en el calendario de ejecución incluido en el contrato de donación, las cifras relativas a los resultados fijados como objetivo (que podrían indicarse en forma indizada o como escalas), los epígrafes de las categorías de gastos de capital y las cifras correspondientes a los gastos de capital (que podrían indicarse en forma indizada o como escala)".

6.14 El 14 de enero de 1999, **Australia** presentó al Grupo Especial las cifras relativas a los resultados fijados como objetivo, los epígrafes de las categorías de gastos de capital y las cifras correspondientes a los gastos de capital, así como unas versiones de las cartas dirigidas por ALH al Departamento de Industria, Ciencia y Turismo en julio de 1997 y julio de 1998 en las que no se había suprimido la información sensible y en las que se informaba sobre los resultados obtenidos efectivamente por Howe en comparación con los resultados fijados provisionalmente como objetivo para los períodos comprendidos entre el 1º de abril y el 30 de junio de 1997 y entre el 1º de julio de 1997 y el 30 de junio de 1998.

B. ESTABLECIMIENTO DEL GRUPO ESPECIAL

6.15 Australia pide al Grupo Especial que decida inmediatamente que el Grupo Especial se estableció de forma incompatible con el ESD y, por consiguiente, que el Grupo Especial debe poner fin a estas actuaciones. Según Australia, el ESD no permite que se establezca un grupo especial en las circunstancias de este caso. En particular, Australia argumenta lo siguiente: los Estados Unidos no tenían derecho a que se estableciera un segundo grupo especial en la reunión celebrada por el OSD el 22 de junio de 1998; el OSD no tenía derecho, con arreglo al ESD, a establecer tal grupo especial contra los deseos de Australia y esto era incompatible con el ESD; por lo tanto, el Grupo Especial no fue establecido debidamente y, por consiguiente, el Grupo Especial debe poner fin a sus trabajos inmediatamente.

6.16 Australia señala que los Estados Unidos pidieron al OSD, el 9 de enero de 1998, que estableciera un grupo especial (WT/DS106/2) y que Australia no se opuso al derecho de los Estados Unidos a que el OSD estableciera un grupo especial, lo que se hizo el 22 de enero de 1998. Ese Grupo Especial fue establecido, aunque nunca se le dio una composición. Ese Grupo Especial, que tiene el mismo título que éste, se ocupa de la misma cuestión, a saber, las alegaciones en el sentido de que las donaciones y el préstamo a Howe "parecen ser incompatibles con las obligaciones que incumben al Gobierno de Australia en virtud del artículo 3 del Acuerdo sobre Subvenciones [...] [y] pueden constituir subvenciones 'supeditadas [...] *de facto* a los resultados de exportación' en el sentido de lo dispuesto en el apartado a) del párrafo 1 del artículo 3 y en la nota 4 del Acuerdo sobre Subvenciones". Así se afirma en los dos primeros párrafos sustantivos del documento WT/DS106/1 y en el segundo párrafo sustantivo del documento WT/DS126/1. Los dos documentos, WT/DS106/1 y WT/DS126/1, tratan de las mismas medidas específicas ("donaciones" y "préstamo") y contienen las mismas alegaciones sobre esas medidas. Por consiguiente, cada una de las peticiones se refería a la misma cuestión que con el tiempo habría de someterse al OSD. Las solicitudes resultantes de establecimiento de un grupo especial (documentos WT/DS106/2 y WT/DS126/2) se referían de nuevo a exactamente la misma cuestión.

6.17 Australia declara que, en el documento WT/DS126/2, los Estados Unidos pidieron también que se retirase su anterior solicitud de establecimiento de un grupo especial, formulada en el documento WT/DS106/2.¹⁵ En la reunión celebrada por el OSD el 22 de junio de 1998, la representante de los Estados Unidos dijo que los Estados Unidos habían decidido poner término a toda

¹⁵ WT/DS126/2, de 11 de junio de 1998, última frase.

actuación iniciada en cumplimiento de la decisión de establecer un grupo especial.¹⁶ La solicitud de establecimiento de un grupo especial formulada en el documento WT/DS106/2 no estaba pendiente. Ese Grupo Especial fue establecido el 22 de enero de 1998, y, aunque no se ha dado una composición, continuaba existiendo. Cualquiera de las partes podría haber hecho que se diera una composición a ese Grupo Especial en cualquier momento. Los Estados Unidos no mencionaron ninguna disposición del ESD en virtud de la cual estuvieran tratando de poner fin a ese Grupo Especial o de que el OSD le pusiera fin. El OSD no puso término a ese Grupo Especial.¹⁷ En la reunión del OSD celebrada el 22 de junio de 1998, el Presidente dijo que los argumentos concernientes al establecimiento del Grupo Especial podrían exponerse ante el propio Grupo Especial.¹⁸

6.18 Según Australia, en el ESD no hay ninguna disposición que autorice a una parte a poner término unilateralmente a las actuaciones de un grupo especial una vez que se ha establecido éste. El ESD autoriza a poner fin de común acuerdo al proceso, en virtud de lo dispuesto en el párrafo 7 de su artículo 12. El párrafo 12 del artículo 12 del ESD autoriza a la parte reclamante a pedir a un grupo especial que suspenda sus trabajos. El grupo especial no está obligado a hacerlo, pero, si lo hace, una vez transcurridos 12 meses (cabe sostener que seis meses en los asuntos que se tramiten con arreglo al procedimiento acelerado del párrafo 4 del Acuerdo SMC) quedará sin efecto la decisión de establecer el grupo especial.¹⁹ El demandante no puede exigir que se suspendan los trabajos, pero puede pedirlo.

6.19 Australia afirma que, si el reclamante tuviera derecho, conforme al ESD, a poner término unilateralmente a las actuaciones de un grupo especial, se desprendería del texto del ESD que tenía ese derecho. Ahora bien, el texto del ESD no confiere tal derecho. De hecho, ni siquiera reconoce el derecho a pedir que se suspendan las actuaciones del grupo especial. Una razón evidente de ello es que, como el mandato referente a la reclamación y la fecha de presentación de la reclamación están en gran parte en manos del demandante, una vez establecido el grupo especial hay que lograr algún equilibrio en los procedimientos. El demandante, si pudiera unilateralmente poner término a las actuaciones o suspender los trabajos y por ende poner fin a un grupo especial una vez transcurrido el período fijado, podría, por ejemplo, hacerlo si no gusta el informe provisional. De esa forma podría evitar un fallo adverso, y si lo deseara, empezar otra vez con un nuevo grupo especial de forma prácticamente inmediata. Esta especie de juego no está prevista en el ESD. Todo Miembro tiene derecho a que se cree un grupo especial, pero después tiene que aceptar lo que haya pedido al OSD y obtenido del OSD.

6.20 En consecuencia, Australia afirma que toda tentativa de los Estados Unidos de poner fin unilateralmente al Grupo Especial establecido conforme al documento WT/DS106/2 es incompatible con el ESD. Cierta número de Miembros plantearon cuestiones sobre el proceso que estaba teniendo lugar en el OSD el 22 de junio de 1998. No obstante, se estableció un grupo especial sobre la misma cuestión pese a las objeciones de Australia, sin que ni los Estados Unidos ni ningún otro participante adujesen ninguna razón jurídica para que se hiciese caso omiso de esa forma de los derechos de un Miembro. Para aclarar su posición, Australia señala que no afirma que no se pueda, por común acuerdo de las partes, establecer un segundo grupo especial o cualquier número de grupos especiales sobre el mismo asunto. Ahora bien, el problema que se plantea aquí es si, cuando no hay consenso, el demandante tiene derecho con arreglo al ESD a que se establezca más de un grupo especial sobre el mismo asunto. En la reunión en que se estableció este Grupo Especial no hubo un consenso al

¹⁶ WT/DSB/M/46, de 6 de agosto de 1998, primer párrafo de la página 9 y primer párrafo de la página 12.

¹⁷ *Ibid.*, quinto párrafo de la página 11.

¹⁸ *Ibid.*, segundo párrafo de la página 12.

¹⁹ ESD, párrafo 12 del artículo 12.

respecto.²⁰ El proceso de consenso negativo establecido en el ESD constituye un cambio radical de la forma en que se tramitan los asuntos en la OMC, en comparación con el GATT, y sólo se aplica a las situaciones estrictamente limitadas que se indican expresamente en el ESD.

6.21 Con respecto a la cuestión de si el OSD tiene que poner fin a un grupo especial a petición del demandante o si está autorizado a hacerlo, Australia no cree que en el ESD haya ninguna disposición que autorice al OSD a poner fin a un grupo especial, haya o no consenso. Evidentemente, cualquier medida para la que se exija un consenso negativo habría de estar mencionada expresamente en el ESD; ahora bien, en el ESD no hay ninguna disposición al respecto. Es difícil interpretar que existe ni siquiera una autorización implícita para poner fin a un grupo especial incluso cuando existe un consenso. De hecho, cuando hay consenso las partes pueden poner término a las actuaciones de un grupo especial en cualquier momento, si todas las partes en la diferencia están de acuerdo en ello, con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 7 del artículo 12 ESD. Lo único que se requiere es que haya acuerdo, lo que en todo caso es necesario para que el OSD tome una decisión por consenso.

6.22 En cuanto a la cuestión de si un Miembro tiene derecho a que se establezca un segundo grupo especial (en particular mediante una decisión adoptada por consenso negativo) sobre el mismo asunto, cuando el otro grupo especial existe todavía, Australia afirma que el ESD no confiere tal derecho. Lo único que el ESD reconoce es el derecho a que se establezca un solo grupo especial sobre un asunto dado, siempre que se sigan los procedimientos debidos. No hay ninguna disposición en el sentido de que un Miembro pueda hacer que se establezca cualquier número de grupos especiales sobre el mismo asunto, a los que pueda recurrir en el momento que desee.

6.23 Australia observa que el ESD tiene disposiciones expresas sobre la pluralidad de partes reclamantes (artículo 9 del ESD) y sobre el derecho de los terceros a ser oídos por el grupo especial y a presentar a éste comunicaciones (párrafo 3 del artículo 10 del ESD), pero no prevé que el mismo Miembro pueda hacer que se establezcan varios grupos especiales sobre el mismo asunto. Así lo reconocieron implícitamente los Estados Unidos cuando solicitaron en el documento WT/DS126/2 y en la reunión celebrada por el OSD el 22 de junio de 1998 que se pusiera a término unilateralmente a las actuaciones del Grupo Especial existente (establecido conforme al documento WT/DS106/2). Australia pregunta por qué los Estados Unidos trataron de poner fin al primer Grupo Especial en el documento WT/DS126/2 y en la reunión del OSD del 22 de junio de 1998 si consideraban que tenían derecho a un segundo grupo especial cuando existía el primero. Por una parte, si los Estados Unidos habían simplemente decidido que no deseaban continuar con el Grupo Especial establecido el 22 de enero de 1998 (WT/DS106) y consideraban que podían poner fin unilateralmente a ese Grupo Especial, ¿por qué no lo hicieron antes de solicitar, el 4 de mayo de 1998, que se celebrasen consultas, como se indica en el documento WT/DS126/1? De hecho, los Estados Unidos nunca trataron ni siquiera de conseguir el acuerdo de Australia para poner término a ese Grupo Especial.

6.24 Según Australia, el objeto y el fin del ESD, incluyendo las normas y procedimientos especiales o adicionales tales como el artículo 4 del Acuerdo SMC, son hacer posible la solución de diferencias sobre un asunto dado. El ESD establece el derecho al establecimiento automático de un grupo especial para examinar la cuestión, siempre que se hayan seguido los procedimientos establecidos. El objeto y el fin del texto es hacer posible el examen por grupos especiales. Una vez establecido un grupo especial, no hay ninguna base para establecer nuevos grupos especiales a fin de que estudien exactamente el mismo asunto que un grupo especial existente. Conforme al párrafo 7 del artículo 8 del ESD y al párrafo 12 del artículo 4 del Acuerdo SMC, los Estados Unidos podrían haber pedido al Director General, en cualquier momento a partir del 2 de febrero de 1998, que determinase la composición del Grupo Especial para el 9 de febrero de 1998 o para cualquier fecha posterior. Esto

²⁰ Australia hace referencia asimismo al acta WT/DSB/M/46, de 6 de agosto de 1998, segundo párrafo de la página 12.

fue 84 días antes de que los Estados Unidos solicitaran la celebración de nuevas consultas, como se indica en el documento WT/DS126/1, y 133 días antes de que pidieran al OSD, el 22 de junio de 1998, que estableciera un nuevo grupo especial.

6.25 Australia afirma que los propios Estados Unidos optaron por no pedir que se diera una composición al Grupo Especial establecido el 22 de enero de 1998, y que los Estados Unidos no pueden ahora alegar el hecho de que no se dio una composición a ese Grupo Especial como base para pedir que se establezca un nuevo grupo especial. En ninguna parte del ESD se confiere a un Miembro el derecho automático a pedir que se establezca cualquier número de grupos especiales exactamente sobre el mismo asunto, incluso con arreglo a los procedimientos acelerados del artículo 4 del Acuerdo SMC, por lo que el establecimiento de un grupo especial en tales circunstancias es incompatible con el ESD.

6.26 Australia pregunta, subsidiariamente, cuál habría sido la situación si la actuación de los Estados Unidos al tratar de que se pusiera fin al Grupo Especial el 22 de junio de 1998 hubiera sido, de hecho, compatible con el ESD. Australia considera que no es ese el caso, pero, incluso si lo fuera, los Estados Unidos no habrían tenido derecho a que se estableciera inmediatamente un nuevo grupo especial. El derecho a que se constituya un grupo especial depende de forma crítica de que se hayan seguido los procedimientos correctos. Como el Grupo Especial establecido el 22 de enero de 1998 (WT/DS106) continuaba existiendo, los Estados Unidos no tenían derecho, con arreglo al ESD, a iniciar los procedimientos que llevaban al establecimiento automático de un nuevo grupo especial. Del párrafo 3 del artículo 5 del ESD se desprende que las consultas tienen por finalidad llegar a una solución mutuamente satisfactoria. El párrafo 3 del artículo 4 del Acuerdo SMC dice que "[las] consultas tendrán por objeto dilucidar los hechos del caso y llegar a una solución mutuamente convenida". Cuando tales consultas tratan de exactamente el mismo asunto sobre el que existe un grupo especial, sería absurdo proceder a consultas por separado para llegar a una solución mutuamente satisfactoria. Ello no sería compatible con el objeto y el fin del texto. Los artículos 11 y 12 del ESD aclaran que lo que se pretende es que el proceso del grupo especial lleve a una solución mutuamente satisfactoria. En esas condiciones, sería incoherente que el ESD permitiera al mismo tiempo que un Miembro procediera a una nueva serie de consultas con arreglo al artículo 4 del ESD o al artículo 4 del Acuerdo SMC para tratar de llegar a tal solución. Por lo tanto, el derecho a celebrar consultas conforme al artículo 4 del ESD y al artículo 4 del Acuerdo SMC no existe cuando hay un grupo especial que se ocupa del mismo asunto. En consecuencia, los Estados Unidos no podrían haber cumplido los requisitos establecidos en el ESD y en el artículo 4 del Acuerdo SMC para tener derecho a que se estableciera un grupo especial.

6.27 Los **Estados Unidos** afirman que el Grupo Especial debe confirmar que fue establecido debidamente y que puede estudiar y estudiará el fondo del asunto que le han sometido los Estados Unidos. El ESD no contiene ninguna prohibición de que se pida que se proceda a una segunda serie de consultas sobre las mismas medidas. El ESD tampoco contiene ninguna prohibición de que se establezca un segundo grupo especial sobre las mismas medidas. El Grupo Especial no puede inventar una prohibición de esas actuaciones cuanto los negociadores del ESD no establecieron ninguna; conforme al párrafo 2 del artículo 3 del ESD, las recomendaciones y resoluciones de los grupos especiales "no pueden entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados".

6.28 Los Estados Unidos afirman que los hechos detallados en su reclamación muestran lo siguiente. Los Estados Unidos presentaron una primera solicitud de celebración de consultas sobre este asunto que no incluía una relación de las pruebas disponibles, relación que había de presentarse conforme al párrafo 2 del artículo 4 del Acuerdo SMC. Desde el punto de vista jurídico, esa solicitud no cumplía los requisitos del párrafo 2 del artículo 4. Cuando comprendieron que era así, los Estados Unidos hicieron lo único que podían hacer para subsanar ese vicio esencial: presentar una segunda solicitud de celebración de consultas en la que se indicaban la naturaleza y el alcance de las pruebas

disponibles para demostrar que las subvenciones en cuestión eran subvenciones a la exportación prohibidas. La segunda solicitud de celebración de consultas se presentó porque no existe ningún procedimiento para modificar una solicitud de celebración de consultas anterior. Con esa segunda solicitud, los Estados Unidos iniciaron un segundo procedimiento de solución de diferencias.

6.29 Según los Estados Unidos, el Órgano de Apelación resolvió recientemente, en el asunto *Guatemala - Investigación antidumping sobre el cemento Portland procedente de México*²¹ ("*Guatemala - Cemento*"), que el demandante puede iniciar un segundo procedimiento de solución de diferencias sobre el mismo asunto. Los Estados Unidos afirman que, en ese asunto, el Órgano de Apelación constató que el Grupo Especial había incurrido en error al considerar la diferencia, porque México no había identificado ninguna medida antidumping específica en su solicitud de establecimiento de un grupo especial. Al anular la decisión del Grupo Especial, el Órgano de Apelación señaló que ninguna de sus constataciones impedía que México presentase otra reclamación procesalmente correcta sobre el mismo asunto en el marco del sistema de solución de diferencias. Los Estados Unidos observan que el Grupo Especial que estudió la reclamación presentada por las Comunidades Europeas en el asunto *India - Patentes*²² también abordó la cuestión de la pluralidad de procedimientos en materia de solución de diferencias. En esa diferencia, la India argumentó que se debía poner fin a las actuaciones relativas a la reclamación de la CE porque esa reclamación podría haberse formulado al mismo tiempo que la reclamación anterior de los Estados Unidos sobre el mismo asunto. Los Estados Unidos sostienen que la India pidió, como lo hace Australia aquí, que se acumulasen obligatoriamente todas las reclamaciones en las actuaciones iniciadas por el primer Grupo Especial. Ese Grupo Especial rechazó la pretensión de la India, al igual que este Grupo Especial debe rechazar la de Australia. Aquel Grupo Especial señaló que los derechos de todo Miembro incluyen la libertad de "decidir libremente si les conviene presentar una reclamación al amparo del ESD y en qué momento".²³

6.30 Los Estados Unidos sostienen que, habida cuenta del asunto *Guatemala - Cemento*²⁴, Australia no puede negar que los Estados Unidos podrían haber presentado otra reclamación por este asunto en el marco del sistema de solución de diferencias si se hubiera dado una composición al Grupo Especial establecido tras la primera solicitud de celebración de consultas y si ese Grupo Especial hubiera constatado posteriormente que se debía poner término a las actuaciones porque la solicitud de celebración de consultas estaba viciada. El Órgano de Apelación dejó claramente sentado en el asunto *Guatemala - Cemento* que, cualesquiera que fueran los defectos de procedimiento de que adoleciera la reclamación de un Miembro, no por ello perdía ese Miembro su derecho a formular una reclamación. El Grupo Especial debe rechazar todo argumento en el sentido de que los Estados Unidos han perdido cualquier derecho a impugnar las subvenciones concedidas por Australia. Por consiguiente, la objeción de Australia a que se reúna este Grupo Especial equivale solamente a una objeción al orden en que tendrían lugar los mismos acontecimientos. El orden defendido por Australia (decisión del primer Grupo Especial, rechazo de la reclamación de los Estados Unidos y presentación de una nueva reclamación) entraña un considerable despilfarro de tiempo y de recursos de la OMC y de las partes.

²¹ WT/DS60/AB/R, informe adoptado el 25 de noviembre de 1998.

²² WT/DS79/R, informe adoptado el 21 de octubre de 1998.

²³ *Ibid.*, párrafo 7.15.

²⁴ WT/DS60/AB/R, informe adoptado el 25 de noviembre de 1998.

6.31 A juicio de los Estados Unidos, la manera de proceder que ha adoptado no perjudica en modo alguno a Australia. Además, en contra de lo que da a entender Australia, esa línea de conducta no invita a actuar frívolamente. Los Estados Unidos no dicen que todo demandante pueda poner fin unilateralmente a las actuaciones de un grupo especial en cualquier momento. De hecho, este Grupo Especial no necesita abordar esa cuestión. La única cuestión que ha de examinar este Grupo Especial es si un demandante puede, antes de que se haya dado una composición a un grupo especial, retirar la solicitud de establecimiento de un grupo especial y solicitar la celebración de consultas sobre el mismo asunto a fin de presentar una nueva reclamación en el marco del sistema de solución de diferencias. Los Estados Unidos afirman que la respuesta ha de ser afirmativa. Llegar a otra conclusión llevaría al resultado absurdo de que el demandante que deseara modificar su solicitud de celebración de consultas una vez establecido el grupo especial pero antes de que se le diera una composición tendría, no obstante, que proseguir hasta el final las actuaciones ante ese grupo especial, tan sólo para tener que volver a iniciarlas desde el principio. Dar otra respuesta obligaría también a los Miembros y al grupo especial a proseguir las actuaciones relativas a una diferencia sabiendo de antemano que serán inútiles.

6.32 Los Estados Unidos observan que Australia ha argumentado también que se debería haber obligado a los Estados Unidos a pedir que se diera una composición al Grupo Especial, en vez de tomar medidas para subsanar los vicios de su anterior solicitud de celebración de consultas y continuar después de nuevo. Los Estados Unidos señalan que el Grupo Especial que estudió la reclamación presentada por las Comunidades Europeas en el asunto *India - Patentes*²⁵ dictaminó que los derechos de las partes incluyen la libertad de avanzar en los trámites de constitución del grupo especial al ritmo que las partes deseen. En el GATT/OMC ha habido una serie de asuntos en los que las partes llegaron a soluciones mutuamente satisfactorias durante el proceso de constitución de los grupos especiales. Un ejemplo reciente es la reclamación presentada por ocho Miembros de la OMC, entre ellos tanto los Estados Unidos como Australia, contra las subvenciones agrícolas concedidas en Hungría, diferencia en la que se negoció una solución mutuamente satisfactoria durante el proceso de determinación de la composición del Grupo Especial. Si se hubiera puesto a las partes en la disyuntiva de dar una composición al Grupo Especial o perder su derecho a proseguir las actuaciones para resolver esa diferencia, es posible que no se hubiera llegado a una solución.

6.33 Los Estados Unidos hacen referencia después al argumento de Australia de que no se tiene derecho a celebrar consultas con arreglo al artículo 4 del ESD cuando existe un grupo especial que se ocupa del mismo asunto; que el derecho a que se establezca un grupo especial de conformidad con el párrafo 2 del artículo 6 depende de que se hayan adoptado todas las disposiciones procesales adecuadas, y que, por consiguiente, la objeción formulada por Australia en la reunión celebrada por el OSD el 22 de junio de 1998 debía haber tenido el efecto de bloquear el establecimiento de este Grupo Especial. Los Estados Unidos rechazan todas estas proposiciones. En el ESD no hay nada que limite el derecho de todo Miembro a solicitar la celebración de consultas en cualquier momento. De hecho, el párrafo 1 del artículo 4 del Acuerdo SMC dispone que se puede pedir que se celebren consultas "*Cuando un Miembro tenga razones para creer que otro Miembro concede o mantiene una subvención prohibida*" (las cursivas han sido añadidas por los Estados Unidos). El argumento de Australia equivaldría a que el Grupo Especial modificase el ESD para crear nuevos derechos y obligaciones no previstos por los redactores del ESD. Además, el argumento de Australia permitiría bloquear los procedimientos en toda una serie de diferencias.

6.34 Los Estados Unidos aprecian en todo su valor las observaciones hechas por Australia sobre el supuesto peligro de hostigamiento. Sin embargo, este Grupo Especial no es el órgano apropiado para estudiar esas cuestiones. Hay otro órgano que es competente para examinar esas preocupaciones, relativas a todo el sistema: el OSD, que está examinando actualmente el ESD. Este Grupo Especial

²⁵ WT/DS79/R, informe adoptado el 21 de octubre de 1998.

está obligado a evaluar objetivamente los hechos, y tiene que basar sus constataciones en el texto del ESD. No puede formular una decisión disociada de la redacción explícita del ESD para abordar una cuestión que es motivo de inquietud sistémica.²⁶

6.35 **Australia** señala que no se opuso al establecimiento inmediato del Grupo Especial el 22 de enero de 1998. Sin embargo, Australia considera que tiene la obligación de tratar de conseguir que se siga estudiando la condición jurídica de este Grupo Especial, en parte a causa de las repercusiones reales que ello tiene sobre el sistema. Si se permitiera que se establecieran de esta manera los grupos especiales, se sentaría un precedente desafortunado para el futuro. Australia considera que tiene derecho a que se resuelva inmediatamente la cuestión. El problema de si el Grupo Especial debe proseguir o terminar sus actuaciones es un problema de equidad.

6.36 Australia sostiene que el consenso negativo es un importante progreso del sistema del GATT/OMC, ya que garantiza que todo Miembro pueda hacer que un asunto dado sea examinado por un grupo especial y que se adopte el resultado de las actuaciones de ese grupo, a reserva de lo que resuelva el Órgano de Apelación en su informe. El consenso negativo ha demostrado constituir la clave de un método más riguroso de solución de diferencias. No obstante, Australia cree firmemente que la utilización del consenso negativo debe limitarse estrictamente a las cuestiones indicadas en el ESD. Esto afecta a la legitimidad misma del nuevo sistema de solución de diferencias. Es fundamentalmente injusto no sólo para con el otro Miembro interesado sino también para con el Presidente del OSD, quien, como persona que toma realmente las decisiones con el sistema del consenso negativo, puede encontrarse en una posición poco envidiable.

6.37 Australia declara que, en la reunión celebrada por el OSD el 22 de junio de 1998, el Presidente del OSD dijo que Australia podría plantear esta cuestión en el Grupo Especial.²⁷ Esto es lo que ha hecho Australia. Del acta de esa reunión se desprende claramente que el Presidente dejó la solución de esta cuestión, al menos en primera instancia, al Grupo Especial, en vez de al Órgano de Apelación. Australia argumenta que las reclamaciones y las medidas a las que se referían los documentos WT/DS106/1 y WT/DS126/1 eran idénticas, es decir, que eran idénticas en el caso de ambos Grupos Especiales. De hecho, los Estados Unidos lo admiten cuando hacen referencia a la solicitud relativa al anterior Grupo Especial, sobre las mismas subvenciones.

6.38 Según Australia, la finalidad del artículo 6 del ESD es lograr que todo Miembro pueda hacer que se establezca un grupo especial para que examine el asunto, de conformidad con las normas del artículo 4 del ESD y, en este caso, del artículo 4 del Acuerdo SMC. Nada hace pensar que esto autorice a utilizar el consenso negativo para que el mismo demandante haga que se establezcan varios grupos especiales contra el mismo demandado. Australia no discute aquí si de común acuerdo se pueden o no establecer dos grupos especiales. Antes bien, Australia se centra en el caso de que no exista consenso. Australia argumenta que hay que proteger celosamente la utilización del consenso negativo. El consenso negativo ha de utilizarse solamente en las circunstancias concretas en que ello está explícitamente previsto en el ESD.

6.39 Australia sostiene que los Estados Unidos nunca le preguntaron si estaba dispuesta a que se abandonase el Grupo Especial al que se refieren los documentos de la serie WT/DS106 y a autorizar a los Estados Unidos a empezar de nuevo. A Australia nunca se le preguntó si estaría de acuerdo en que se estableciera un nuevo grupo especial. La inquietud de Australia en lo que se refiere al sistema es que en la reunión celebrada por el OSD el 22 de junio de 1998 se rechazó la posición de Australia al utilizarse el consenso negativo, siendo así que, a juicio de Australia, los Estados Unidos no tenían

²⁶ A este respecto, los Estados Unidos se remiten a *ibid.*, párrafo 7.23.

²⁷ WT/DSB/M/46, de 6 de agosto de 1998, página 12.

derecho a que se estableciera un segundo grupo especial. Independientemente de la opinión de Australia, a cierto número de Miembros les preocupaba la base jurídica del enfoque adoptado por los Estados Unidos. Si los Estados Unidos consideraban que tenían derecho a que se crease un grupo especial, cabe preguntarse por qué no explicaron en la reunión que tenían ese derecho.

6.40 A juicio de Australia, el texto tiene que leerse en el contexto de su objeto y de su fin. Cuando un Miembro tiene una reclamación que formular sobre un asunto, por ejemplo sobre una medida, tiene derecho a pedir que se celebren consultas sobre ese asunto con miras a resolverlo. Si esas consultas son infructuosas, el Miembro tiene derecho a que el OSD establezca un grupo especial para que examine la cuestión. Ese derecho puede ejercerse mediante el consenso negativo. El Miembro tiene entonces derecho a que el grupo especial estudie el asunto, y uno u otro de los Miembros en cuestión tiene derecho a que se adopte el informe del grupo especial (tal vez modificado por el Órgano de Apelación).

6.41 Australia afirma que, cuando un Miembro hace que se establezca un grupo especial sobre un asunto, es porque ha llegado a la conclusión de que el proceso de consultas ha sido infructuoso. Australia pregunta por qué ese Miembro tendría entonces derecho a otra serie de consultas con arreglo al artículo 4 del ESD sobre el mismo asunto. Evidentemente, cuando existe un grupo especial no hay razón para pedir que se celebren consultas conforme al artículo 4 del ESD. Nada impide proceder a deliberaciones cuando existe un grupo especial. De hecho, en el párrafo 7 del artículo 12 del ESD se prevé claramente la posibilidad de una solución mutuamente satisfactoria hasta el momento en que se presente el informe definitivo del grupo especial. Esto es coherente con el párrafo 7 del artículo 3 del ESD, en el que se dice que una solución mutuamente aceptable es el resultado preferible del proceso. Los Estados Unidos no necesitaban invocar de nuevo el artículo 4 del ESD el 4 de mayo de 1998 para celebrar consultas con Australia. Australia considera que, conforme al artículo 4 del ESD, los Estados Unidos no tenían derecho a pedir que se celebrase consultas sobre un asunto en relación con el cual todavía existía un Grupo Especial.²⁸

6.42 Australia observa que los Estados Unidos podían haber pedido al Director General, en cualquier momento en que lo desearan a partir del 2 de febrero de 1998, que diese una composición al Grupo Especial establecido el 22 de enero de 1998. Si el 4 de mayo de 1998 hubieran pedido que se diese una composición al Grupo Especial, habría sido posible hacerlo para el 8 de mayo de 1998. Incluso aplicando el plazo de 120 días, el Grupo Especial habría estado constituido para el 7 de septiembre de 1998. Australia señala que los Estados Unidos afirmaron en la reunión del OSD que tenían derecho a poner término unilateralmente a las actuaciones del Grupo Especial establecido el 22 de enero de 1998. Los Estados Unidos dijeron "confirmamos que los Estados Unidos han decidido poner término a toda actuación iniciada en cumplimiento de la decisión adoptada por el OSD en respuesta a nuestra solicitud de establecimiento de un grupo especial".²⁹ Según Australia, esto estaba en contradicción con el documento WT/DS126/2, en cuyo último párrafo se dice que "Los Estados Unidos piden también que en la próxima reunión del Órgano de Solución de Diferencias se retire su anterior solicitud de establecimiento de un grupo especial, fechada el 9 de enero de 1998 y distribuida con la signatura WT/DS106/2, relativa a las mismas subvenciones a que se hace referencia en la presente solicitud." No había ninguna solicitud pendiente de establecimiento de un grupo especial. El Grupo Especial había sido establecido casi cinco meses antes.

6.43 Australia afirma que no está claro si los Estados Unidos querían que el OSD pusiera fin al primer Grupo Especial o si consideraban que podían hacerlo ellos unilateralmente. Tal vez pensaban que se podían hacer ambas cosas. Lo que está claro, continúa diciendo Australia, es que los Estados Unidos estimaban que era necesario poner fin a las actuaciones del Grupo Especial. De lo contrario,

²⁸ WT/DS126/3, de 19 de junio de 1998.

²⁹ WT/DSB/M/46, de 6 de agosto de 1998, página 12.

no habrían tratado de hacerlo. El Presidente del OSD juzgó que los Estados Unidos no podían poner término al Grupo Especial unilateralmente, puesto que en el acta de esa reunión del OSD se señala que "El Presidente dice que a partir de este momento desde el punto de vista técnico existen dos grupos especiales encargados de este asunto."³⁰ Evidentemente, en el contexto del establecimiento de este Grupo Especial, el Presidente convino implícitamente en que al menos no se podía poner fin por consenso negativo al primer Grupo Especial. Desde luego, en el ESD no hay ninguna disposición que haga pensar que el consenso negativo se aplica a la terminación de los grupos especiales. De hecho, Australia pregunta por qué debería aplicarse. El consenso negativo se introdujo para que el demandante pudiera llegar a comparecer en el tribunal, y ninguna de las partes podía impedir que se adoptase el informe de un grupo especial. El consejo negativo ha de utilizarse solamente en muy raras ocasiones. No habría ninguna razón para que hubiera consenso negativo para poner fin a un grupo especial. El ESD ya prevé explícitamente, en el párrafo 7 de su artículo 12, la terminación por acuerdo entre las partes. Además, en el ESD no hay ninguna disposición que diga que un grupo especial, una vez establecido, tiene una condición inferior, desde el punto de vista de los derechos del demandado, antes de que se le dé una composición. Por el contrario, ambas partes tienen los mismos derechos, por ejemplo pedir al Director General que dé una composición al grupo especial.

6.44 En relación con la afirmación de los Estados Unidos de que en el ESD no se prohíbe que se establezca un segundo grupo especial, Australia señala que ese aserto no aborda la cuestión de que si los Estados Unidos tenían derecho a utilizar el consenso negativo para el establecimiento de este Grupo Especial. Australia cree que los ejemplos dados por los Estados Unidos no tienen importancia a los efectos de este asunto. Este es un caso en el que las consultas se efectuaron con el mismo Miembro pero en relación con un procedimiento diferente de solución de diferencias.

6.45 Con respecto a las referencias hechas por los Estados Unidos al asunto *Guatemala - Cemento*³¹, Australia está de acuerdo en que el Órgano de Apelación corroboró el derecho de México a que se estableciera otro grupo especial en esa diferencia. Sin embargo, Australia señala que en este asunto hay diferencias clave. La primera es que la medida y por ende el asunto en el caso *Guatemala - Cemento* eran diferentes de la medida y el asunto que se sometieron a la consideración de ese Grupo Especial y de la medida y el asunto se podrían someter a la consideración de un segundo grupo especial. La otra diferencia clave era el momento en que México podía ejercer su derecho a iniciar de nuevo las actuaciones. Australia no rechaza el derecho de todo Miembro a que se establezca un segundo grupo especial. La diferencia de opinión entre los Estados Unidos y Australia concierne al momento en que surge ese derecho. El Grupo Especial que estudió el asunto *Guatemala - Cemento* ha terminado ya sus actuaciones. En cambio, el Grupo Especial establecido en enero de 1998 sobre el cuero para automóviles no las ha concluido.

6.46 Respondiendo al argumento de los Estados Unidos de que el orden de las actividades defendido por Australia (decisión del primer Grupo Especial, rechazo de la reclamación de los Estados Unidos y presentación de una nueva reclamación) entraña un despilfarro de tiempo y de recursos, Australia afirma que la cuestión es que la parte demandante tiene la obligación de cumplir las prescripciones del ESD y del Acuerdo SMC para evitar pérdidas de tiempo. Australia no acepta que un Miembro que *no* haya cumplido esas obligaciones pueda iniciar de nuevo las actuaciones *durante* un procedimiento. El ESD no permite eso. Las partes reclamantes tienen la obligación de proceder acertadamente al presentar su solicitud. En cuanto a la referencia hecha por los Estados Unidos a las reclamaciones de la Comunidad Europea y de los Estados Unidos en el asunto

³⁰ *Ibid.*, página 11.

³¹ WT/DS60/AB/R, informe adoptado el 25 de noviembre de 1998.

*India - Patentes*³², Australia afirma que en este asunto la cuestión que se plantea es fundamentalmente distinta. Los Grupos Especiales que se ocuparon de las medidas tomadas por la India habían sido solicitados por Miembros *diferentes* y no, como en este caso, por el *mismo* Miembro.

C. OBLIGACIÓN DE PROPORCIONAR INFORMACIÓN CON ARREGLO AL ARTÍCULO 4 DEL ACUERDO SMC

6.47 **Australia** pide al Grupo Especial que resuelva que los Estados Unidos, en su solicitud de celebración de consultas (WT/DS126/1), no cumplieron las obligaciones que en materia de comunicación de información impone el artículo 4 del Acuerdo SMC, por lo que el Grupo Especial debe poner término a las actuaciones o decidir inmediatamente que los Estados Unidos no han probado sus alegaciones. Australia considera que ésta es una cuestión importante que afecta a todo el sistema y que va más allá de las circunstancias de este asunto particular.

6.48 Australia señala que en el párrafo 2 del artículo 4 del Acuerdo SMC se dispone que "En las solicitudes de celebración de consultas al amparo del párrafo 1 figurará *una relación de las pruebas de que se disponga* respecto de la existencia y la naturaleza de la subvención de que se trate." (Las cursivas han sido añadidas por Australia.) Según Australia, la referencia que se hace en el párrafo 2 del artículo 4 a "las pruebas [...] respecto de la existencia y la naturaleza de la subvención" incluye no sólo los hechos sino también los argumentos por los que tales hechos lleven al demandante a considerar que la medida en cuestión infringe el artículo 3 del Acuerdo SMC. Australia menciona la solicitud de celebración de consultas presentada por los Estados Unidos (WT/DS126/1)³³ y afirma que en la solicitud de los Estados Unidos se hace poco más que aseverar que los Estados Unidos disponen de pruebas, sin decir en qué consisten esas pruebas. Tampoco se hace ningún intento de exponer los hechos en los que se apoyarán los argumentos. La Misión de Australia en Ginebra no recibió las pruebas documentales de los Estados Unidos hasta el 16 de noviembre de 1998.

6.49 Según Australia, la descripción de las pruebas que se hace en el documento WT/DS126/1 no responde a las normas razonables en materia de comunicación de información establecidas en el artículo 4 del Acuerdo SMC, por lo que el documento WT/DS126/1 no cumple las prescripciones del párrafo 2 del artículo 4 del Acuerdo SMC. A juicio de Australia, los procedimientos acelerados previstos en el artículo 4 del Acuerdo SMC significan que, en toda diferencia que se rijan por ese artículo, la actuación del demandante está limitada por las pruebas que el demandante haya mencionado en la solicitud de celebración de consultas. Así se desprende del párrafo 2 del artículo 4 del Acuerdo SMC, relativo a las consultas, y así lo subraya el proyecto de Reglamento del Grupo Permanente de Expertos.³⁴ El artículo 9 de ese proyecto de Reglamento dispone que las

³² WT/DS50/R, WT/DS50/AB/R, informes adoptados el 16 de enero de 1998; WT/DS79/R, informe adoptado el 21 de octubre de 1998.

³³ Australia cita el siguiente párrafo del documento WT/DS126/1:

"Estas pruebas comprenden numerosas declaraciones y representaciones formuladas por el Gobierno de Australia, Howe y compañías afiliadas y/o centrales de Howe que han aparecido en la prensa, publicaciones oficiales del Gobierno de Australia y comunicaciones de dicho Gobierno con el Gobierno de los Estados Unidos. Comprenden también estados financieros de Howe y sus compañías afiliadas y/o centrales; documentos relativos a los mercados del cuero para automóviles y de los automóviles en Australia, y otras informaciones y materiales pertinentes que se refieren a Howe, a los programas de subvenciones a la exportación del Gobierno de Australia y al mercado australiano para el cuero para automóviles y los automóviles, incluidas declaraciones de expertos sobre el cuero para automóviles y los automóviles y declaraciones de miembros de las industrias del cuero para automóviles y del automóvil."

³⁴ G/SCM/W/365/Rev.1, de 24 de junio de 1996.

comunicaciones se presentarán simultáneamente. En el sistema de solución de diferencias de la OMC, el demandante tiene la obligación de demostrar las alegaciones, es decir, "la carga de la prueba incumbe a la parte, sea el demandante o el demandado, que afirma una determinada reclamación o defensa".³⁵ Así pues, si se siguen procedimientos acelerados como los establecidos en el artículo 4 del Acuerdo SMC, es necesario que el demandante exponga todos los hechos y todos los argumentos antes de que se establezca el grupo especial. Por consiguiente, Australia argumenta que los Estados Unidos han de limitarse a utilizar las pruebas y los argumentos indicados explícitamente en el documento WT/DS126/1.

6.50 Australia señala también que el momento de presentación de algunas de las pruebas plantea graves cuestiones que afectan a todo el sistema. El demandante ha de presentar una relación de las pruebas de que disponga en el momento en que solicite la celebración de consultas. Una importante cuestión que afecta a todo el sistema es hasta qué punto se pueden utilizar en el contexto del artículo 4 del Acuerdo SMC, después de la solicitud de celebración de consultas y después del establecimiento o incluso de la composición del grupo especial, las pruebas que no se proporcionaron al demandado hasta el momento de la primera comunicación escrita al grupo especial. Algunas de las pruebas documentales presentadas por los Estados Unidos están fechadas mucho después de la fecha de la solicitud de celebración de consultas contenida en el documento WT/DS126/1. Por ejemplo, algunas están fechadas después de la solicitud de establecimiento de un grupo especial, y algunas lo están incluso después de la fecha en que se dio una composición al Grupo Especial. Otras pruebas documentales no están ni siquiera fechadas, y algunas carecen esencialmente de procedencia.

6.51 A juicio de Australia, aparte de las prescripciones del artículo 4 del Acuerdo SMC, en cualquier procedimiento acelerado la documentación recién recibida es prácticamente imposible de estudiar oportunamente. El problema puede agravarse cuando la nueva documentación se recibe en forma no electrónica. Esto pone de relieve que cualquier prueba documental debería haberse presentado en el momento en que se solicitó que se celebrasen consultas, pero lo cierto es que los Estados Unidos no proporcionaron ni siquiera una lista de esas pruebas hasta que presentaron éstas junto con su primera comunicación escrita al Grupo Especial.

6.52 Australia afirma que la primera comunicación de los Estados Unidos tenía unas 315 páginas de pruebas documentales presentadas en forma no electrónica, y que la escasez de la información contenida en el documento WT/DS126/1 y la exposición de pretendidos hechos y argumentos no mencionados en el documento WT/DS126/1 plantean una seria cuestión que afecta a todo el sistema. El objeto y el fin de los procedimientos acelerados es hacer frente a una medida que está causando un daño tal que es necesario resolver rápidamente la situación con arreglo al ESD. Los procedimientos abreviados no tienen por finalidad colocar a los demandados en una situación de desventaja ni hacer posible que el demandante proceda a prolongadas maniobras. Esto impone a todo Miembro que invoque el artículo 4 del Acuerdo SMC la obligación de dar a conocer al demandado los hechos y los argumentos desde el primer momento, de hecho cuando se solicite la celebración de consultas. Autorizar al demandante a exponer hechos y a aducir argumentos cuando se presente la primera comunicación es incompatible con el artículo 4 del Acuerdo SMC. Aunque, en este asunto concreto, el plazo se prorrogó de común acuerdo a más de 90 días, la diferencia continua rigiéndose por el artículo 4 del Acuerdo SMC, y tal prórroga no afecta a los derechos ni a las obligaciones de las partes. Es más, si se argumentase que éste es un asunto especial por haberse prorrogado el plazo, lo cierto sería que los Estados Unidos solicitaron inicialmente la celebración de consultas sobre ese asunto el 10 de noviembre de 1997 y que la comunicación a la que se hace referencia en el documento WT/DS126/1 estaba fechada el 4 de mayo de 1998. Si éste fuese realmente un caso en el que los

³⁵ Informe del Órgano de Apelación que estudió el asunto *Estados Unidos - Medida que afecta a las importaciones de camisas y blusas de tejidos de lana procedentes de la India* ("Estados Unidos - Camisas y blusas"), WT/DS33/AB/R, adoptado el 23 de mayo de 1997, página 16.

procedimientos debieran haber sido diferentes, cabría suponer que los Estados Unidos habrían hecho sus alegaciones antes de esa fecha y podrían haber proporcionado a Australia la información pertinente en ese momento. Además, posteriormente fueron los Estados Unidos quienes determinaron la fecha exacta de su primera comunicación al pedir al Director General que diese una composición al Grupo Especial. Es de suponer que no lo hicieron hasta después de haber finalizado su primera comunicación, aunque al menos dos de sus pruebas documentales tienen una fecha posterior a la de la comunicación. Los Estados Unidos podrían, incluso en ese momento, haber comunicado a Australia al menos los hechos que se proponían aducir, aunque con ello no habrían cumplido las prescripciones del artículo 4 del Acuerdo SMC.

6.53 Los **Estados Unidos** afirman que el Grupo Especial debe rechazar la petición de Australia. El claro texto del párrafo 2 del artículo 4 no requiere que la solicitud de celebración de consultas incluya una "argumentación". Tampoco exige esa norma que se incluya una lista de pruebas documentales. El párrafo 2 del artículo 4 dispone simplemente que se incluya una relación de las pruebas de que se disponga respecto de la existencia y la naturaleza de la subvención.

6.54 Los Estados Unidos afirman que, como está ahora bien establecido, las disposiciones del Acuerdo sobre la OMC han de interpretarse de conformidad con el artículo 31 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*³⁶ (la "*Convención de Viena*"), cuyo párrafo 1 dispone que "Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin." El sentido corriente del término "prueba" es el siguiente: "Los hechos, circunstancias, etc. disponibles que apoyan o refutan una creencia, proposición, etc. o que indican si una cosa es o no cierta o válida."³⁷

6.55 Según los Estados Unidos, Australia ha confundido los requisitos aplicables a la solicitud de celebración de consultas con los parámetros para la primera comunicación de la parte reclamante. El párrafo 4 de los Procedimientos de trabajo que figuran en el Apéndice 3 del ESD dispone que "Antes de celebrarse la primera reunión sustantiva del grupo especial con las partes, las partes en la diferencia le presentarán comunicaciones escritas en las que expongan *los hechos del caso y sus respectivos argumentos*." (Las cursivas han sido añadidas por los Estados Unidos.) Ni en el ESD ni en el Acuerdo SMC hay ninguna norma en el sentido de que el demandante haya de exponer los hechos y los argumentos antes de la primera comunicación. Imponer tal requisito equivaldría a hacer inútil la primera comunicación del demandante.

6.56 Los Estados Unidos sostienen que el Grupo Especial no debe perder de vista que las disposiciones del párrafo 2 del artículo 4 del Acuerdo SMC se refieren a la solicitud de celebración de consultas, no a la solicitud de establecimiento de un grupo especial ni a las comunicaciones dirigidas a un grupo especial. La solicitud de celebración de consultas se presenta necesariamente antes de que tengan lugar las consultas, en un momento en que no cabe suponer que la parte reclamante sepa todo sobre la medida en cuestión. En efecto, el párrafo 3 del artículo 4 del Acuerdo SMC dispone que una de las finalidades de la consulta es "dilucidar los hechos del caso". Los Estados Unidos recuerdan que el Grupo Especial que estudió el asunto *Estados Unidos - Imposición de derechos antidumping a las importaciones de salmón del Atlántico, fresco y refrigerado, procedentes de Noruega* señaló que "si bien podía esperarse un grado máximo de precisión al plantear reclamaciones concretas en una solicitud de establecimiento de un grupo especial, no podía esperarse que la Parte solicitante definiera con el mismo grado de precisión sus reclamaciones concretas al pedir la celebración de consultas".³⁸

³⁶ Hecha en Viena, el 23 de mayo de 1969, 1155 U.N.T.S. 221; 8 *International Legal Materials* 679 (1969).

³⁷ *The Concise Oxford Dictionary*, octava edición, Clarendon Press, página 405.

³⁸ ADP/87, informe adoptado el 27 de abril de 1994, párrafo 334.

Si las prescripciones del párrafo 2 del artículo 4 sobre las pruebas se interpretan en el sentido de que el miembro reclamante tiene que saber todo sobre una subvención en el momento en que formule la solicitud de celebración de consultas, esa carga extrema hará que no puedan recurrir al artículo 3 más que los Miembros que dispongan de los mayores recursos para reunir información. Según los Estados Unidos, los redactores del acuerdo nunca pretendieron obtener ese resultado.

6.57 Los Estados Unidos argumentan que, incluso en lo que se refiere a la solicitud de establecimiento de un grupo especial, el Órgano de Apelación ha constatado que basta con enumerar "las disposiciones de los acuerdos concretos que se alega que han sido vulnerados, sin exponer argumentos detallados acerca de cuáles son los aspectos concretos de las medidas en cuestión en relación con las disposiciones concretas de esos acuerdos".³⁹ El Órgano de Apelación ha señalado también que "hay una importante diferencia entre las *alegaciones* identificadas en la solicitud de establecimiento de un grupo especial, que determinan el mandato del grupo especial de conformidad con el artículo 7 del ESD, y los *argumentos* que apoyan esas alegaciones, que se exponen y aclaran progresivamente en las primeras comunicaciones escritas, los escritos de réplica y la primera y segunda reuniones del grupo especial con las partes".⁴⁰ *A fortiori*, no puede haber ninguna prescripción que obligue a exponer "argumentos" jurídicos en la solicitud de celebración de consultas con la que se inicia el proceso de investigación y de solución de diferencias con arreglo a las disposiciones sobre solución de diferencias del Acuerdo sobre la OMC.

6.58 Los Estados Unidos afirman que el estudio de su solicitud de celebración de consultas, presentada en el documento WT/DS126/1, muestra que éste incluía una relación detallada de las pruebas disponibles que apoyaban la alegación de los Estados Unidos de que las subvenciones en cuestión contravenían del artículo 3 del Acuerdo SMC y que cumplía las prescripciones del párrafo 2 del artículo 4 del Acuerdo SMC. En la solicitud de celebración de consultas que figuraba en el documento WT/DS126/1 se decía expresamente lo siguiente:

"Los Estados Unidos basan esta solicitud de celebración de consultas en pruebas que indican que el préstamo de 25 millones de dólares australianos y las donaciones de hasta 30 millones de dólares australianos están *de facto* vinculados a las exportaciones o ingresos de exportación efectivos o previstos de Howe. En particular, estas pruebas indican que:

- las donaciones y el préstamo otorgan beneficios a Howe, una empresa con una historia financiera accidentada que en el pasado ha recibido del Gobierno de Australia subvenciones a la exportación de las que se ha valido para ampliar la exportación de sus productos;
- las donaciones y el préstamo se otorgaron para compensar a Howe por la decisión del Gobierno de Australia de excluir el cuero para automóviles de dos programas de subvenciones a la exportación *de jure*: el plan de créditos a la importación de textiles, prendas de vestir y calzado (TCF) y el plan de facilitación de las exportaciones para los productos del sector del automóvil (EFS);

³⁹ Informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos* ("Comunidades Europeas - Bananos"), WTO/DS27/AB/R, adoptado el 25 de septiembre de 1997, párrafo 141.

⁴⁰ *Ibid.*

- las donaciones y el préstamo tienen el mismo objeto y efecto que los programas TCF y EFS, es decir, permitir que Howe continúe ampliando la exportación de sus productos;
- la gran mayoría de las ventas de cuero de Howe son exportaciones, hecho que el Gobierno de Australia conocía bien cuando aceptó otorgar las donaciones y el préstamo a Howe;
- el mercado australiano no es capaz de absorber la producción actual de cuero para automóviles de Howe y, por consiguiente, no puede absorber un aumento significativo de esa producción, quedando las exportaciones como única vía por la que Howe puede utilizar su mayor capacidad de producción y satisfacer las exigentes prescripciones de producción a que están condicionados las donaciones y/o el préstamo;
- las donaciones y el préstamo otorgados a Howe, único exportador de cuero para automóviles de Australia, son diferentes de las demás subvenciones concedidas por el Gobierno de Australia y es muy posible que sean de carácter singular.

Estas pruebas comprenden numerosas declaraciones y representaciones formuladas por el Gobierno de Australia, Howe y compañías afiliadas y/o centrales de Howe que han aparecido en la prensa, publicaciones oficiales del Gobierno de Australia y comunicaciones de dicho Gobierno con el Gobierno de los Estados Unidos. Comprenden también estados financieros de Howe y sus compañías afiliadas y/o centrales; documentos relativos a los mercados del cuero para automóviles y de los automóviles en Australia; y otras informaciones y materiales pertinentes que se refieren a Howe, a los programas de subvenciones a la exportación del Gobierno de Australia y al mercado australiano para el cuero para automóviles y los automóviles, incluidas declaraciones de expertos sobre el cuero para automóviles y los automóviles y declaraciones de miembros de las industrias del cuero para automóviles y del automóvil."

6.59 Refiriéndose a la afirmación de Australia de que, dado el calendario acelerado que se ha seguido en esta diferencia, Australia se ha encontrado en una situación de desventaja porque no recibió las pruebas documentales específicas en que se basaban los Estados Unidos hasta el momento en que los Estados Unidos presentaron su primera comunicación, los Estados Unidos señalan, ante todo, que en este asunto las pruebas fueron ampliamente descritas en la solicitud de celebración de consultas. Esto permitió que Australia conociese con suficiente antelación los hechos y las pruebas en que se fundaban los Estados Unidos para creer que las subvenciones en cuestión infringían el artículo 3 del Acuerdo SMC. Por otra parte, la inmensa mayoría de los documentos presentados con la primera comunicación de los Estados Unidos, si no todos, estaban comprendidos en la descripción de las pruebas hechas en la solicitud de celebración de consultas, y los principales hechos en que se basaron los Estados Unidos en su primera comunicación eran paralelos a los hechos expuestos en la solicitud de celebración de consultas. Teniendo en cuenta la descripción de las pruebas y la exposición de los hechos incluidas en la solicitud de celebración de consultas, parece insincero que

Australia afirme que de algún modo se ha visto sorprendida por los hechos consignados y los argumentos aducidos en la primera comunicación de los Estados Unidos. De hecho, los Estados Unidos afirman que Australia conoce mejor que los Estados Unidos la naturaleza y el alcance de las subvenciones en cuestión, así como las declaraciones específicas hechas por su propio Gobierno, por los medios de comunicación social de Australia y por Howe sobre la finalidad de las subvenciones sustitutivas, la industria australiana del cuero para automóviles y la situación financiera de Howe en particular.

6.60 Los Estados Unidos señalan que Australia habría preferido que los Estados Unidos hubieran tenido que presentar su primera comunicación en el momento de la solicitud de establecimiento de un grupo especial, y añaden que Australia ha propuesto, en la revisión en curso del ESD, que se introduzca exactamente ese cambio en las normas. Ahora bien, actualmente las únicas normas existentes al respecto en el ESD y en el Acuerdo SMC son las prescripciones del párrafo 2 del artículo 4 del Acuerdo SMC y del párrafo 2 del artículo 4 y el párrafo 2 del artículo 6 del ESD, prescripciones que los Estados Unidos afirman que han cumplido en este asunto.

6.61 **Australia** reitera que, conforme al párrafo 2 del artículo 4 del Acuerdo SMC, el reclamante ha de presentar "una relación de las pruebas de que se disponga". Ésta es una de las condiciones que el reclamante ha de cumplir si quiere que se establezca un grupo especial de conformidad con el calendario acelerado del artículo 4 del Acuerdo SMC. Australia afirma que los Estados Unidos presentaron en el documento WT/DS126/1, como "relación de las pruebas de que se disponga", una lista de documentos no especificados. Ni siquiera aportaron citas de los documentos a los que estaban haciendo referencia, y mucho menos presentaron copias de esos documentos. Australia pregunta qué utilidad podía tener para ella esa relación a los efectos de evaluar las pruebas y los argumentos de los Estados Unidos.

6.62 Australia sostiene que el reclamante, en el momento en que presenta su solicitud con arreglo al párrafo 1 del artículo 4 del Acuerdo SMC, tiene plenas facultades de decisión. Tiene un control total de la documentación y de gran parte del calendario del proceso. Si sigue las normas, puede obtener resultados muy rápidamente. Ahora bien, tiene que atenerse a las normas. A juicio de Australia, hay algo esencialmente injusto y parcial cuando el reclamante puede seguir un procedimiento acelerado sin comunicar la información requerida por el párrafo 2 del artículo 4 del Acuerdo SMC. Si se permitiera seguir esa práctica, podría ocurrir que en el futuro el demandado tuviera que presentar su primera comunicación al Grupo Permanente de Expertos basándose en una declaración en la que el reclamante afirmase que tiene pruebas pero no especificase en detalle de qué pruebas se trata.

6.63 En respuesta a la declaración de los Estados Unidos sobre la comunicación de información y sobre el significado de la "relación de las pruebas de que se disponga", Australia dice que la cuestión aquí es que, con arreglo a los procedimientos acelerados establecidos en el Acuerdo SMC, el demandado tiene que saber de qué pruebas se dispone, a fin de preparar su argumentación. Esto es diferente de las prescripciones usuales del ESD. La contrapartida del procedimiento acelerado es que el reclamante ha de mostrar sus cartas en el momento en que solicita que se celebren consultas. La finalidad del procedimiento acelerado no es colocar en situación de desventaja al demandado, sino obtener resultados rápidamente. Según Australia, el párrafo 2 del artículo 4 del Acuerdo SMC es una garantía de que se proporcione la información necesaria para que el demandado pueda defenderse.

D. ADMISIBILIDAD DE LAS PRUEBAS

6.64 **Australia** afirma que, subsidiariamente, si el Grupo Especial no acepta su petición de que se resuelva inmediatamente que se debe poner fin a las actuaciones del Grupo Especial o que los Estados Unidos no han probado sus alegaciones, todavía queda por solucionar la cuestión, que afecta a todo el sistema, de cuáles son las pruebas que debe aceptar un grupo especial (o el Grupo Permanente de

Expertos). Si se considerase que una declaración que se hubiera hecho en la solicitud de celebración de consultas y que en el fondo equivaliera a poco más que decir "tenemos pruebas" es suficiente para cumplir las normas que sobre comunicación de información figuran en el artículo 4 del Acuerdo SMC, se vaciaría de contenido esa disposición. Esto podría llevar a legalizar un juego del ratón y el gato entre el demandante y el demandado, lo que modificaría considerablemente el equilibrio de derechos establecido en el Acuerdo SMC y, más aún, afectaría de forma sustancial al equilibrio de derechos establecido en el ESD. A juicio de Australia, la finalidad del procedimiento acelerado no es poner en situación de desventaja al demandado. Así pues, como norma aplicable a todo el sistema, los reclamantes tienen que seguir unas prescripciones claras en materia de comunicación de información.

6.65 En este contexto, Australia pide al Grupo Especial que resuelva que, al no haber cumplido los Estados Unidos las obligaciones que en materia de comunicación de información les impone el artículo 4 del Acuerdo SMC, las pruebas presentadas por los Estados Unidos que no fueron mencionadas en el documento WT/DS126/1 no deben ser admisibles en las actuaciones ante el Grupo Especial. Subsidiariamente, Australia pide al Grupo Especial que decida que se haga caso omiso, a los efectos de las actuaciones de este Grupo Especial, de al menos los hechos y argumentos que no se mencionaron explícitamente en el documento WT/DS126/1 pero de los que disponían los Estados Unidos en el momento en que solicitaron la celebración de consultas. En apoyo de su pretensión, Australia señala que el párrafo 2 del artículo 4 del Acuerdo SMC dispone que "En las solicitudes de celebración de consultas al amparo del párrafo 1 figurará una relación de las pruebas de que se disponga respecto de la existencia y la naturaleza de la subvención de que se trate".

6.66 Además, Australia alega que los Estados Unidos han hecho referencia a respuestas dadas en el contexto de las consultas solicitadas en el documento WT/DS106/1 e insta al Grupo Especial a que resuelva que cualesquiera hechos conocidos por los Estados Unidos como resultado de esas consultas, incluyendo la prueba documental N° 2, así como cualesquiera argumentos aducidos por los Estados Unidos basándose en esos hechos, son confidenciales, se limitan a ese proceso y no son admisibles ante este Grupo Especial. Según Australia, esto plantea una cuestión diferente que afecta a todo el sistema. Esto formaba parte del proceso de consultas que llevó al establecimiento de un Grupo Especial por el OSD el 22 de enero de 1998. Ese Grupo Especial no es el Grupo Especial que se ocupa de este proceso. Conforme al párrafo 6 del artículo 4 del ESD, tales consultas son confidenciales y se limitan al proceso del que se ocupa aquel Grupo Especial, por lo que es necesario que cualquier documentación proporcionada en ese contexto se trate como confidencial y se limite a las actuaciones de ese Grupo Especial. Como cuestión concerniente a todo el sistema, tales pruebas no deben admitirse ante este Grupo Especial sin el acuerdo de Australia (y no se celebraron consultas al respecto), puesto que se presentaron en un procedimiento distinto y confidencial. Como cuestión que afecta a todo el sistema, si los Miembros no pueden confiar en que se respetarán las disposiciones del ESD sobre la confidencialidad, se socavarán esos procedimientos.

6.67 Los **Estados Unidos** sostienen que han cumplido las prescripciones del párrafo 2 del artículo 4 del Acuerdo SMC, por lo que el Grupo Especial no tiene que considerar los argumentos de Australia. Si el Grupo Especial juzga necesario considerar esos argumentos, los Estados Unidos afirman que sería incompatible con el ESD y con el Acuerdo SMC limitar el examen del Grupo Especial a los hechos mencionados explícitamente en la solicitud de celebración de consultas. El artículo 11 del ESD dispone que todo grupo especial deberá "hacer una evaluación objetiva del asunto que se le haya sometido, que incluya una evaluación objetiva de los hechos, de la aplicabilidad de los acuerdos abarcados pertinentes y de la conformidad con éstos". La labor de "evaluación objetiva" encomendada al Grupo Especial por el artículo 11 es fundamentalmente incompatible con la decisión de excluir de su examen hechos que son de importancia para los efectos de la diferencia que se ha sometido a su consideración. Australia argumenta que se debe castigar una pretendida infracción del párrafo 2 del artículo 4, pero tal castigo es ajeno a la cuestión y excede de las facultades conferidas al Grupo Especial por el ESD. Si la solicitud de consultas formulada en el documento WT/DS126/1 no

responde a las normas del párrafo 2 del artículo 4 del Acuerdo SMC, la solución sería que se obligase a la parte reclamante a iniciar de nuevo las actuaciones.

6.68 Según Estados Unidos, ninguna disposición del ESD ni del Acuerdo SMC contiene una base jurídica para que el Grupo Especial prescinda de algunos hechos simplemente porque no se los mencionó explícitamente en la solicitud de celebración de consultas aunque se disponía de ellos en el momento de las consultas. El párrafo 2 del artículo 4 del Acuerdo SMC no dispone que se incluyan en la solicitud de celebración de consultas "todas" las pruebas de que se disponga, ni siquiera que se incluyan "*the' available evidence*", lo que implicaría que la relación debe ser exhaustiva. Simplemente requiere que la parte reclamante incluya "una relación de las pruebas de que se disponga". Además, Australia no indica cómo debe determinar el Grupo Especial si se disponía de las pruebas en el momento de las consultas. El hecho de que en el momento de las consultas existiera un documento o se pudiera comprobar un hecho no significa necesariamente que el reclamante dispusiera de las pruebas en ese momento. Se irrogaría un perjuicio indebido al demandante si este no pudiera seguir investigando y desarrollando los hechos después de haber solicitado que se celebrasen las consultas.

6.69 Los Estados Unidos afirman que el Grupo Especial debe rechazar los argumentos aducidos por Australia sobre la utilización, en las actuaciones del Grupo Especial, de información obtenida durante las consultas solicitadas en el documento WT/DS106/1. El párrafo 6 del artículo 4 del ESD dispone que "Las consultas serán confidenciales y no prejuzgarán los derechos de ningún Miembro en *otras* posibles diligencias" (las cursivas han sido añadidas por los Estados Unidos), sin hacer ninguna distinción según que las diligencias se realicen en el mismo asunto o en otros asuntos. No hay ninguna base para distinguir entre, por una parte, el trato dado en una fase ulterior de una diferencia a los hechos constatados como resultado de las consultas realizadas en esa misma diferencia y, por otra parte, el trato dado en una diferencia a los hechos constatados como resultado de las consultas realizadas en otra diferencia. De hecho, la referencia a "*otras [...] diligencias*" parece llevar a la conclusión de que un grupo especial, si excluye cualquier prueba, ha de empezar con las pruebas obtenidas en las fases anteriores de la *misma* diferencia. Sin embargo, los grupos especiales pueden basar sus conclusiones en la información y la documentación obtenidas en las consultas, y lo han hecho así en muchas ocasiones. Según los Estados Unidos el párrafo 6 del artículo 4 no puede interpretarse en el sentido de que prohíbe esa práctica generalizada y de que coarta la capacidad de los grupos especiales para determinar los hechos. El párrafo 3 del artículo 4 del Acuerdo SMC dispone que una de las finalidades de las consultas es "dilucidar los hechos del caso". Ahora bien, es inútil dilucidar los hechos si la parte reclamante no puede presentar al grupo especial los hechos dilucidados. La consecuencia lógica del argumento de Australia es que la parte reclamante debe estar obligada a exponer hechos erróneos al grupo especial, incluso si en las consultas se ha dilucidado la verdad.

6.70 Los Estados Unidos sostienen que, en el asunto *India - Patentes*, el Órgano de Apelación reconoció que en las actuaciones de los grupos especiales se invocaban de forma generalizada hechos mencionados en las consultas:

Todas las partes que intervengan en la solución de diferencias con arreglo al ESD deben exponer plenamente desde el principio las alegaciones que configuran la diferencia y los elementos de hecho relacionados con esas alegaciones. Las alegaciones deben exponerse claramente. Los elementos de hecho deben comunicarse con libertad. Así debe suceder en las consultas y en las reuniones más formales del procedimiento de los grupos especiales. De hecho, la exigencia de un proceso con todas las garantías que está implícita en el ESD hace que esto sea especialmente necesario durante las consultas. Porque las alegaciones que se formulan y los hechos que se establecen durante

las consultas configuran en gran medida el fondo y el ámbito del posterior procedimiento del grupo especial.⁴¹

6.71 Los Estados Unidos señalan que los grupos especiales también han utilizado información procedente de otras actuaciones como base para sus conclusiones, por ejemplo en el asunto *Argentina - Medidas que afectan a las importaciones de calzado, textiles, prendas de vestir y otros artículos*.⁴² Como se desprende de los argumentos expuestos en los párrafos 3.136 a 3.140, 3.153 y 3.164 y siguientes del informe de ese Grupo Especial, los Estados Unidos presentaron pruebas basadas en un documento entregado por la Argentina a la Comunidad Europea durante las consultas celebradas con la Comunidad Europea sobre un asunto conexo, pero distinto, consultas a las que los Estados Unidos habían asistido con arreglo al párrafo 11 del artículo 4 del ESD. Como se ve en los párrafos 6.48 a 6.50 del informe de ese Grupo Especial, el Grupo Especial se basó en esas pruebas y en esos argumentos como base para sus constataciones de hecho y sus constataciones jurídicas, y resolvió que "el hecho de que los datos fueron preparados por la Argentina con otro propósito no es pertinente".⁴³ El Órgano de Apelación constató posteriormente que "No podemos encontrar ningún error de derecho en las constataciones del Grupo Especial basadas en la prueba presentada por los Estados Unidos en relación con los cálculos de los promedios [...]"⁴⁴, es decir, en la prueba resultante de las consultas realizadas entre la Argentina y la Comunidad Europea.

6.72 A juicio de los Estados Unidos, el significado y la importancia reales del párrafo 6 del artículo 4 pueden verse en el informe del Grupo Especial que estudió el asunto *Estados Unidos - Restricciones aplicadas a las importaciones de ropa interior de algodón y fibras sintéticas o artificiales*⁴⁵ ("*Estados Unidos - Ropa interior*"). En esa diferencia, Costa Rica utilizó, en apoyo de ciertos argumentos aducidos ante el Grupo Especial, información sobre los ofrecimientos de solución hechos por los Estados Unidos. Los Estados Unidos recuerdan que ese Grupo Especial constató lo siguiente:

En nuestra opinión, el texto del párrafo 6 del artículo 4 del ESD establece claramente que, si no se alcanza una solución mutuamente convenida, los ofrecimientos formulados en el contexto de las consultas no tienen consecuencias jurídicas en las etapas ulteriores de la solución de la diferencia, en lo que se refiere a los derechos de las partes en dicha diferencia. En consecuencia, no basaremos nuestras conclusiones en esa información.⁴⁶

Los Estados Unidos argumentan que el párrafo 6 del artículo 4 del ESD no sirve de base para que los grupos especiales impongan sanciones ni excluyan pruebas fácticas que sean pertinentes. Simplemente dispone que los grupos especiales hagan caso omiso de los ofrecimientos de solución y no traten tales ofrecimientos como reconocimientos de culpabilidad.

⁴¹ WT/DS50/AB/R, informe adoptado el 16 de enero de 1998, párrafo 94.

⁴² WT/DS56/R, informe adoptado el 22 de abril de 1998.

⁴³ *Ibid.*, párrafo 6.51.

⁴⁴ WT/DS56/AB/R, informe adoptado el 22 de abril de 1998, párrafo 61.

⁴⁵ WT/DS24/R, informe adoptado el 25 de febrero de 1997.

⁴⁶ *Ibid.*, párrafo 7.27.

6.73 **Australia** repite que, conforme al párrafo 6 del artículo 4 del ESD, las consultas realizadas en el contexto del documento WT/DS106/1 son confidenciales y no redundan en detrimento de los derechos que correspondan a cualquier Miembro en futuras actuaciones. Como cuestión que afecta a todo sistema, los Estados Unidos, a juicio de Australia, no tienen derecho a utilizar esa información en el contexto de este Grupo Especial sin permiso de Australia. Evidentemente, si el Grupo Especial resuelve a favor de Australia en relación con cualquiera de sus demás solicitudes de decisiones preliminares, esta cuestión será redundante.

VII. PRINCIPALES ARGUMENTOS DE LAS PARTES

A. MEDIDAS

7.1 En opinión de **Australia**, una cuestión fundamental que se plantea todo grupo especial es la de determinar qué cuestiones tiene ante sí, a saber, reclamaciones y medidas. Australia afirma que en la documentación presentada por los Estados Unidos (WT/DS126/1 y WT/DS126/2) se reconoce que el Grupo Especial tiene ante sí más de una medida. El documento con la signatura WT/DS126/1 dice en su segundo párrafo sustantivo que: "*estas medidas* parecen ser contrarias a las obligaciones contraídas por el [Gobierno de Australia]" (itálicas añadidas por Australia). Análogamente, el documento con la signatura WT/DS126/2 afirma en su segundo párrafo sustantivo que: "*esas medidas* son incompatibles" (itálicas añadidas por Australia). Además, en ambos documentos, los Estados Unidos hacen referencia constantemente a "subvenciones". Por consiguiente, afirma Australia, existen varias medidas diferentes que el Grupo Especial deberá examinar. Además, el Grupo Especial deberá examinar esas medidas por separado en lo que respecta a su conformidad con el párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC.

7.2 Australia destaca que los Estados Unidos hacen referencia repetidamente en el documento WT/DS126/1 al término "donaciones" y a "las donaciones y el préstamo". Las únicas medidas mencionadas específicamente en el documento WT/DS126/1 son: "un préstamo de 25 millones de dólares australianos, efectuado en condiciones preferenciales y no comerciales, y además donaciones de hasta 30 millones de dólares australianos".⁴⁷ Los Estados Unidos continúan en la frase siguiente haciendo referencia a "*estas medidas* parecen incumplir [...]" (itálicas añadidas por Australia). En el tercer párrafo sustantivo del documento con la signatura WT/DS126/1, los Estados Unidos dicen que: "basan esta solicitud de celebración de consultas en pruebas que indican que el préstamo de 25 millones de dólares australianos y las donaciones de hasta 30 millones de dólares australianos [...]". En cinco de los seis apartados de este párrafo, los Estados Unidos hacen referencia a "las donaciones y el préstamo". En el cuarto párrafo sustantivo del documento con la signatura WT/DS126/1 se utiliza el término "estas pruebas". El alegato de Australia de que, a la luz del párrafo 2 del artículo 4 del Acuerdo SMC, puesto que el término "pruebas" únicamente es mencionado en relación con "préstamo y donaciones" y "las donaciones y el préstamo", esas son las únicas medidas abarcadas por las reclamaciones de los Estados Unidos.

7.3 Australia sostiene que el "préstamo" hace referencia claramente al préstamo estipulado en virtud del contrato de préstamo, por lo que queda por determinar lo que significa "las donaciones". En opinión de Australia, los Estados Unidos no han propuesto que el contrato de préstamo sea una medida objeto de litigio sino que lo que solicitó fue que se celebrasen consultas en cuanto a los pagos reales, a saber, "las donaciones". Hasta la fecha se han efectuado tres pagos. Dos se hicieron en 1997 y uno en julio de 1998, es decir, no sólo después de la petición de celebración de consultas sino también tras el establecimiento del Grupo Especial. Australia sostiene que el término "donaciones" únicamente puede significar los pagos efectivos, puesto que existe una distinción entre éstos y el contrato real de donación, y que dado que los Estados Unidos se han referido a esos pagos por separado, cada una de las donaciones que el Grupo Especial tiene ante sí constituye una medida

⁴⁷ WT/DS126/1, primera frase del segundo párrafo.

distinta. Queda así planteada la cuestión de qué pagos comprendidos en el contrato de donación tiene el Grupo Especial ante sí.

7.4 Australia afirma que el texto del segundo párrafo sustantivo del documento con la signature WT/DS126/1 dice lo siguiente: "el [Gobierno de Australia] ha concedido subvenciones a Howe que incluyen además donaciones de hasta 30 millones de dólares australianos". El segundo apartado del tercer párrafo sustantivo del documento con la signature WT/DS126/1 dice que: "las donaciones y el préstamo se otorgaron". Análogamente, el primer párrafo sustantivo del documento con la signature WT/DS126/2 dice: "el Gobierno de Australia ha otorgado subvenciones [...] [que] [...] incluyen donaciones [...]". Esas referencias únicamente pueden ser a pagos que ya han sido efectuados. Los únicos pagos comprendidos en el contrato de donación que habían sido efectuados para la fecha de esos documentos, y, desde luego, para la fecha del establecimiento del Grupo Especial, fueron los dos primeros pagos efectuados en 1997 (de 5 millones de dólares australianos y de 12,5 millones de dólares australianos). Por consiguiente, las únicas donaciones mencionadas por los Estados Unidos como medidas en su solicitud de celebración de consultas, y para el establecimiento de un Grupo Especial, fueron esos dos primeros pagos. Por consiguiente, éstos, junto con el préstamo, son las únicas medidas comprendidas en el mandato del Grupo Especial.

7.5 En opinión de Australia, las reclamaciones de los Estados Unidos son que cada uno de los distintos pagos comprendidos en el mandato del Grupo Especial pertenece al ámbito del párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC. Las reclamaciones de los Estados Unidos hacen referencia a cada uno de los pagos comprendidos en el contrato de donación que el Grupo Especial tiene ante sí como una de las diferentes medidas objeto de litigio. Ninguna otra explicación es conforme al texto y al sentido normal de los términos "donación" y "donaciones". Australia afirma que alternativamente, aun cuando el Grupo Especial decidiese considerar los pagos efectuados con posterioridad a la fecha del documento con la signature WT/DS126/1, o incluso del establecimiento del Grupo Especial, éste deberá considerar cada pago como una medida distinta.

7.6 De nuevo con carácter alternativo, independientemente de la opinión que el Grupo Especial adopte acerca de la cuestión de qué aspectos del contrato de donación tiene ante sí, Australia alega que los Estados Unidos han reconocido correctamente que el préstamo constituye una medida completamente distinta del contrato de donación o de los pagos efectuados con arreglo al contrato de donación. La documentación existente hace referencia constantemente a "medidas" y no a "medida" y la única interpretación coherente que puede hacerse es que el Grupo Especial deberá examinar cada una de las medidas por separado. El Gobierno australiano estableció dos contratos independientes, distintos, con la empresa, el contrato de préstamo y el contrato de donación. Se trata de dos instrumentos legalmente diferentes, sin conexión entre sí. Los Estados Unidos no han efectuado ninguna alegación en contrario. El alegato de Australia es que el Grupo Especial deberá evaluar en cuanto al fondo la condición de conformidad con el párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC de cada una de las medidas que tiene ante sí (es decir, el préstamo y los dos primeros pagos efectuados con arreglo al contrato de donación, o en caso de que el Grupo Especial decida que el contrato de donación es una medida de su incumbencia, entonces el contrato de préstamo y el contrato de donación serían medidas distintas). Únicamente a efectos de argumentación, aun cuando el Grupo Especial constataste que una de las medidas no es conforme con el párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC, podría constatar que las otras lo son.

7.7 Según Australia, los Estados Unidos reconocieron que el contrato de donación únicamente se concluyó para el período comprendido hasta el 2000. Desde luego, ello refuerza el argumento de los Estados Unidos de que el contrato de donación es una "sustitución" al haberse excluido el sector del cuero para automóviles del Programa de Créditos a la Importación y el Plan de Facilitación de las Exportaciones. Por otra parte, el préstamo se proporcionó para un período de 15 años independientemente de la duración de los arreglos de ayuda interna anterior o futura que pudieran introducirse subsiguientemente abarcando el cuero para automóviles.

7.8 Australia alega que las condiciones del contrato de préstamo y del contrato de donación son diferentes. Los Estados Unidos reconocen en su primera comunicación en particular que no existe ningún elemento condicional en el préstamo excepto la diligencia debida natural necesaria para asegurar que el Gobierno sea reembolsado. Además, Australia destaca que los dos contratos son independientes. Aun cuando la empresa haya recibido únicamente el primer pago de conformidad con el contrato de donación, el préstamo se habría mantenido. Así pues, independientemente de lo que ocurra con respecto a la producción, el préstamo continuará, en la medida en que la empresa cumpla las condiciones relativas a los intereses y al reembolso.

7.9 Según Australia, del párrafo 1 a) del artículo 3 y del artículo 4 del Acuerdo SMC se deduce claramente que el párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC hace referencia a subvenciones individuales y no a una agrupación de subvenciones. Al examinar si una subvención pertenece al ámbito del párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC, es necesario examinar cada subvención por separado, medida por medida. No se trata de considerar la cuestión de una agrupación de subvenciones, como puede ocurrir con el párrafo 1 a) del artículo 6 del Acuerdo SMC. Australia destaca que:

- a) la introducción del párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC hace referencia a: "las siguientes subvenciones";
- b) el pie de página 4 del Acuerdo SMC hace referencia a "la concesión de una subvención" y "el mero hecho de que una subvención sea otorgada";
- c) el pie de página 5 del Acuerdo SMC hace referencia a: "las medidas mencionadas en"; y
- d) el artículo 4 del Acuerdo SMC hace continuamente referencia a programas individuales de subvenciones, a saber: "una subvención prohibida" en los párrafos 1, 5 y 7; "la subvención" en los párrafos 2, 3, y 7; y "la medida en cuestión" en el párrafo 5.

7.10 Por consiguiente, en opinión de Australia, el Grupo Especial debe examinar la condición de cada medida de forma completamente separada a tenor del párrafo 1 a) del artículo 3 y del pie de página 4 del Acuerdo SMC. El hecho de que una empresa reciba más de una subvención no significa que la condición de una medida en lo que concierne al párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC tenga repercusión alguna para otras medidas. De nuevo, existen otras disposiciones en el Acuerdo SMC en cuya virtud un Miembro puede ampararse si considera que existe un efecto adverso como consecuencia de la suma de diversas subvenciones, por ejemplo la parte III y la V del Acuerdo SMC. No obstante, en este asunto específico se trata sólo del párrafo 1 a) del artículo 3 de la parte II del Acuerdo SMC. El texto no contiene ninguna disposición que sugiera, y los Estados Unidos no lo han argumentado, que la existencia de una medida que contravenga una obligación en virtud de la OMC determine automáticamente la condición en la OMC de cualquier otra medida que beneficie a la misma empresa. En particular, independientemente de las constataciones del Grupo Especial sobre los pagos efectuados con arreglo al contrato de donación (o al propio contrato de donación), los Estados Unidos no han efectuado ninguna alegación de que el préstamo de alguna forma dependa de los resultados alcanzados, y mucho menos de los resultados de las exportaciones.

7.11 Los **Estados Unidos** afirman que, en su petición de establecimiento de un grupo especial (WT/DS126/2), los Estados Unidos indicaron las medidas específicas objeto de litigio en este asunto: "un préstamo de 25 millones de dólares australianos en condiciones preferenciales y donaciones por valor de hasta 30 millones de dólares australianos". Existen dos contratos concluidos entre el Gobierno australiano y Howe: un contrato de préstamo y un contrato de donación. El término "donaciones" comprende cualquier desembolso posible hecho de conformidad con el último contrato.

Es por ello que la medida está expresada como "donaciones de hasta 30 millones de dólares australianos". De conformidad con los Estados Unidos, las medidas que han sido objeto de atención en este asunto se describen por consiguiente explícitamente en la solicitud de establecimiento de un grupo especial y Australia no puede alegar que no fue debidamente informada en este asunto de las reclamaciones.

7.12 Los Estados Unidos sostienen que, contrariamente a la asunción de Australia, el término "donaciones" no sirve para distinguir entre pagos efectivos y el contrato de donación. En su lugar, el término "donaciones" incluye todos los desembolsos posibles, pasados o futuros, y permite además distinguir si los fondos se otorgaron a Howe de conformidad con el contrato de préstamo o del contrato de donación. Ni en la solicitud de consultas o la solicitud de establecimiento de un grupo especial el término "donaciones" se limita a los pagos reales. En opinión de los Estados Unidos, carece de sentido asumir que los Estados Unidos iniciarían una reclamación de conformidad con el procedimiento de solución de diferencias basándose únicamente en pagos pasados efectuados en virtud de un contrato único e ignorasen todos los pagos futuros que pudieran efectuarse al amparo del mismo contrato.

7.13 Los Estados Unidos alegan que el Grupo Especial debería rechazar el argumento de Australia de que las únicas medidas que se han sometido al Grupo Especial son el préstamo en condiciones preferenciales de 25 millones de dólares australianos y los dos pagos efectuados de conformidad con el contrato de donación. Los Estados Unidos opinan que los argumentos de Australia no están avalados por ninguna interpretación razonable de la petición de establecimiento de un grupo especial. Las medidas objeto de litigio comprenden el contrato de préstamo y el contrato de donación. De conformidad con el párrafo 1 del artículo 7 del ESD, el mandato de este Grupo Especial es el de examinar "el asunto sometido al OSD en el documento con la signatura WT/DS126/2". De conformidad con el párrafo 2 del artículo 6 del ESD, en la petición de establecimiento de un grupo especial en este asunto (WT/DS126/2), los Estados Unidos indicaron las "medidas específicas objeto de litigio" de la forma siguiente: "dichas subvenciones incluyen la concesión a Howe por el Gobierno de Australia de donaciones por valor de hasta 30 millones de dólares australianos y un préstamo de 25 millones de dólares australianos en condiciones preferenciales y no comerciales". Los Estados Unidos recalcan que en la petición se afirma que las medidas incluyen 1) *la concesión* por el Gobierno de donaciones por valor de hasta 30 millones de dólares australianos; y 2) *un préstamo*. El sentido ordinario del término inglés "provision" (concesión) es "el hecho o la ocasión de conceder".⁴⁸ El hecho o la ocasión de conceder donaciones en este caso fue el contrato único de donación. Así pues, las medidas objeto de litigio en este asunto, como se expuso de forma explícita en la solicitud de establecimiento de un grupo especial, incluyen el contrato de préstamo y el contrato de donación. Los Estados Unidos recalcan que el contrato de donación comprende los compromisos del Gobierno de efectuar pagos y abarca cualquier pago posible realizado en virtud de ese contrato.

7.14 En lo que respecta al contrato de donación, **Australia** afirma que, de conformidad con el ESD, tiene derecho a ser informada por la parte reclamante sobre la medida precisa objeto de impugnación y la razón jurídica para que ésta sea considerada una subvención. Australia sostiene que de las preguntas formuladas por el Grupo Especial a los Estados Unidos parece desprenderse que el Grupo Especial no tiene una posición clara con respecto a la cuestión. Sería inapropiado que los Estados Unidos únicamente estén aclarando sin ambigüedades la cuestión en una fase posterior de las actuaciones del Grupo Especial.

7.15 En opinión de Australia, esta cuestión es relativamente poco importante en relación con las partes III y V del Acuerdo SMC, puesto que la cuestión de que se trata es la de determinar si existe una subvención o no y, en caso afirmativo, cómo calcularla. Ateniéndonos a la parte II del Acuerdo SMC, la cuestión puede tener una importancia más fundamental para el proceso. En este

⁴⁸ *The Concise Oxford Dictionary*, Clarendon Press, octava edición, página 962.

asunto, manifiesta Australia, la parte reclamante debe probar que la concesión de la subvención específica en cuestión está supeditada de hecho a los resultados de exportación. Los elementos de prueba pueden diferir en función de la medida objeto de litigio. Por ejemplo, los hechos y el argumento necesarios para demostrar esas pruebas en relación con el contrato de donación serían diferentes de los hechos y argumentos en lo que respecta al primer pago de 5 millones de dólares australianos.

7.16 En lo que concierne a la afirmación por los Estados Unidos de que "carece de sentido asumir que los Estados Unidos iniciarían una reclamación con arreglo al procedimiento de solución de diferencias únicamente sobre los pagos ya efectuados", Australia afirma que éste no es el caso. La cuestión es, más bien, determinar cuál era la medida o medidas que los Estados Unidos expusieron realmente en su documentación. A este respecto, Australia afirma que es interesante señalar que las reclamaciones y las medidas son las mismas para los grupos especiales tanto en el documento con la signatura WT/DS106 como en el WT/DS126. No obstante, los Estados Unidos admitieron que la solicitud de celebración de consultas contenida en el documento WT/DS106/1 no era adecuada con respecto al párrafo 2 del artículo 4 del Acuerdo SMC. En opinión de Australia, puesto que ese error en opinión de los Estados Unidos era suficiente para que éstos impulsasen el procedimiento actual del Grupo Especial, entraría dentro de lo posible asumir que pudieran existir otras lagunas en la documentación (a saber, aparte de la cuestión de divulgación de información de conformidad con el párrafo 2 del artículo 4 del Acuerdo SMC), incluyendo al menos el hecho de que los Estados Unidos tal vez no hayan solicitado lo que deseaban.

7.17 Australia no está de acuerdo con la referencia hecha por los Estados Unidos a la solicitud de establecimiento de un grupo especial contenida en el documento WT/DS126/2. Si bien la solicitud de establecimiento de un grupo especial puede limitar el ámbito del Grupo Especial, no es adecuado argumentar que la solicitud de establecimiento de un grupo especial pueda ampliar el ámbito del mandato. La solicitud original de celebración de consultas (en este caso, el documento con la signatura WT/DS126/1) limita ese ámbito. No puede establecerse un grupo especial con un ámbito mayor que el previsto de conformidad con la solicitud original para la celebración de consultas. En todo caso, al solicitar "el establecimiento de un grupo especial para examinar este asunto", el párrafo 4 del documento WT/DS126/2 está haciendo referencia a la cuestión abarcada por las consultas solicitadas en el documento WT/DS126/1 contenidas en el párrafo 3 del documento WT/DS126/2. Australia afirma que el hecho o la ocasión de conceder las donaciones es la concesión de los tramos con arreglo al contrato de donación.

7.18 Los **Estados Unidos** sostienen, alternativamente, que si el Grupo Especial constata que una de las medidas, a saber, el contrato de donación o el tercer pago con arreglo a éste, no se describe *explícitamente* en la solicitud de establecimiento de un grupo especial, surge la cuestión de determinar si esa medida es subsidiaria, o está estrechamente vinculada, con una medida indicada específicamente, en el sentido de que es razonable constatar que la parte demandada ha recibido aviso adecuado del ámbito de las reclamaciones hechas por la parte reclamante. Los Estados Unidos hacen referencia a la declaración siguiente del Grupo Especial en el asunto *Japón - Medidas que afectan a las películas y el papel fotográficos de consumo* ("Japón - Películas"):

Parece evidente que para que una "medida" no descrita expresamente en la solicitud esté comprendida en los términos del párrafo 2 del artículo 6 es imprescindible que dicha "medida" tenga una relación clara con otra descrita expresamente en la solicitud de forma que quepa decir que está "incluida" en la "medida" especificada.⁴⁹

⁴⁹ WT/DS44/R, adoptado el 31 de marzo de 1998, párrafo 10.8.

7.19 Según los Estados Unidos, en el caso que nos ocupa, no puede existir duda de que el contrato de donación por sí mismo y todos los pagos efectuados de conformidad con ese contrato son anexos a la medida descrita en la solicitud de establecimiento de un grupo especial o están tan estrechamente relacionados con la medida descrita en la solicitud de establecimiento de un grupo especial que Australia estaba suficientemente informada del hecho de que los Estados Unidos impugnaban el contrato de donación, comprendidos todos los pagos posibles efectuados en virtud de ese contrato. Es perfectamente evidente que el contrato de donación y los pagos efectivamente realizados en virtud de ese contrato tanto pasados como futuros en el momento de solicitud de establecimiento de un grupo especial son anexos o están estrechamente vinculados con la medida descrita como "la otorgación por el Gobierno de Australia a Howe de donaciones de hasta 30 millones de dólares australianos". Así pues, incluso si el Grupo Especial no comparte la tesis según la cual la solicitud de establecimiento de un grupo especial describe *explícitamente* las medidas como el contrato de préstamo y el contrato de donación, está claro que las medidas descritas "incluían" el propio contrato de donación y todos los pagos efectuados en virtud de ese contrato.

7.20 Los Estados Unidos señalan que Australia dedica mucho tiempo a argumentar que las medidas descritas en la solicitud de establecimiento de *consultas* limitan a los Estados Unidos a no impugnar más que los dos primeros pagos efectuados de conformidad con el contrato de donación. Dejando de lado el hecho de que la terminología utilizada en la solicitud de establecimiento de consultas no puede interpretarse razonablemente como que impone una tal limitación, es la *solicitud de establecimiento de un grupo especial*, y no la solicitud de celebración de consultas, lo que es pertinente para determinar el ámbito de las medidas que este Grupo Especial tiene ante sí.⁵⁰ La solicitud de establecimiento de un grupo especial indica específicamente que las medidas objeto de litigio en la presente diferencia incluyen el contrato de préstamo y el contrato de donación.

7.21 **Australia** está en desacuerdo con la interpretación hecha por los Estados Unidos de los párrafos 10.8 y 10.9 en el asunto *Japón - Películas*.⁵¹ La cuestión objeto de litigio en la presente diferencia no hace referencia a la inclusión de una medida anexa. En virtud del ESD, las reclamaciones deben ser especificadas, es preciso indicar las medidas específicas objeto de litigio, y debe existir una breve exposición del fundamento jurídico de la reclamación, que sea suficiente para exponer con claridad el problema. Este no ha sido el caso en la presente diferencia. Por último, corresponde al Grupo Especial decidir si la solicitud de los Estados Unidos, distribuida en el documento con la signatura WT/DS126/1, era suficiente para constituir la base que permitiese "remediar" las insuficiencias de sus alegaciones en comunicaciones subsiguientes.

7.22 Los **Estados Unidos** estiman que, en todo caso, contrariamente a la afirmación de Australia, el término "donaciones" tal como ha sido utilizado en la petición de celebración de consultas, no permite establecer una distinción entre los pagos efectivos y el contrato de donación. Desde luego, el *Concise Oxford Dictionary* señala que el término "grant" designa "el procedimiento de conceder o la cosa concedida".⁵² Así pues, la única interpretación razonable es que el término "donación" comprende el compromiso del gobierno de efectuar pagos y los propios pagos, lo que incluye todos los pagos posibles, tanto pasados como futuros. En ninguna parte de la solicitud de celebración de consultas, ni siquiera en la solicitud de establecimiento de un grupo especial, se limita el término "donaciones" a los pagos pasados.

⁵⁰ *Ibid.*, párrafo 10.9.

⁵¹ WT/DS44/R, adoptado el 31 de marzo de 1998.

⁵² *The Concise Oxford Dictionary*, Clarendon Press, octava edición.

7.23 En opinión de **Australia**, la "definición" dada por los Estados Unidos del término "grant", es decir, "el procedimiento de conceder o la cosa concedida" contiene otros significados. En el documento WT/DS126/1 los Estados Unidos hacen referencia a "donaciones de hasta 30 millones de dólares australianos" (y en el documento WT/DS126/2 a "donaciones de hasta 30 millones de dólares australianos"). El plural de "el procedimiento de conceder" es "los procedimientos que consisten en conceder". Así pues, basándose en el primer significado, los Estados Unidos aparentemente hablan de los "procedimientos que consisten en conceder donaciones de hasta 30 millones de dólares australianos". Cada uno de esos *procedimientos* debe de estar en relación con un pago efectivo, puesto que, de otro modo, por qué no decir "donaciones de hasta 30 millones de dólares australianos" si ese es el sentido atribuido por los Estados Unidos al término "donación". De ello se deduciría que el Grupo Especial debería examinar cada uno de los pagos por separado. Las mismas conclusiones se obtienen si se utiliza el segundo significado, a saber, "la cosa concedida". Así pues, "donaciones" se convierte en "las cosas donadas". Así pues, "donaciones de hasta 30 millones de dólares australianos" se convierten en "las cosas otorgadas de hasta 30 millones de dólares australianos".

7.24 Australia destaca que la identificación de lo que la parte reclamante considera que es la subvención es decisiva en lo que respecta al argumento de si la concesión de esa subvención cumple o no la norma "de hecho" del pie de página 4 del Acuerdo SMC. Se trata de un aspecto crucial de la cuestión de saber qué son las medidas que el Grupo Especial tiene ante sí y de la cuestión alegada de "la existencia y la índole de la subvención en cuestión". De conformidad con el párrafo 2 del artículo 4 del Acuerdo SMC, esas cuestiones se supone que deben ser indicadas en la solicitud de celebración de consultas presentada por la parte reclamante.

7.25 En lo que respecta al contrato de donación, Australia afirma que sigue sin estar claro si es el contrato de donación que constituye una subvención lo que es objeto de litigio o si son los pagos individuales efectuados en virtud del contrato de donación los que son impugnados. Este es un aspecto crucial para lo que los Estados Unidos deben probar.

7.26 En opinión de Australia, si es el contrato de donación, entonces la cuestión es determinar si la concesión del contrato de donación estuvo de hecho vinculada a las exportaciones o a los ingresos de exportación realizados o previstos. Desde luego, existe duplicación entre los dos casos, puesto que la forma en que las donaciones reales se efectúan contribuye a probar la índole del contrato de donación por sí mismo. Hace falta pues necesariamente examinar las bases de los pagos efectivos en virtud del contrato de donación para ver lo que ha sido acordado de hecho entre el Gobierno australiano y la empresa. La documentación existente confirma y permite concluir que los pagos no estaban vinculados a las exportaciones o a los ingresos de exportación realizados o previstos. Esto prueba a su vez que la concesión del contrato de donación no estaba en realidad vinculada a las exportaciones o a los ingresos de exportación realizados o previstos. El razonamiento de Australia es que, si por otra parte, son las donaciones individuales en virtud del contrato de donación las que plantean objeciones, la concesión de cada una de ellas deberá ser examinada por separado. En términos simples, el primer tramo estaba únicamente vinculado a la ejecución del contrato de donación, y a nada más. Dadas las bases del segundo y el tercer tramo, era evidente que no existía ningún vínculo con los resultados de exportación.

B. ÍNDOLE DE LAS PRUEBAS PRESENTADAS

7.27 **Australia** tiene serias inquietudes sistémicas en cuanto a la índole de las pruebas documentales presentadas por los Estados Unidos en las que se pone de evidencia que este país ha optado por utilizar comunicaciones intergubernamentales, sin celebrar consultas con Australia. No obstante, Australia reconoce que se trata de una cuestión sobre la que el Grupo Especial no tiene incumbencia, salvo cuando no se indique la procedencia por los Estados Unidos y la presentación

pueda inducir a error.⁵³ Por otra parte, es importante que el Grupo Especial examine la cuestión de saber qué valor debería atribuir a las informaciones proporcionadas por los medios de información y otras observaciones de partes privadas, comprendida la empresa, cuando se trata de evaluar las acciones y decisiones del Gobierno. Australia estima que el Grupo Especial no debería conceder más que una importancia limitada o nula a esas pruebas documentales, o al menos adoptar una gran cautela al evaluar su valor probatorio.

7.28 Como ejemplo de los riesgos del falseamiento de la documentación en cuanto a los hechos, Australia menciona un párrafo específico de las comunicaciones de los Estados Unidos al Grupo Especial.⁵⁴ En opinión de Australia, esas cifras no tienen pertinencia para la cuestión de la que se ocupa el Grupo Especial. No obstante, los Estados Unidos han preferido comparar situaciones que no eran comparables. Hasta el momento en que Howe fue comprada por ALH en 1994, la empresa producía también cuero para muebles. Como resultado de una reestructuración en el grupo de sociedades, Howe pasó a ocuparse únicamente de las actividades del grupo relacionadas con el cuero para automóviles. Con anterioridad a la reestructuración, Howe exportaba más de tres cuartas partes de su producción de cuero para automóviles. Dado el crecimiento registrado en el mercado mundial de cuero para automóviles tanto en Australia como en numerosos otros mercados importantes, no es sorprendente que la producción de Howe haya aumentado y que sus ventas en los mercados extranjeros también se hayan incrementado. Australia afirma que la información comercial confidencial que comunicó al Grupo Especial sobre las cifras de ventas de Howe durante el período comprendido entre 1995-96 y 1997-98 ponía de relieve que las exportaciones de cuero para automóviles habían representado una parte considerablemente menor de las ventas totales de Howe en ese período de lo que sugieren los medios de información y otros informes citados por los Estados Unidos.

7.29 Los **Estados Unidos** afirman que conviene señalar que si bien Australia cuestiona el valor probatorio de los artículos publicados por los medios de información, no ha refutado específicamente ninguna de la información que los Estados han obtenido de esos artículos.

7.30 Los Estados Unidos alegan que Australia no logra refutar ninguna de las pruebas en cuanto a los hechos presentadas por los Estados Unidos (tales como las exportaciones actuales o previstas o el reducido volumen del mercado australiano del cuero para automóviles) mediante hechos que disminuirían la credibilidad de esos elementos de prueba. En realidad, Australia ni siquiera niega su veracidad. En lugar de ello, Australia cuestiona el valor probatorio de basarse en información aparecida en la prensa y otros artículos de los medios de información. No obstante, resulta totalmente apropiado recurrir a esos artículos publicados por los medios de comunicación en ausencia de otra información contraria. De hecho, los elementos de prueba que tuvo ante sí el Grupo Especial en el asunto *Indonesia - Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil*⁵⁵ incluían

⁵³ Australia hace referencia a una prueba documental específica de los Estados Unidos. Véanse sus argumentos *infra*, párrafo 7.196.

⁵⁴ En este párrafo se afirma:

"Esas subvenciones permitieron a Howe modificar de forma drástica la estructura de sus ventas. A fines del decenio de 1980, las exportaciones constituían menos del 10 por ciento de sus ventas totales; en 1997 las exportaciones representaban el 90 por ciento de las ventas de Howe. Además, como se describe más detalladamente a continuación, el conjunto actual de subvenciones de sustitución previsto por el Gobierno australiano a favor de Howe tiene por finalidad subvencionar la modernización y la expansión de la capacidad de producción de la empresa, de forma que pueda competir más eficazmente en los mercados internacionales y proseguir su rápido crecimiento debido a las exportaciones."

⁵⁵ WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R, adoptado el 23 de julio de 1998, párrafo 4.107.

información de artículos aparecidos en la prensa. Si bien Australia alega que las declaraciones formuladas por funcionarios del Gobierno australiano aparecidas en la prensa deberían examinarse en su contexto político interior adecuado, no proporciona prueba alguna que refute las declaraciones citadas procedentes de comunicados y artículos de prensa.

7.31 Los Estados Unidos afirman que el Grupo Especial debería tomar nota de la variedad y la cantidad de fuentes a las que los Estados Unidos han recurrido en la presente diferencia. Los Estados Unidos no sólo han citado un artículo de prensa aislado; han presentado una serie de artículos de orígenes diversos, desde periódicos de reconocida reputación hasta revistas especializadas. Esos artículos tienen todos el mismo tema: que Australia proporcionó a Howe subvenciones de sustitución para apoyar sus esfuerzos de exportación. Además, la información obtenida en los artículos de los medios de información era conforme con otras fuentes presentadas, incluidos comunicados de prensa del Gobierno australiano.

7.32 **Australia** no admite la forma en que los Estados Unidos presentan su posición que Australia no haya formulado observaciones sobre cada uno de los artículos y otras pruebas documentales del mismo tipo no significa que admita las conclusiones a las que han llegado los Estados Unidos. En particular, Australia no acepta que esos informes de los medios de información, con citas específicas y observaciones de los periodistas, constituyan ninguna clase de elemento de prueba de las motivaciones de las decisiones adoptadas por el Gobierno australiano en materia de política comercial e industrial.

7.33 Australia parte de la base de que los informes de los medios de información constituyen citas exactas.⁵⁶ Pero todo lo que éstos representan son interpretaciones hechas por los medios de información. En Australia, como en la mayoría, sino todos, de los países, el hecho de ser competitivos a nivel internacional y de tener éxito en las exportaciones se considera como admirable. Las observaciones atribuidas a los ministros y a los funcionarios deben situarse en su contexto político interno adecuado, en el cual los términos no se utilizan con el mismo sentido y precisión que en el contexto de la OMC. Es un hecho común que las observaciones se centren en los logros alcanzados en lo que respecta a las ventas en los mercados extranjeros. Sin embargo, ello no equivale a decir que las disposiciones relativas a la rama de producción favorecen las exportaciones, o que en ese caso las observaciones constituyen elementos de prueba en el sentido de que la finalidad reconocida de las medidas en cuestión era favorecer las exportaciones o que esas medidas están de alguna forma vinculadas de hecho a los resultados de la exportación.

7.34 Australia indica que en los casos en que se citan declaraciones, éstas son necesariamente selectivas (como lo son con frecuencia los extractos presentados por los Estados Unidos) y han sido, sin lugar a dudas, presentadas en un contexto completamente diferente. El término omnipresente "antiguo alto funcionario" es citado con frecuencia en los medios de información sin justificación alguna (ni conocimiento efectivo). No sería apenas productivo, ni útil para el Grupo Especial, que Australia tratase de establecer contacto con los periodistas y las personas entrevistadas para que explicasen lo que pensaban en el momento y lo que creían que sus observaciones significarían en relación con la nota de pie de página 4 del Acuerdo SMC. Muchas de las personas entrevistadas presumiblemente estarían protegidas por el secreto profesional de los periodistas. Si las citadas pruebas documentales deben ser tomadas en consideración, será preciso hacerlo con gran precaución, puesto que por su índole éstas no representan las opiniones del Gobierno y difícilmente pertenecen al mundo de los hechos. La obligación del Grupo Especial dimanada del artículo 11 del ESD es la de "hacer una evaluación objetiva del asunto que se le haya sometido, que incluya una evaluación objetiva de los hechos [...]". En opinión de Australia, basarse en tales fuentes de alguna manera y obtener conclusiones en cuanto a los hechos no sería compatible con esta obligación.

⁵⁶ Si bien Australia hace referencia también a sus argumentos *infra*, párrafo 7.196.

7.35 Ante esa situación, Australia formula observaciones específicas concernientes a algunas de las pruebas documentales presentadas por los Estados Unidos. Por ejemplo, los Estados Unidos pretenden citar al Viceprimerministro australiano, Tim Fischer, afirmando: "merced a nuestros esfuerzos, nosotros [el Gobierno australiano] hemos asegurado que Howe Leather haya logrado proseguir sus actividades de exportación en el transcurso de los últimos 18 meses". Esta cita está tomada de un artículo de prensa aparecido el 29 de septiembre de 1997 incluido en las pruebas documentales de los Estados Unidos.⁵⁷ Conviene formular algunas observaciones. En primer lugar, las referencias a la "actividad de exportación" y "a los 18 meses últimos" hacen referencia al período que comienza antes del inicio del asunto referente al artículo 301 en los Estados Unidos y versan sobre el mantenimiento del derecho de Howe de vender a sus clientes de los Estados Unidos, mientras que es evidente que los reclamantes no querían que el mercado inicial de fabricantes de equipo de cuero para automóviles fuese puesto en tela de juicio por empresas no estadounidenses. Se trataba de mantener el acceso al principal mercado mundial de cuero para automóviles a pesar de la diferencia existente con los Estados Unidos, y no era pues una cuestión relativa a la subvención de las exportaciones. En segundo lugar, la pretendida cita afirmaba también que ello se hacía "respetando al mismo tiempo todas nuestras obligaciones en el marco de la OMC". En la cita contenida en el artículo se afirmaba también que las nuevas disposiciones "respetaban plenamente todos los elementos del acuerdo concluido con los Estados Unidos el año precedente". Si los Estados Unidos optan por aportar citas selectivas que representan de algún modo "elementos de prueba" del "objetivo reconocido" del Gobierno australiano, deberían elegir esas citas más cuidadosamente, puesto que leídas en su conjunto no dejan ninguna duda de que el Gobierno no tenía intención de introducir las disposiciones prohibidas de subvención de las exportaciones.

7.36 Los Estados Unidos destacan que el período de 18 meses mencionado por el Sr. Fischer, Ministro de Comercio, abarcaba el período de seis meses comprendido entre abril y septiembre de 1997. Este período era posterior a la entrada en vigor del conjunto de subvenciones de sustitución.

7.37 Análogamente, prosigue **Australia**, existe el comunicado de prensa del Ministro australiano de Industria, Ciencia y Turismo, John Moore, de 27 de diciembre de 1996⁵⁸ en el que el Sr. Moore dice que: "El conjunto de subvenciones permite salvar los puestos de trabajo de casi 500 empleados y asegurará que Howe and Co. pueda continuar invirtiendo y desarrollándose según lo previsto". Ello subraya una vez más que el objetivo central del Gobierno no era encontrar algún acuerdo de elusión con respecto a las subvenciones a la exportación, sino que tenía como objetivo la tarea interna mucho más inmediata de mantener los puestos de trabajo en las regiones desaventajadas, mediante medios compatibles con las normas de la OMC.

7.38 Con el mismo espíritu, prosigue Australia, Howe y su empresa principal no hicieron declaraciones públicas en el contexto del Acuerdo sobre la OMC. Todo parece indicar que cuando presentaron observaciones en los informes anuales, esas sociedades trataron simplemente de informar a sus accionistas de sus perspectivas comerciales, como lo exige la legislación nacional. No obstante, una vez más, ello no tiene incidencia en las cuestiones concernientes al pie de página 4 del Acuerdo SMC, ni sobre las cuestiones jurídicas tratadas en este asunto. Las opiniones de las empresas sobre las cuestiones de política comercial u otros aspectos de derecho conexos y que éstas consideran con frecuencia demasiado complejas no tienen pertinencia en lo que respecta a la compatibilidad, o la ausencia de compatibilidad, de las medidas gubernamentales.

⁵⁷ "Fischer promete oponerse a la impugnación comercial", The Australian, 29 de septiembre de 1997, prueba documental N° 45 de los Estados Unidos.

⁵⁸ "El Gobierno del Commonwealth salva los puestos de trabajo de Howe", comunicado de prensa, 27 de diciembre de 1996, prueba documental N° 2 de los Estados Unidos.

7.39 Como ejemplo final, Australia examina la cita en la que se indica que "el entonces Director Gerente de Howe indicó que se le había "asegurado" que Howe "recibiría una compensación en forma de otras disposiciones que ayudarían a proseguir la expansión de sus exportaciones".⁵⁹ Esta declaración debe situarse en su contexto. Se trata de una empresa que había resultado perjudicada por un asunto iniciado en virtud del artículo 301 en uno de sus principales mercados. El Director Gerente difícilmente podía asumir el riesgo de decepcionar a los posibles clientes. En el mundo real del mercado, el Director Gerente debía confirmar que la empresa tenía aún una gran actividad que desarrollar en el mercado de los Estados Unidos. El artículo implica que el autor de la declaración no conocía los detalles de los arreglos concluidos entre Australia y los Estados Unidos y era evidente que no conocía lo que serían las nuevas disposiciones. Desde luego, cómo habría podido saberlo dado que esas disposiciones no habían sido esbozadas, y mucho menos finalizadas, en esa fecha. El sentido del artículo es que el Director Gerente citado reconocía también la necesidad de que esa posible ayuda se hiciese "de conformidad con las normas de la OMC".⁶⁰ Estas no son observaciones formuladas por alguien que ha sido informado de la elaboración de un hábil sistema de elusión. Se trata más bien de una empresa a la que la Administración ha manifestado que no la abandonará aun cuando el cuero para automóviles fuese excluido de los dos programas de subvención. Esa sería la lectura simple que habría que hacer de este artículo. Como Australia ya ha manifestado, los artículos de prensa no son documentos que expongan la política del Gobierno y no siempre exponen exactamente los hechos, del mismo modo que tampoco reproducen exactamente las declaraciones de las personas citadas y el giro dado a una historia por su autor. No obstante, afirma Australia, el contexto íntegro de las citas pone claramente de relieve que la compatibilidad con las normas de la OMC era uno de los parámetros principales a los que debían responder todas las nuevas disposiciones adoptadas en materia de ayuda a la empresa.

C. ARTÍCULO 1 DEL ACUERDO SMC

1. "Contribución financiera"

7.40 Los **Estados Unidos** señalan que, antes de examinar si las medidas en cuestión constituyen subvenciones "supeditadas [...] *de facto* a los resultados de exportación" en el sentido del párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC, el Grupo Especial debe en primer lugar examinar si las medidas entran dentro del ámbito de la definición de la "subvención" de conformidad con el artículo 1 del Acuerdo SMC.

7.41 Los Estados Unidos alegan que las ayudas concedidas a Howe por el Gobierno australiano constituyen subvenciones en el sentido del artículo 1 del Acuerdo SMC. El Gobierno australiano transfirió directamente dos sumas importantes de dinero a Howe, una en forma de donación y la otra en forma de préstamo en condiciones preferenciales. Los Estados Unidos observan que el párrafo 1 a) 1) i) del artículo 1 del Acuerdo SMC dice expresamente que tanto las "donaciones" como los "préstamos" se consideran "contribuciones financieras" del Gobierno. Por consiguiente, según los Estados Unidos, el Gobierno australiano no puede refutar que la donación de 30 millones de dólares australianos y el préstamo en condiciones preferenciales de 25 millones de dólares australianos concedidos a Howe constituyen contribuciones financieras en el sentido del Acuerdo SMC.

⁵⁹ "Una empresa de Melbourne podría resultar perjudicada en una negociación estadounidense sobre subvenciones", *The Age*, 25 de noviembre de 1996, página 1, prueba documental N° 15 de los Estados Unidos.

⁶⁰ *Ibid.* Australia cita la frase siguiente: "Dijo que no veía por qué las empresas de los Estados Unidos deberían quejarse si se encontraban disposiciones de sustitución que respetasen las normas de la OMC."

7.42 **Australia** afirma que el préstamo es una subvención de conformidad con la parte I del Acuerdo SMC, sin perjuicio de cuestiones tales como el cálculo y su condición en lo que respecta a otras partes del Acuerdo SMC. Australia afirma también que los pagos efectuados en virtud del contrato de donación son subvenciones en el sentido del Acuerdo SMC. No obstante, Australia estima que los Estados Unidos no han demostrado que el contrato de donación sea una subvención aun cuando, debido al menos a las exigencias de un proceso ajustado a derecho, se habrían visto obligados a hacerlo en su primera comunicación por escrito al Grupo Especial. Australia recalca que suscribe la tesis de los Estados Unidos según la cual las "subvenciones" [...] se consideran como "contribuciones financieras" del Gobierno. No obstante, los Estados Unidos pasan después bruscamente a las "donaciones" que confieren un beneficio, lo que podría ser una referencia al contrato de donación, o podría ser también una referencia a cada una de las donaciones individuales mencionadas en el párrafo precedente. Aun si se asume, a fines de argumentación, que la referencia sea a una referencia al contrato de donación, los Estados Unidos no demostraron la índole de la "contribución financiera" como se requiere para definir una subvención.

7.43 Los **Estados Unidos** señalan la afirmación de Australia de que los Estados Unidos no han demostrado que el contrato de donación en sí mismo sea una subvención. Se trata de una distinción dudosa. El contrato de donación no es una medida distinta de los pagos efectuados en virtud de ese contrato. La medida de donación objeto de litigio en este caso es el compromiso del Gobierno australiano de efectuar pagos en virtud del contrato de donación a favor de Howe, compromiso que incorpora los propios desembolsos. Una promesa jurídicamente aplicable hecha por el Gobierno de proporcionar fondos constituye un activo sobre el cual Howe puede contar al establecer sus planes comerciales. Como tal, es una "contribución financiera" que confiere un "beneficio" en el sentido del artículo 1 del Acuerdo SMC.

7.44 Además, los Estados Unidos afirman que si una parte debe esperar hasta que se haga efectiva la subvención para impugnarla, esa prescripción tendría como efecto privar de todo significado las disciplinas previstas por el Acuerdo SMC en materia de subvenciones prohibidas.

2. "Beneficio"

7.45 Los **Estados Unidos** señalan que para ser considerada una "subvención" en el sentido del artículo 1 del Acuerdo SMC, la contribución financiera debe haber conferido un "beneficio". En lo que concierne a la donación, el beneficio es evidente: Howe ha recibido del Gobierno dinero que no necesita reembolsar. El Gobierno australiano ha proporcionado a Howe una fuente gratuita de capital que esta empresa puede utilizar para mejorar su productividad, disminuir sus gastos de mano de obra y de material, mejorar la calidad de su cuero para automóviles, bajar sus precios y, de forma general, mejorar su competitividad. Basándose en la distribución de los beneficios recibidos, los beneficios totales conferidos a Howe en 1998 ascendieron a 31.977.692,71 dólares australianos.⁶¹

7.46 Aunque los Estados Unidos señalan que un préstamo difiere obviamente de una donación en el sentido de que éste debe finalmente ser reembolsado con intereses, los Estados Unidos afirman que existen varios elementos que indican que el préstamo de 25 millones de dólares australianos en cuestión confirió asimismo un "beneficio" a Howe. Esos elementos son los siguientes:

⁶¹ Prueba documental N° 50 de los Estados Unidos. Véase *infra*, párrafo 7.55, donde está contenida esta prueba documental.

- a) La exoneración durante cinco años del pago del principal y los intereses confiere un "beneficio"

7.47 Los Estados Unidos afirman que, de conformidad con las condiciones del préstamo, Howe no está obligada a desembolsar el principal ni los intereses durante los cinco primeros años, y que el préstamo no devenga intereses durante ese período. Según los Estados Unidos, se trata de un beneficio considerable para Howe. En primer lugar, Howe efectúa economías importantes sobre los intereses que habría debido pagar si no existiese este período de exoneración. Si se toman como referencia los costes de los intereses que la sociedad principal de Howe debió satisfacer por sus préstamos comerciales, Howe ahorró aproximadamente 8,7 millones de dólares australianos durante el período de cinco años en concepto de pagos de intereses.⁶² Howe recibió también el beneficio adicional de poder invertir ese dinero. Por ejemplo, si Howe hubiese invertido el dinero en bonos del Estado a largo plazo emitidos por el Gobierno australiano (ejemplo moderado), o Howe hubiese ganado un total de 8,625 millones de dólares australianos durante el período de cinco años.⁶³ Por consiguiente, el beneficio total conferido a Howe mediante la exoneración de cinco años del pago del principal y los intereses tomando como base el tipo de interés del 6,89 por ciento de los bonos del Estado sería de 17,325 millones de dólares australianos.⁶⁴

- b) El préstamo proporcionaba a Howe condiciones de crédito más favorables que las que habría podido obtener en el mercado

7.48 Los Estados Unidos alegan que, además de proporcionar a Howe un préstamo que no devenga intereses durante cinco años, el Gobierno australiano también le otorgó condiciones de crédito más favorables que las que habría obtenido en el mercado. El préstamo otorgado a Howe se concedió a un tipo de interés preferencial que el prestatario no habría podido obtener más que, como mínimo, debido a su gran solvencia. No obstante, según los Estados Unidos, durante una parte considerable del decenio pasado, la situación financiera de Howe fue precaria. Durante el año fiscal que finalizó el 30 de junio de 1997, la sociedad principal de Howe, Australian Leather Upholstery Pty. Ltd., sufrió unas pérdidas estimadas en 6,9 millones de dólares australianos, atribuible a los malos resultados financieros de Howe.⁶⁵ La sociedad principal de Howe comunicó asimismo una pérdida de 2,6 millones de dólares australianos registrada en el año fiscal anterior, es decir, 1995-96.⁶⁶ Esas dificultades financieras se reflejan también en los comunicados públicos de Schaffer, la sociedad tenedora de la sociedad principal de Howe. En su informe anual de 1996, Schaffer informa que 1995-96 fue un "año difícil para el sector del cuero para automóviles" y que "los malos resultados

⁶² Prueba documental N° 51 de los Estados Unidos. Véase *infra*, párrafo 7.56, donde está contenida esta prueba documental.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ Australian Leather Holdings Limited, Financial Statements, 30 de junio de 1997, páginas 20-21, prueba documental N° 26 de los Estados Unidos. Según los Estados Unidos, el estado financiero revela que Howe es probablemente la empresa más importante del grupo Australia Leather Upholstery Pty. Ltd. Además de Howe, el grupo comprende Howe & Co. (SA) (Pty.) Ltd., en África del Sur, Howe de Mexico SA de CV en México, y ALH Staff Superannuation Pty. Ltd. *Ibid.*, página 20. Las notas a esta lista indicaban que ALH Staff Superannuation Pty. Ltd. corresponde a la definición de una pequeña sociedad de responsabilidad limitada en los términos enunciados en la Ley de Sociedades. *Ibid.* El estado financiero señala asimismo que las operaciones realizadas en África del Sur y en México prácticamente no tienen incidencia en las cuentas. *Ibid.*, página 32. Así pues, según los Estados Unidos, los resultados financieros de Australian Leather Upholstery Pty. Ltd. pueden razonablemente atribuirse a las operaciones de Howe en Australia.

⁶⁶ *Ibid.*, páginas 20-21.

(de Howe) en materia de fabricación han sido muy desalentadores, lo que ha dado lugar a "una cifra de negocios negativa análogamente importante".⁶⁷ Tales resultados no eran inhabituales para Howe: en el año fiscal de 1993, la empresa perdió 2,4 millones de dólares australianos⁶⁸ y en el año fiscal de 1989, perdió 3,7 millones de dólares australianos.⁶⁹

7.49 En opinión de los Estados Unidos, las dificultades financieras anteriores de Howe eran bien conocidas y ampliamente reconocidas. Por ejemplo, señalan los Estados Unidos, una información aparecida en la prensa en 1998 destacaba "la necesidad de modificar la gestión de Howe para mejorar la situación de la empresa y 'poner fin a los números rojos'".⁷⁰ Análogamente, otro artículo aparecido en la prensa recalcó que Howe "habría incurrido en pérdidas en 1997 sin la contribución importante que le habían aportado las transacciones sobre créditos a la importación".⁷¹ Desde luego, el Gobierno australiano ha reconocido públicamente que privar a Howe de la ayuda a la exportación podría haber debilitado considerablemente a esta empresa. Por ejemplo, el Ministro John Moore definió las subvenciones de sustitución como "el mínimo requerido (y confirmado por auditores independientes internacionales) para que Howe siga siendo viable".⁷²

7.50 En opinión de los Estados Unidos, esos estados financieros, artículos de prensa y comunicados gubernamentales confirman que, en la época en que se concedió el préstamo, Howe atravesaba graves dificultades financieras. Todo parece indicar que Howe no habría podido obtener de un prestamista comercial un préstamo a 15 años por una cuantía correspondiente aproximadamente a una cuarta parte de su cifra de negocio total, y desde luego no habría obtenido un préstamo de esas características en las condiciones que incluso los prestamistas financieramente estables considerarían favorables. Si en la situación entonces existente Howe había podido obtener un préstamo a 15 años, el prestamista probablemente habría exigido una garantía considerable y habría aplicado un tipo de interés más elevado que el concedido a las empresas que gozan de buena reputación de solvencia. Sin embargo, a pesar de la falta de rentabilidad de Howe, el Gobierno australiano no sólo le concedió un préstamo sino que lo hizo a tipos de interés preferenciales. La financiación a tipos reducidos parece evidente si se compara el tipo de interés solicitado a la sociedad tenedora de Howe por los préstamos no gubernamentales y el tipo que el Gobierno australiano aplicó a Howe en su nuevo conjunto de ayudas. Al 30 de junio de 1997, ALH declaraba un volumen global de préstamos de 31.373.000 dólares australianos y de 3.647.000 dólares australianos en concepto de intereses y otras cargas financieras.⁷³ Basándose en esta información, el tipo de interés satisfecho por la sociedad en concepto de sus préstamos era en la fecha del 11,62 por ciento. Sin embargo, el préstamo de 25 millones de dólares australianos concedidos a Howe estaba vinculado al tipo basado en los tipos de

⁶⁷ Schaffer Corporation, Annual Report 1996, páginas 2 y 3, prueba documental N° 34 de los Estados Unidos.

⁶⁸ Howe Leather, 1993 Annual Return, 29 de marzo de 1994, página 2, prueba documental N° 35 de los Estados Unidos.

⁶⁹ Howe Leather, 1990 Annual Return, 21 de mayo, de 1991, página 5, prueba documental N° 36 de los Estados Unidos.

⁷⁰ "Australia: Leather Company's Hide Wearing Thin", Australian, 2 de febrero de 1998, prueba documental N° 37 de los Estados Unidos.

⁷¹ "Las vacas sagradas piden el pellejo de Howe", The Weekend Australian, 20 a 21 de septiembre de 1997, página 52, prueba documental N° 22 de los Estados Unidos.

⁷² Prueba documental N° 18 de los Estados Unidos.

⁷³ Australian Leather Holdings Ltd, 30 de junio de 1997 Financial Statement, 5 de diciembre de 1997, páginas 7, 9, prueba documental N° 26 de los Estados Unidos.

las obligaciones del Estado a largo plazo, es decir, el 6,89 por ciento de promedio en 1997, año en que se concedió el préstamo.⁷⁴ Añadiendo 2 puntos porcentuales, como estaba previsto en las condiciones del préstamo, el tipo de interés aplicable a este préstamo sería únicamente del 8,89 por ciento, es decir, aproximadamente 3 puntos porcentuales inferior al tipo acordado a la empresa, basándose en sus préstamos de entonces. Esta diferencia se traduce en un ahorro sobre los intereses debidos, lo que claramente constituye un beneficio para Howe.

c) El préstamo no goza de una garantía adecuada

7.51 Los Estados Unidos alegan que una indicación final de la índole beneficiosa del préstamo de 25 millones de dólares australianos es el hecho de que no goce de una garantía adecuada. El préstamo parece que ha sido garantizado por un préstamo de segunda hipoteca sobre los activos y las actividades de la sociedad principal de Howe, ALH.⁷⁵ Sin embargo, los Estados Unidos alegan que una segunda hipoteca de esta índole sería inadecuada para un préstamo comercial de esta magnitud y duración. Por ejemplo, Morgan Brooks Pty. Ltd. de Australia exige "la inscripción de un préstamo de primera hipoteca sobre bienes inmuebles comerciales, industriales, minoristas o residenciales" para la concesión de sus préstamos hipotecarios comerciales. Sin embargo, en este caso, ni ALH ni Howe habrían podido proponer a un prestamista la constitución de un préstamo de primera hipoteca, porque los otros préstamos de ALH, a saber, su autorización de descubierto en cuenta, su cuenta de deudas comerciales y un préstamo bancario parecen haber sido gravados por una primera hipoteca constituida "sobre todos los activos y actividades" de ALH.⁷⁶ Por consiguiente, los Estados Unidos sostienen que el hecho de que el Gobierno de Australia no exigiese a Howe que proporcionase una garantía suficiente antes de concederle un préstamo de 25 millones de dólares australianos constituye de nuevo otro medio por el que el Gobierno australiano ha conferido un "beneficio" a Howe.

7.52 **Australia** sostiene que el préstamo es una subvención en el sentido de la parte I del Acuerdo SMC, sin perjuicio de cuestiones tales como su cálculo y su condición de conformidad con otras partes del Acuerdo SMC.⁷⁷ Australia afirma también que los pagos efectuados en virtud del contrato de donación son subvenciones en el sentido del Acuerdo SMC. Corresponde a los Estados Unidos, y no a Australia, probar que el contrato de donación es una subvención, y a Australia responder a ello. Los Estados Unidos no parecen haber efectuado esa demostración aun cuando, ajustándose a derecho, deberían haber sido invitados a hacerlo en su primera comunicación por escrito al Grupo Especial.

7.53 Si bien en opinión de Australia ello no es pertinente para la cuestión objeto de litigio, este país considera útil exponer su opinión sobre la observación de los Estados Unidos en cuanto a las dificultades financieras de Howe.⁷⁸ El valor probatorio de los hechos expuestos por los Estados Unidos es extremadamente refutable pero, en todo caso, no constituye una prueba. Existen numerosas sociedades que gozan de una gran reputación de solvencia que registran pérdidas a corto plazo e incluso a largo plazo. En el caso de Howe, para evaluar su solvencia sería necesario proceder a analizar la propia empresa Howe, su sociedad principal y sus órganos de control finales. Ello

⁷⁴ Prueba documental N° 53 de los Estados Unidos.

⁷⁵ Australian Leather Holdings Ltd, 30 de junio de 1997 Financial Statement, 5 de diciembre de 1997, página 24, prueba documental N° 26 de los Estados Unidos.

⁷⁶ *Ibid.*, página 23.

⁷⁷ Australia refutó las cuestiones de cálculo planteadas en esta sección. Véanse los argumentos de Australia *infra*, párrafos 7.57-7.59 y 7.62-7.72.

⁷⁸ *Supra*, párrafos 7.48-7.50.

implicaría una evaluación de la solvencia de todas esas entidades. Si los Estados Unidos estaban realmente inquietos en la fecha, cabe preguntarse por qué éstos insistieron en que el dinero procedente del contrato de donación se dedicase en gran partida a la inversión.

7.54 Los **Estados Unidos** observan que Australia confirmó que no refuta que el préstamo y la donación pertenezcan al ámbito de la definición de "subvención" contenida en el artículo 1. Australia admite también que el préstamo ha sido acordado en condiciones favorables. En lo que respecta a la afirmación de Australia según la cual los Estados Unidos no han probado que el contrato de donación por sí mismo constituya una subvención, los Estados Unidos afirman que la medida de donación objeto de litigio es el compromiso adoptado por el Gobierno australiano de proceder a pagos en virtud de la donación a favor de Howe, compromiso que incorpora los propios pagos. Una promesa jurídicamente aplicable hecha por el Gobierno de proporcionar fondos constituye un activo en el que Howe puede basarse para establecer sus planes comerciales. Como tal, se trata de una "contribución financiera" que confiere un "beneficio" en el sentido del artículo 1 del Acuerdo SMC.⁷⁹

3. Cálculo y asignación del "beneficio"

7.55 Como se señaló en los párrafos 7.45-7.51 *supra*, los **Estados Unidos** presentaron comunicaciones relativas al cálculo y asignación de los beneficios otorgados a Howe de conformidad con el contrato de donación y el contrato de préstamo. En lo que respecta al contrato de donación, los Estados Unidos hicieron referencia a su prueba documental N° 50. Con respecto al contrato de préstamo, los Estados Unidos hicieron referencia a su prueba documental N° 51. A continuación se hace una breve descripción de esas pruebas documentales. La prueba documental N° 50 de los Estados Unidos es un cuadro denominado "Asignación de beneficios en concepto de donaciones recibidas por Howe and Co. Pty. Ltd." Éste se compone de cuatro columnas principales. En el primero se enumeran los años comprendidos entre 1997 y 2010, basándose en una "vida útil estimada de los activos de Howe durante 13 años". El título de la segunda columna principal es "Donación de 17.500.000 dólares australianos otorgada en 1997". El título de la tercera columna principal es "Donación de 12.500.000 dólares australianos otorgada en 1998". La segunda y la tercera columna están subdivididas en dos subcolumnas: i) "Parte de la donación no amortizada"; y ii) "Intereses ahorrados en concepto de la parte no amortizada". En opinión de los Estados Unidos, este último capítulo se "calcula multiplicando el volumen no amortizado de donación durante un año determinado por el 11,6 por ciento, lo que representa el tipo de interés que Howe habría pagado para financiar la inversión en capital si no hubiese existido la donación. El tipo de interés se obtuvo de la información contenida en el balance financiero de 1997 de Australian Leather Holdings, Ltd. (ALH), la sociedad principal de Howe. Según el estado financiero, los préstamos consolidados de ALH (31.373.000 dólares australianos) divididos por los intereses consolidados y otras cargas financieras (3.647.000 dólares australianos) arrojan un tipo de interés del 11,6 por ciento en concepto de préstamos en 1997". La cuarta columna del cuadro se denomina "Donaciones totales otorgadas". En opinión de los Estados Unidos, "los beneficios totales equivalen a la parte total no amortizada de la donación más los intereses totales ahorrados con cargo a la parte no amortizada en un año determinado (es decir, en 1999, los beneficios equivalen a 26.346.154 dólares australianos + 3.056.154 dólares australianos, a saber, 29.402.308 dólares australianos)".

7.56 La prueba documental N° 51 de los Estados Unidos es un cuadro denominado "Beneficios para Howe basados en el reembolso de un préstamo de 25 millones de dólares tras cinco años". Éste tiene cuatro columnas. La primera columna enumera los años 1998-2002. La segunda columna se titula "Intereses ahorrados". Según los Estados Unidos, se trata de "los intereses ahorrados debido a un período de cinco años sin intereses". El beneficio se calcula como ahorro de intereses en el principal restante (principal pendiente x 11,6 por ciento). El tipo de interés se obtuvo de la información contenida en el estado financiero de 1997 de Australian Leather Holdings, Ltd. (ALH), la

⁷⁹ Véanse también los argumentos de los Estados Unidos, *supra*, párrafos 7.43-7.44.

sociedad principal de Howe. Según el estado financiero, "los préstamos consolidados de ALH (31.373.000 dólares australianos) divididos por los intereses consolidados y otras cargas financieras (3.647.000 dólares australianos) arroja un tipo de interés del 11,6 por ciento en concepto de préstamos en 1997". La tercera columna del cuadro se denomina "Intereses ahorrados". Los Estados Unidos explican que se trata de "los intereses ahorrados en los 25 millones de dólares australianos. Los intereses anuales equivalen a 25 millones de dólares australianos x 6,9 por ciento (tasa media anual de las obligaciones del Estado en el año 1997)". El título de la cuarta columna es "Total", y se enumeran los totales de las columnas 2 y 3 para los años 1997-2002. Posteriormente se suman todos esos totales, lo que da lugar a una suma de 17.325.000 dólares australianos.

7.57 **Australia** señala que, con respecto al beneficio otorgado por el préstamo⁸⁰; los Estados Unidos parten de algunos supuestos prematuros sobre la forma en que podría calcularse una subvención en el contexto de la parte II del Acuerdo SMC, en lo que respecta al beneficio para el receptor y la asignación a lo largo del tiempo.⁸¹ Según Australia, la cuestión del cálculo y la asignación de las medidas no es una cuestión sometida al Grupo Especial (es decir, además de la cuestión de saber si cada una de las medidas de las que se ocupa el Grupo Especial constituye una subvención). Por consiguiente, el Grupo Especial no debería formular ninguna constatación ni sugerencia en cuanto a las cuestiones de cálculo y de asignación.

7.58 Si bien Australia sostiene que las cuestiones de cálculo no son pertinentes para el Grupo Especial, no obstante afirma que los Estados Unidos han exagerado enormemente en cuanto al ámbito de la subvención proporcionada por el préstamo, incluidos los beneficios durante los cinco primeros años. No se trata aquí de una cuestión relativa al método de cálculo de los derechos compensatorios seguido por los Estados Unidos. Por ejemplo los Estados Unidos⁸² utilizan para determinar el nivel de la subvención como consecuencia de un préstamo un método (que éstos describen como ejemplo prudente) en el que se asume que los fondos se invierten en obligaciones del Estado. Evidentemente, en ese caso, el beneficio para la empresa sería únicamente el rendimiento de las obligaciones.⁸³ Ninguna empresa tomaría dinero a préstamo a un tipo de interés elevado para invertir a un tipo más bajo. Desde una perspectiva económica, carece de sentido añadir la segunda y la tercera columna del cuadro que figura en la prueba documental N° 51 de los Estados Unidos para calcular el nivel de la subvención, puesto que ello equivaldría a un cómputo doble.

7.59 En lo que respecta al cálculo efectivo de los beneficios dimanados del contrato de donación, como en el caso del préstamo, no se trata de una cuestión sobre el método empleado por los Estados Unidos para calcular los derechos compensatorios. No existe prácticamente ninguna jurisdicción que, en un escenario de asignación, añadiría la parte total no amortizada a los intereses economizados y llamaría a ese total el beneficio anual. Este método conduce a un cálculo de beneficios a partir de los pagos máximos potenciales de 30 millones de dólares australianos durante los ejercicios 1996-97 y 1998-99 (de julio a junio) a estimar los beneficios en 31.977.692 dólares australianos únicamente para el año 1998. La suma de los beneficios anuales calculados derivados de los pagos no amortizados, con exclusión de los pagos de intereses asciende a 210 millones de dólares australianos

⁸⁰ Véanse los argumentos de los Estados Unidos, *supra*, párrafos 7.45-7.51.

⁸¹ Australia hace referencia a *supra*, párrafos 7.46-7.51 y a la prueba documental N° 51 de los Estados Unidos, descrita *supra*, párrafo 7.56.

⁸² Australia hace referencia al argumento de los Estados Unidos expuesto *supra* en el párrafo 7.47, y a la prueba documental N° 51 de los Estados Unidos, descrita *supra* en el párrafo 7.56.

⁸³ Australia hace referencia a la tercera columna del cuadro que figura en la prueba documental N° 51 de los Estados Unidos. Australia afirma que únicamente a fines de observación de ese cálculo acepta la utilización de un tipo de interés nulo en lugar del tipo preferencial del 2 por ciento pagado durante los 10 últimos años del préstamo.

en el cuadro expuesto en la prueba documental N° 50 de los Estados Unidos. Esa cifra es siete veces más elevada que el capital máximo de 30 millones de dólares australianos.

7.60 Los **Estados Unidos** señalan que el Gobierno australiano estima que los cálculos "exageran manifiestamente" y evalúan erróneamente el volumen del beneficio proporcionado. Australia ha interpretado erróneamente los cálculos de los Estados Unidos relativos a los beneficios conferidos por la donación y el préstamo. En lo que respecta a la donación, el Gobierno australiano sugiere que los Estados Unidos afirman que el beneficio total otorgado por la donación de 30 millones de dólares australianos es de 210 millones de dólares australianos. Esto no es correcto. El "valor" total del beneficio para Howe en 1998 era de 31.977.692 dólares australianos. No obstante, no está previsto que esos beneficios sean acumulativos. Los Estados Unidos no han pretendido que haga falta sumar los beneficios anuales correspondientes a cada año para llegar a un "beneficio total" como sugiere el Gobierno australiano. Esos cálculos representan más bien el "valor" del beneficio *en cada año específico*. Como se indica en el cuadro de la prueba documental N° 50 de los Estados Unidos, el valor del beneficio disminuye progresivamente con el tiempo.

7.61 En lo que respecta a la afirmación de Australia de que el beneficio conferido por el préstamo ha sido calculado erróneamente, los Estados Unidos afirman que, una vez más Australia no ha interpretado debidamente los cálculos relativos al beneficio. Esos cálculos reflejan el hecho de que Howe recibió un beneficio doble cuando obtuvo un préstamo en condiciones preferenciales con una exoneración de intereses durante cinco años. En primer lugar, la segunda columna de la prueba documental N° 51 de los Estados Unidos representa el interés que Howe habría debido satisfacer si hubiese obtenido en el mercado un préstamo de 25 millones de dólares australianos para financiar sus gastos de equipo. Puesto que Howe no tuvo que pagar ningún interés durante cinco años, obtuvo obviamente un beneficio de este período de exoneración de cinco años. El tipo de interés más elevado utilizado en esa columna refleja el tipo al que Howe habría debido tomar en préstamo fondos habida cuenta de la situación financiera de la empresa. El Gobierno australiano no ha presentado ningún elemento de prueba que permita pensar que Howe habría podido tomar a préstamo a un tipo de interés más bajo. De hecho, el tipo de interés al que habría realmente debido tomar a préstamo habría podido ser mucho más elevado, a la luz de sus dificultades financieras. La tercera columna refleja los intereses que Howe habría podido acumular sobre 25 millones de dólares australianos si hubiese invertido ese dinero. Si, como Australia deja entender, la inversión de Howe ha proporcionado un rendimiento más elevado que los tipos de las obligaciones del Estado, el beneficio para la empresa ha sido aún más importante. En otras palabras, en función de los tipos de las obligaciones del Estado, los Estados Unidos han efectuado una estimación prudente de los beneficios obtenidos por Howe. La combinación de esas columnas no "cuenta doblemente" el mismo beneficio, porque de hecho Howe ha recibido un doble beneficio. En primer lugar, contrariamente a lo que habría sido el caso con cualquier préstamo comercial, Howe no tuvo que desembolsar ningún interés durante los cinco primeros años, como habría sido el caso si hubiese tomado a préstamo dinero a los tipos de interés que rigen en el mercado. De esa forma, la empresa se beneficia de un período de cinco años durante el cual el préstamo no devenga interés alguno. Este beneficio figura en la segunda columna. Además, Howe recibió fondos para su utilización, y se benefició de esta forma de un beneficio por el hecho de haber recibido esos fondos. El beneficio correspondiente al hecho de haber tenido acceso a esos fondos aparece en la tercera columna. Así pues, los Estados Unidos sumaron adecuadamente esos dos beneficios a fin de evaluar plenamente el beneficio derivado del préstamo durante los cinco años de su duración.

7.62 **Australia** continúa estando en desacuerdo con los cálculos hechos por los Estados Unidos en las pruebas documentales N°s 50 y 51 incluso en lo que concierne a los derechos compensatorios y otros fines. Los Estados Unidos evidentemente interpretaron erróneamente los aspectos destacados por Australia. El hecho de que Australia formule esas observaciones no implica que Australia acepte aspecto alguno del enfoque de los Estados Unidos en lo que concierne a los contratos de donación o de préstamo.

7.63 En lo que concierne al contrato de donación, Australia observa que los Estados Unidos confirman que la última columna de la prueba documental N° 50 se supone que refleja el beneficio computado cada año de los pagos totales posibles efectuados de conformidad con el contrato de donación. No está claro lo que quieren decir los Estados Unidos cuando afirman que "esos beneficios no pretenden ser acumulativos". Los beneficios derivados de la asignación de subvenciones deben ser de alguna forma acumulativos, con sujeción a las consideraciones actuales sobre el valor, puesto que de otro modo el concepto carece de sentido. Australia alega que las cifras de 19.530.000 dólares australianos y 31.977.692 dólares australianos en concepto de beneficios en 1997 y 1998, respectivamente, exceden con creces los pagos totales potenciales. Sin embargo, Australia no está de acuerdo con la implicación de las dos primeras columnas de que los pagos potenciales se han gastado totalmente en los períodos para los cuales los habría recibido.

7.64 En lo que respecta al contrato de préstamo, Australia afirma que la noción de beneficio se basa en la idea de que las empresas toman dinero a préstamo para hacer algo con éste. El beneficio a efectos de percepción de derechos compensatorios de un préstamo concedido por el Gobierno está en función de la diferencia entre lo que el Gobierno hace pagar y el tipo comercial comparable (en otros términos, el coste del préstamo incurrido por el Gobierno, a fines del cálculo del costo para el gobierno). El beneficio de la subvención no tiene nada que ver con la utilización que la empresa haga del dinero, en la medida en que ésta sea libre para hacer con éste lo que quiera. Una empresa que toma a préstamo en el mercado tiene exactamente la misma capacidad que una empresa que se beneficie de un préstamo del Gobierno para utilizar los fondos tomados a préstamos para generar beneficios.

7.65 Australia considera que los cálculos que figuran en las pruebas documentales N°s 50 y 51 de los Estados Unidos y los argumentos conexos, si bien no son pertinentes para el caso actual, eran erróneos. Según Australia, los Estados Unidos no han refutado este hecho. Tampoco han explicado la diferencia entre su enfoque con respecto a la asignación de las donaciones con el tiempo y su reclamación de que éstas están vinculadas a los resultados de exportación. El período específico del contrato de donación es hasta mediados del 2000, no después. Los pagos efectuados de conformidad con el contrato de donación se basaban en informes correspondientes al período comprendido hasta mediados de 1998. Si estuviesen vinculados a los resultados de exportación, se habrían extinguido después del período correspondiente a esas exportaciones. La otra posibilidad es que, siguiendo la lógica de los argumentos expuestos por los Estados Unidos en cuanto a las medidas de sustitución, las subvenciones deberían asignarse durante todo el período para aquellos programas a los que se supone que sustituyen, es decir, hasta mediados del año 2000 o, como fecha máxima, a finales del 2000. Si bien la cuestión no tiene nada que ver con el asunto que nos ocupa, el argumento de una asignación repartida en largos períodos en función de las inversiones subraya el hecho de que los Estados Unidos no ven en realidad ninguna vinculación entre las medidas y los resultados de exportación.

7.66 Australia afirma, además, que la posición de los Estados Unidos en lo que concierne a las cuestiones de cálculo y de asignación está intrínsecamente en contradicción con determinados aspectos de su argumento sobre la cuestión de la "supeditadas [...] *de facto*" de conformidad con el párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC. En el caso del préstamo, los Estados Unidos examinan en primer lugar el valor del préstamo durante el período comprendido hasta el año 2002 y también el resto del período del préstamo cuando hacen referencia a condiciones de crédito más favorables.⁸⁴ Los Estados Unidos han alegado que la medida constituye una sustitución de los programas cuya validez iba hasta el año 2000 (el 30 de junio del 2000 en el caso del Programa de Créditos a la Importación y el 31 de diciembre del 2000 para el Plan de Facilitación de las Exportaciones) y que ello vicia de alguna forma las medidas de sustitución. Éstos defienden en este caso los supuestos

⁸⁴ Australia hace referencia a *supra*, párrafo 7.47 y a la prueba documental N° 51 de los Estados Unidos, descrita *supra*, párrafo 7.56.

beneficios que esta medida proporcionaría a la empresa durante un período de 15 años, incluso con el período de 5 años ampliándose más allá del año 2000. Una subvención a la exportación debe estar vinculada, relacionada de alguna manera ("*de jure* o *de facto*") a las exportaciones. Las exportaciones, a su vez, deben producirse, o deberan producirse, durante un cierto período determinado para que la disciplina tenga sentido. Australia destaca que los Estados Unidos no han presentado ningún hecho que demuestre que el préstamo debería ser considerado como comprendido en el ámbito del párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC. Su argumento parece estar basado exclusivamente en una asociación entre el contrato de préstamo y el contrato de donación.

7.67 Australia señala también que los Estados Unidos han asignado pagos de conformidad con el contrato de donación a lo largo del período comprendido hasta el año 2009 para los dos primeros pagos (es decir las medidas que el Grupo Especial tiene ante sí) y hasta el año 2010 para los pagos potenciales totales en 1998-99.⁸⁵ Como en el caso del préstamo, ello da lugar a discordancias en los argumentos de los Estados Unidos. Los hechos presentados por los Estados Unidos prueban que los objetivos en materia de resultados, inversiones y ventas se limitan a los períodos comprendidos hasta el 2000, es decir que el contrato de donación no cubre más que el período comprendido hasta el año 2000. Desde luego, los argumentos de los Estados Unidos concernientes a las relaciones entre el contrato de donación, y el Programa de Créditos a la Importación y el Plan de Facilitación de las Importaciones corresponden al mismo período en el que la empresa habría obtenido beneficios de conformidad con esos planes, es decir, mediados del año 2000 y fin del 2000, respectivamente. Sin embargo, la prueba documental N° 50 de los Estados Unidos tiene por finalidad asignar los dos primeros pagos y el pago potencial residual sobre un período de inversiones de 13 años que llega hasta el 2010. Los Estados Unidos no han formulado siquiera una alegación, ni mucho menos presentado ningún hecho, de que el Gobierno australiano haya establecido un vínculo cualquiera con una forma cualquiera de resultado tras el 30 de junio del 2000. Al asignar la totalidad de los 30 millones de dólares australianos durante un período de inversión, los Estados Unidos parece que quieren sostener que ninguna de las sumas desembolsadas debería atribuirse a las ventas. Sobre esa base, puede presumirse que no debería concederse ninguna importancia a ninguno de sus argumentos relativos a los vínculos existentes entre pagos y prescripciones en materia de ventas.

7.68 Australia sostiene que los Estados Unidos tratan de ganar por partida doble al proceder a una asignación en el tiempo como si se tratase de derechos compensatorios o tal vez de prever las subvenciones a la inversión a efectos del párrafo 1 a) del artículo 6 del Acuerdo SMC. Independientemente de las relaciones existentes entre el segundo y el tercer pago efectuados a título de la donación, de una parte, y la cifra de ventas, por otra, esas ventas básicamente habrían sido efectuadas. El alegato de los Estados Unidos es que el contrato de donación constituye una sustitución del Programa de Créditos a la Importación y del Plan de Facilitación de las Exportaciones, para el resto de su período de validez, pero que esos dos programas finalizan en el año 2000, no en el 2010. De conformidad con Australia, la verdad es que los Estados Unidos hacen hincapié en un asunto de grave perjuicio, y no en un asunto de conformidad con el párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC.

7.69 Australia sostiene que la condición de supeditación "*de facto*" contenida en el párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC tiene por finalidad ocuparse de los asuntos de elusión en aquellos casos en que un gobierno proporciona fondos supeditados a los resultados de exportación, pero lo hace de una forma distinta que a través de legislación o por un contrato legal. Esa condición no desempeña el cometido de un criterio sobre los efectos comerciales, que debería ser evaluado caso por caso. Los Estados Unidos no han probado ni alegado que el contrato implique una elusión sino que se apoyan en criterios y argumentos económicos.

⁸⁵ Australia hace referencia a *supra*, párrafo 7.45, y a la prueba documental N° 50 de los Estados Unidos, descrita *supra*, en el párrafo 7.55.

7.70 Australia afirma que iniciar trabajos en virtud del Anexo IV del Acuerdo SMC para precisar las cuestiones de cálculo en virtud del párrafo 1 a) del artículo 6 del Acuerdo SMC supone una fusión de las culturas propias de los recursos multilaterales y de los derechos compensatorios. Ciertos aspectos de esta cuestión plantean dificultades para un determinado número de Miembros. No obstante, independientemente de los méritos de esos trabajos sobre la asignación, no hay nada en el párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC que permita una tal asignación en el tiempo a los efectos de esta norma. El párrafo 1 a) del artículo 3 trata de exportaciones efectivas. Si un Miembro concedió subvenciones a la exportación, cabe suponer, a título de ejemplo, que éstas fuesen subvenciones a la exportación concedidas como tales y subordinadas jurídicamente a la exportación de 100 objetos. La medida dejaría de estar en vigor una vez que esos 100 objetos hubiesen sido exportados. La condición dejaría de tener valor alguno. Sería absurdo sugerir que de alguna forma las actividades futuras de una empresa estarían viciados porque esos resultados pasados hubiesen estado subvencionados. Esta cuestión no estaría comprendida en la parte II del Acuerdo SMC, pero podría plantearse a tenor de la parte III por ejemplo, de perjuicio grave, si bien ello dependería de las circunstancias.

7.71 Australia alega que los Estados Unidos, al presentar las medidas como repartidas en el tiempo, reconoce que no existe vínculo alguno entre la concesión de las medidas y los resultados de exportación. Así pues los Estados Unidos aceptan implícitamente que las medidas no satisfacen la norma "*de facto*" del párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC y son conformes con ese artículo.

7.72 Desde luego, prosigue Australia, en muchos casos puede que no exista recurso alguno para una medida pasada, y sin lugar a dudas no de conformidad con la parte II del Acuerdo SMC. Ello se ajusta a la práctica del GATT/OMC. Es importante evitar toda confusión entre los asuntos de perjuicio grave y las medidas en materia de derechos compensatorios, que pueden tener carácter retrospectivo, por una parte, y las reglas normales aplicables en el marco de la OMC. Si se prueba que un derecho de aduana incumple una consolidación, el remedio consiste en hacerla conforme. No se trata de remontarse en el pasado y de encontrar a todos los importadores oficiales que pueden haber pagado demasiado durante el período en el cual el derecho de aduana estaba en vigor. En opinión de Australia, la función del sistema de solución de diferencias es contribuir a la coherencia, no imponer una indemnización o una sanción con carácter retrospectivo.

7.73 Los **Estados Unidos** indican que proporcionaron los cálculos de subvenciones a fin de demostrar, con carácter preliminar, que la donación y el préstamo conferirían de hecho un beneficio a Howe. No obstante, el Gobierno australiano había interpretado erróneamente el argumento de los Estados Unidos con respecto al cálculo del beneficio. Australia sugiere que el método empleado por los Estados Unidos para evaluar el beneficio es incompatible con la posición de los Estados Unidos según la cual esos beneficios estaban vinculados a las exportaciones. El método utilizado para calcular el valor del beneficio no está directamente vinculado a la cuestión de saber si una subvención es o no una subvención a la exportación. El método de cálculo y los criterios jurídicos y fácticos aplicables a las subvenciones supeditadas "*de facto*" no son intercambiables. El método de cálculo refleja simplemente un principio de sentido común, es decir, que un beneficio obtenido de una donación o de un préstamo en condiciones preferenciales se extenderá mucho más allá del momento preciso en que la donación o el préstamo han sido acordados. De este modo, Howe continúa beneficiándose hoy día de haber recibido en el pasado subvenciones de sustitución.

7.74 Los Estados Unidos indican que, además de demostrar que se otorgó un beneficio, los cálculos de los beneficios son útiles para determinar un remedio posible apropiado para el caso en que la opinión de los Estados Unidos prevalezca en este asunto. El párrafo 7 del artículo 4 del Acuerdo SMC dispone que: "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". Si bien en este asunto las subvenciones no son renovables, los Estados Unidos afirman que dado el volumen considerable de las subvenciones en juego, es apropiado distribuir el

volumen de las subvenciones con el transcurso del tiempo a fin de esbozar un remedio posible apropiado. Todo ello debido a que las subvenciones continúan existiendo -y pueden por consiguiente ser "retiradas"- en la medida en que continúen beneficiando a los receptores de la ayuda.

7.75 **Australia** afirma que los Estados Unidos no solicitaron al Grupo Especial formular una constatación sobre un remedio que extralimitase el marco del párrafo 7 del artículo 4 del Acuerdo SMC. Australia solicita al Grupo Especial no formular ninguna recomendación o sugerencia sobre recursos, de conformidad con el párrafo 2 del artículo 19 del ESD. Si el Grupo Especial constataste que una medida es incompatible con el párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC, la forma en que Australia escogiese acomodarse, en caso en que fuese necesario adoptar algunas disposiciones, dependería de las constataciones efectivamente hechas por el Grupo Especial. Las obligaciones de Australia serían acomodar su legislación en lo que respecta a la índole de toda medida en vigor.

7.76 Lo que Australia ha querido destacar es que el argumento según el cual el beneficio de las subvenciones debería distribuirse con el transcurso del tiempo significa que la parte reclamante deberá demostrar que el vínculo con las exportaciones se extiende sobre el mismo período de tiempo. Al argumentar en lo que respecta a la distribución con el transcurso del tiempo, los Estados Unidos han dado lugar a una incoherencia de su enfoque. Por una parte, ello implica que existe un vínculo con las exportaciones durante un largo período. Por otra, presentan argumentos relativos a las exportaciones realizadas durante el período 1997-2000 de conformidad con el contrato de donación.

D. PÁRRAFO 1 A) DEL ARTÍCULO 3 DEL ACUERDO SMC

1. **Texto del párrafo 1 a) del artículo 3**

7.77 El párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC establece lo siguiente:

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

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

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

⁵ Las medidas mencionadas en el Anexo I como medidas que no constituyen subvenciones a la exportación no estarán prohibidas en virtud de ésta ni de ninguna otra disposición del presente Acuerdo.

2. Principios de interpretación de los tratados

7.78 Los **Estados Unidos** recuerdan que el párrafo 2 del artículo 3 del ESD establece que los acuerdos abarcados se deben interpretar de conformidad con "las normas usuales de interpretación del derecho internacional público", y que la *Convención de Viena* establece las normas usuales de interpretación de los tratados.⁸⁶ En consecuencia, los derechos y las obligaciones de las partes en el marco del Acuerdo SMC se deben interpretar de conformidad con la *Convención de Viena*. El artículo 31 de la *Convención de Viena* establece que "un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin". El artículo 32 autoriza el recurso a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado, entre otras cosas, "para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31".

3. Interpretación de la frase "*supeditadas de jure o de facto a los resultados de exportación*"

a) Aplicación de las normas usuales de interpretación del derecho internacional público

7.79 Los **Estados Unidos** hacen notar que, en el caso presente, el sentido corriente del texto del párrafo 1 del artículo 3 del Acuerdo SMC prohíbe el conjunto de medidas sustitutivas otorgadas a Howe por el Gobierno de Australia. El párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC prohíbe "las subvenciones supeditadas *de jure o de facto* a los resultados de exportación, como condición única o entre otras varias condiciones". (Las cursivas son de los Estados Unidos.) Por lo tanto, la prohibición establecida en el párrafo 1 a) del artículo 3 abarca no sólo las subvenciones *expresamente* basadas en los resultados de exportación (subvenciones a la exportación *de jure*, sino también las subvenciones basadas *de facto* en los resultados de exportación (subvenciones a la exportación *de facto*). La palabra "subvención" se define en el artículo 1 del Acuerdo SMC como una "contribución financiera" concedida por un gobierno, tal como un préstamo o una donación, que otorga un "beneficio". El sentido corriente de la palabra "beneficio" se desprende de su definición en un diccionario: un beneficio es "un factor o una circunstancia favorable o coadyuvante; ventaja, provecho".⁸⁷

7.80 Según los Estados Unidos, las dimensiones y la finalidad de la prohibición de las subvenciones a la exportación *de facto* se ven aclaradas por los antecedentes de la redacción de esa disposición. El Acuerdo relativo a la Interpretación y Aplicación de los Artículos VI, XVI y XXIII del GATT (el "Acuerdo sobre Subvenciones de la Ronda de Tokio") establecía en términos generales en su artículo 9 que "los signatarios no otorgarán subvenciones a la exportación de productos que no sean ciertos productos primarios", y esta prohibición abarcaba todas las subvenciones a la exportación, tanto *de jure* como *de facto*. Durante las negociaciones de la Ronda Uruguay, en el Grupo de Negociación 10 sobre subvenciones y medidas compensatorias, la Comunidad Europea propuso que se aclarase la aplicación de la prohibición de las subvenciones a la exportación *de facto*:

⁸⁶ Los Estados Unidos sostienen que el Órgano de Apelación y los grupos especiales de la OMC se han basado reiteradamente en las normas básicas de interpretación de los tratados al interpretar los Acuerdos de la OMC; los Estados Unidos mencionan como ejemplo el asunto *Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional* ("*Estados Unidos - Gasolina*"), WT/DS2/AB/R, 29 de abril de 1996, página 21, ("[el artículo 31] forma parte de las 'normas usuales de interpretación del derecho internacional público' que el Órgano de Apelación está obligado, en virtud del párrafo 2 del artículo 3 del ESD, a aplicar para aclarar las disposiciones del GATT de 1994 y los demás 'acuerdos abarcados'").

⁸⁷ *The Concise Oxford Dictionary*, octava edición, página 102.

Debería volver a formularse la prohibición de las subvenciones a la exportación establecida en el artículo 9 del Código de Subvenciones con el fin de definir claramente su alcance. Esta prohibición debe aplicarse a todas las subvenciones a la exportación, es decir, a todas las intervenciones gubernamentales que confieran, con cargo al erario público (en forma de desembolsos financieros directos o renunciaciones a ingresos públicos, por ejemplo reducción impositiva o condonación de deudas), un beneficio a una empresa o rama de producción haciéndolo depender de su actuación exportadora.

Además, como la experiencia ha demostrado que las prácticas gubernamentales pueden fácilmente manipularse o modificarse con el fin de evitar esta prohibición, es evidente que una prohibición que abarque únicamente las subvenciones que se hagan depender *de jure* (es decir, expresamente) de la actuación exportadora es susceptible de elusión.

En la actual disciplina, la prohibición es también aplicable a las subvenciones que se hagan depender *de facto* de las exportaciones. Sin embargo, ello hace necesario dar orientaciones más claras para la identificación de subvenciones a la exportación *de facto* [...]. Las subvenciones a la exportación *de facto* son aquellas en las que los hechos de los que el gobierno tenía conocimiento -o debía evidentemente haberlo tenido- en el momento de otorgar la subvención demuestran que ésta, sin que se la haya hecho depender expresamente de la actuación exportadora, tenía en realidad por finalidad aumentar las exportaciones.⁸⁸

7.81 Los Estados Unidos sostienen que la nota 4 del párrafo 1 del artículo 3 del Acuerdo SMC aclara que la norma relativa a las subvenciones *de facto* "se cumple cuando los hechos demuestran que la concesión de una subvención, aun sin haberse supeditado *de jure* a los resultados de exportación, está de hecho vinculada a las exportaciones o los ingresos de exportación reales o previstos". Aunque la nota también advierte que "el mero hecho de que una subvención sea otorgada a empresas que exporten" no constituye una subvención *de facto*, esta advertencia se refiere a la posibilidad de que se constate una subvención a la exportación sobre la base de esa única condición, es decir, cuando el hecho de que los beneficiarios realicen exportaciones es el *único* factor que indica que una subvención es una subvención a la exportación *de facto*.

7.82 Además, los Estados Unidos alegan que las negociaciones de la Ronda Uruguay ampliaron el alcance de las subvenciones prohibidas. En lugar de exigir que los resultados de exportación sean el elemento "único" o el elemento "más importante", el párrafo 1 a) del artículo 3 establece que los resultados de exportación pueden ser *bien* la única condición de la subvención o una "entre otras varias condiciones". Por lo tanto, no es menester que el requisito relativo a las exportaciones tenga un peso preponderante entre los requisitos necesarios para recibir una subvención a la exportación. Por el contrario, existirá una subvención a la exportación cuando las exportaciones reales o previstas sean meramente uno de los varios posibles criterios que influyen en la concesión de los beneficios. Esta ampliación de la definición contenida en el Acuerdo SMC reconoce las graves y perjudiciales consecuencias que se derivan de las subvenciones a la exportación. Por lo tanto, incluso en los casos en que los resultados de exportación son sólo entre varios criterios para el otorgamiento de la

⁸⁸ MTN.GNG/NG10/W/31, 27 de noviembre de 1989, *Elementos del marco para las negociaciones - Comunicación de la Comunidad Europea*.

subvención, se justifica y, en verdad, resulta obligatoria la constatación de que la subvención es una subvención prohibida. Además, al incluir expresamente una nota de pie de página en la que se insiste en el hecho de que las subvenciones quedan prohibidas aunque no se hayan supeditado expresamente a los resultados de la exportación, el Acuerdo SMC reconoce que es posible que los Miembros traten de ocultar la orientación a la exportación de determinados beneficios, alegando que se otorgan sin condiciones expresas. Sin embargo, si la totalidad de las circunstancias demuestra que esos beneficios están destinados a fomentar las exportaciones, los mismos quedarán incluidos en la definición amplia del párrafo 1 a) del artículo 3.

7.83 **Australia** alega que se solicita al Grupo Especial que aborde diversas cuestiones que tienen consecuencias de amplio alcance para la interpretación del párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC. Australia sostiene que los Estados Unidos solicitan al Grupo Especial que amplíe la aplicación de la condición "*de facto*" que figura en el párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC a fin de incluir la naturaleza de toda medida previa y de interpretarla como un criterio relativo a los efectos en el comercio, sobre la base de una evaluación subjetiva, caso por caso, del nivel de exportaciones de una empresa. Australia rechaza este apartamiento de un criterio firmemente basado en normas para la interpretación del artículo 3 del Acuerdo SMC.

7.84 Australia sostiene que la cuestión de dilucidar si las subvenciones están supeditadas "*de facto*" a los resultados de exportación se debe analizar en el contexto de la nota 4 al párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC, que define, y por lo tanto limita el alcance de la expresión "*de facto*". Australia mantiene que la carga de la prueba incumbe a los Estados Unidos, que deben demostrar que se han cumplido las condiciones. Entre otras cosas, los Estados Unidos deben: a) presentar los "hechos" pertinentes al Grupo Especial; y b) probar que esos hechos demuestran que la concesión de la subvención está de hecho vinculada a la exportación o los ingresos de exportación reales o previstos. No se trata de analizar de qué manera una subvención se distribuye entre las ventas internas y las ventas de exportación. Se trata de demostrar que el acto de otorgar la subvención está vinculado a las ventas de exportación. Según Australia, los Estados Unidos no lo han demostrado.

7.85 Australia alega que esto significa que la prueba requerida no consiste en una inferencia de tipo económico, sino en demostrar que las exportaciones o los ingresos de exportación reales o previstos están efectivamente vinculados a la concesión de la subvención. La segunda frase de la nota significa que no es suficiente examinar las exportaciones de una empresa para demostrar el criterio relativo a la supeditación "*de facto*". Por el contrario, la parte reclamante debe presentar hechos que demuestren que el otorgamiento de la subvención está efectivamente vinculado a los resultados de exportación. El hecho de que una empresa tenga un elevado nivel de exportaciones, o el hecho de que sus exportaciones aumenten, no demuestra que se haya cumplido el criterio previsto en la nota 4. La redacción del texto distingue entre la situación en la que una condición se establece expresamente en la legislación o la reglamentación y aquella en que existe una medida no legislativa, de naturaleza administrativa, por la cual el otorgamiento de la subvención se vincula efectivamente a los resultados de exportación. Australia sostiene que ninguna de estas posibilidades existe en el caso presente.

7.86 Australia alega que las normas son más rigurosas en el caso de las subvenciones a la exportación que en el caso de las subvenciones internas porque las primeras permiten que las empresas vendan a precios más bajos en los mercados de exportación, beneficiándose de precios más altos en el mercado interno. Esto dio lugar al criterio original de precio en dos niveles establecido en el párrafo 4 del artículo XVI del GATT de 1947. Obviamente, esto era demasiado simple para evitar la elusión, y entonces se elaboraron normas que condujeron a la Lista ilustrativa anexa al Acuerdo sobre Subvenciones de la Ronda de Tokio. También en este caso se trataba de medidas destinadas a favorecer las exportaciones. No había ninguna sugerencia de aplicar algún criterio relativo a una elevada cuantía de exportaciones.

7.87 Según Australia, el Acuerdo SMC mantiene la Lista ilustrativa (con algunas modificaciones e interpretaciones en los Anexos II y III) y el concepto de "resultados de exportación". Para que una subvención quede comprendida en el apartado 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC, *de jure* o *de facto*, su concesión debe estar condicionada a los "resultados de exportación". No se trata de que el beneficiario sea una empresa exportadora o que esté dispuesta a realizar exportaciones. Se trata de favorecer las exportaciones concretas y tangibles.

7.88 Australia mantiene que el Acuerdo SMC autoriza las subvenciones no abarcadas por el párrafo 1 del artículo 3. Dichas subvenciones no están prohibidas por el Acuerdo SMC. Por ejemplo, las subvenciones tradicionales pagadas sobre la base de la producción están claramente permitidas por el Acuerdo SMC. Esto se refleja en la estructura del Acuerdo, ya que su parte II no se aplica a esas subvenciones, pero en cambio la parte III del Acuerdo SMC prevé medidas correctivas multilaterales para dichas subvenciones, cuando se pueden demostrar efectos desfavorables. Cuando se alega que los efectos desfavorables son causados por las subvenciones, en el sentido del artículo 5 del Acuerdo SMC, los Miembros pueden recurrir a acciones multilaterales de conformidad con el artículo 7 del Acuerdo. En particular, en el caso de existencia de perjuicio grave, el párrafo 3 del artículo 6 del Acuerdo SMC establece criterios para determinar la existencia de ese perjuicio grave. Esta es la base para la alegación de efectos desfavorables, en el caso de las subvenciones cuyo otorgamiento no esté expresamente vinculado a los resultados de exportación.

7.89 Según Australia, la diferencia fundamental es la que existe entre un criterio basado en normas y un criterio relativo a los efectos en el comercio. El párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC establece normas relativas a la violación de dicho Acuerdo, que se deben considerar como criterios estrictos y no como un conjunto de criterios basados en los efectos. Estas normas requieren que se demuestren hechos, y no que un grupo especial examine los resultados comerciales. Australia sostiene que la posición de los Estados Unidos utiliza el argumento de que un cierto nivel de exportaciones, no definido, de una empresa resulta indicativo de su situación en relación con el párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC.

7.90 Australia alega que, si se aceptara el enfoque de los Estados Unidos, esto conduciría a resultados muy distintos del objeto y fin del Acuerdo SMC, e incluso podría dar lugar a resultados absurdos. En el caso de una empresa que realiza exportaciones, ¿cuál sería el resultado si un grupo especial debiera determinar que un elevado nivel de exportaciones por sí mismo cumple el criterio de supeditación "*de facto*" del párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC? El Acuerdo SMC no ha establecido ninguna cuantía ni ninguna línea de demarcación. ¿Cómo podría un Miembro saber si una medida queda o no abarcada por el párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC? ¿Sería el umbral del 50 por ciento, el 75 por ciento o el 90 por ciento? ¿Sería posible que si un beneficiario aumentara las exportaciones esto haría que una medida fuera incompatible, después de adoptada la decisión de conceder la subvención? Australia considera que sería inapropiado que los grupos especiales adoptaran decisiones caso por caso sobre este tipo de cuestiones al examinar las violaciones de una norma como la que figura en el párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC. Es menester que las resoluciones sobre las normas faciliten una clara orientación a los Miembros, sin emplear un considerable elemento de subjetividad, lo que sucedería si se introdujera el nivel de las exportaciones u otros conceptos similares en toda resolución relativa al párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC.

7.91 Australia sostiene que, en función de las circunstancias, un Miembro que considere que se ve afectado desfavorablemente de alguna manera por dicha subvención, tiene a su alcance diversas acciones, con inclusión de las acciones multilaterales previstas en el artículo 7 del Acuerdo SMC y el artículo 26 del ESD, o bien disposiciones sobre medidas compensatorias. Por lo tanto, con arreglo al propio Acuerdo SMC existen acciones que figuran en la parte III y la parte V y no en la parte II. Australia hace notar que el párrafo 4 del artículo 27 (incluida la nota 55) del Acuerdo SMC prevé claramente que el nivel de las subvenciones a la exportación se puede cuantificar. Esto sería incompatible con un enfoque según el cual un grupo especial sólo puede determinar qué subvenciones

quedan abarcadas por la disposición del párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC relativa a la supeditación "*de facto*", sobre una base subjetiva y caso por caso. Esto sería aún más complicado si los resultados de una empresa pudieran de algún modo modificar el carácter de la medida, lo que podría suceder si se utilizara un criterio que tuviera en cuenta el nivel de las exportaciones.

7.92 Australia menciona también, como ejemplo, que un criterio sin cuantificar sobre el nivel de exportaciones podría causar un posible conflicto con la finalidad y el funcionamiento del apartado c) del artículo 13 del Acuerdo sobre la Agricultura ("Debida moderación"). Las obligaciones previstas en el Acuerdo sobre la Agricultura en materia de subvenciones a la exportación son cuantitativas y, por tanto, deben ser precisas. Si la definición de "subvención a la exportación" del Acuerdo sobre la Agricultura incluyera medidas que aplicaran un criterio de este tipo sobre la supeditación "*de facto*", sería virtualmente imposible que muchos Miembros se ajustaran a las disciplinas cuantitativas del Acuerdo sobre la Agricultura. Por otra parte, si la definición de "subvención a la exportación" del Acuerdo sobre la Agricultura no incluyera medidas que aplicaran dicho criterio sobre la supeditación "*de facto*", no quedarían abarcadas por el artículo relativo a la debida moderación y, por tanto, sometidas a las disciplinas del Acuerdo SMC. Evidentemente, esto no fue lo que se preveía cuando se negociaron los Acuerdos.

7.93 Australia sostiene que los Estados Unidos tratan de reinterpretar el sentido de la expresión "in law or in fact" (de la versión inglesa)* y la nota 4 del párrafo 1 a) del artículo 3. Los conceptos de "*de jure*" y "*de facto*" no aparecen en el texto inglés del Acuerdo SMC ni tampoco en el Acuerdo sobre Subvenciones de la Ronda de Tokio. La afirmación de los Estados Unidos, en el sentido de que el artículo 9 del Acuerdo sobre Subvenciones de la Ronda de Tokio "abarcaba todas las subvenciones a la exportación, tanto *de jure* como *de facto*" simplemente carece de todo significado real y concreto. El artículo 9 del Acuerdo sobre Subvenciones de la Ronda de Tokio prohibía efectivamente las subvenciones a la exportación, pero esto no se definía más allá de la Lista ilustrativa. No existía esa división entre las subvenciones *de jure* o *de facto*, y ninguna definición sobre el significado de la expresión *de facto*. Australia no conoce que exista ninguna decisión de un grupo especial sobre esta cuestión en el marco del Acuerdo sobre Subvenciones de la Ronda de Tokio. Si hubiese existido una jurisprudencia aceptada, en el sentido de que el concepto tenía un alcance tan amplio como el que aducen aquí los Estados Unidos, resulta sorprendente que nunca fuera utilizada por los Estados Unidos ni por otros signatarios. En todo caso, la situación real en el marco del Acuerdo sobre Subvenciones de la Ronda de Tokio no guarda relación con el caso presente, que se refiere al Acuerdo de la OMC, que no es ni siquiera un acuerdo sucesor del anterior.

7.94 Australia alega que el actual Acuerdo SMC no hace referencia a los conceptos "*de jure*" y "*de facto*", sino que utiliza las expresiones "in law" e "in fact" y este último concepto se define y limita en la nota de pie de página 4. Aunque la Comunidad Europea podía haber tenido o no presente alguna definición más amplia cuando presentó el documento MTL.GNG/GNG/W/31 de 27 de noviembre de 1989, el texto definitivo sólo surgió mucho más tarde de las negociaciones. Australia hace notar que la simple lectura de la sección pertinente del documento de la CE muestra que sabía que el Acuerdo sobre Subvenciones de la Ronda de Tokio ya abarcaba las subvenciones "que se hagan depender *de facto* de las exportaciones" y que: "[s]in embargo, ello hace necesario dar orientaciones más claras para la identificación de subvenciones a la exportación *de facto* con el fin de evitar extensiones indebidas de la categoría de subvenciones a la exportación". (Cursivas añadidas por Australia.) Australia sugiere que esto podría indicar que la Comunidad Europea trata de limitar el alcance de todo nuevo acuerdo en esta materia. El tercer párrafo de la misma sección aclara que la Comunidad Europea se refiere a una situación en la que las "subvenciones tienden a distorsionar el comercio al fomentar las exportaciones". El limitarse a una mera referencia al efecto de la subvención

* La expresión "in law or in fact" del texto inglés del Acuerdo SMC se tradujo al español como "*de jure* o *de facto*". La expresión "in fact" que aparece en la nota 4 del mismo Acuerdo se tradujo como "de hecho".

a la exportación, observado *ex post facto*, no respondería a esa razón de ser. Si no pudiera demostrarse que, sobre la base de los hechos conocidos por el gobierno -o que debiera evidentemente haber conocido- en el momento de conceder la subvención, la intención del gobierno era de hecho fomentar las exportaciones, y no pudiera decirse por consiguiente que la subvención tiende, *de jure* o *de facto*, a distorsionar el comercio, esta subvención no debería prohibirse; debería más bien quedar sujeta a medidas de reparación si produjera efectos negativos demostrables en el comercio".

7.95 Australia señala que, en la etapa de las negociaciones de la Ronda Uruguay, existieron diversas propuestas relativas al alcance de la disposición en cuestión. Los Estados Unidos, en el documento MTN.GNG/NG10/W/29 de 22 de noviembre de 1989, argumentaron a favor de la prohibición de "[t]oda subvención a una empresa o empresas [se omite la nota de pie de página] de manera predominante dedicadas al comercio de exportación, es decir, cuyas exportaciones excedan del [X] por ciento de las ventas totales".⁸⁹ Esto no fue aceptado. Australia alega que, en realidad, el argumento formulado por los Estados Unidos ante el Grupo Especial parece ser un intento de conseguir lo que trató de lograr sin éxito en la Ronda Uruguay.

7.96 Australia observa que, en el documento MTN.GNG/NG10/W/29, los Estados Unidos no llamaban a esas subvenciones subvenciones a la exportación sino que las distinguían de las subvenciones a la exportación denominándolas "subvenciones relacionadas con el comercio", de todos modos prohibidas. De la misma manera que con arreglo al párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC, esas subvenciones habían sido prohibidas, pero no eran subvenciones a la exportación.

7.97 Australia sostiene que, en el documento MTN.GNG/NG10/W/38, este concepto fue mencionado como uno de los motivos para la presunción de perjuicio grave (párrafo 1 c) del artículo 6), con una nota en la que se sugería la posibilidad de que esa disposición figurara en el artículo relativo a la prohibición (entonces el artículo 1) con un porcentaje de umbral diferente. Se trataba de una disposición adicional, separada de la norma relativa a la supeditación "in law or in fact" aplicable a las subvenciones a la importación. Se la incluyó en la disposición sobre la presunción de perjuicio grave (párrafo 1 del artículo 6) en el proyecto de consulta del Presidente para el documento MTN.GNG/NG10/W/38/Rev.2, con una cifra entre corchetes del 95 por ciento, pero sin la nota de pie de página en la que se hacía referencia al artículo relativo a la prohibición (artículo 3). Australia se opuso a la disposición y presumiblemente muchos otros participantes compartieron su opinión, porque dicha disposición fue completamente dejada de lado en la versión del documento MTN.GNG/NG10/W/38/Rev.2, que surgió de las consultas.

7.98 Australia sostiene que esto demuestra que los participantes en la Ronda Uruguay no estaban preparados para aceptar que un alto nivel de exportaciones pudiera conducir a una presunción de perjuicio grave, y mucho menos a una prohibición. Además, las disposiciones proyectadas sobre la prohibición de un alto nivel de exportaciones habrían sido distintas del concepto de "in fact or in law", que ya estaba en el proyecto. Por lo tanto, los redactores del texto consideraron que el alto nivel de exportaciones, si bien podía crear una categoría prohibida con arreglo al acuerdo, era una categoría distinta de la subvención a la exportación ("in law or in fact"). Por otra parte, incluso los Estados Unidos no consideraron, durante la Ronda Uruguay, que un alto nivel de exportaciones podía constituir un criterio satisfactorio para la supeditación "de hecho", ya que no caracterizaron tales situaciones como subvenciones a la exportación, sino como parte de una categoría distinta de subvenciones relacionadas con el comercio.

⁸⁹ Véase la sección I.1.b) del documento MTN.GNG/NG10/W/29 de 22 de noviembre de 1989: *Elementos del marco para las negociaciones - Comunicación de los Estados Unidos*.

7.99 A juicio de Australia, esto pone de manifiesto que los países siempre han procurado cuidadosamente no confundir las categorías para las que se negociaban las disciplinas, y no ir más allá de lo que era razonable en la búsqueda de disciplinas desde un punto de vista práctico. Las disciplinas relativas a las subvenciones a la exportación se aplican a las subvenciones que discriminan, que seleccionan, que favorecen a las exportaciones con respecto a las ventas internas. Cualquier otra interpretación daría lugar a una disciplina que no sería aplicable en la práctica y generaría incertidumbre en su aplicación por los gobiernos. El nuevo ESD está destinado a reducir este tipo de incertidumbre porque un sistema automático sin un alto grado de certidumbre en su aplicación futura socavaría su legitimidad.

7.100 Australia sostiene que, en el contexto de los antecedentes de la negociación, el documento MTN.GNG/NG10/W/23⁹⁰, de fecha 7 de noviembre de 1990, fue distribuido por el Presidente del Grupo de Negociación 10 con antelación a la reunión ministerial celebrada en Heysel en diciembre de 1990. La nota de pie de página correspondiente a la expresión "*de facto*" (que tenía entonces el número 3) decía en su texto completo lo siguiente⁹¹:

Esta norma se cumple *siempre* que los hechos demuestren que la concesión de una subvención, aún sin haberse supeditado *de jure* a los resultados de exportación, está en la *práctica* vinculada a las exportaciones o los ingresos de exportación reales o previstos. (Las cursivas son de Australia.)

7.101 Australia alega que, por ello, el texto no acordado que el Presidente presentó en Heysel en diciembre de 1990 tenía dos aspectos muy diferentes al texto del Acuerdo SMC, es decir: a) lo que los hechos tenían que demostrar era la norma relativa a la expresión "en la práctica" y no la norma mucho más exigente de la supeditación "de hecho"; y b) no se había añadido el importante elemento calificativo, de carácter limitativo, de la segunda frase. A juicio de Australia, la modificación de la redacción deja en claro que algunos participantes no estaban preparados para aceptar una vaga norma que incluyera el concepto contenido en la expresión "en la práctica". El texto actual apareció en el proyecto de Acta Final (MTN.TNC/W/FA de 20 de diciembre de 1991, con la sustitución de la palabra "whenever" por "when" en la versión inglesa, a propuesta del Grupo de Redacción Jurídica.

7.102 Australia sostiene que la norma relativa a la supeditación "in fact" del párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC no es una norma indefinida relativa a la supeditación "*de facto*". La norma sobre la supeditación "in fact" se define en la nota de pie de página 4. A fin de determinar si se ha cumplido dicha norma, se deben reunir las condiciones establecidas en la nota 4. Esto establece un umbral elevado para el reclamante. La interpretación que hacen los Estados Unidos del párrafo 1 a) del artículo 3 y de la nota 4 del Acuerdo SMC no se basa en el texto. El texto del párrafo 1 a) del artículo 3 dice: "Las subvenciones supeditadas [...] *de facto* a los resultados de exportación, como condición única o entre otras varias condiciones [...] [se ha omitido la nota de pie de página 4]". A fin de demostrar que una medida determinada planteada ante el Grupo Especial cumple estos requisitos, los Estados Unidos deben probar que la medida es una subvención supeditada *de facto*, como condición única o entre otras varias condiciones, a los resultados de exportación, teniendo en cuenta que la norma sobre la supeditación "*de facto*" se define en la nota 4 del Acuerdo SMC. El texto dice claramente que la "supeditación *de facto*" es una condición cuya existencia se debe probar.

⁹⁰ Australia expresa que este documento fue distribuido originalmente con la signatura MTN.GNG/NG10/W/38/Rev.3.

⁹¹ Australia hizo notar que esta formulación se presentó por primera vez en el documento MTN.GNG/NG10/W/38/Rev.2.

7.103 Australia observa que los Estados Unidos tratan de argumentar que "el mero hecho de que una subvención se otorgue a empresas que exportan" significa que "el hecho de que los beneficiarios exporten es el *único* factor que indica que una subvención es una subvención a la exportación *de facto*".⁹² Según Australia, esto presenta erróneamente la limitación inherente en la segunda frase de la nota 4 del Acuerdo SMC. Esta frase significa que el reclamante no puede limitarse a señalar las exportaciones de una empresa para acreditar la existencia de la norma que figura en la primera frase. Por supuesto, cabe suponer que sólo se puede plantear un caso cuando existen exportaciones. En consecuencia, la interpretación que los Estados Unidos tratan de hacer de la limitación inherente en la segunda frase de la nota 4 del Acuerdo SMC la trivializaría. Esta frase adicional subraya que el nivel de exportaciones de una empresa no puede servir de base para probar que se trata de una subvención "de hecho vinculada" a las exportaciones, es decir, que la cuantía de las exportaciones de la empresa no es pertinente a los fines de la demostración requerida. En cambio, el reclamante debe demostrar que el otorgamiento de la subvención está de hecho vinculado en su aplicación a los resultados de exportación y, por tanto, favorece a las exportaciones con respecto a las ventas internas.

7.104 Australia observa que los Estados Unidos alegan que: "por el contrario, existirá una subvención a la exportación cuando las exportaciones reales o previstas sean meramente uno entre varios *posibles criterios que influyen* en la concesión de los beneficios".⁹³ (Las cursivas son de Australia.) Australia sostiene que esto no es lo que dice el texto, que expresa que el otorgamiento de la subvención debe estar de hecho vinculado a las exportaciones o los ingresos de exportación reales o previstos. Esto no sólo confunde lo que los Estados Unidos habrían deseado obtener de la Ronda Uruguay con lo que dice el Acuerdo SMC, sino que al parecer va más allá. La idea de que ciertos "posibles criterios" puedan determinar si una medida viola una obligación contenida en un tratado quitaría todo sentido a un tratado vinculante. Australia pregunta: ¿Quién decidiría lo que son los "posibles criterios"? Presumiblemente, el reclamante o el grupo especial. No existe ninguna manera de que un Miembro pueda saber con antelación lo que podrían ser considerados como "posibles criterios" por otros, cuando dicho Miembro trata de formular su política comercial ajustándose a sus obligaciones emanadas de los tratados. El reconocimiento, por parte de un gobierno, de que una empresa realiza exportaciones y de que es deseable contar con industrias competitivas en el plano internacional no convierte a una subvención que no favorece a las exportaciones en una medida prohibida.

7.105 En opinión de Australia, una conclusión lógica del argumento de los Estados Unidos es que si un Gobierno concede una subvención a una empresa sabiendo que esta empresa realiza exportaciones, y no dice expresamente que la exportación es algo malo, se trata entonces de una subvención prohibida. Los gobiernos de prácticamente todos los Miembros conceden subvenciones que, a sabiendas, están destinadas a empresas que realizan exportaciones, y es corriente que esos gobiernos declaren que consideran que las exportaciones son algo bueno, e incluso que elogien a las industrias de exportación que tienen resultados satisfactorios. Sugerir que, de pronto, todas esas medidas quedan abarcadas por el párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC alteraría radicalmente el equilibrio de obligaciones establecido en el Acuerdo sobre la OMC y corre el riesgo de convertir al Acuerdo SMC, en particular, en un tratado completamente impracticable.

7.106 Australia mantiene que los Estados Unidos tratan nuevamente de ampliar el sentido obvio del texto mediante su argumento de que, al incluir explícitamente una nota en la que se hace hincapié en que las subvenciones pueden estar prohibidas aunque no estén supeditadas expresamente a los resultados de exportación, el Acuerdo SMC reconoce que los Miembros pueden tratar de ocultar la orientación a la exportación de determinados beneficios, alegando que se conceden sin una supeditación explícita. Esto no es una norma relativa a la "supeditación expresa" o la "supeditación

⁹² Véase *supra*, párrafo 7.81.

⁹³ Véase *supra*, párrafo 7.82.

explícita". La norma relativa a la supeditación "in law" se refiere al requisito de que los resultados de exportación figuren como tales en las normas jurídicas, es decir, en la legislación. La norma sobre la supeditación "in fact" se refiere a la "vinculación de hecho" por ciertos medios, como un instrumento administrativo. En realidad, en ambos casos la vinculación debe ser explícita, sea "in law" o "in fact". Con respecto a la solicitud de los Estados Unidos, de que el Grupo Especial formule una determinación sobre la base de los "hechos y circunstancias", Australia sostiene que las constataciones del Grupo Especial sobre cada una de las medidas planteadas ante él se debe realizar basándose en "los hechos" y no en las "circunstancias", y siempre que los "hechos" demuestren inequívocamente que se ha cumplido la norma de la nota 4 del Acuerdo SMC.

7.107 Australia alega que, con arreglo a los principios de interpretación de los tratados, es menester que el Grupo Especial examine el texto del tratado en su contexto. El texto definitivo del Acuerdo SMC forma parte del equilibrio de derechos y obligaciones establecido en el marco de la OMC. Esto incluye la estricta limitación, prevista en la nota 4 del Acuerdo SMC, en cuanto al alcance del concepto de "de hecho". Los países que realizaron las negociaciones no suscribieron, ni hubieran suscrito, el tipo de interpretación abierta que los Estados Unidos están ahora tratando de introducir en el texto. Esta disposición se debe también leer en el contexto de la parte III y la parte V del Acuerdo SMC, en las que se prevén acciones multilaterales y unilaterales para remediar los efectos desfavorables presuntamente causados por las subvenciones. Aparte de este caso, la ampliación del alcance del sentido de la expresión "de hecho" tendría posiblemente repercusiones de muy amplio alcance en el equilibrio de los derechos y obligaciones de los Miembros, en el marco de la OMC.

7.108 Australia sostiene que los argumentos de los Estados Unidos en el caso presente, con relación a varias medidas y con respecto a una única empresa, pueden oscurecer las cuestiones sustanciales de que se trata. Las normas relativas a las prohibiciones deben guardar relación con el tipo de medida en cuestión, en lugar de dar discrecionalidad a un grupo especial para decidir sobre la situación. Sin esa claridad, no sería posible que los Miembros tuvieran ninguna seguridad de que están cumpliendo con sus obligaciones derivadas de los tratados. Esto es muy diferente de un criterio relativo a los efectos en el comercio cuando no existe la violación de una obligación contenida en un tratado sino la obligación consiguiente de suprimir la anulación o menoscabo (con inclusión del perjuicio grave en el caso del Acuerdo SMC), que no supone una violación, si así se demuestra.

7.109 A juicio de Australia, si se estableciera que un cierto concepto indefinido, como un alto nivel de exportaciones, o la posibilidad de que una empresa aumente su nivel de exportaciones, convertiría en prohibida una medida debido a la resolución de un Grupo Especial, entonces el tratado sería impracticable y los Miembros podrían impugnar las medidas de manera caprichosa. Además, si una interpretación contraria se basara en el hecho de que existe en una rama de producción sólo una empresa, esto constituiría una interpretación sesgada contra los Miembros más pequeños y podría incluso abrir la puerta a una futura constatación en el sentido de que el hecho de que un único vendedor nacional (que también exportara) recibiera una subvención convertiría a ésta en una medida prohibida. Australia sostiene que resulta claro que esto no sería el objeto y fin de la disciplina establecida en el párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC.

7.110 Australia alega que se podría imaginar un caso en el que, por ejemplo, existieran dos empresas en una rama de producción, una de las cuales estuviera orientada al mercado interno y la otra orientada a la exportación. La creación de una norma que significara que un programa de subvenciones constituye una medida prohibida si la recibe una de las empresas, pero no si la recibe la otra, significaría apartarse sustancialmente de una disciplina razonable y basada en normas. Constituiría una interpretación sesgada contra los Miembros más pequeños y alteraría el equilibrio de derechos y obligaciones negociado en el marco de la OMC. Haría prácticamente imposible la tarea cotidiana de asesorar con alguna certidumbre a los gobiernos sobre el cumplimiento de sus obligaciones derivadas de los tratados. En última instancia, esto degeneraría en una situación en la

que un Miembro grande podría amenazar con plantear una diferencia a cualquier Miembro pequeño que no cumpliera plenamente con sus requerimientos, ya que no habría un marco de normas objetivas que los Miembros podrían tener en cuenta para acceder al refugio seguro que representa el cumplimiento de las normas.

7.111 Australia sostiene que, una vez que se ha cruzado el Rubicón de utilizar un nivel subjetivo de un criterio sobre exportaciones, como factor determinante del concepto de "in fact", resulta cada vez más difícil conciliar las consecuencias lógicas con un régimen razonable. Australia presenta como ejemplo la situación de cualquier programa de subvenciones no específicas, esto es, no específicas en el sentido del párrafo 1 del artículo 2, el artículo 2 y el artículo 4 del Acuerdo SMC. De manera invariable, dicha subvención será recibida por alguna empresa que exporta una gran parte de sus productos e incluso podría estar enteramente dedicada a la exportación de algún producto. Australia pregunta si esto significaría que dicha medida constituye, al aplicarse a esa empresa, una medida prohibida por el párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC, de carácter específico en virtud del párrafo 3 del artículo 2 de dicho Acuerdo. ¿Significaría esto que todo el programa se convierte de pronto en específico? Australia sostiene que estos tipos de consecuencias harían que el Acuerdo fuera incoherente y posiblemente impracticable. Australia señala, para poner esta cuestión en perspectiva, que no se trata de un asunto como las medidas compensatorias, en las que se autoriza un cierto grado de discrecionalidad a las autoridades investigadoras (al menos en primera instancia) para adoptar decisiones sobre ciertas cuestiones, tales como la condición jurídica de una medida. El caso presente se refiere a la cuestión de las condiciones con arreglo a las cuales la concesión o el mantenimiento de una medida es incompatible con obligaciones derivadas de un tratado.

7.112 Australia subraya que los conceptos de "in law" e "in fact" de la versión inglesa no deben confundirse con *de jure* y *de facto*, especialmente *de facto*. El texto del Acuerdo SMC podría haber utilizado simplemente la expresión "*de jure* o *de facto*" y haber dejado esos términos sin definir. Los Estados Unidos dicen incluso que estos términos figuraban implícitamente en el Acuerdo sobre Subvenciones de la Ronda de Tokio.

7.113 Australia observa que lo que hace el texto es introducir una nueva expresión, "in fact", y después procede a definirla. Si bien a menudo se utiliza la expresión "in fact" simplemente como la traducción de la expresión "*de facto*", en este caso no es así. Por lo tanto, el empleo de expresiones tales como "*de jure*" y "*de facto*" en este contexto puede prestarse a confusión desde el punto de vista semántico. La expresión "in fact" que figura en el párrafo 1 a) del artículo 3 de la versión inglesa del Acuerdo SMC es una expresión especial definida en el párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo y, en particular, en la nota 4. Mediante esa definición se limita la aplicación de dicha expresión.

7.114 Australia mantiene que la clave para interpretar la expresión "in law or in fact" es brindar certidumbre a los gobiernos, a fin de evitar que se vean acosados, así como la posibilidad de que en algún momento se encuentren ante la constatación de que han violado el párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC. Estos problemas se verían agravados por distintas opiniones sobre la aplicación de las medidas en el futuro, que harían imposible su puesta en conformidad *ex post facto*. Las industrias y los gobiernos tendrían grandes dificultades para superar este tipo de incertidumbre, que socavaría la legitimidad de la OMC ante la ciudadanía del país.

7.115 Los **Estados Unidos** alegan que la inclusión de una norma relativa al concepto de "in fact" en el párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC exige intrínsecamente al Grupo Especial que lleve a cabo un análisis caso por caso de los hechos pertinentes a fin de determinar si la subvención en cuestión contraviene el artículo 3 del Acuerdo SMC. Sin embargo, ello no significa que el Grupo Especial debe realizar un análisis abstracto o hipotético respecto de cuándo se debe cumplir la norma del párrafo 1 del artículo 3. Sólo es menester que el Grupo Especial adopte una decisión basada en la totalidad de los hechos que tiene ante sí, dilucidando si la subvención en cuestión "está de hecho vinculada a las exportaciones o los ingresos de exportación reales o previstos". El Grupo Especial

debe examinar los supuestos en que se basa la decisión gubernamental de otorgar la subvención a fin de determinar si se ha cumplido la norma relativa al concepto de "de hecho". Los redactores de esta disposición reconocieron que para que una subvención esté "de hecho" supeditada a las exportaciones se deberán tener en cuenta los hechos particulares que rodeen la concesión de la ayuda. Como se establece en la nota 4 al párrafo 1 a) del artículo 3, la norma relativa al concepto de "de hecho" se cumple "cuando *los hechos* demuestran" que la concesión de una subvención está vinculada a las exportaciones o los ingresos de exportación reales o previstos.

7.116 A juicio de los Estados Unidos, resulta claro que se espera que el Grupo Especial examine todos los hechos que rodean a la concesión de la subvención, cualesquiera sean éstos. Los redactores del Acuerdo podrían haber enumerado exactamente *cuáles* son los hechos o los factores que se deben examinar, como hicieron en otras partes del Acuerdo. Sin embargo, en este caso no se ha puesto esa limitación. Por lo tanto, el Grupo Especial debe tener en cuenta toda la información necesaria para realizar una "evaluación objetiva de los hechos, de la aplicabilidad de los acuerdos abarcados pertinentes y de la conformidad con éstos", según lo establecido en el artículo 11 del ESD.

7.117 Los Estados Unidos sostienen que un enfoque caso por caso es plenamente compatible con los requisitos del artículo 11 del ESD. El Grupo Especial podría incluso utilizar a este respecto la experiencia de otros grupos especiales y del Órgano de Apelación en la interpretación y aplicación del artículo III del GATT de 1994 en casos de discriminación *de facto*. En su informe correspondiente al asunto *Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas* ("*Japón - Bebidas alcohólicas*") el Órgano de Apelación respaldó explícitamente la aplicación de un enfoque caso por caso en tales diferencias:

Convenimos con la práctica seguida en el marco del GATT de 1947 de determinar caso por caso si los productos importados y nacionales son "similares" [...]

[...] Al aplicar los criterios citados en el informe sobre los *ajustes fiscales en frontera* a los hechos de cualquier caso determinado y examinar otros criterios que también podían ser pertinentes en ciertos casos, los grupos especiales sólo pueden aplicar su mejor criterio para determinar si en realidad los productos son "similares". Esto entrañará siempre un elemento inevitable de apreciación personal, discrecional.⁹⁴

7.118 Los Estados Unidos sostienen que el trazado de una línea entre la discriminación *de facto* y las medidas o los reglamentos fiscales legítimos en el plano nacional es una tarea que, en cierto sentido, es la tarea que este Grupo Especial tiene ante sí; ahora bien, otros grupos especiales han mostrado en el pasado que era posible realizar la tarea de reunir y evaluar los hechos, y adoptar conclusiones jurídicas sobre la base de su mejor criterio para evaluar esos hechos.

7.119 Los Estados Unidos sostienen que el examen por el Grupo Especial de las subvenciones a la exportación supeditadas de hecho a la exportación presenta también analogías con el examen realizado por otros grupos especiales para dilucidar si la tributación discriminatoria es protectora por naturaleza. Como expresó el Órgano de Apelación en el asunto *Japón - Bebidas alcohólicas*:

⁹⁴ WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11AB/R, adoptado el 1º de noviembre de 1996, páginas 24 y 25.

[...] estimamos que, para examinar en cualquier otro caso si se ha aplicado una tributación desigual de manera que se otorgue protección, es necesario un análisis completo y objetivo de la estructura y la aplicación de la medida de que se trate a los productos nacionales en comparación con los importados. Consideramos que es posible examinar objetivamente los criterios subyacentes utilizados en una medida determinada, su estructura y su aplicación global para evaluar si se aplica de manera que otorgue protección a los productos nacionales.

Si bien es cierto que el objeto de una medida quizá no puede evaluarse fácilmente, sin embargo su aplicación con fines de protección puede, la mayoría de las veces, discernirse a partir del diseño, la arquitectura y la estructura reveladora de la medida. La propia magnitud de la diferencia impositiva en un caso particular puede constituir prueba de esa aplicación protectora, como acertadamente concluyó el Grupo Especial en este caso. La mayoría de las veces habrá otros factores que hayan de considerarse también. Al hacer esta averiguación, los grupos deben tener plenamente en cuenta todos los hechos pertinentes y todas las circunstancias relevantes de cualquier caso dado.⁹⁵

7.120 Los Estados Unidos sostienen que el Grupo Especial debe determinar si *estas* subvenciones están de hecho "vinculadas a" los resultados de exportación, examinando la totalidad de los hechos y circunstancias de este caso. Para discernir objetivamente si existe una vinculación se puede recurrir a los antecedentes, el diseño, la arquitectura y la estructura de las subvenciones, corroborados por declaraciones públicas de funcionarios gubernamentales, declaraciones de la rama de producción que se beneficia de las subvenciones, el nivel de las exportaciones realizadas por el beneficiario y otras pruebas pertinentes. Como se ha expresado anteriormente, la nota 4 al artículo 3 indica que el Grupo Especial debe examinar los hechos, mediante la expresión de que la norma relativa a la supeditación "*de facto*" se cumple "cuando *los hechos* demuestran" que la concesión de una subvención está vinculada a las exportaciones o los ingresos de exportación reales o previstos. Los Estados Unidos alegan que incluso Australia está de acuerdo en que la determinación de una violación del artículo 3 supone "demostrar que el acto de otorgar la subvención está vinculado a las ventas de exportación".

7.121 Los Estados Unidos observan que este enfoque es también compatible con la sugerencia formulada por la Comunidad Europea durante las negociaciones de la Ronda Uruguay, en el sentido de que las subvenciones a la exportación *de facto* son aquellas en las que "los hechos de los que el gobierno tenía conocimiento -o debía evidentemente haberlo tenido- en el momento de otorgar la subvención demuestran que ésta, sin que se la haya hecho depender expresamente de la actuación exportadora, tenía en realidad por finalidad aumentar las exportaciones".⁹⁶

7.122 Los Estados Unidos sostienen que se debe rechazar la opinión de Australia, de que sólo existen subvenciones supeditadas "de hecho" cuando ellas están *explícitamente* vinculadas a la exportación o los ingresos de exportación por algún medio tal como una medida administrativa, porque ello fusionaría las categorías de las subvenciones "supeditadas *de jure*" y las subvenciones "supeditadas *de facto*". A juicio de los Estados Unidos, la interpretación propuesta por Australia

⁹⁵ *Ibid*, páginas 34 y 35; los Estados Unidos sostienen que este pasaje fue también citado con aprobación en el informe del Órgano de Apelación que examinó el asunto *Canadá - Determinadas medidas que afectan a las publicaciones*, WT/DS31/AB/R, adoptado el 30 junio de 1997, página 34.

⁹⁶ MTN.GNG/NG10/W/31, 27 de noviembre de 1989, *Elementos del marco para las negociaciones - Comunicación de la Comunidad Europea*, prueba documental N° 57 de los Estados Unidos.

eliminaría en la práctica los elementos que hacen alusión a la supeditación "de hecho" del Acuerdo SMC, con lo que se anularía parcialmente la finalidad de la prohibición contenida en el artículo 3. La distinción entre la supeditación "*de jure*" y la supeditación "*de facto*" ("in law" e "in fact", respectivamente, en la versión inglesa), consiste en que las subvenciones supeditadas *de jure* están supeditadas explícitamente a las exportaciones y las segundas están supeditadas de manera implícita. Los Estados Unidos sostienen que la diferencia entre ambas no consiste, como sugiere Australia, en el hecho de que la supeditación aparezca en la legislación o en algún otro tipo de instrumento administrativo.

7.123 Los Estados Unidos sostienen asimismo que la posición de Australia no se ve respaldada por los antecedentes de la negociación de la disposición. Estos antecedentes demuestran que la distinción entre una subvención a la exportación supeditada "*de facto*" o "*de jure*" es que la primera no supedita *expresamente* de modo alguno la concesión del beneficio a los resultados de exportación. La norma relativa a la supeditación "*de facto*" se incluyó porque a los países que negociaban el Acuerdo sobre la OMC les preocupaba el hecho de que limitar su prohibición a las subvenciones supeditadas de manera *expresa* a las exportaciones permitiría que los gobiernos eludieran las sanciones del párrafo 1 a) del artículo 3 simplemente omitiendo toda referencia explícita a los resultados de exportación al definir el beneficio. Como advirtió la Comunidad Europea: "la experiencia ha demostrado que las prácticas gubernamentales pueden fácilmente manipularse o modificarse con el fin de evitar [una] prohibición [*de jure*]" [...] ⁹⁷ La prohibición de las subvenciones "que se hagan depender *de jure* (es decir, expresamente) de la actuación exportadora es susceptible de elusión".⁹⁸ Como resultado de estas preocupaciones, se incluyeron como subvenciones prohibidas tanto las subvenciones a la exportación supeditadas "*de jure*" -en las que la ayuda gubernamental está "supeditada expresamente" a los resultados de exportación- como las subvenciones a la exportación supeditadas "*de facto*", en las que el requisito de exportación no es explícito.

7.124 Los Estados Unidos sostienen que, además, la imposición del criterio de que las subvenciones a la exportación prohibidas son sólo aquellas que están supeditadas explícitamente a las exportaciones anularía el propósito de prohibir las subvenciones a la exportación "*de facto*". Si se exigieran declaraciones expresas de supeditación a las exportaciones tanto para las subvenciones supeditadas "*de jure*" como "*de facto*", los gobiernos podrían fácilmente eludir la prohibición contenida en el artículo 3, simplemente suprimiendo las referencias explícitas al requisito de supeditación a las exportaciones. Este es justamente el tipo de "manipulación" que la disposición sobre la supeditación "*de facto*" se propone evitar. Como el Acuerdo SMC concede una importancia extraordinaria a las subvenciones a la exportación y las prohíbe (en lugar de declararlas simplemente recurribles), parece improbable que los negociadores hubieran deseado permitir a los países la posibilidad de evitar eludir sus obligaciones mediante una redacción ingeniosa. Por lo tanto, la interpretación propuesta por Australia se debe rechazar, porque es contraria a los antecedentes y a la finalidad de la disposición.

7.125 Los Estados Unidos mantienen que, como Australia alega que tanto las subvenciones supeditadas "*de jure*" ("in law") como "*de facto*" ("in fact") deben contener declaraciones expresas de supeditación a las exportaciones, se ve obligada a encontrar otra diferencia entre estos dos tipos de subvenciones prohibidas. Por consiguiente, Australia sugiere que las subvenciones supeditadas "*de jure*" a las exportaciones son las creadas mediante la legislación o los reglamentos, mientras que las subvenciones supeditadas "*de facto*" a las exportaciones son aquellas establecidas en instrumentos administrativos no legislativos. Australia propone que sólo se puede constatar la existencia de una subvención supeditada "*de facto*" a las exportaciones si: 1) el documento que establece la ayuda gubernamental tiene la forma de un instrumento administrativo, y 2) ese instrumento contiene una

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ *Ibid.*

declaración expresa de que la ayuda está supeditada a las exportaciones. A juicio de los Estados Unidos, resulta obvio que Australia ha elaborado este criterio a fin de que los instrumentos que conceden las subvenciones a Howe queden excluidos de la definición de las subvenciones a la exportación prohibidas. No obstante, el intento de Australia de distinguir entre las subvenciones supeditadas "*de jure*" y "*de facto*" sobre la base del *tipo de documento* en el que se anuncia la ayuda gubernamental debe ser rechazado.

7.126 Los Estados Unidos expresan que la teoría de Australia carece de un fundamento racional. No existe ninguna diferencia *efectiva* entre una disposición gubernamental incluida en una ley, en un reglamento o en un documento emitido por un funcionario gubernamental debidamente autorizado bajo la forma de un instrumento administrativo o una orden ejecutiva. Todos ellos son emitidos por una entidad o un funcionario gubernamental que tienen la autoridad legal necesaria para exigir el cumplimiento de sus términos. Todos tienen fuerza legal y deben ser acatados por las entidades públicas y los ciudadanos privados del país. Por lo tanto, el rasgo distintivo entre las subvenciones supeditadas "*de jure*" o "*de facto*" no puede residir en el tipo de documento en que se otorga la subvención, si no en el hecho de que el otorgamiento del beneficio esté expresamente o de hecho vinculado a los resultados de exportación.

7.127 Por último, los Estados Unidos alegan que, contrariamente al argumento de Australia, los Estados Unidos no sugieren una ampliación de la definición de las subvenciones a la exportación prohibidas mediante la creación de un criterio sobre un "nivel de exportaciones, no definido" o sobre los "efectos en el comercio". Australia basa su alegación en su opinión de que la argumentación de los Estados Unidos se funda en el hecho de que un cierto nivel no definido de exportaciones realizadas por una empresa indicaría que se trata de una subvención prohibida. El examen del nivel de exportaciones del beneficiario no transforma una subvención a la exportación supeditada "*de facto*" en un caso relativo a los "efectos en el comercio". El nivel de las exportaciones de una empresa es meramente uno de los factores que se han de considerar para determinar si esa empresa ha recibido una subvención a la exportación prohibida. La nota 4 al artículo 3 no impide examinar el nivel de las exportaciones, sino que simplemente prohíbe que una constatación de subvención a la exportación prohibida se base *únicamente* en el nivel de las exportaciones. En realidad, la referencia explícita al nivel de las exportaciones que figura en el artículo 3 parece indicar que los redactores contemplaron concretamente la posibilidad de que el nivel de las exportaciones se tuviera en cuenta para determinar la existencia de una subvención supeditada "de hecho".

7.128 Según los Estados Unidos, existe una diferencia considerable entre examinar si una subvención estaba vinculada a las exportaciones en la época en que se otorgó la subvención (como resulta necesario en el caso de una subvención "de hecho") y lo que sucede después de la concesión de la subvención (como sucede en el caso de una subvención recurrible). En el caso de las subvenciones recurribles se examinan los efectos desfavorables de la subvención que se manifiestan en el daño causado a la rama de producción nacional de otro Miembro, la anulación o menoscabo de las ventajas resultantes para otro Miembro, o el perjuicio grave a los intereses de otro Miembro.⁹⁹ La definición de "perjuicio grave" también tiene en cuenta las consecuencias de una subvención, por ejemplo si los productos subvencionados desplazan los productos de otros Miembros en el país que concede la subvención o en el mercado de un tercer país, si se ha producido una significativa subvaloración de precios, o si la subvención de un producto primario ha tenido por efecto el aumento de su participación en el mercado mundial.¹⁰⁰ Con independencia del criterio utilizado, en todos estos análisis se examinan los efectos de la subvención *después* de su otorgamiento. No se abordan los hechos tal como existían en la época de la concesión de la subvención.

⁹⁹ Acuerdo SMC, artículo 5.

¹⁰⁰ Acuerdo SMC, párrafo 3 del artículo 6.

7.129 Los Estados Unidos sostienen que ningún elemento de los argumentos que ha presentado sugieren que una subvención se deba considerar necesariamente como "subvención a la exportación" simplemente porque las exportaciones hayan aumentado después de la concesión de la misma. En el caso presente, el Grupo Especial debe examinar los hechos en los que se basó la decisión de conceder la ayuda, que existían en la época en que el gobierno adoptó la decisión, y si la decisión estaba vinculada a la exportación o los ingresos de exportación reales o previstos. Los Estados Unidos no han sugerido que, en este caso o en algún caso futuro, el aumento de las exportaciones después de la concesión de una subvención podría modificar retroactivamente la naturaleza de la subvención. Por lo tanto, los Estados Unidos no han utilizado un criterio relativo a los "efectos en el comercio" para argumentar a favor de un caso de subvención supeditada "de hecho" a las exportaciones. En cambio, el Gobierno de los Estados Unidos ha presentado pruebas sobre los resultados de exportación de Howe en la época en que se adoptó la decisión de conceder las subvenciones, y sobre las previsiones de los resultados de exportación de Howe en dicha época. Estas pruebas cumplen la norma establecida para determinar la existencia de una subvención supeditada "*de facto*" a las exportaciones, establecida en la nota 4 al párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC que, según se explicó *supra*, autoriza que se examine el nivel de las exportaciones de una empresa.

7.130 **Australia** expresa que el párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC sólo prohíbe las subvenciones supeditadas a los resultados de exportación, es decir, las que favorecen a las exportaciones con respecto a las ventas internas. Australia hace notar que los Estados Unidos han seguido citando de forma selectiva el documento presentado por la CE en las negociaciones de la Ronda Uruguay (MTN/GNG/NG10/W/31), omitiendo los comentarios de la CE que subrayan que la cuestión planteada en ese documento respecto de las subvenciones a la exportación *de jure* y *de facto* se refería a las subvenciones que favorecen a las exportaciones.

7.131 Australia sostiene asimismo que los Estados Unidos describen equívocamente los argumentos presentados por Australia con respecto a la supeditación "de hecho", al afirmar que ello significaría suprimir en la práctica la supeditación "de hecho" en el Acuerdo SMC. Al parecer, los Estados Unidos consideran que la expresión "in law" de la versión inglesa es sinónima de "expresamente". Australia alega que, por supuesto, la expresión "in law" significa que la supeditación se debe indicar expresamente en un instrumento jurídico. No obstante, es muy posible que la concesión de una subvención se supedite expresamente a los resultados de exportación por medio de medidas administrativas, sin que ello se establezca expresamente en la legislación. Australia sostiene que el Grupo Especial debe examinar el significado de las expresiones "in law" e "in fact" en el Acuerdo SMC y no de qué manera consideran los Estados Unidos que las expresiones *de jure* y *de facto* se deben utilizar fuera del contexto de la OMC. Con arreglo a la *Convención de Viena*, es menester que el Grupo Especial examine el sentido corriente dado a la expresión "in law". Si estas palabras estaban destinadas a significar "expresamente" en el tratado, como los Estados Unidos parecen sugerir, así se habría dicho.

7.132 En opinión de Australia, el propósito de la disposición relativa a la supeditación "de hecho" es brindar un medio para abordar las situaciones en las que la administración de un programa de subvenciones autoriza el desembolso de fondos para favorecer las exportaciones, es decir, para otorgar a las empresas subvenciones supeditadas a los resultados de exportación. Interpretar de este modo la disposición no equivale a eliminar la norma sobre la supeditación "de hecho" del Acuerdo SMC, como sugieren los Estados Unidos. En cambio, según Australia, lo que se obtiene de este modo es lo siguiente: a) hacerla compatible con el texto del Acuerdo; b) hacerla compatible con el texto del artículo 11 del ESD, con arreglo al cual se deben considerar los asuntos planteados ante los grupos especiales; y c) hacerla compatible con una idea practicable y equilibrada del objeto y fin del párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC. Permitir que un caso en el que se plantea la violación de un acuerdo se gane mediante débiles argumentos deductivos estaría en contradicción con un sistema basado en normas. Un caso en el que se plantea la supeditación "de hecho" puede resultar a menudo difícil de probar. No obstante, el Acuerdo SMC prevé remedios rápidos y eficaces contra

los efectos desfavorables, a nivel multilateral y unilateral, en sus partes III y V. Al no darse las condiciones previstas en las partes III o V, es sumamente cuestionable que una argumentación débil, en la que no existen hechos que demuestren que la concesión de la medida estaba vinculada de hecho a los resultados de exportación, se pueda plantear con arreglo a la parte II del Acuerdo SMC.

7.133 Australia sugiere que podría ser útil examinar un par de posibles ejemplos en los que se aplicaría la disposición sobre la supeditación "de hecho", es decir, en los que la administración de un programa de subvenciones permitiría el desembolso de subvenciones para favorecer las exportaciones. Se puede imaginar todo número de construcciones hipotéticas de esta especie, por ejemplo:

- a) los administradores de un plan tienen facultades para determinar la cuantía de la subvención que se concede a una empresa particular y a basarse para ello en las exportaciones en lugar de otros criterios, tales como las inversiones o la producción; o
- b) los administradores de un plan tienen facultades para discriminar entre las empresas de la misma rama de producción, no pagando la subvención a menos que se cumplan objetivos concretos de exportación.

7.134 Australia mantiene que la expresión "in law" de la versión inglesa significa simplemente lo que la expresión indica: "de derecho". El texto del párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC establece una distinción entre "in law" e "in fact". Si el propósito hubiera sido formular una distinción entre "explícito" e "implícito", es decir, entre "expresamente" y algún criterio sobre los efectos en el comercio, como parecen sugerir los Estados Unidos, el texto así lo hubiera dicho. Por ejemplo, podría haberse referido a las "subvenciones supeditadas, explícita o implícitamente, a los resultados de exportación" con una nota similar a la nota 4 respecto del término "implícitamente". Sin embargo, el texto no dice esto, sino que establece una distinción entre las expresiones "in law" e "in fact" y en ambos casos debe existir una vinculación efectiva con los resultados de exportación.

7.135 Según Australia no cabe suponer que las normas de la OMC en materia de infracciones se refieran a apreciaciones subjetivas, por parte de los grupos especiales, sobre los efectos en el comercio o al intento de adivinar lo que los Ministros podrían haber pensado dos años atrás. El párrafo 1 a) del artículo 3 y la nota 4 del Acuerdo SMC establecen que un grupo especial debe adoptar una conclusión, demostrada por medio de una evaluación objetiva de los hechos, en el sentido de que la concesión de una subvención está supeditada a los resultados de exportación, aunque ello pudiera no estar exigido por la legislación.

7.136 Australia sostiene que, en un sentido corriente, todo grupo especial debe realizar un examen y un análisis caso por caso de la diferencia que se le ha planteado. No obstante, la cuestión planteada en el caso presente consiste en dilucidar si el resultado del examen puede tener un carácter arbitrario y variar de un grupo especial a otro, o si debe existir la coherencia y certidumbre normales exigidas por un sistema basado en normas con respecto a la soberanía de los Miembros para adoptar medidas que no son explícitamente incompatibles con el Acuerdo sobre la OMC. El importante principio que está en juego es la necesidad, en el marco de un sistema basado en normas, de que los gobiernos actúen de buena fe para que sea posible determinar la compatibilidad de sus medidas con las normas de la OMC, antes de su aplicación, y sin necesidad de que exista una diferencia ni una decisión por parte de un grupo especial. A menos que un gobierno pueda conocer con antelación cuáles son sus obligaciones, se encontrará en una situación en la que se correría el riesgo de un desprestigio de las normas. En rigor, el párrafo 2 del artículo 3 del ESD establece que: "[e]l sistema de solución de diferencias de la OMC es un elemento esencial para aportar *seguridad y previsibilidad* al sistema multilateral de comercio". (Las cursivas son de Australia.)

7.137 Australia reitera que en la versión inglesa del párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC se utilizan las expresiones "in law" e "in fact" y que la expresión "in fact" está limitada por medio de la nota 4 del citado Acuerdo. Nada en el sentido corriente de las expresiones ni en la historia de su redacción sugiere que dichas expresiones significan otra cosa que "mediante un instrumento legislativo" o, como otra modalidad, mediante algún tipo de medida administrativa. En realidad, el texto exige que un reclamante pruebe que "los hechos demuestran [...] está de hecho vinculada". No se exige un juicio arbitrario, sino que más bien se expresa la necesidad de que el reclamante pruebe su alegación de que la concesión de la subvención está efectivamente vinculada a la exportación o los ingresos de exportación.

7.138 Según Australia, el Acuerdo SMC no señala qué hechos se deben tener en cuenta porque lo que se debe demostrar es una vinculación real, y, por tanto, lo que se debía señalar era que la concesión de la subvención debía estar "vinculada a las exportaciones o los ingresos de exportación reales o previstos". Estos son los elementos que se deben indicar, y se deben indicar de manera exhaustiva. El texto no menciona ninguna alta proporción de beneficios que favorezcan a las exportaciones, ni la incidencia de la subvención en relación con las exportaciones. Podría haber dicho esto, y los Estados Unidos lo propusieron durante las negociaciones de la Ronda Uruguay, pero el texto no lo dice. En cambio, el texto definitivo exige una demostración fáctica, es decir, una demostración objetiva de que la concesión de la subvención está vinculada a la exportación o los ingresos de exportación.

7.139 Australia toma nota de la cita realizada por los Estados Unidos respecto del informe del Órgano de Apelación en el asunto *Japón - Bebidas alcohólicas*, en el sentido de que el examen requiere "un análisis completo y objetivo" y que "es posible examinar objetivamente los criterios subyacentes [...] para evaluar si se aplica de manera que otorgue protección a los productos nacionales".¹⁰¹ Australia expresa que se trata de una evaluación objetiva de las consecuencias de la medida fiscal. La primera frase del segundo párrafo de la cita del informe del Órgano de Apelación realizada por los Estados Unidos¹⁰² subraya que lo que está en cuestión es la medida en sí misma y no una evaluación subjetiva del propósito de la misma. Además, a juicio de Australia, en este caso el Órgano de Apelación subraya que "[l]a tributación diferente debe ser más que *de minimis*".¹⁰³ Esto es bastante distinto de lo que sucede en la presente diferencia, en la que no se discute la concesión de una protección superior a los niveles *de minimis*, sino el cumplimiento de la norma establecida en la nota 4 del Acuerdo SMC. Se puede esperar que un gobierno conozca las consecuencias de diferentes medidas impositivas sobre los productos. Sin embargo, no cabe esperar que prevea la opinión que podría tener un grupo especial sobre la incidencia de una subvención interna.

7.140 Australia observa que los Estados Unidos expresan que el Grupo Especial debe, entre otras cosas, examinar "el diseño, la arquitectura y la estructura de las subvenciones", utilizando la frase empleada por el Órgano de Apelación en el asunto *Japón - Bebidas alcohólicas*.¹⁰⁴ Si se lee la cita teniendo en cuenta el contexto, el Órgano de Apelación, al utilizar el término "diseño" no se refería al "proceso de diseñar", ya que esto equivaldría a desentrañar el propósito del gobierno en cuestión. El "diseño, la arquitectura y la estructura de las subvenciones" sólo se puede referir a la estructura

¹⁰¹ WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adoptado el 1º de noviembre de 1996, página 34.

¹⁰² *Ibid.* Esta frase expresa lo siguiente: "Si bien es cierto que el objeto de una medida quizá no puede evaluarse fácilmente, sin embargo su aplicación con fines de protección puede, la mayoría de las veces, discernirse a partir del diseño, la arquitectura y la estructura reveladora de la medida."

¹⁰³ *Ibid.*, página 34.

¹⁰⁴ WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adoptado el 1º de noviembre de 1996.

jurídica de las medidas relativas a las subvenciones y a su administración, y no a la cuestión de la intención o a medidas anteriores. Australia está de acuerdo en que es menester que el Grupo Especial examine los contratos, lo que ellos dicen realmente y la manera en que fueron administrados.

7.141 Australia alega que los Estados Unidos presentan erróneamente la posición de Australia con respecto a la diferencia entre las expresiones "in law" e "in fact". Estas expresiones son diferentes. Australia considera que para que se cumpla la norma relativa a la supeditación "in law" se debe tratar exactamente de eso: la supeditación a los resultados de exportación debe estar establecida en la legislación. Ello se desprende claramente de la nota 4 del Acuerdo SMC, que se refiere a la supeditación *de jure*. La supeditación "de hecho", en cambio, se realizaría mediante la adopción de medidas administrativas explícitas, en lugar de establecerse en la legislación. El reclamante tiene la obligación de probar que esto es así. La forma en que el reclamante demuestra la existencia de tales medidas administrativas dependerá de cada caso.

7.142 Australia sostiene que del argumento presentado por los Estados Unidos se desprende claramente que los Estados Unidos entienden erróneamente el argumento formulado por Australia, ya que interpretan que, a juicio de Australia, sólo se puede constatar la existencia de exportaciones supeditadas "de hecho" si: 1) el documento que establece la ayuda gubernamental tiene la forma de un instrumento administrativo, y 2) ese instrumento contiene una declaración expresa de que la ayuda está supeditada a las exportaciones. Australia no ha dicho que tiene que existir un documento en el que se establece la ayuda gubernamental, y no está segura de qué quieren decir los Estados Unidos cuando se refieren al "documento [que] tiene la forma de un instrumento administrativo". Quizá hay aquí un problema idiomático. Además, Australia ciertamente no dice que "ese instrumento [cualquiera sea su significado] contiene una declaración expresa [...]".

7.143 Australia alega que la concesión de cualquier subvención tiene una base jurídica y debe ser administrada en alguna medida, aunque esta última se limite a la verificación de la documentación y el libramiento de los cheques. Para que se cumpla la norma relativa a la supeditación "de jure", la concesión de la subvención debe haberse "supeditado *de jure*" a los resultados de exportación. En cambio, la norma relativa a la supeditación "de hecho" se cumple cuando esa concesión está también supeditada a los resultados de exportación, pero esto se hace administrativamente, sin que exista una supeditación *de jure*. Por ejemplo, el instrumento administrativo podría conceder facultades discrecionales a un ministerio para entregar fondos a las empresas sobre la base de sus ingresos de exportación en el período anterior. Desde el punto de vista conceptual, esto se puede realizar de muchas maneras. Sin embargo, los pagos deben estar efectivamente vinculados a la exportación o los ingresos de exportación, sean futuros o pasados, y esta vinculación debe ser directa y no el resultado de una repartición teórica realizada por el reclamante entre las ventas internas y las ventas de exportación debido a que la empresa realiza exportaciones.

7.144 Australia insiste en que no ha dicho que el reclamante debe encontrar un documento que contenga una vinculación explícita, ya que este sería un umbral muy elevado y contrariaría el propósito de evitar la elusión. No obstante, el reclamante debe probar que la administración de la concesión de la subvención entraña alguna forma de vinculación explícita.

7.145 Con respecto al argumento de los Estados Unidos, en el sentido de que ofrecieron pruebas sobre el alto nivel de exportaciones de Howe para demostrar cuál era el criterio del Gobierno australiano *en la época* en que se concedió la ayuda, Australia sostiene que los Estados Unidos aclaran que su argumento jurídico se refiere sólo a lo que se podría considerar como tendencias de exportación futuras en la época en que se ejecutaron los contratos. Por lo tanto, Australia supone que "en la época en que se concedió la ayuda" significa la época de ejecución de los contratos y no la época en que se adoptaron las decisiones de realizar los pagos después del primer pago correspondiente al contrato de subvención. Al parecer, a los Estados Unidos no les preocupa lo que sucede posteriormente. A juicio de Australia, esto parece demostrar también que el argumento de los

Estados Unidos no es sino un criterio relativo al nivel de exportaciones como criterio fundamental, y no una demostración de que la concesión de la subvención está efectivamente vinculada a la exportación o los ingresos de exportación. Si los resultados de exportación efectivos, posteriores al establecimiento de un programa, no son pertinentes, ni tampoco lo son con respecto a los pagos futuros, entonces no existe vinculación. Los Estados Unidos ni siquiera argumentan acerca de las repercusiones efectivas en las exportaciones, y mucho menos sobre la cuestión jurídica de si la concesión está vinculada a los resultados de exportación.

7.146 Australia sostiene que los Estados Unidos afirman que sus argumentos no se refieren a lo que sucede efectivamente con las exportaciones después de la ejecución de los contratos. Esto significaría que si el Grupo Especial considerara que lo que está en cuestión no es la concesión del contrato de subvención, sino la concesión de las subvenciones con arreglo al contrato de subvención, los Estados Unidos considerarían que sus argumentos no serían aplicables.

7.147 En lo que respecta a los comentarios formulados por los Estados Unidos, en el sentido de que existe una diferencia considerable entre examinar si una subvención está vinculada a las exportaciones en la época en que fue concedida y lo que sucede después de la concesión de la misma, Australia sostiene que la cuestión de la prohibición establecida en el párrafo 1 a) del artículo 3 se debe interpretar estrictamente. En la parte III del Acuerdo SMC se prevén acciones multilaterales con respecto a los efectos desfavorables, con inclusión de los efectos desfavorables causados por las exportaciones. El Acuerdo SMC prevé la posibilidad de acciones, en sus partes III y V, cuando las exportaciones causen efectos desfavorables, en particular cuando existe un aumento de las exportaciones que causa un perjuicio grave. En tales circunstancias, especialmente cuando resulta aplicable el párrafo 1 a) del artículo 6 del Acuerdo SMC, el aumento de las exportaciones constituirá por lo general un caso de perjuicio grave difícil de refutar. Existe el siguiente principio de interpretación:

[u]no de los corolarios de la "regla general de interpretación" de la *Convención de Viena* es que la interpretación ha de dar sentido y ha de afectar a todos los términos del tratado. El intérprete no tiene libertad para adoptar una lectura que haga inútiles o redundantes cláusulas o párrafos enteros de un tratado.¹⁰⁵

Australia sostiene que la norma relativa a la supeditación "de hecho" contenida en el párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC no es aplicable a todos los casos en que las exportaciones causan daño, sino a las situaciones de supeditación "in law or in fact", tal como Australia las ha descrito. Los Miembros disponen de la parte III del Acuerdo SMC para procurar soluciones multilaterales en otros casos.

b) Consideraciones operativas

7.148 **Australia** añade que, aparte de la cuestión del mantenimiento del equilibrio de derechos y obligaciones negociados en la Ronda Uruguay, una cuestión fundamental es asegurar que la interpretación de las disciplinas previstas en el párrafo 1 a) del artículo 3 sea practicable. No se trata de una situación en la que las normas de la OMC se aplican por medio de la legislación nacional, como en el caso de las medidas compensatorias. En ese caso, los legisladores y los tribunales nacionales coincidirán en disposiciones prácticas que estén en conformidad con las obligaciones dimanantes de la OMC. Las obligaciones de los funcionarios son de carácter nacional y consisten en aplicar la legislación nacional, con sujeción a un examen judicial. La situación es bastante diferente

¹⁰⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Gasolina*, WT/DS2/AB/R, aprobado el 20 de mayo de 1996, página 28.

cuando los funcionarios tienen que prestar asesoramiento a su gobierno, y los ministros deben adoptar decisiones sobre ese asesoramiento, con respecto a la conformidad de los nuevos programas propuestos con las normas de la OMC. Por supuesto, la legislación sobre derechos compensatorios también debe someterse a este proceso cuando las modificaciones se introducen, pero no de manera cotidiana cuando se aplican en el plano nacional. Ahora bien, en el caso de las políticas industriales sobre bienes, servicios y propiedad intelectual, los funcionarios deben prestar asesoramiento cada día sobre la compatibilidad de las nuevas propuestas de políticas con la OMC.

7.149 Australia subraya que es fundamental que los funcionarios estén en condiciones de prestar asesoramiento sobre la base de normas precisas. Australia acepta que, en las etapas iniciales, puedan existir algunas diferencias de opinión sobre las normas, sin que se tenga la certeza absoluta de que esa posibilidad de criterios distintos se mantendrá después de una diferencia. Sin embargo, esto no se asemeja en nada a una situación en la que algún tipo de criterio *de facto* haría prácticamente imposible el prestar un asesoramiento preciso.

7.150 Australia expresa que desde hace mucho tiempo en el GATT, y actualmente en la OMC, existe siempre un pequeño riesgo de que se plantee un caso de no violación de las normas. Australia sostiene que los funcionarios gubernamentales prestan asesoramiento sobre esto cuando se les solicita, por ejemplo, en materia de subvenciones, con relación a las consolidaciones. Sin embargo, esto no supone un compromiso dimanante de un tratado. Los Ministros tienen que saber si una medida supondría la violación de un tratado. Ellos pueden aceptar que podrían presentarse reclamaciones en casos de no violación, pero esto es absolutamente diferente de un caso de violación de un compromiso derivado de un tratado. Si la presente diferencia diera lugar a un resultado con arreglo al cual el gobierno de un Miembro no podría tener nunca certeza acerca de lo que es compatible con las obligaciones dimanantes de la OMC, excepto no tener ninguna política, este resultado serviría para desprestigiar el sistema. Los gobiernos no pueden aceptar que las subvenciones o algún otro instrumento de política van a ser de algún modo prohibidos por una medida que se ha hecho entrar por la ventana. En realidad, un resultado posible es que los gobiernos comenzarán a despreocuparse en lugar de prestar mayor atención.

7.151 Australia sostiene que la estructura del Acuerdo SMC estaba destinada a brindar mayor certidumbre a los gobiernos en cuanto a la concesión de subvenciones. El objeto de definir una subvención era brindar mayor certidumbre acerca del tipo de medidas que podían ser objeto de una acción multilateral o de medidas compensatorias. La finalidad de la distinción "roja/ámbar/verde" consistió también en ofrecer un refugio seguro a las subvenciones "verdes" y brindar una solución más eficaz para los casos de efectos desfavorables. En realidad, hubo escasos cambios en la categoría de subvenciones prohibidas. Las subvenciones a las que se refiere el párrafo 1 b) del artículo III del Acuerdo SMC ya estaban abarcadas (aparte de las excepciones del GATT) por el artículo III del GATT (o incluso también, en el marco de la OMC, por el párrafo 1 del Anexo al Acuerdo sobre las Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio). Toda interpretación que hiciera retroceder los límites del párrafo 1 a) del artículo III del Acuerdo SMC colocaría nuevamente a los gobiernos y a la industria en una situación de gran incertidumbre con respecto a las acciones futuras en el marco de la OMC.

7.152 Australia sostiene que los gobiernos y la industria pueden aceptar normas que se apliquen a todos los Miembros, siempre que conozcan las normas básicas y que la situación de las medidas propuestas sea clara. Todos los Miembros tendrían dificultades para tratar una situación en la que habría incertidumbre hasta que se planteara una impugnación en el marco de la OMC. La situación llegaría a ser absurda si, además, el éxito de la impugnación dependiera de acontecimientos económicos o de artículos de prensa. Los problemas se agravarían aún si se considerase que la aplicación de las normas es diferente para los Miembros pequeños y para los grandes. Sería un retroceso para la OMC el hecho de que los Miembros que tienen grandes mercados internos y numerosas empresas quedaran implícitamente sometidos a normas diferentes de las aplicadas a los

Miembros más pequeños que tienen mercados internos más reducidos, y posiblemente empresas vendedoras únicas, pero que dependen de otros mercados para su crecimiento, debido a factores económicos tales como los rendimientos a escala.

7.153 Australia recalca que es menester que el Grupo Especial tenga presente que, cualquiera sea el resultado del procedimiento de este Grupo Especial, debe dar lugar a un sistema operativo y practicable para los gobiernos que actúan de buena fe; en caso contrario, el régimen de subvenciones de la OMC se vería desprestigiado. Un gobierno sabe cuándo concede una mayor protección a determinados productos, como en el caso relativo al párrafo 2 del artículo III del GATT de 1994 citado por los Estados Unidos. En cambio, no podría conocer con antelación qué criterio adoptaría un grupo especial, si los argumentos presentados por los Estados Unidos fueran adoptados por el Grupo Especial y el Órgano de Apelación.

7.154 Australia añade que, de modo análogo, si un gobierno entrega fondos basándose en los resultados de exportación mediante una disposición administrativa, sabría que esto es así, y conocería que estaría violando sus obligaciones en el marco de la OMC. La situación resultaría clara para el gobierno en cuestión. En cambio, la posición de los Estados Unidos es que, incluso si un gobierno sabe que sus decisiones no tienen absolutamente nada que ver con las exportaciones, aun podría efectuarse una constatación de que este gobierno infringe sus obligaciones en el marco de la OMC. Un gobierno se encontraría ante una situación en la que, si una empresa, o algunas de las empresas de una rama de producción, están orientadas a la exportación o simplemente exportan, un grupo especial podría llegar a la conclusión de que las obligaciones de ese gobierno en el marco de la OMC se han violado de modo involuntario. Esta situación no es viable y subraya que el enfoque de los Estados Unidos en materia de interpretación de los tratados daría lugar a resultados absurdos.

7.155 Australia sostiene que, en un sistema basado en normas, los funcionarios deben estar en condiciones de prestar un asesoramiento claro a los gobiernos, respecto de si las propuestas son compatibles o no con las obligaciones dimanantes de la OMC, es decir, si podría haber una violación de las obligaciones derivadas de los tratados. Esto no se puede basar, por ejemplo, en el hecho de que algunas empresas de una rama de producción dependan de las exportaciones para su viabilidad. En todo país pequeño muchas empresas exportan y, con independencia de la proporción de sus productos que exportan, dependen de otros mercados para tener rentabilidad y algunas economías de escala. La posición de los Estados Unidos es que posiblemente una subvención otorgada a una empresa que no realiza exportaciones en absoluto ni tiene intención de hacerlo, puede ser una subvención a la exportación prohibida con arreglo al párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC. Este ejemplo subraya que la lógica de los Estados Unidos puede conducir a un gran número de situaciones absurdas.

7.156 Australia reitera que un sistema basado en normas debe brindar una orientación clara a los gobiernos acerca de la naturaleza de sus obligaciones en el marco de la OMC. Los gobiernos pueden aceptar que, cuando la evolución del mercado da lugar a alegaciones sobre efectos desfavorables por parte de otros Miembros, pueden plantearse casos de no violación, con inclusión de los casos previstos en la parte III del Acuerdo SMC, o bien las exportaciones pueden someterse a derechos compensatorios. Esto no es nada nuevo. En cambio, los gobiernos encontrarán difícil de aceptar una situación en la que no habría ninguna orientación, y en la que podrían violar sus obligaciones derivadas de tratados de manera prácticamente inadvertida y sin aviso previo.

7.157 Australia mantiene que la posición de los Estados Unidos sobre la norma relativa a la supeditación "de hecho" no ofrecerá a los Miembros ninguna orientación acerca de lo que podría constituir una subvención prohibida. Daría carta blanca para que se intentaran cerrar mercados mediante la utilización de la parte II del Acuerdo SMC. Cuando un Miembro sufre efectos desfavorables dispone de otras acciones, incluidas las medidas compensatorias, que están sometidas a normas detalladas. En realidad, prácticamente todo caso en que las importaciones subvencionadas

son de tal naturaleza que causan perjuicio grave en el mercado de un Miembro importador sería prueba suficiente para constituir una subvención a la exportación supeditada "de hecho" a las exportaciones, en opinión de los Estados Unidos. Esto haría que la parte III del Acuerdo SMC fuera en gran medida redundante, lo que sería incompatible con las normas corrientes de interpretación de los tratados.

7.158 Australia señala que, además, la manera en que los Estados Unidos han planteado la cuestión del Programa de Créditos a la Importación y el Plan de Facilitación de las Exportaciones suscita preocupación acerca del debido proceso legal. Estos planes no se aplican al cuero para automóviles. La opinión de los Estados Unidos, de que la naturaleza de un plan anterior afecta a la naturaleza jurídica de un plan posterior carece de todo fundamento. Ello haría mucho más difícil la tarea de los gobiernos de asegurar el cumplimiento de las obligaciones internacionales, y conceptualmente podría dar lugar a una situación absurda en la que dos Miembros podrían tener exactamente el mismo plan, pero su naturaleza jurídica sería distinta debido a las diferencias existentes en sus disposiciones anteriores. Esto subraya el carácter irrazonable de la posición de los Estados Unidos. Si el Grupo Especial llegase a alguna conclusión acerca de la situación jurídica de una medida que ya no está en vigencia y que nunca ha sido sometida a un grupo especial en el sistema de solución de diferencias del GATT o de la OMC, ello sería incompatible con el principio central de que las medidas adoptadas por los Miembros se presumen ajustadas a las normas, a menos que sean impugnadas con éxito con arreglo al procedimiento apropiado de solución de diferencias.

7.159 Los **Estados Unidos** responden que la naturaleza de las normas jurídicas consiste en que se redactan en términos generales y no se puede esperar que brinden criterios absolutamente claros para resolver concretamente todas las hipótesis posibles. Es por ello que existen normas de interpretación de los tratados para ayudar a resolver las cuestiones de interpretación, y los grupos especiales de solución de diferencias aplican las normas jurídicas generales a las situaciones fácticas particulares. Los redactores del Acuerdo SMC decidieron incluir una norma sobre la supeditación "de hecho" que, por su naturaleza, requiere para su aplicación un enfoque caso por caso y basado en los hechos. Para que la disposición sobre la supeditación "de hecho" contenida en el párrafo 1 a) del artículo 3 pueda cumplir la finalidad a la que ha sido destinada, esto es, prevenir la elusión de hecho de la prohibición jurídica contra las subvenciones a la exportación, es necesario adoptar un enfoque caso por caso. Si los redactores hubieran considerado que un enfoque caso por caso socavaría la estabilidad del sistema de la OMC, obviamente no habrían incluido en la prohibición una norma sobre la supeditación "de hecho".

7.160 Los Estados Unidos sostienen que, en el enfoque caso por caso, es inevitable cierta incertidumbre. Esta incertidumbre se reduce en alguna medida cuando la aplicación de dicha disposición es aclarada por las decisiones de los grupos especiales. Al realizar un análisis caso por caso, un grupo especial debe utilizar su mejor criterio para evaluar objetivamente los hechos del caso. Del mismo modo, al tratar de ajustar su conducta a los requisitos del Acuerdo SMC, un Miembro debe utilizar su mejor criterio para decidir si una subvención quedaría comprendida en la prohibición del artículo 3. Además, se podría utilizar el mismo tipo de argumentos con respecto a las determinaciones sobre discriminación *de facto* con arreglo al artículo III del GATT de 1994. No obstante, el Órgano de Apelación ha reconocido que este enfoque no socava la estabilidad ni la previsibilidad del sistema de la OMC, especialmente si se tiene en cuenta la ventaja que ofrece este enfoque, es decir, prevenir la elusión de la prohibición de que se trata.

4. Aplicación del párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC en la presente diferencia

a) "supeditadas *de jure* [...] a los resultados de exportación"

7.161 Los **Estados Unidos** afirman que, dado que se otorgó a Howe el nuevo conjunto de ayudas como una sustitución específica de las subvenciones *de jure* de los programas de exportación comprendidos en el Programa de Créditos a la Importación y el Plan de Facilitación de las Exportaciones del que la empresa fue excluida de conformidad con la solución alcanzada en noviembre de 1996, las nuevas subvenciones constituyen también subvenciones a la exportación *de jure*. En su primera comunicación por escrito dirigida al Grupo Especial, los Estados Unidos dijeron que no habían podido documentar plenamente que las nuevas subvenciones estuviesen supeditadas jurídicamente a los resultados de exportación de Howe debido a que, a pesar de las peticiones previas, el Gobierno australiano había rechazado proporcionar a los Estados Unidos copias de la propuesta de Howe al Gobierno australiano (y otros documentos concernientes a este asunto) que dieron lugar a la ayuda adicional o al acuerdo resultante entre el Gobierno australiano y Howe en el que se establecían las condiciones de los beneficios y los criterios para su obtención.¹⁰⁶

7.162 Los Estados Unidos estiman que el conjunto de subvenciones de sustitución concedido a Howe por el Gobierno australiano constituye una subvención prohibida a las exportaciones a tenor del artículo 3 del Acuerdo SMC; por ello, solicitaron que el Grupo Especial pidiese a Australia que presentase determinados documentos que probasen, *inter alia*, que el conjunto de ayudas constituía o no una subvención a la exportación *de jure* o *de facto*.

7.163 **Australia** afirma que los Estados Unidos no han presentado pruebas de que ninguna medida esté supeditada "*de jure*" a los resultados de exportación. Desde luego, en opinión de Australia, la cuestión del carácter "*de jure*" no es de la incumbencia del Grupo Especial, puesto que en el documento WT/DS126/1, si bien el término "*de jure* o *de facto*" es parte de una cita contenida en el segundo párrafo, el mandato está en función del tercer párrafo, donde únicamente se debate el asunto relativo al término "*de facto*". Australia observa que los Estados Unidos lo que plantean es la cuestión del carácter de la expresión "*in law*" (o que, más bien, hacen referencia a la expresión "*de jure*" presumiblemente en el sentido de la expresión "*in law*") en su primera comunicación por escrito al Grupo Especial. No obstante, no presentan pruebas y sus argumentos parecen ser los mismos que en el caso "*de facto*" es decir, que las medidas entraron en vigor al dejar de formar parte el sector del cuero para automóviles del Programa de Créditos a la Importación y del Plan de Facilitación de las Exportaciones. Ello no prueba la condición de la expresión "*in law*". Desde luego, afirma Australia, ello prueba que ni siquiera guarda relación con la demostración de la condición "*de facto*". Análogamente, los Estados Unidos optaron por no utilizar los procedimientos pertinentes de conformidad con el Acuerdo SMC (párrafo 8 del artículo 25) para recabar información por lo que difícilmente pueden argumentar amparándose en la falta de información.

b) "supeditadas [...] *de facto* a los resultados de exportación"

i) Aspectos generales

7.164 Los **Estados Unidos** afirman que aun cuando los contratos de donación y de préstamo presentados por Australia no prueben que el conjunto de ayudas de sustitución sea una subvención a la exportación *de jure*, el Grupo Especial debería constatar que la prohibición de las subvenciones a la exportación rige para situaciones similares a la que aquí se expone, es decir, a los casos en que existe una subvención; y a los casos en que esa subvención está supeditada *de facto* a los resultados de

¹⁰⁶ Esos documentos se proporcionaron al Grupo Especial y a los Estados Unidos en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial con las partes, de conformidad con los procedimientos adoptados por el Grupo Especial por los que se rige el tratamiento de información comercial de índole confidencial.

exportación. El Grupo Especial deberá determinar que las donaciones y el préstamo proporcionados a Howe por el Gobierno australiano constituyen subvenciones a la exportación *de facto* basándose en la totalidad de los hechos y circunstancias presentes en el presente asunto.

7.165 En opinión de los Estados Unidos, el nuevo conjunto de ayudas financieras tenía por finalidad específica compensar a Howe por las subvenciones a la exportación que había dejado de percibir de conformidad con el acuerdo de solución alcanzado con los Estados Unidos. Además, el Gobierno australiano pretendía que el nuevo conjunto de ayudas sirviese de apoyo a las exportaciones presentes y futuras de Howe. En el momento en que otorgó esas subvenciones, el Gobierno australiano era plenamente consciente de que Howe era ante todo una empresa exportadora y de que el mercado australiano de artículos de cuero para automóviles era muy reducido en comparación con el mercado de exportación existente y potencial para esos artículos. El Gobierno australiano conocía que, en 1997, las exportaciones representaban el 90 por ciento de las ventas de Howe. No podía existir duda de que el incremento de la producción que se había registrado en Howe se destinaría a la exportación, puesto que el pequeño mercado de cuero para automóviles australiano no podía absorber la producción que entonces tenía Howe, y mucho menos ningún incremento de las ventas o de la producción. Finalmente, la estructura del propio conjunto de ayuda ponía de manifiesto que las nuevas subvenciones estaban de hecho vinculadas a los ingresos de exportación previstos de Howe. A la vista del conjunto de las circunstancias que rodeaba la concesión por el Gobierno de Australia de esas subvenciones de sustitución a Howe, los Estados Unidos consideran que Australia ha concedido sin lugar a duda una subvención prohibida a la exportación a Howe.

7.166 **Australia** afirma que existe una clara distinción entre "*de jure*" y "*de facto*" en el idioma ordinario. Los términos "*de jure*" y "*de facto*" es evidente que se utilizan para distinguir entre las formas en que el otorgamiento de una subvención se hizo de forma supeditada a los resultados de exportación. La expresión "*de jure*" significa precisamente eso, "supeditadas *de jure*" según la terminología utilizada en el pie de página 4 del Acuerdo SMC. La expresión "*de facto*" es el término utilizado en los casos en que la aplicación se vincula a la concesión de una subvención a la exportación o los ingresos reales o previstos. En particular, ello ocurre cuando un programa se administra de forma que favorece a las exportaciones sin estar supeditado jurídicamente a los resultados de las exportaciones. El contrato de préstamo y el contrato de donación prueban que en ninguno de los dos casos existía ninguna subordinación jurídica. Además, no existía subordinación jurídica con respecto a los pagos efectuados de conformidad con el contrato de donación. Los contratos muestran también que no existía ninguna forma de que estos pudiesen ser administrados de forma que se vinculase la concesión de subvenciones a la exportación o los ingresos reales o previstos. No existe ninguna forma de que estos puedan administrarse de forma que se beneficien las exportaciones con respecto a las ventas internas.

7.167 Según Australia, los contratos de préstamo y de donación constituyen instrumentos jurídicos distintos. El contrato de donación y otras medidas deben considerarse de forma separada en relación con el fondo de la cuestión en lo que concierne a la conformidad con el párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC. Australia afirma que ha probado que la concesión del contrato de préstamo evidentemente carece de vínculos con los resultados de la exportación, y que ello se deduce claramente del propio contrato de préstamo. Australia afirma que ha probado que el contrato de préstamo no se ajusta a la norma "*de facto*" del párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC.

7.168 Australia observa que existe una diferencia de opiniones en cuanto al mandato del Grupo Especial relativo al contrato de donación. Si el Grupo Especial acepta que son las condiciones de la concesión de los pagos individuales lo que es objeto de debate, puede deducirse que los Estados Unidos ni siquiera han tratado de probar que se cumplió la norma "*de facto*". Además, únicamente la concesión del primer pago y la concesión del segundo pago están sometidas a la consideración del Grupo Especial. Por el contrario, si se asume que el Grupo Especial concluye que la cuestión que tiene ante sí es la concesión del contrato de donación, entonces la concesión de ese contrato es

evidente que no tiene vínculos con los resultados de exportación. Australia sostiene que ha probado este aspecto y que, en todo caso, esto es evidente en el propio contrato de donación. El funcionamiento del contrato de donación se prueba por la forma en que se efectuaron los pagos reales en los casos en que la documentación existente¹⁰⁷ muestra que no existe vínculo con los resultados de la exportación. Australia afirma que ha demostrado que el contrato de donación no se ajusta a la norma "*de facto*" a tenor del párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC.

7.169 Australia afirma que la cuestión de la índole del Programa de Créditos a la Importación y del Plan de Facilitación de las Exportaciones aplicados al cuero para automóviles no es un asunto sometido al Grupo Especial y no debería ser resuelto por éste. En opinión de Australia, de conformidad con el Acuerdo sobre la OMC, existe una presunción de que las medidas adoptadas por los Miembros son conformes a menos que se logre refutarlas de conformidad con los procedimientos apropiados de solución de diferencias del ESD y los acuerdos pertinentes abarcados.

ii) *Medidas anteriores y esbozo de otro tipo de ayuda a Howe*

7.170 Los **Estados Unidos** alegan que la donación de 30 millones de dólares australianos y el préstamo en condiciones preferenciales de 25 millones de dólares australianos se proporcionaron a Howe únicamente porque el cuero para automóviles fue eliminado de los programas de exportación del Plan de Facilitación de las Exportaciones y el Programa de Créditos a la Importación. Puesto que esos programas para la rama de producción constituían claramente subvenciones a la exportación y puesto que la nueva ayuda financiera tenía por finalidad expresa sustituir a esos beneficios, la nueva ayuda puede considerarse como una subvención prohibida a la exportación.

7.171 En opinión de los Estados Unidos, pueden existir pocas dudas de que los programas de exportación del Plan de Facilitación de las Exportaciones y el Programa de Créditos a la Importación constituyen subvenciones a la exportación *de jure*. La finalidad explícita de ambos programas es el fomento de las exportaciones. Para lograr ese objetivo las subvenciones que podían obtenerse con arreglo a esos programas se supeditaron jurídicamente a los resultados de exportación. A medida que el valor de las exportaciones de una empresa fuese mayor, mayor sería el valor de las subvenciones que le corresponderían. Entre 1992 y 1997, Howe recibió al menos 29 millones de dólares australianos dentro del Programa de Créditos a la Importación y más de 5 millones de dólares australianos en virtud del Plan de Facilitación de las Exportaciones. Al hacer que las subvenciones comprendidas en esos programas estuviesen supeditadas jurídicamente a los resultados de exportación, el Plan de Facilitación de las Exportaciones y el Programa de Créditos a la Importación entraron claramente dentro del ámbito del párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC, que prohíbe "las subvenciones supeditadas *de jure* a los resultados de exportación".

7.172 Los Estados Unidos describieron el Programa de Créditos a la Importación y el Plan de Facilitación de las Exportaciones de la forma siguiente¹⁰⁸:

"En 1988 entró en vigor la Ley del Organismo para el Desarrollo del Sector Textil, el Vestido y el Calzado por la que se estableció el Organismo para el Desarrollo del Sector Textil, del Vestido y el Calzado, cuyo objetivo declarado es "fomentar la reestructuración y revitalización de las industrias [textil, del vestido y el calzado] a fin de

¹⁰⁷ Australia hace referencia a este respecto a información comercial confidencial proporcionada al Grupo Especial. Véase también *infra*, párrafo 7.298.

¹⁰⁸ Obsérvese que las notas 109-123 se exponen en la forma en que figuraron en la comunicación de los Estados Unidos.

mejorar su eficacia y competitividad internacional.¹⁰⁹ A tal fin, las funciones del Organismo son, *inter alia*, "alentar y facilitar el desarrollo de los planes dirigidos a incrementar la competitividad internacional de los productores [del sector textil, del vestido y el calzado australianos] proporcionándoles ayuda financiera a ese fin", y elaborar "medidas destinadas a [...] incrementar las exportaciones de productos textiles, vestido y calzado producidos en Australia [...]"¹¹⁰

De conformidad con este mandato, en 1991, el Gobierno australiano anunció la creación del programa [Programa de Créditos a la Importación], vigente del 1º de julio de 1991 hasta el 30 de junio del 2000.¹¹¹ De conformidad con el programa [Programa de Créditos a la Importación] los exportadores de productos textiles, vestido y calzado que reúnan los requisitos necesarios podrán obtener créditos de importación que pueden utilizarse para disminuir los derechos de importación que deben satisfacer todos los artículos textiles, prendas de vestir y calzado por una cuantía equivalente al valor de los créditos mantenidos.¹¹² No obstante, los exportadores no están obligados a utilizar sus créditos para deducir sus derechos de importación. Esos créditos pueden ser transferidos de un titular a otro a cambio de un pago en efectivo.¹¹³

De conformidad con el Programa de Créditos a la Importación, el nivel de créditos a la importación que puede obtenerse se condiciona explícitamente a los resultados de exportación. De forma específica, el valor de los créditos a la importación que puede obtenerse se calcula como el valor FOB de una venta para la exportación que reúna los requisitos necesarios, multiplicado por el valor añadido australiano de la venta para la exportación (expresado como porcentaje del volumen de ventas).¹¹⁴ Este total, a su vez, se multiplica por un "coeficiente de reducción progresiva" especificado.¹¹⁵ Entre 1991 y 1997, este coeficiente de reducción progresiva fue del 30 por ciento (es decir, el 30 por ciento del valor FOB del valor añadido de las

¹⁰⁹ TCF Development Authority Act 1998, parte II, §6 a), prueba documental N° 6.

¹¹⁰ *Idem*, parte II, §7.

¹¹¹ Servicio Australiano de Aduanas, TCF Import Credit Scheme: Administrative Arrangements (marzo de 1995), párrafos 1.1 y 1.2. Prueba documental N° 7. El Programa de Créditos a la Importación del sector textil, el vestido y el calzado es administrado por el Servicio Australiano de Aduanas en nombre del Organismo para el Desarrollo del Sector Textil, el Vestido y el Calzado. *Idem*, párrafo 1.1.

¹¹² *Idem*.

¹¹³ *Idem*, párrafo 8.3.

¹¹⁴ *Idem*, párrafo 5.1. El Organismo para el Desarrollo del Sector de los Textiles, el Vestido y el Calzado ha establecido unos tipos de valor añadido en toda una gama de categorías y subcategorías de productos textiles, vestido y calzado, contenidos en el cuadro 3 del TCF Import Credit Scheme: Administrative Arrangements (marzo de 1995), *idem* párrafo 5.4.

¹¹⁵ *Idem*, párrafo 5.1.

exportaciones de textiles, vestido y calzado que reuniesen los requisitos necesarios). El coeficiente de reducción progresiva se redujo recientemente al 20 por ciento.¹¹⁶ Este coeficiente se expresó mediante la formula:

Crédito a la importación = venta para la exportación (FOB en dólares australianos) x valor añadido australiano expresado como porcentaje del volumen de ventas x coeficiente de reducción progresiva¹¹⁷ [...]

El Gobierno australiano estableció el Programa del Plan de Facilitación de las Exportaciones para fomentar la exportación de vehículos a motor de pasajeros y sus componentes.¹¹⁸ En su forma actual desde 1991¹¹⁹, el Plan de Facilitación de las Exportaciones permite a los fabricantes australianos obtener un crédito a la exportación de un dólar australiano por cada dólar de exportaciones de artículos para el automóvil que se ajusten al Plan.¹²⁰ El valor de las exportaciones que permiten obtener créditos a la exportación es equivalente al contenido del valor añadido australiano de las exportaciones pertinentes, calculado como el precio de venta FOB menos el valor de los componentes importados y las materias primas.¹²¹

Los créditos a la exportación generados de conformidad con este programa pueden utilizarse para obtener reembolsos en los derechos que deben abonarse con cargo a las importaciones de vehículos automóviles y componentes para automóviles¹²², o pueden venderse para obtener liquidez a cualquier importador de mercancías cualificado que puede tratar análogamente de obtener esos

¹¹⁶ *Idem*, párrafo 6.9. De conformidad con el plan TCF el coeficiente de reducción progresiva fue del 30 por ciento del valor añadido australiano de las exportaciones de textiles, vestido y calzado pertinentes desde el 1º de julio de 1991 hasta el 30 de junio de 1996. Este se redujo progresivamente hasta el 25 por ciento y se prevé reducirlo aún más hasta el 20 por ciento el 1º de julio de 1998 y el 15 por ciento el 1º de julio de 1999.

¹¹⁷ *Idem*, párrafo 7 (parte 5.1).

¹¹⁸ Véase la declaración del Ministro de Industria, Ciencia y Tecnología, John Moore, sobre el anuncio del Gobierno en materia de política para la rama de producción del automóvil hasta el año 2000, en su página 40 (marzo de 1991) donde se observa que las nuevas políticas del Gobierno australiano tienen por finalidad hacer que el Plan de Facilitación de las Exportaciones sea más flexible y beneficioso para aquellas empresas dispuestas a efectuar las inversiones necesarias para expandir de forma considerable sus exportaciones, prueba documental N° 12.

¹¹⁹ Véase *idem* (donde se estudia cómo el Plan de Facilitación de las Exportaciones sustituyó y se benefició de los programas anteriores de ayuda proporcionados por el Gobierno australiano a su sector del automóvil).

¹²⁰ Australian Dept. Of Industry, Science & Technology, Report on the State of the Automotive Industry 1994, (junio de 1995), párrafo C.1.3.2, prueba documental N° 13.

¹²¹ *Idem*, párrafo C.1.3. Como se manifestó en el párrafo C.1.3.6 el precio de venta FOB menos los componentes importados equivale al contenido FOB australiano. El contenido FOB australiano menos las materias primas equivale al valor añadido.

¹²² *Idem*, párrafo C.3.1.1 y C.3.2.

reembolsos.¹²³ El volumen de los derechos de importación que pueden reembolsarse de conformidad con este programa está en función de un programa de reducción de aranceles que varía según el año en el que se utiliza el crédito a la exportación. De un máximo del 37,5 por ciento del tipo arancelario correspondiente a los créditos a la exportación utilizado en 1991, el programa paulatinamente reduce la cuantía del derecho reembolsable al 15 por ciento en el año 2000, que es el último año previsto del programa.¹²⁴ Por ejemplo, en 1996 una empresa podía recibir un reembolso equivalente al 25 por ciento del crédito a la exportación obtenido. Por consiguiente, si un exportador recibía un millón de dólares australianos de créditos a la exportación éste o su cesionario podrían obtener un reembolso de 250.000 dólares en concepto de los derechos de importación satisfechos durante ese año."

7.173 Los Estados Unidos sostienen que incluso la Comisión Australiana de la Industria reconoció que los programas son incompatibles con las obligaciones de Australia en la OMC:

La Comisión constata que el Programa de Facilitación de las Exportaciones [del sector del automóvil] ha sido muy valioso para la industria. Ha cumplido su finalidad principal de introducir productos australianos en los mercados mundiales y expirará en el 2000. La Comisión no recomendará su continuación puesto que ha perdido mucho de su valor estratégico debido a su vulnerabilidad a la formulación de objeciones de conformidad con las normas de la Organización Mundial del Comercio.¹²⁵

7.174 Los Estados Unidos observan que se formuló una evaluación similar con respecto al Programa de Créditos a la Importación:

Las medidas recientes adoptadas por los Estados Unidos han puesto de relieve la vulnerabilidad del programa [Programa de Créditos a la Importación] a la formulación de objeciones de conformidad con las normas de la Organización Mundial del Comercio (OMC) [...] ¹²⁶

7.175 Los Estados Unidos señalan que un alto funcionario del Gobierno australiano llegó incluso a afirmar que "no existe duda de que los programas [Programa de Créditos a la Importación y Plan de Facilitación de las Exportaciones] son ilegales de conformidad con las normas de la OMC".¹²⁷

¹²³ *Idem*, párrafo C.2.1.4.

¹²⁴ *Idem*, párrafos C.3.1.2 y C.3.1.3.

¹²⁵ Comisión de la Industria, informe N° 58, The Automotive Industry: The Report 351, 26 de mayo de 1997, prueba documental N° 39 de los Estados Unidos.

¹²⁶ Comisión de la Industria, informe N° 59, The Textile, Clothing and Footwear Industries: Report 293, 9 de septiembre de 1997, prueba documental N° 40 de los Estados Unidos.

¹²⁷ "El Gobierno tal vez deba eliminar los programas de ayuda", The Australian Financial Review, 3 de octubre de 1996, prueba documental N° 4 de los Estados Unidos. Según los Estados Unidos, los medios de información australianos reconocieron también la índole "prohibida" de esas subvenciones de programas. Por ejemplo, The Australian Financial Review ("amenaza de los Estados Unidos a la industria del automóvil y las

7.176 Los Estados Unidos recuerdan que, el 25 de noviembre de 1996, alcanzaron un acuerdo con el Gobierno australiano por el cual dejaba de ser posible acogerse a esos dos programas en relación con el sector del cuero para automóviles. Tras alcanzar esta solución, el Gobierno australiano ya no podía proporcionar a Howe subvenciones en virtud del Programa de Créditos a la Importación y del Plan de Facilitación de las Exportaciones. No obstante, el Gobierno australiano era evidente que deseaba proseguir apoyando los esfuerzos de exportación de Howe. Debido a ello, al mismo tiempo que negociaba la solución alcanzada en noviembre de 1996 con los Estados Unidos, el Gobierno australiano estaba examinando asimismo medidas de sustitución precisamente para las subvenciones que se había comprometido a eliminar.

7.177 Los Estados Unidos sostienen que Howe, cuando consideró que iba a ser excluida del Programa de Créditos a la Importación y del Plan de Facilitación de las Exportaciones, inició una intensa campaña de presión para persuadir al Gobierno australiano de que sus perspectivas de exportación -que la empresa preveía que alcanzarían los 600 millones de dólares australianos hasta el año 2000- se verían frustradas a menos que se diseñase una forma alternativa de ayuda. Los Estados Unidos citan un informe aparecido en The Weekend Australian:

Casualmente, la presión ejercida por la empresa alcanzó su cima el día que Air Force One con Clinton y su equipo a bordo tocaban tierra en Sydney.

El mismo día, Heysen [Director Gerente de Howe] y un colega volaban a Canberra a fin de celebrar una ronda de reuniones con ministros y altos funcionarios, que se inició con entrevistas con funcionarios del Departamento de Industria, Ciencia y Turismo.

Posteriormente se celebró una reunión con el personal del Departamento de [John] Moore [Ministro del Departamento de Industria, Ciencia y Turismo,] y el Primer Ministro asistidos por el entonces secretario del Departamento de Industria, Ciencia y Turismo, Greg Taylor.

A continuación, a fin de asegurarse que todos los cabos estaban atados, se procedió a visitar a la oposición. Heysen se reunió con Simon Crean y Martin Ferguson, representantes de la Industria y el Empleo respectivamente y al final de la jornada celebraron una audiencia con Fischer [Primer Ministro Adjunto] ¹²⁸

7.178 En opinión de los Estados Unidos, esa fuerte presión se vio ampliamente recompensada. Incluso antes de que se alcanzase el acuerdo final con los Estados Unidos, el Director Gerente de Howe, Chris Heysen, observó que se le había "asegurado" que Howe "sería compensada con un

comprendidas en el Programa de Créditos a la Importación") señaló el 20 de junio de 1996 que "desde hace tiempo se sabía que las disposiciones en materia de facilitación de las exportaciones que rigen en virtud del Programa de Créditos a la Importación en el sector de los textiles, el vestido y el calzado y los planes para la industria del automóvil no sobrevivirían a una impugnación en la OMC". Prueba documental N° 42 de los Estados Unidos. Este mismo artículo citó también las declaraciones de un antiguo alto funcionario del Departamento Australiano de Asuntos Exteriores y Comercio afirmando, en relación con una posible impugnación estadounidense, que "dicho de manera simple, éstos [el Plan de Facilitación de las Exportaciones y el Programa de Créditos a la Importación] están en dificultades". Los Estados Unidos hacen referencia también a "una firme decisión en la adopción de reformas", The Australian Financial Review, 3 de octubre de 1996 (editorial) ("Todo indica que los programas son sin lugar a duda ilegales y que la OMC así los declarará"), prueba documental N° 43 de los Estados Unidos.

¹²⁸ "Sacred Cows vs The Hide of Howe", The Weekend Australian, 20-21 de septiembre de 1997, página 54, columna 6, prueba documental N° 22 de los Estados Unidos.

arreglo distinto que le ayudaría a proseguir expandiendo sus exportaciones".¹²⁹ Análogamente, el Sydney Morning Herald informó que "se entiende que Howe Leather recibirá una cantidad multimillonaria de dólares por su exclusión del Programa de Créditos a la Importación y del Plan de Facilitación de las Exportaciones".¹³⁰

7.179 En opinión de los Estados Unidos, esto es precisamente lo que sucedió. Sólo un mes después de haber convenido con los Estados Unidos la eliminación del cuero para automóviles del Programa de Créditos a la Importación y del Plan de Facilitación de las Exportaciones, el Gobierno australiano anunció formalmente que "el Gobierno ha proporcionado el conjunto de ayudas a Howe and Co. tras la decisión de eliminar el cuero para automóviles del Programa de Créditos a la Importación y del Plan de Facilitación de las Exportaciones a partir del 1º de abril de 1997, como parte de la solución de una diferencia comercial reciente en la que los Estados Unidos eran parte."¹³¹ Así pues, con una coincidencia prevista, el nuevo conjunto de ayudas, definido por el Gobierno australiano como "ayuda subsidiaria" se proporcionó a Howe precisamente cuando el sector del cuero para automóviles fue eliminado de los dos programas cuya finalidad explícita era el fomento de las exportaciones.

7.180 Los Estados Unidos afirman que, en esas circunstancias, el vínculo entre el conjunto de ayudas de sustitución y los resultados de exportación de Howe es bastante obvio. El hecho de que el conjunto de ayudas de sustitución compensase a Howe de su exclusión del otorgamiento de subvenciones con arreglo al Plan de Facilitación de las Exportaciones y el Programa de Créditos a la Importación así como la secuencia de acontecimientos que rodearon al anuncio del otorgamiento del conjunto de ayudas de sustitución, ponen de relieve que esas ayudas no son más que un tímido intento por parte del Gobierno australiano de continuar prestando ayuda al fomento de las exportaciones de Howe modificando únicamente la forma, pero no el fondo de sus subvenciones a la exportación.

7.181 **Australia** afirma que la índole de las medidas anteriores carece de pertinencia para el establecimiento de los hechos en cuanto a la condición jurídica de las medidas existentes. Esas medidas ya no rigen para el sector del cuero para automóviles por lo que no son pertinentes para las actuaciones en curso del Grupo Especial. Los Estados Unidos parece que tratan de probar que la condición jurídica de una medida anterior determina de alguna forma la condición jurídica de una medida subsiguiente.¹³² No existe fundamento para ello en un régimen basado en normas como el de la OMC. La condición de cada una de las medidas que el Grupo Especial tiene ante sí requiere ser juzgada en cuanto a su fondo. Los Estados Unidos lo que proponen es una prueba de resultados comerciales o de efectos comerciales. Esto podría ser adecuado en determinados asuntos de no infracción, pero no lo es de conformidad con la parte II del Acuerdo SMC, donde la cuestión es determinar si una o más de las medidas que el Grupo Especial tiene ante sí están comprendidas en el párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC. Si los Estados Unidos deseaban abordar la cuestión basándose en los efectos comerciales, deberían haberse acogido a las disposiciones de la parte III del Acuerdo SMC, es decir, de conformidad con el artículo 7 en lugar del artículo 4.

¹²⁹ "Melbourne firm could lose in US subsidies deal", The Age, 25 de noviembre de 1996 en la página 1, prueba documental N° 15 de los Estados Unidos.

¹³⁰ "Backdown on Howe Subsidy", The Sydney Morning Herald, 25 de noviembre de 1996, prueba documental N° 17 de los Estados Unidos.

¹³¹ Prueba documental N° 18 de los Estados Unidos.

¹³² En el curso de las actuaciones del Grupo Especial, los Estados Unidos reconocieron que una subvención prohibida a la exportación podía ser sustituida por otra forma de ayuda que no esté vinculada al resultado de exportación y un Miembro podría por consiguiente acomodar su legislación al Acuerdo SMC. No obstante, éstos sostienen que Australia no ha obrado así en este asunto.

7.182 Australia sostiene que aceptar la condición o la índole jurídicas de una medida anterior determina de alguna forma la condición de una medida existente de conformidad con la OMC, y que sería introducir un nivel de incertidumbre y de subjetividad en la OMC totalmente inadecuado para un acuerdo que se basa en las normas. Ello significaría, entre otras cosas, que si existiesen dos asuntos, uno en el que una empresa hubiese recibido, digamos, una subvención y otra empresa no la hubiese recibido, la adopción de una nueva medida podría prohibirse cuando se otorgase a la primera empresa pero no si fuese a la segunda. Ello haría que un sistema basado en las normas fuese una farsa. El párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC se ocupa de las situaciones *de jure* o *de facto* en las que el tipo de la medida debe determinar su condición.

7.183 Según Australia, la empresa en cuestión no recibe beneficios al amparo de esos programas (Programa de Créditos a la Importación y Plan de Facilitación de las Exportaciones), puesto que el sector del cuero para automóviles fue eliminado de su ámbito el 1º de abril de 1997, y los Estados Unidos lo reconocieron. La alegación de los Estados Unidos se limita a las medidas que el Grupo Especial tiene ante sí. Los Estados Unidos no han formulado ninguna reclamación con respecto a esos programas y ese asunto no está sometido a este Grupo Especial sino que los Estados Unidos han realizado una afirmación en cuanto a su condición. Ni siquiera proporcionaron argumentación alguna en el documento WT/DS126/1 de esa afirmación.

7.184 Australia afirma que los Estados Unidos han formulado una alegación de que las medidas proporcionadas a Howe son incompatibles con el párrafo 1 a) del artículo 3 y también con el párrafo 2 del artículo 3 del Acuerdo SMC. No se trata de una cuestión de una prueba de los efectos comerciales, sino de una cuestión con respecto a las normas de la OMC. Los Estados Unidos deben probar que se cumplen las condiciones del pie de página 4 del párrafo 1 a) del artículo 3. No se trata de una cuestión de determinar si en los casos en que una medida es sustituida por otra debería existir una producción o un resultado comercial marcadamente diferente o no.

7.185 A efectos de argumentación, Australia pide al Grupo Especial que asuma que un Miembro ha adoptado una medida que el Grupo Especial ha estimado que es incompatible con el Acuerdo sobre la OMC. Sus obligaciones son eliminar la incompatibilidad. No tiene ninguna obligación de asegurar un resultado comercial específico a fin de satisfacer a la parte reclamante. Esto constituye un problema político para la parte reclamante, no para el demandado. En el caso de una subvención, el Acuerdo sobre la OMC no contiene ninguna disposición que afirme que una subvención incompatible con el párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC no puede ser sustituida por una subvención compatible con el Acuerdo SMC, o de que una nueva subvención o cualquier otra medida deba tener una repercusión comercial determinada. Ello es diferente de los casos de no infracción, incluidos aquellos comprendidos en el artículo 7 del Acuerdo SMC, en los que tal vez sea necesario ocuparse de la repercusión de una suma de medidas.

7.186 Australia declara que ni el párrafo 1 a) del artículo 3 ni el pie de página 4 del Acuerdo SMC hacen referencia a medidas de sustitución, pero exige que los Estados Unidos prueben determinados hechos. Éstos deben ser hechos relativos a medidas reales que el Grupo Especial tenga ante sí y no a la relación con programas que han dejado de estar vigentes para el producto y la empresa de que se trate.

7.187 En caso contrario, prosigue Australia, si el Grupo Especial decide examinar las repercusiones comerciales de las medidas anteriores, continuaría siendo innecesario y ajeno al mandato del Grupo Especial que éste formulase constatación alguna acerca de qué condición tenían el Programa de Créditos a la Importación y el Plan de Facilitación de las Exportaciones de conformidad con el Acuerdo SMC cuando se aplicaban al cuero para automóviles. Esos programas no se aplican al producto y a la empresa en cuestión y por lo tanto el Grupo Especial no se ocupa de ellos. Sería inapropiado y viciaría el procedimiento permitir que se utilizasen las actuaciones del Grupo Especial para hacer constataciones sobre programas de los que no se ocupa el Grupo Especial como medidas y

en relación con los cuales no se han formulado reclamaciones. También estaría fuera del mandato del Grupo Especial formular opiniones sobre la índole de esos programas y su aplicación a cualquier producto que no sea el cuero para automóviles.

7.188 Según Australia, todo argumento que se base en medidas anteriores y en sus efectos comerciales para una determinada empresa comparado con el de una medida existente no tiene cabida en el entorno normativo de la OMC. La idea de que de alguna forma un gobierno tendría que alterar los vínculos comerciales de una empresa a fin de asegurar el cumplimiento de normas de la OMC no tiene base de conformidad con el Acuerdo sobre la OMC y no es conforme con el hincapié que ésta hace en las normas. Desde luego, podría ser incluso incompatible con el artículo VI del GATT de 1994 o la prohibición de las medidas de zona gris de conformidad con el artículo 11 del Acuerdo sobre Salvaguardias.

7.189 No obstante, dado que los Estados Unidos han facilitado, en forma de prueba documental, información en el marco de consultas confidenciales, intergubernamentales, Australia afirma que resulta útil exponer adecuadamente el proceso que condujo a las disposiciones actuales. El Gobierno de los Estados Unidos nunca albergó duda alguna, en caso de que fuese aceptado, de que habría nuevas disposiciones de prestación de ayuda a Howe tras la eliminación del cuero para automóviles del Programa de Créditos a la Importación y el Plan de Facilitación de las Exportaciones. Desde luego, existía un elevado número de discusiones bilaterales acerca de la cuestión entre los Gobiernos de Australia y de los Estados Unidos antes y después del anuncio público de las disposiciones propuestas a finales de diciembre de 1996.

7.190 Desde luego, afirma Australia, fue únicamente debido a la petición reiterada de los Estados Unidos que el Gobierno australiano obligó a Howe a asignar una proporción tan considerable de pagos de conformidad con el contrato de donación a inversiones, formulando incluso objeciones los Estados Unidos a que el capítulo de investigación y desarrollo se contabilizase como pagos de conformidad con el contrato de donación. Un efecto secundario de ello fueron las nuevas instalaciones de producción ubicadas en Thomastown y Rosedale. Fueron los Estados Unidos quienes solicitaron que esta inversión se efectuase cuando muy bien pudieron haber pedido que el dinero se desembolsase como un simple incentivo a la producción.

7.191 Al mismo tiempo, prosigue Australia, los Estados Unidos deseaban tener la certeza de que las nuevas disposiciones no causarían grave perjuicio. En opinión de Australia, los Estados Unidos dijeron que juzgarían las nuevas disposiciones sobre esa base. A fin de ajustarse a éstas, Australia trató de asegurarse de que las repercusiones para los Estados Unidos se reducían al mínimo limitando el nivel de subvenciones por unidad aplicadas a las ventas. Australia entendió que el Gobierno de los Estados Unidos deseaba que Australia asegurase que el nivel del 5 por ciento estipulado en el párrafo 1 a) del artículo 6 del Acuerdo SMC no se excedía. La cuestión era cómo cumplir el objetivo doble de canalizar el dinero hacia inversiones, lo que básicamente significaba desembolsar el dinero en una etapa temprana (a diferencia de un incentivo tradicional, que podría haberse pagado tras la producción) y de mantener el nivel de subvención por debajo del 5 por ciento. El enfoque adoptado fue establecer un tope de la suma de pagos efectuados de conformidad con el contrato de donación en 30 millones de dólares australianos a fin de limitar el nivel general de subvenciones *ad valorem* de las ventas durante el período comprendido hasta mediados del año 2000 e imponer paralelamente objetivos de inversión, y, desde luego, las consideraciones normales sobre la debida diligencia asociadas con la supervisión de la viabilidad continua de la empresa antes de que se efectuasen los pagos.

7.192 Según Australia, se trataba de cumplir la petición doble de los Estados Unidos. Esta era la base real de la índole del contrato de donación (y del préstamo). Los pagos no estaban vinculados a las exportaciones. Desde luego, el primer pago se efectuó simplemente tras la firma del contrato de donación. Los pagos subsiguientes guardaban relación con los compromisos asumidos por la empresa

en lo que respecta a los niveles de inversión y las ventas. Según Australia, los Estados Unidos reconocían este hecho. Este hincapié de los Estados Unidos en el vínculo con las inversiones, si bien era correcto, subraya que los pagos no estaban vinculados a los resultados de exportación. Si incluso las subvenciones de las inversiones se iban a considerar como medidas comprendidas en el ámbito del párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC, resultaba entonces difícil ver qué limitaciones existirían a una interpretación tan amplia de "*de facto*" del párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC.

7.193 La diferencia final con los Estados Unidos, tal como Australia la entiende, gira en realidad en torno al volumen de las subvenciones, y sobre la suma de las subvenciones proporcionadas. Mirando retrospectivamente, puede apreciarse que los debates celebrados entre funcionarios australianos y de los Estados Unidos no se han traducido en ningún entendimiento común acerca de una cuestión de tal envergadura. Por otra parte, los Estados Unidos nunca presentaron ninguna reclamación de perjuicio grave a la rama de producción de los Estados Unidos, lo que Australia se ha comprometido a resolver si se plantease. Además, el nivel de la suma de las subvenciones carece de pertinencia a fines del párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC. Si esta cuestión plantea problemas a los Estados Unidos, éstos podrían haberla abordado, de conformidad, por ejemplo, con la parte III del Acuerdo SMC.

7.194 Australia afirma que los "hechos" aducidos por los Estados Unidos en forma de artículos de prensa y declaraciones ministeriales deben tomarse en su contexto político. En todo caso, sería difícil aceptar que esos artículos, que en ocasiones hacen referencia a acontecimientos no pertinentes, debería considerarse que proporcionan pruebas aceptables. La empresa de que se trata es competitiva e innovadora. No es sorprendente en un pequeño país comercial que las observaciones sobre una empresa con éxito incluyan referencias a mercados de exportación. Ello, no obstante, no significa que se hubiese intentado eludir las obligaciones de Australia en la OMC y los Estados Unidos no han presentado ningún hecho que lo demuestre.

7.195 Australia alega que los Estados Unidos han tratado de efectuar tales observaciones en la prensa. Esto difícilmente podría considerarse como una prueba. Desde luego, la utilización por los Estados Unidos de artículos aparecidos en la prensa para demostrar hechos es sumamente cuestionable. Las observaciones de la prensa en Australia no pueden considerarse como una documentación fidedigna, ni siquiera reflejar, las opiniones del Gobierno. Sería extremadamente inadecuado que un grupo especial se basase en las observaciones aparecidas en la prensa para determinar que un Miembro estaba incumpliendo sus compromisos dimanados de tratados.

7.196 A este respecto, Australia, a título de ejemplo, formula observaciones acerca de una prueba documental de los Estados Unidos. Éstas pretendían ser un comunicado de los medios de información del Ministerio de Industria, Ciencia y Turismo emitido el 27 de diciembre de 1996, junto con una adición. La primera página es una copia del comunicado de los medios de información, que fue proporcionado a los Estados Unidos en su prueba documental N° 2. Según Australia, esta prueba documental muestra que el Gobierno estaba inquieto por la situación laboral, no por las exportaciones. La segunda página de esta prueba documental, presentada como parte del comunicado de los medios de información, no lo era en absoluto. Se trataba de un conjunto de aspectos confidenciales para debate entre la Embajada Australiana y el Gobierno de los Estados Unidos. Lo único que demuestran es que el contrato de préstamo y el contrato de donación habían sido concebidos teniendo presentes los objetivos del Gobierno de los Estados Unidos y mediante consultas (aunque no acuerdo final) con los Estados Unidos, y no aisladamente por Australia.

7.197 En opinión de Australia, cuando los Estados Unidos pretenden argumentar que la empresa estaba de algún modo obligada a exportar a fin de obtener el máximo volumen de fondos, no está claro lo que están sugiriendo. El Acuerdo SMC no prohíbe los incentivos, es decir los pagos por unidad de producción efectuados por las empresas, o las subvenciones con cargo a inversiones efectuados por empresas. Toda empresa que reciba un incentivo o subvención vinculado a la

inversión obtendría más a medida que aumente la producción o la inversión. Lo que los Estados Unidos señalan es que en este asunto existe un tope, a saber, una cuantía máxima de 30 millones de dólares australianos, de lo que la empresa podría recibir en total independientemente de su volumen de ventas. Así pues, no existe ninguna base para este argumento de los Estados Unidos de que cualquiera de los pagos (o el contrato de donación) entra dentro del ámbito del párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC.

7.198 Los **Estados Unidos** repiten que los contratos de donación y de préstamo objeto de litigio en este asunto estaban concebidos específicamente y explícitamente para compensar a Howe por las subvenciones prohibidas a la exportación que habría recibido de conformidad con el Programa de Créditos a la Importación y el Plan de Facilitación de las Exportaciones. El hecho de que esos programas constituyesen subvenciones a la exportación es muy pertinente para determinar la índole de los contratos de donación y de préstamo. A pesar de la solicitud de Australia de que cada medida sea juzgada en cuanto al fondo, las subvenciones de sustitución que Howe recibió no fueron otorgadas inútilmente. El propio Gobierno australiano vinculó el Programa de Créditos a la Importación y el Plan de Facilitación de las Exportaciones con el conjunto de ayudas de donación/préstamo anunciando orgullosamente que "el Gobierno ha proporcionado el conjunto de ayudas [de donación y préstamo] a Howe and Co. tras la decisión de eliminar el cuero para automóviles de los Programas de Crédito a la Importación y de Facilitación de las Exportaciones".¹³³ Puesto que en el pie de página 4 del párrafo 1 a) del artículo 3 se exhorta al Grupo Especial a examinar todos "los hechos que demuestran que la concesión de una subvención [...] está de hecho vinculada a las exportaciones o a los ingresos de exportación reales o previstos", el Grupo Especial está obligado a tomar en consideración esos hechos.¹³⁴

7.199 Por consiguiente, los Estados Unidos instan al Grupo Especial a que examine la índole del Programa de Créditos a la Importación y el Plan de Facilitación de las Exportaciones a fin de determinar si las subvenciones de sustitución constituyen *de facto* subvenciones a la exportación. Los Estados Unidos no están tratando de encontrar una solución jurídica en lo que respecta a esos programas (es decir, no piden que el Grupo Especial solicite a Australia acomodarlos a sus obligaciones dimanadas del Acuerdo SMC). No obstante, puesto que los Estados Unidos estiman que las nuevas subvenciones están expresamente vinculadas a los antiguos programas, la índole de los programas anteriores constituye una información útil e importante para evaluar la índole de las medidas subsiguientes.

7.200 Los Estados Unidos alegan que, a partir de 1991, y hasta abril de 1997, el Gobierno australiano otorgó a Howe una serie de subvenciones a la exportación manifiestas, *de jure*, a través del Programa de Créditos a la Importación y el Plan de Facilitación de las Exportaciones. Los Estados Unidos afirman que han demostrado que la finalidad explícita de esos programas es el fomento de las exportaciones. En virtud de estos programas, Howe recibió créditos a la importación basados en el contenido de valor añadido nacional de sus exportaciones. La obtención de esos créditos a la importación estaba directamente supeditada a los resultados de exportación. A medida que era mayor el volumen de las exportaciones de Howe, mayores eran los beneficios que recibía, por lo que el Programa de Créditos a la Importación y el Plan de Facilitación de las Exportaciones eran absolutamente incompatibles con el artículo 3 del Acuerdo SMC. En opinión de los Estados Unidos, cuando el nuevo conjunto de ayudas se considera en su contexto, el vínculo entre éste y los resultados de importación de Howe son obvios. El hecho de que el conjunto de ayudas de sustitución estuviese específicamente concebido para compensar a Howe de su exclusión de la obtención de subvenciones a la exportación con arreglo a los mencionados programas pone de relieve que el conjunto de ayudas de

¹³³ Prueba documental N° 18 de los Estados Unidos.

¹³⁴ Los Estados Unidos hicieron también referencia a determinada información comercial confidencial al formular este argumento.

sustitución no es más que un intento ligeramente camuflado del Gobierno australiano de continuar fomentando las exportaciones de Howe modificando únicamente la forma, pero no el contenido de sus subvenciones a la exportación.

7.201 Los Estados Unidos afirman que Australia no refuta y, desde luego, no puede hacerlo, que el Programa de Créditos a la Importación y el Plan de Facilitación de las Exportaciones constituyan subvenciones prohibidas a la exportación. En su lugar, Australia alega que el Grupo Especial tal vez no considera la índole de esos programas para determinar si el otro tipo de ayuda proporcionada a Howe eran subvenciones a la exportación. No obstante, los Estados Unidos no piden al Grupo Especial que constate que Australia debe retirar los programas mencionados puesto que constituyen subvenciones prohibidas a la exportación sino que los Estados Unidos simplemente piden que el Grupo Especial examine la índole de esas medidas anteriores para determinar si las subvenciones de sustitución están de hecho vinculadas a los resultados de exportación. El hecho de que las nuevas subvenciones estuviesen explícitamente concebidas para compensar a Howe de su exclusión de esos dos programas significa que las medidas anteriores eran factores en la decisión de Australia de conceder a Howe las nuevas subvenciones. Ello convierte a la índole de esas medidas en muy pertinente para la determinación del Grupo Especial en este asunto en lo que respecta a la índole de las medidas vigentes.

7.202 Los Estados Unidos afirman que, en caso contrario, incluso si el Grupo Especial decidiese no tomar en consideración la índole del Programa de Créditos a la Importación y el Plan de Facilitación de las Exportaciones, las otras pruebas presentadas por los Estados Unidos -que Australia de ninguna forma refuta- conducen a la conclusión inevitable de que la donación y el préstamo en condiciones preferenciales estaban vinculados a las exportaciones o los ingresos de exportación reales o previstos en el sentido del pie de página 4 al párrafo 1 a) del artículo 3. Ese elemento de prueba incluye, entre otros hechos de apoyo: las afirmaciones del Gobierno australiano en el momento de la concesión de las nuevas subvenciones; el conocimiento del Gobierno australiano en el momento en que otorgó esos beneficios de que las exportaciones de Howe constituían el 90 por ciento de sus ventas y que la empresa tenía planes agresivos de exportación; la donación y el préstamo exigían a Howe incrementar su producción aun cuando el mercado del cuero australiano es demasiado pequeño para absorber cualquier incremento de las ventas; y los beneficios se proporcionaron únicamente a Howe, que exporta virtualmente toda su producción, y no a otro fabricante de cuero que provea al mercado interno.

7.203 En lo que respecta a la sugerencia de Australia de que los Estados Unidos han renunciado de alguna forma a su alegación de que las nuevas subvenciones constituyen subvenciones prohibidas a la exportación puesto que fueron informados durante el período pertinente de que Australia estaba elaborando el conjunto de ayudas de sustitución, los Estados Unidos afirman que, si bien fueron informados, nunca convinieron en que un nuevo conjunto de ayudas se ajustaría necesariamente a las prescripciones del artículo 3 del Acuerdo SMC. Australia, de hecho, así lo reconoció. El hecho de que los Estados Unidos fuesen consultados no puede modificar la índole de las subvenciones de sustitución.

7.204 Los Estados Unidos añaden que las consultas celebradas durante el tiempo en que las medidas de sustitución estaban siendo elaboradas se hicieron en el contexto de negociaciones sobre la solución de la diferencia que finalmente no tuvieron éxito. No existió acuerdo o aceptación por parte de los Estados Unidos con respecto a las diversas propuestas para alcanzar una solución.

7.205 En todo caso, prosiguen los Estados Unidos, las afirmaciones u ofertas realizadas durante los debates para alcanzar una solución en este asunto no tienen consecuencias jurídicas para estas actuaciones. El párrafo 6 del artículo 4 del ESD estipula que: "las consultas serán confidenciales y no prejuzgarán los derechos de ningún Miembro en otras posibles diligencias". La cuestión de si las declaraciones formuladas durante las negociaciones son pertinentes fue tratada en el informe del

Grupo Especial en el asunto *Estados Unidos - Ropa interior*¹³⁵ En esa diferencia, Costa Rica utilizó inadecuadamente información sobre ofrecimientos de solución de diferencias efectuados por los Estados Unidos a fin de presentar determinados argumentos al Grupo Especial. Ese Grupo Especial afirmó:

En nuestra opinión, el texto del párrafo 6 del artículo 4 del ESD establece claramente que, si no se alcanza una solución mutuamente convenida *los ofrecimientos formulados en el contexto de las consultas* no tienen consecuencias jurídicas en las etapas posteriores de la solución de la diferencia, en lo que se refiere a los derechos de las partes en dicha diferencia. En consecuencia, no basaremos nuestras conclusiones en esa información.¹³⁶ (Las cursivas son de los Estados Unidos.)

7.206 Los Estados Unidos insisten en que el párrafo 6 del artículo 4 del ESD pide a los grupos especiales que no tomen en consideración las ofertas de solución de diferencias, y que no traten esas ofertas como una exención o admisión. Por consiguiente el presente Grupo Especial deberá no tomar en consideración todas las referencias hechas por Australia a pretendidas declaraciones efectuadas por los Estados Unidos en el contexto de los esfuerzos realizados para solucionar este asunto.

7.207 Australia insiste en que la tesis de los Estados Unidos de que en cierto modo la condición o la índole de una medida anterior puede determinar la condición de una nueva medida de la OMC (en el caso presente de varias medidas) no tiene base alguna en la OMC y no constituye un argumento jurídico de los Estados Unidos. Las partes contratantes del GATT y actualmente los Miembros de la OMC, se comprometen a atenerse a las nuevas normas o, después de haber perdido una diferencia, a imponer medidas nuevas y coherentes. Esto no significa en absoluto sugerir que la pérdida de una diferencia significa que de repente un Miembro tiene menos derechos que antes en lo que respecta al mantenimiento de un régimen compatible con la OMC. La idea de un régimen penal en virtud del cual un Miembro quedaba en libertad bajo palabra, en cierto sentido, después de perder un caso no tiene ninguna base jurídica. Incumbe a los Estados Unidos presentar sus argumentos. Los Estados Unidos han perdido varias diferencias en la OMC y en ninguna de ellas se ha dicho que eso significa que tiene que eliminar todas las medidas que están relacionadas con las incompatibles. Tampoco se ha dicho que sus medidas de sustitución eran potencialmente incompatibles porque tenían por finalidad reemplazar a las que se consideraban incompatibles. Nada de lo dispuesto en el Acuerdo por el que se establece la OMC sugiere que las medidas existentes únicamente se pueden sustituir sin una política general en absoluto. Australia hace las siguientes observaciones adicionales en forma de réplica:

- a) El Plan de Facilitación de las Exportaciones y el Programa de Créditos a la Importación no se aplican al cuero para automóviles.
- b) El cuero para automóviles fue eliminado del Plan de Facilitación de las Exportaciones y del Programa de Créditos a la Importación a partir del 1º de abril de 1997, antes de que se solicitaran las consultas con respecto a este Grupo Especial.
- c) La índole y la situación del Plan de Facilitación de las Exportaciones y del Programa de Créditos a la Importación de la OMC con respecto al cuero para automóviles antes del 1º de abril de 1997 quedan fuera del mandato del Grupo Especial.

¹³⁵ WT/DS24/R, adoptado el 25 de febrero de 1997.

¹³⁶ *Ibid.*, párrafo 7.27.

- d) La índole y la condición del Plan de Facilitación de las Exportaciones y del Programa de Créditos a la Importación de la OMC con respecto a productos distintos del cuero para automóviles quedan fuera del mandato del Grupo Especial.
- e) Ningún grupo especial del GATT o de la OMC ha fallado contra el Plan de Facilitación de las Exportaciones o el Programa de Créditos a la Importación.
- f) En realidad, ninguna parte contratante del GATT, ningún signatario del Acuerdo sobre Subvenciones de la Ronda de Tokio y ningún Miembro de la OMC ha llevado a Australia ante un Grupo Especial sobre el Plan de Facilitación de las Exportaciones o el Programa de Créditos a la Importación.
- g) A falta de la conclusión de un informe de un grupo especial contra estos programas, sería sumamente inadecuado que este Grupo Especial se excediera en su mandato para examinar medidas que no se han sometido al Grupo Especial y que, en realidad, ni siquiera se aplican al cuero para automóviles. Si los Estados Unidos desean que se adopte una decisión sobre la condición de los dos programas de la OMC, siempre tienen la posibilidad de acudir a ese Grupo Especial. No corresponde a este Grupo Especial llevar a cabo la labor de los Estados Unidos al margen del mandato del Grupo Especial.

7.208 Australia advierte que los argumentos acerca del Plan de Facilitación de las Exportaciones y del Programa de Créditos a la Importación constituyen la parte principal de la argumentación de los Estados Unidos y que sus alegaciones con respecto a este Plan y a este Programa representan las pruebas de los Estados Unidos de que la nueva asistencia también se califica como una subvención prohibida a las exportaciones. Según Australia, la concentración en el Plan de Facilitación de las Exportaciones y en el Programa de Créditos a la Importación, en circunstancias en las que los Estados Unidos no han tratado de que sus alegaciones acerca de estos planes sean examinadas por un grupo especial con arreglo al Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD), es un ejemplo más de que los Estados Unidos están tratando de eludir los procedimientos adecuados en este proceso del Grupo Especial. Autorizar a los Estados Unidos a realizar estos tanteos del terreno constituiría otro menoscabo de la legitimidad de la índole de la solución de diferencias de la OMC con arreglo a la cual los grupos especiales han quedado estrictamente circunscritos a lo que examinan y a las constataciones definitivas que pueden hacer.

7.209 Australia recuerda que el artículo 11 del ESD exige que "cada grupo especial deberá hacer una evaluación objetiva del asunto que se le haya sometido, que incluya una evaluación objetiva de los hechos [...]". El Grupo Especial ha de limitarse a los hechos en relación con las subvenciones otorgadas a los productores y exportadores de cuero para automóviles que están abarcadas en su mandato. Éstas no incluyen el Plan de Facilitación de las Exportaciones ni el Programa de Créditos a la Importación. Australia no entiende la lógica de las afirmaciones de los Estados Unidos. Los Miembros están autorizados a modificar los marcos de sus ramas de producción a condición de que las nuevas medidas cumplan con sus obligaciones. Nada en la OMC da a entender que las medidas existentes sólo pueden sustituirse si no existe ninguna política general en absoluto. Australia lo afirma claramente, las nuevas disposiciones formaban parte del resultado de la solución bilateral entre Australia y los Estados Unidos que también condujo a la supresión del cuero para automóviles del Plan de Facilitación de las Exportaciones y del Programa de Créditos a la Importación. Australia reconoce que es poco probable que el contrato de donación y el contrato de préstamo se hubieran otorgado en circunstancias distintas de la eliminación del cuero para automóviles del Plan de Facilitación de las Exportaciones y del Programa de Créditos a la Importación. Sin embargo, es demasiado simplista alegar que esa fue la única razón para otorgarlos. En particular, se otorgaron debido a la preocupación del Gobierno por el mantenimiento del empleo regional a falta de cualquier apoyo de la empresa a más corto plazo. Para Australia, el argumento de los Estados Unidos de que

"como el Plan de Facilitación de las Exportaciones y el Programa de Créditos a la Importación eran claramente subvenciones a la exportación y como la nueva ayuda financiera estaba expresamente destinada a sustituir a esos beneficios, la nueva ayuda que se califica como una subvención prohibida a las exportaciones" es simplemente una falacia al estilo de: si un hombre tiene A y lo sustituye por B, B es A.

7.210 En respuesta a la afirmación de los Estados Unidos de que los "beneficios sólo se otorgaron a Howe".¹³⁷ Australia señala que como sólo afectaban a una empresa, los arreglos se aplicaban necesariamente únicamente a esa empresa. Esto es afirmar lo evidente. Sin embargo, no tiene ninguna significación con relación a la situación jurídica de las medidas de que se trata.

7.211 Australia indica que el argumento de los Estados Unidos haría muy difícil que un Miembro actuara siempre de conformidad sin eliminar simplemente todas las subvenciones. Por ejemplo, si un Miembro preveía en la ley subvenciones a la exportación y deseaba actuar de conformidad, con arreglo a la lógica normal simplemente podría eliminar la disposición que favorece a las exportaciones sobre las ventas internas y no discriminar. Los Estados Unidos parecían, en estas circunstancias, partir de la posición de que el nuevo plan estaba prohibido debido a la índole de los dispositivos precedentes. Por otro lado, si se hubiera introducido esa nueva disposición en un caso en el que no hubiera habido subvenciones, ello sería coherente. Esta ruptura entre el carácter de una medida y su condición es incompatible con el régimen basado en normas de la OMC que regula la violación de los compromisos de los tratados.

7.212 Basándose en información comercial confidencial, los Estados Unidos alegan que existía claramente un vínculo -que había sido reconocido por el Gobierno australiano- entre la eliminación del cuero para automóviles de la admisión en el Programa de Créditos a la Importación y en el Plan de Facilitación de las Exportaciones y la concesión de una nueva asistencia a Howe.

7.213 Además, **Australia** alega que las disciplinas relativas a las subvenciones a la exportación guardan relación con determinados tipos de medidas. No se trata de saber cuánto dinero se facilita en forma de subvención. Cuando una medida es sustituida por otra, lo importante es saber si la nueva medida es coherente. Que el nivel de subvención sea inferior o superior es irrelevante.

7.214 Australia sostiene que, si bien los Estados Unidos decían que no estaban proponiendo una prueba de efectos sobre el comercio, están proponiendo que el Grupo Especial base en realidad sus constataciones sobre lo siguiente: a) el carácter y la condición de las medidas anteriores; y b) el nivel de las exportaciones de Howe de cuero para automóviles.

7.215 Según Australia, las pruebas documentales de los Estados Unidos que pretendían mostrar cuál era la intención de los ministros australianos en la época en que se concibieron las nuevas disposiciones de ayuda no demuestran que estaban pensando en una subvención a la exportación. De hecho, al contrario, si la situación hipotética encubierta que inicialmente daban a entender los Estados Unidos tenía cierto viso de verdad, y si los ministros pensaban que existía algún vínculo con las exportaciones de la manera sugerida, no sería concebible que hubieran hecho declaraciones acerca de las exportaciones. Australia proporcionó información comercial confidencial al Grupo Especial con respecto a los datos comprobados sobre las ventas correspondientes a 1997-98 que -afirma- ponen de manifiesto la falta de valor probatorio de las pruebas presentadas por los Estados Unidos con respecto, por ejemplo, a los elevados niveles de exportación de Howe.

¹³⁷ Véase *supra*, párrafo 7.202.

7.216 En opinión de Australia, no era creíble que los Estados Unidos y Australia hubieran estado examinando una solución que los Estados Unidos consideraban incompatible con la OMC. Las conversaciones entre los Estados Unidos y Australia siempre contemplaron que era posible otorgar subvenciones compatibles con la OMC a Howe, aunque se reconocía que existía un peligro de efecto adverso, en particular, un perjuicio grave. Los Estados Unidos no han negado esto. Mas sus argumentos acerca de las medidas anteriores y del elevado nivel de exportaciones de cuero para automóviles efectuadas por Howe eran tan ciertas entonces como ahora. Australia no está afirmando que los Estados Unidos hayan otorgado a Australia una "exención" con respecto a las nuevas disposiciones de ayuda. Australia estaría de acuerdo en que, dadas las circunstancias, los Estados Unidos no deberían haber planteado este caso, pero no está sosteniendo que se impida a los Estados Unidos hacerlo. Sin embargo, el hecho de que los Estados Unidos participaran en conversaciones con Australia sobre los detalles del conjunto de la ayuda, por lo menos hasta julio de 1997, demuestra que el problema fundamental de los Estados Unidos estribaba en la magnitud del préstamo y de las donaciones o en algún otro aspecto de las disposiciones concretas. Australia cree que es lo primero. Si así es, en lugar de darse el trabajo de alegar un perjuicio grave, los Estados Unidos están tratando de ampliar los límites del Acuerdo SMC para obtener una prueba del nivel de las exportaciones con arreglo a la parte II del Acuerdo SMC. Al mismo tiempo, los Estados Unidos parece que están también tratando de ampliar los límites de ESD para obtener una prueba de la medida anterior, que tendría aplicación general.

7.217 Australia afirma que, con respecto a las disposiciones concretas, nada podía ser más anodino que el préstamo, y sobre su situación los Estados Unidos no presentan ningún argumento de fondo. Análogamente, una vez que se efectúa la prueba de los efectos sobre el comercio, las alegaciones acerca del contrato de donación y de los pagos correspondientes también se vienen abajo.

7.218 Australia observa que los Estados Unidos aducen que, aun cuando se les consultó efectivamente acerca de las nuevas subvenciones, nunca convinieron en que un nuevo conjunto de disposiciones tendría necesariamente que cumplir las prescripciones del artículo 3 del Acuerdo SMC. Como admiten los Estados Unidos, Australia nunca dijo que los Estados Unidos aceptaran cualquier dispositivo particular de ayuda. Sin embargo, los Estados Unidos admitieron claramente que algunos dispositivos serían aceptables, es decir, que su inclusión sería compatible con la OMC. Lo contrario habría representado signos de doblez durante las conversaciones en las que intentó y obtuvo en particular que gran parte del dinero proporcionado con arreglo al contrato de donación se dedicara a inversiones. Ahora bien, naturalmente, los Estados Unidos tratan de sacar conclusiones negativas de la asignación de dinero a inversiones.

7.219 Los **Estados Unidos** responden que, en toda la documentación presentada por Australia y en respuesta a las preguntas escritas del Grupo Especial, Australia declara que los Estados Unidos "entendieron y aceptaron" que se otorgaría a los productores de cuero para automóviles otras disposiciones de ayuda. Aunque observan que las declaraciones u ofertas hechas durante las deliberaciones en busca de una solución en un caso no tienen ningún efecto jurídico en el procedimiento¹³⁸, los Estados Unidos afirman que es necesario enmendar esta declaración errónea. Según los Estados Unidos, nunca "aceptaron" que se proporcionara a Howe una asistencia alternativa. Australia nunca solicitó el permiso ni la aceptación de los Estados Unidos para proporcionar esa asistencia. Al contrario, Australia simplemente informó a los Estados Unidos de que se suministraría otra ayuda. Aunque se consultó a los Estados Unidos para evitar otros procedimientos de solución de diferencias, como Australia reconoce, los Estados Unidos afirman que nunca "accedieron al dispositivo de ayuda que con el tiempo se puso en práctica ni lo respaldaron".

¹³⁸ Los Estados Unidos se refieren a este respecto al párrafo 6 del artículo 4 del ESD y al informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Ropa interior*, WT/DS24/R, aprobado el 25 de febrero de 1997, párrafo 7.27.

7.220 **Australia** declara que las conversaciones bilaterales entre Australia y los Estados Unidos, por supuesto, no llegaron a un punto en el que los Estados Unidos firmaran el acuerdo sobre el estado de los nuevos dispositivos de ayuda de la OMC. Australia estaba dispuesta a participar en un proceso consultivo de larga duración para poner a prueba y llegar a una solución mutuamente satisfactoria de este problema. No obstante, Australia sostiene que se debería tomar nota de que el ritmo de este caso, y los largos retrasos que entraña, estuvieron determinados por los Estados Unidos y que durante todo este período ha flotado sobre Howe una incertidumbre comercial. No obstante, el prolongado proceso de consultas bilaterales también pone de relieve el compromiso del Gobierno de Australia a poner en práctica disposiciones compatibles con la OMC. Ello demuestra que la intención del Gobierno no era aplicar un arreglo de subvención a las exportaciones sino, más bien al contrario, aplicar medidas que no sólo serían totalmente compatibles con la OMC, sino que tampoco causarían efectos adversos a los Estados Unidos, al mismo tiempo que reconocía que los Estados Unidos siempre podían someter un caso de perjuicio grave a Australia y luego, de ser necesario, a la OMC.

7.221 Australia recuerda que hubo un gran número de conversaciones bilaterales entre los Gobiernos de Australia y de los Estados Unidos tanto antes como después del anuncio público de las nuevas disposiciones de ayuda a finales de diciembre de 1996. Esas consultas incluyeron intercambios entre funcionarios de la Embajada australiana en Wáshington y representantes de los Estados Unidos para las cuestiones comerciales internacionales, así como contactos directos entre funcionarios encargados de la política en Canberra que participaban en la elaboración de las nuevas disposiciones de ayuda y funcionarios representantes de los Estados Unidos en cuestiones relacionadas con el comercio internacional.

7.222 Según Australia, en las negociaciones anteriores al anuncio efectuado el 27 de diciembre de 1996 de las nuevas disposiciones de ayuda, se comunicó a representantes de los Estados Unidos en cuestiones de comercio internacional el amplio marco propuesto con respecto a las disposiciones alternativas de ayuda, con inclusión del hecho de que esas disposiciones contendrían el pago de una sola vez por adelantado de la donación. Australia afirma que a los Estados Unidos les preocupaba la dimensión de las disposiciones alternativas (inicialmente se propusieron 80 millones de dólares australianos) y el probable impacto de esas disposiciones en la rama de producción estadounidense. Esto reflejaba el carácter de la solución bilateral. Representantes de los Estados Unidos en cuestiones de comercio internacional indicaron claramente, inmediatamente después del arreglo bilateral concertado entre el Embajador Barshefsky y el Sr. Fischer que evaluarían la coherencia o falta de coherencia del nuevo plan con la OMC en función de que causara problemas o un perjuicio grave a la rama de producción de los Estados Unidos. Como reacción a las preocupaciones expresadas por los Estados Unidos con respecto al nivel de los arreglos, la suma inicialmente propuesta se redujo considerablemente y se introdujo el elemento de préstamo.

7.223 Australia advierte que, en las conversaciones anteriores al anuncio sobre los arreglos alternativos relativos a la ayuda, los Estados Unidos expresaron también una particular preocupación por la propuesta de pago anticipado y sugirieron que los arreglos podían ser más aceptables si se pudiera reducir la magnitud de este pago por adelantado y que el resto se podría pagar condicionalmente (principalmente sobre la base de la actividad de inversión) en los dos próximos años o pagarse como un certificado de producción durante el período comprendido entre el 1º de abril de 1997 y el 31 de diciembre del 2000. Esta amplia estructura del pago es la que surgió con relación al contrato de donación.

7.224 Australia observa que, después del anuncio del 27 de diciembre de 1996 de los dispositivos de ayuda, la mayor parte del debate entre Australia y los Estados Unidos giró en torno a la manera de ajustar las disposiciones para tener en cuenta las preocupaciones de la rama de producción estadounidense. Como resultado de estas conversaciones, se introdujeron varias modificaciones de detalle en las disposiciones. Se siguieron efectuando ajustes hasta que el 9 de marzo de 1997 se firmaron los contratos de donación y de préstamo. Además, prosiguieron las conversaciones, tanto a

nivel ministerial como de altos cargos, entre Australia y los Estados Unidos con respecto a las disposiciones relativas a la inversión y a otros detalles de los dispositivos de ayuda que interesan a los Estados Unidos hasta julio de 1997.

7.225 Australia señala que las consultas sobre las nuevas disposiciones de ayuda fueron amplias. Se llevaron a cabo, por supuesto, sin perjuicio de los derechos dimanantes de la OMC de Australia o de los Estados Unidos, pero reflejan que, por lo menos a lo largo de este período, los Estados Unidos aceptaron que las disposiciones alternativas de ayuda, compatibles con el párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC, podrían aplicarse a Howe. Australia reconoce que, pese a esos esfuerzos, no se pudo alcanzar ningún acuerdo definitivo con el Gobierno de los Estados Unidos que satisficiera las preocupaciones de las empresas estadounidenses que habían iniciado esta reclamación. Australia no ha pretendido que los Estados Unidos llegaran a aceptar o respaldar las disposiciones de ayuda que con el tiempo se aplicarían.

7.226 Según Australia, el informe del Grupo Especial citado por los Estados Unidos en el asunto *Estados Unidos - Ropa interior*¹³⁹, no es aplicable a este caso. El asunto *Estados Unidos - Ropa interior* se planteó en el contexto de las consultas llevadas a cabo en virtud del ESD y que desembocaron en la creación de ese Grupo Especial particular y en la oferta supuestamente de transacción de la parte demandada. En este caso, al contrario, Australia, de buena fe, examinó con los Estados Unidos cuáles podrían ser las nuevas disposiciones y cómo podría Australia modificarlas para atender a las preocupaciones de los Estados Unidos.

7.227 Australia afirma que el expediente demuestra que ambos Gobiernos participaron en negociaciones acerca de las nuevas medidas de apoyo, en las que la cuestión principal era el grado de apoyo. A juicio de Australia, existe y era incuestionable la aceptación de los Estados Unidos de que se concederían subvenciones. No hubo acuerdo alguno sobre las nuevas disposiciones, pero las negociaciones que se celebraron sobre cómo se pagarían las subvenciones, en particular las peticiones de los Estados Unidos de que el grueso del dinero objeto del contrato de donación se considerara gastos de capital, sólo tenían una interpretación razonable, a saber, que los Estados Unidos aceptaban que se concedieran subvenciones en una u otra forma.

7.228 Australia sostiene que la cuestión que se plantea entre los dos países concierne a un perjuicio grave. Si hubiera habido alguna sugerencia de que los Estados Unidos consideraban que se había podido producir una violación del párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC, o de cualquier otra disposición de la OMC, el Gobierno australiano habría abordado esa cuestión. Mas se dio la situación contraria en el sentido de que los Estados Unidos sólo invocaron la disposición "de hecho" del párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC seis meses después de que el Gobierno australiano hubiera concertado acuerdos internos jurídicamente vinculantes y después de que se hubiera otorgado el préstamo y se hubieran efectuado los dos primeros desembolsos del contrato de donación.

7.229 En opinión de Australia, el expediente muestra que Australia se preocupó por garantizar la coherencia con las disposiciones de la OMC y, en particular, por velar por que no hubiera ninguna vinculación con las exportaciones. Cualquier gobierno que hubiera tenido la intención de actuar solapadamente habría manejado la cuestión de una manera totalmente distinta. Las observaciones comunicadas sobre las exportaciones habrían simplemente demostrado, en la medida en que sean exactas, que el Gobierno australiano no pensaba en modo alguno en vinculaciones con los resultados de las exportaciones. Esto lo confirma también la índole del contrato de donación y la base sobre la que se realizaron los pagos efectivos. Obviamente, no existe lazo alguno con el rendimiento de las exportaciones.

¹³⁹ WT/DS24/R, adoptado el 25 de febrero de 1997.

iii) *Intención*

7.230 Los **Estados Unidos** sostienen que el Gobierno australiano tiene la intención de establecer un conjunto de subvenciones sustitutivas en apoyo de las exportaciones actuales y futuras de Howe.

7.231 Los Estados Unidos alegan que el hecho de que el conjunto de medidas sustitutivas tenga por finalidad compensar a Howe de su exclusión del Programa de Créditos a la Importación y del Plan de Facilitación de las Exportaciones es una sólida prueba de que el verdadero propósito del conjunto de subvenciones sustitutivas -al igual que los programas de subvención que le precedieron- es promover las exportaciones. Las numerosas declaraciones del Gobierno australiano y de los responsables de Howe que confirman que el conjunto de subvenciones sustitutivas está vinculado de hecho a la exportación o a los ingresos de exportación efectivos o previstos de Howe disipa toda duda a este respecto. Por ejemplo, el Ministro de Comercio Exterior australiano Tim Fischer manifestó claramente que el objetivo del conjunto de subvenciones sustitutivas es proseguir la promoción de las exportaciones, al declarar lo siguiente:

con nuestros esfuerzos nosotros [el Gobierno australiano] hemos logrado que Howe Leather haya podido proseguir su actividad de exportación a lo largo de los últimos 18 meses.¹⁴⁰

7.232 Análogamente, John Moore, Ministro de Industria, Ciencia y Turismo de Australia, anunció durante la negociación del conjunto de subvenciones sustitutivas que:

Estamos colaborando de manera constructiva con Howe Leather para que la empresa reciba una justa compensación. Estoy decidido a que esta empresa exportadora sumamente eficiente no sea injustamente desfavorecida por el acuerdo alcanzado en Manila.¹⁴¹

7.233 Según los Estados Unidos, el Gobierno australiano estaba consciente de que, en la época en que se otorgaron nuevas subvenciones en 1997, las exportaciones representaban el 90 por ciento de las ventas de Howe. El hecho de que las exportaciones jueguen ese papel excepcionalmente dominante en el conjunto global de ventas de Howe no es una mera coincidencia. Como parte de un esfuerzo de casi 10 años, el Gobierno australiano ha financiado la transformación de Howe en un exportador de categoría mundial de cuero para automóviles. Como el propio Gobierno australiano ha admitido, desde por lo menos 1991 Howe ha recibido más de 30 millones de dólares australianos de subvenciones por medio de dos programas de subvenciones a contingentes de exportación: el Programa de Créditos a la Importación y el Plan de Facilitación de las Exportaciones. Gracias a esas subvenciones sumamente lucrativas, Howe pudo aumentar espectacularmente sus exportaciones. De menos del 10 por ciento de sus ventas totales en 1988, las exportaciones pasaron a representar el 90 por ciento de las ventas totales de Howe en los nueve meses que acabaron en marzo de 1997.¹⁴²

¹⁴⁰ "Fischer vows to fight US trade challenge", The Australian, 29 de septiembre de 1997, prueba documental N° 45 de los Estados Unidos.

¹⁴¹ Declaración del Ministro de Industria, Ciencia y Turismo John Moore, "Resolution Removes Uncertainty for Industry", 25 de noviembre de 1996, prueba documental N° 16 de los Estados Unidos.

¹⁴² "Major Headache for the Howard Government", A\$ Adding Value, 5 de julio de 1996 ("Las exportaciones de Howe han aumentado de menos del 10 por ciento de las ventas en 1988 a casi el 90 por ciento de las ventas."), prueba documental N° 5 de los Estados Unidos; "Howe Leather Wins Wheels Award" World Leather, febrero/marzo de 1997 ("La empresa ha aumentado sus exportaciones del 7 por ciento al 90 por ciento de las ventas en los últimos ocho años [...]"). prueba documental N° 4 de los Estados Unidos.

7.234 Los Estados Unidos alegan que, como el valor de las subvenciones anteriores estaba jurídicamente vinculado al valor de las exportaciones de Howe, el Gobierno australiano forzosamente disponía de información detallada sobre las ventas de exportación de Howe y su incremento exponencial a lo largo del decenio de 1990. Más allá de estar simplemente al corriente del nivel general de las exportaciones de Howe, sin embargo, el Gobierno australiano conocía también la importancia relativa de las exportaciones en el conjunto global de las ventas de Howe. Por ejemplo, incluso antes de que se anunciara el conjunto de subvenciones sustitutivas, según los informes, Martin Ferguson, portavoz de la oposición en materia de empleo, alardeó de que "la empresa es un faro brillante con el 90 por ciento de la producción de Howe dedicada a la exportación [...]".¹⁴³

7.235 Además de estar consciente de los resultados de las exportaciones anteriores y actuales de Howe, el Gobierno australiano tenía asimismo conocimiento de los dinámicos planes de exportación de Howe. En la propuesta de noviembre de 1996 dirigida por Howe al Gobierno australiano en la que solicitaba nuevas subvenciones, Howe preveía, según los informes, que sus ventas anuales se duplicarían aproximadamente -para alcanzar los 214 millones de dólares- en el 2000, "correspondiendo a las exportaciones la mayor parte".¹⁴⁴ De hecho, no sólo el Gobierno australiano conocía las ambiciones de Howe con respecto a las exportaciones, sino que concibió el conjunto de subvenciones sustitutivas para facilitar aún más y estimular las metas ambiciosas de exportación de Howe.

7.236 Según los Estados Unidos, el hecho de que se esté concediendo el conjunto de subvenciones sustitutivas para promover las exportaciones de Howe también fue reconocido, y acogido con satisfacción, por la propia Howe. Durante la negociación del conjunto de subvenciones sustitutivas, a finales de 1996, el Director Gerente de Howe, Chris Heysen, declaró que se le había "asegurado" que Howe "sería compensado con un mecanismo alternativo que le ayudaría a mantener la expansión de las exportaciones".¹⁴⁵ Análogamente, en una entrevista de 1997 con World Leather Magazine el Sr. Heysen señaló que "hemos recibido un fuerte apoyo del Gobierno australiano y confiamos mucho en que nuestra propia inversión y el crecimiento de las exportaciones podrán continuar como estaba proyectado".¹⁴⁶

7.237 Y, alegan los Estados Unidos, Howe ha comenzado a alcanzar sus metas de exportación. En junio de 1998, Howe obtuvo nuevos pedidos por un total de 300 millones de dólares de fabricantes de automóviles estadounidenses importantes.¹⁴⁷ No se trata de saber si la capacidad de Howe para obtener esos pedidos era directamente atribuible al conjunto de subvenciones sustitutivas. El Presidente de la empresa matriz principal de Howe, Schaffer Corp. Ltd., declaró con orgullo que sus nuevos contratos de 300 millones de dólares "habían sido facilitados por el conjunto de apoyo del Gobierno del Commonwealth a Howe, en cuya empresa se habían gastado más de 30 millones de dólares en el establecimiento de dos operaciones de categoría mundial para la fabricación de cuero"

¹⁴³ "Trade Showdown", Herald Sun, 20 de noviembre de 1996, prueba documental N° 30 de los Estados Unidos.

¹⁴⁴ "Sacred Cows vs. The Hide of Howe" The Weekend Australian, 20-21 de septiembre de 1997, prueba documental N° 22 de los Estados Unidos.

¹⁴⁵ "Melbourne firm could lose in US subsidy deal", The Age, 25 de noviembre de 1996, en 1, prueba documental N° 15 de los Estados Unidos.

¹⁴⁶ "Howe Leather wins wheels award", World Leather, febrero/marzo de 1997, prueba documental N° 4 de los Estados Unidos.

¹⁴⁷ J. Schaffer, Presidente y Director Gerente, Schaffer Corp. Ltd., "Howe Leather Announces \$300M in New US Contracts", 18 de junio de 1998, prueba documental N° 47 de los Estados Unidos.

en Rosedale y Thomastown.¹⁴⁸ Presente en la inauguración de la nueva planta de elaboración de punta de Howe en Thomastown, el Ministro de Industria, Ciencia y Turismo de Australia John Moore atribuyó el éxito de Howe para "quebrar" el mercado estadounidense de automóviles a la "política industrial" del Gobierno que se basa en la innovación, la inversión y la exportación.¹⁴⁹

7.238 Los Estados Unidos alegan que es significativo que las subvenciones de sustitución no fueran ofrecidas a otros curtidores australianos que suministran cuero para el consumo interno. Las subvenciones no tenían, por tanto, por finalidad simplemente estimular la producción de cuero para la venta a clientes australianos. Tampoco se proporcionaron a otros curtidores que tenían derecho a créditos a la exportación con arreglo a los planes de subvención a las exportaciones del Programa de Créditos a la Importación y del Plan de Facilitación de las Exportaciones puesto que no habían tenido necesidad de otras ayudas a la exportación. El conjunto financiero únicamente se puso a disposición del solo curtidor de cuero al que se había negado el acceso a los planes de exportación del Gobierno y cuyas exportaciones representaban prácticamente la totalidad de su producción.

7.239 **Australia** afirma que los argumentos de los Estados Unidos tratan de demostrar una intención en forma de comunicados de prensa.¹⁵⁰ A este respecto, los grupos especiales no se supone que adivinan lo que los gobiernos, o ministros individuales, podían o no pretender en el momento de adoptar decisiones. Como cualquier funcionario responsable sabe, los factores que influyen en los órganos de decisión son múltiples. Por lo general guardan relación con aspectos como los puestos de trabajo y el empleo, como sucede en este caso. Por supuesto, esas decisiones a menudo pueden tener repercusiones en las importaciones y las exportaciones. Eso no es nada sorprendente desde el punto de vista de la economía. No obstante, para llegar a una conclusión, como hacen los Estados Unidos, en el sentido de que esto significaría que una medida es incompatible con una obligación derivada de un tratado es dar un gran salto en la oscuridad.

7.240 Según Australia, una evaluación de los objetivos que se atribuyen a los gobiernos no constituye el fundamento sobre el que un sistema basado en normas como el de la OMC se supone que funciona. Se parte del supuesto de que las normas relativas a la infracción no se basan en conjeturas acerca de los objetivos de los gobiernos. Han de basarse en hechos y en argumentos sólidamente fundados. En opinión de Australia, en la argumentación presentada por los Estados Unidos no se da ninguno de esos dos supuestos.

7.241 Los **Estados Unidos** insisten en que, además de que las nuevas subvenciones estaban explícitamente concebidas para sustituir las subvenciones a la exportación *de jure* perdidas, hay fuertes indicios de que el Gobierno australiano tenía la intención de sustituir las subvenciones en apoyo de las exportaciones actuales y futuras de Howe. Existen numerosas declaraciones tanto de Howe como del Gobierno australiano que confirman que el conjunto de subvenciones sustitutivas está vinculado, de hecho, a las exportaciones o a los ingresos de exportación efectivos o previstos de Howe.

¹⁴⁸ *Ibid.* Véase también "Australia: Melbourne Firm in Push to Lift Exports by 15%" Australian Business Intelligence Daily Commercial News (Abstracts), 15 de junio de 1998 (la nueva instalación de curtido de alta tecnología financiada por el Estado en Rosedale era "parte de los esfuerzos [de Howe] para aumentar sus exportaciones por encima de los 100 millones de dólares australianos al año"), prueba documental N° 48 de los Estados Unidos.

¹⁴⁹ Comunicado a los medios de información, declaración de John Moore, Ministro de Industria, Ciencia y Turismo, "Australian Company Cracks US Car market With \$300M Deal", 18 de junio de 1998, prueba documental N° 49 de los Estados Unidos.

¹⁵⁰ Véanse asimismo los argumentos de Australia a este respecto *supra* en los párrafos 7.35, 7.194 y 7.195. Con respecto a las afirmaciones de los Estados Unidos, *supra*, párrafo 7.238, véanse también los argumentos de Australia *supra*, párrafo 7.210.

7.242 Por otro lado, los Estados Unidos alegan que, al otorgar el nuevo conjunto de ayudas a Howe, el Gobierno de Australia sabía que la inmensa mayoría de las actividades de esa empresa estaban orientadas hacia la exportación y que las subvenciones adicionales servirían para incrementar sus exportaciones. Esto resulta evidente de la participación ya antigua de Howe en el Programa de Créditos a la Importación y en el Plan de Facilitación de las Exportaciones, la información que Howe está obligada a suministrar al Gobierno para obtener los beneficios de esos programas y la información sobre la que se basaba Australia para elaborar las condiciones del conjunto de la ayuda. Funcionarios públicos australianos han reconocido que la empresa de Howe es en lo esencial una empresa de exportación, y los medios de comunicación australianos han aclamado a Howe como un exportador de éxito del país. Por consiguiente, según los Estados Unidos, no puede haber la menor duda de que el Gobierno australiano sabía en la época en que accedió al conjunto de ayudas que los beneficios conferidos financiarían la continuación de las exportaciones de Howe. El hecho de que el conjunto de subvenciones sustitutivas se facilitara para promover las exportaciones de Howe era también reconocido y acogido con beneplácito por la propia Howe.

7.243 Australia sostiene que los hechos de la situación son sencillos. A su juicio, el cuero para automóviles fue retirado de dos programas que daban derecho a subvenciones a petición de los Estados Unidos. Sin embargo, para el Gobierno australiano existía, política y socialmente, la necesidad de prescribir algunas nuevas medidas en favor de Howe. Australia duda que alguien pensara seriamente que Australia inició intencionalmente una controversia con los Estados Unidos simplemente para exportar más cuero para automóviles. Australia señala que tenía la esperanza de que, con las nuevas disposiciones, esta cuestión quedaría resuelta. Afirma que es la estructura jurídica y la administración de las disposiciones relativas a las subvenciones lo que se debería evaluar más que la cuestión de la intención o del carácter de cualquier medida anterior. Australia sostiene que el Grupo Especial debería examinar los contratos para evaluar lo que realmente dicen y cómo son administrados. Con referencia a la información comercial confidencial que facilitó al Grupo Especial, Australia alega que los pagos con cargo al contrato de donación no se basaban en los resultados de las exportaciones de Howe.

iv) Condiciones de la ayuda y dimensión del mercado interno

Factores considerados con inclusión del nivel de las exportaciones

7.244 Los **Estados Unidos** mantienen que las condiciones del conjunto de subvenciones sustitutivas y la escasa dimensión del mercado interno demuestra que, de hecho, está vinculado a los ingresos de exportación de Howe. Según los Estados Unidos, para que Howe utilizara esos fondos con el fin de aumentar sus exportaciones, el Gobierno australiano condicionó la donación al aumento espectacular de las ventas de Howe lo cual, dada la dimensión del mercado interno, significaba a su vez aumentar espectacularmente sus exportaciones. Howe no tenía más opción que seguir ampliando sus exportaciones para obtener todos los beneficios ofrecidos. El Gobierno australiano condicionó asimismo la recepción del dinero de la donación a que Howe efectuara una inversión de capital aprobada de 22,8 millones de dólares australianos antes del año 2000. De hecho, según los Estados Unidos, la empresa matriz en última instancia de Howe, Schaffer Corp. Ltd., ha admitido que las condiciones de la subvención estaban vinculadas a las exportaciones futuras. En su informe semestral, Schaffer declaraba que la donación de 30 millones de dólares australianos se "basaba en las exportaciones proyectadas y se pagaba sobre la base de criterios de rendimiento [...]" y afirmó que el préstamo se otorgaba "para prestar ayuda al programa de capital".

7.245 Los Estados Unidos observan que las condiciones de la donación prescriben que Howe recibirá unos fondos en concepto de donación equivalentes al 5 por ciento de sus ventas estimadas desde abril de 1997 hasta diciembre del 2000, con un límite máximo de 30 millones de dólares australianos. Por consiguiente, para que Howe reciba el total de los 30 millones de dólares australianos en concepto de donación a los que tiene derecho, tendrá que generar 600 millones de

dólares australianos en ventas durante el período de duración del programa de sustitución. Esto significa que Howe debe incrementar espectacularmente sus ventas anuales. En 1996/97 las ventas de Howe alcanzaron un total aproximado de 114,4 millones de dólares australianos.¹⁵¹ En consecuencia, Howe debe aumentar sus ventas anuales a una media de 45,6 millones de dólares australianos al año para tener derecho a la totalidad de la donación de 30 millones de dólares australianos.¹⁵² Dado que Howe curtió unos 10.000 cueros a la semana durante el ejercicio fiscal de 1996/97, tendría que curtir unos 4.000 cueros adicionales a la semana para alcanzar esa meta de ventas.¹⁵³

7.246 Según los Estados Unidos, el Gobierno australiano condicionó asimismo la recepción de la donación a la realización de una inversión de capital aprobada de 22,8 millones de dólares australianos por parte de Howe antes del año 2000. Howe cumplió este requisito construyendo una nueva planta de acabado de punta y una nueva instalación de procesamiento.¹⁵⁴ Howe dispone ahora de una capacidad de producción de aproximadamente 22.000 cueros por semana, lo que representa casi el doble de su capacidad de 1996 de 11.500 cueros por semana.¹⁵⁵

7.247 Sin embargo, los Estados Unidos mantienen que el mercado de cuero australiano es actualmente -y seguirá siéndolo en el futuro- demasiado pequeño para absorber el aumento de la producción de Howe. En la época en que se otorgó el conjunto de subvenciones sustitutivas en 1997, la demanda semanal total de cuero para automóviles en Australia era de unos 1.400 cueros por semana.¹⁵⁶ Esta cifra es poco probable que aumente de manera considerable en el próximo futuro. La Federación de Fabricantes de Productos del Automóvil proyecta que la producción anual de automóviles en Australia aumentará en el 15 por ciento entre 1997 y 2000.¹⁵⁷ Dando por supuesto que exista un aumento correspondiente (15 por ciento) en la demanda de cuero para automóviles, para el

¹⁵¹ Los Estados Unidos calcularon la cifra de 114,4 millones de dólares australianos analizando la producción de Howe sobre la base de sus ventas correspondientes a los tres primeros trimestres del año (85,8 millones de dólares australianos). Los Estados Unidos se remiten al memorando de la Embajada de Australia a la Oficina del Representante de los Estados Unidos para las cuestiones comerciales internacionales, 7 de mayo de 1997, prueba documental N° 11 de los Estados Unidos.

¹⁵² Los Estados Unidos afirman que, si las ventas de Howe se mantuvieran a sus niveles de 1996/97, Howe generaría 429 millones de dólares australianos en ventas a lo largo de la vida del programa de donación, lo que le daría derecho a 21,5 millones de dólares australianos de ayuda en forma de donación. Howe tendría que generar otros 171 millones de dólares australianos a lo largo de los 3 años 3/4 de vida del programa de donación (aumentando sus ventas totales a lo largo del período a un total de 600 millones de dólares australianos) para poder recibir la totalidad de los 30 millones de dólares australianos, lo que representa una media anual de aumento de 45,6 millones de dólares australianos (171 dólares australianos / 3 3/4 años).

¹⁵³ Según los Estados Unidos, puesto que Howe necesitaría aumentar sus ventas en 45,6 millones de dólares australianos al año para tener derecho a recibir la totalidad de la donación (dando por supuesto unas ventas anuales de 114 millones de dólares australianos), Howe tendría que aumentar también la producción semanal de 10.000 cueros en el 40 por ciento, lo que equivale a 4.000 cueros adicionales a la semana para alcanzar esa meta de ventas.

¹⁵⁴ J. Schaffer, Presidente y Director Gerente de Schaffer Corp. Ltd., "Howe Leather Announces \$300M in New US Contracts", 18 de junio de 1998, prueba documental N° 47 de los Estados Unidos.

¹⁵⁵ Howe Leather, diciembre de 1994, prueba documental N° 31 de los Estados Unidos; "Picking Winners", Business Review 1997, 13 de octubre de 1997, prueba documental N° 32 de los Estados Unidos.

¹⁵⁶ Declaración jurada de Robert F. White, Vicepresidente superior de Eagle Ottawa Leather Company, prueba documental N° 27 de los Estados Unidos.

¹⁵⁷ Federación de Fabricantes de Productos del Automóvil, Vehicle Production Forecasts, marzo de 1998, prueba documental N° 28 de los Estados Unidos.

año 2000 el mercado australiano de cuero para automóviles necesitará aproximadamente 1.600 cueros por semana.¹⁵⁸ Huelga decir, afirman los Estados Unidos, que los 200 cueros adicionales que el mercado australiano de cueros para automóviles demandará en el año 2000 es muy inferior a los 4.000 cueros adicionales por semana que Howe debe vender para recibir la totalidad de la donación de 30 millones de dólares australianos o de los 22.000 cueros por semana que Howe es actualmente capaz de producir. Los Estados Unidos creen que la información que presentan basta para suponer que los hechos alegados son correctos. Como Australia no ha presentado ninguna prueba para rechazar esta demostración afirmativa, el Grupo Especial debe aceptar la prueba presentada por los Estados Unidos como una estimación razonable de la demanda actual y futura en Australia de automóviles y de cuero para automóviles.

7.248 En respuesta a preguntas del **Grupo Especial** acerca de si Australia estaba de acuerdo con las estimaciones presentadas por los Estados Unidos con respecto a la producción proyectada de vehículos de motor en Australia y a la demanda proyectada de cueros de ganado hasta el año 2000, **Australia** respondió que consideraba "que la cuestión no tenía relación con los asuntos sometidos al Grupo Especial, puesto que las cifras de la demanda proyectada no están en relación con la cuestión de saber si cualquiera de las medidas está supeditada al resultado de las exportaciones". Australia considera además que las proyecciones de la Federación de Fabricantes de Productos del Automóvil están calculadas por lo bajo. Según Australia, las perspectivas a plazo medio del mercado del automóvil en Australia están apoyadas en una situación económica fuerte, pero están actualmente asimismo sometidas a otros factores, entre ellos las condiciones económicas imperantes en los mercados asiáticos, que podrían afectar a las exportaciones e importaciones de Australia, así como a las disposiciones transitorias relativas a la introducción de un impuesto sobre bienes y servicios. La perspectiva actual es de un crecimiento mayor de los vehículos de producción nacional que era lo que parecía probable cuando la Federación de Fabricantes de Productos del Automóvil realizó su encuesta. No obstante, Australia no podía "suministrar al Grupo Especial ninguna otra o más actualizada previsión pública". Además, Australia declara que las pruebas presentadas por los Estados Unidos con respecto a la demanda proyectada de cueros de res se basan "en varias afirmaciones e hipótesis discutibles". Según Australia, la proporción actual de nuevos vehículos pedidos y/o vendidos que contienen asientos y guarniciones de interior de cuero podría muy bien superar la penetración del 10 por ciento primeramente estimada por los Estados Unidos y quizá incluso el nivel del 15 por ciento al que más tarde se había llegado. Dado que los interiores de cuero como opción parten de unos niveles insignificantes durante el último decenio, hay margen para que ese crecimiento prosiga en el futuro previsible. Análogamente, Australia sostiene que hay margen para un aumento en el mercado posventa de cueros para automóviles, que no está bien desarrollado si se compara con el mercado estadounidense. Con todo, Australia no proporcionó al Grupo Especial ninguna previsión basada en esas hipótesis diferentes.

7.249 Los **Estados Unidos** señalan que, aun cuando, según Australia, la demanda proyectada de automóviles en Australia tal como la calcula la Federación de Fabricantes de Productos del Automóvil es moderada, Australia declara que "no puede proporcionar al Grupo Especial ninguna previsión pública más actualizada". Según los Estados Unidos, la información fáctica relativa a la demanda proyectada de automóviles en Australia presentada por los Estados Unidos no es en consecuencia refutada.

7.250 Análogamente, los Estados Unidos observan que, si bien Australia impugna las cifras suministradas con respecto a la demanda proyectada de cuero para automóviles en Australia, no aporta ninguna cifra alternativa. Los Estados Unidos señalan que un grupo especial debe aceptar un hecho presentado para establecer una argumentación avalada por pruebas: 1) que bastan para sostener la hipótesis de que el hecho supuesto o la reclamación es correcto; y 2) que no han sido

¹⁵⁸ Declaración jurada de Robert F. White, Vicepresidente superior de Eagle Ottawa Leather Company, prueba documental N° 27 de los Estados Unidos.

suficientemente impugnados por la parte contraria.¹⁵⁹ En este caso, los Estados Unidos alegan que la declaración jurada y las citas de la Federación de Fabricantes de Productos del Automóvil de Australia bastan para sostener la hipótesis de que los hechos alegados son correctos y como Australia no ha presentado ninguna prueba para rebatir el resultado afirmativo de los Estados Unidos, el Grupo Especial debe aceptar la prueba presentada por los Estados Unidos en la que se calcula la demanda futura en Australia de automóviles y cuero para automóviles.

7.251 Los Estados Unidos sostienen que, dada la gran disparidad entre la capacidad incrementada de Howe y la demanda interna de este producto, el aumento de las ventas y la capacidad de producción de Howe tendrá forzosamente que orientarse hacia los mercados extranjeros y vincularse a ellos. Incluso si el mercado australiano de cuero para automóviles se duplicara entre 1997 y el 2000 (para pasar a casi 3.000 cueros a la semana), esta mayor demanda absorbería menos del 15 por ciento de la nueva capacidad de producción de Howe. Obviamente, alegan los Estados Unidos, para que Howe alcance sus metas de venta y utilice su capacidad ampliada, tendrá que aumentar marcadamente sus exportaciones.

7.252 Según los Estados Unidos, los aumentos previstos de las ventas y la producción son coherentes con las promesas hechas por Howe en su intento de obtener el conjunto de subvenciones sustitutivas. Se ha informado de que Howe "prometió unas suntuosas exportaciones (600 millones de dólares en el período de cuatro años hasta el 2000)" al Gobierno australiano para obtener las nuevas subvenciones.¹⁶⁰ Concretamente, Howe proyectaba que sus ventas de cuero para automóviles crecerían rápidamente pasando de 88,6 millones de dólares en 1997 a 214 millones de dólares en el 2000, correspondiendo la parte esencial de ese crecimiento a las exportaciones.

7.253 **Australia** sostiene que el contrato de préstamo simplemente no tiene ninguna conexión posible con ningún otro tipo de rendimiento, por no hablar de un vínculo con las exportaciones. En realidad, los Estados Unidos ni siquiera han intentado seriamente establecer una conexión que vaya más allá de plantearse cómo se atenderá el servicio del contrato de préstamo. El contrato de préstamo en sí prescribe las condiciones en que se prestará dinero efectivo, con inclusión de que los activos de la empresa matriz, ALH, serán una garantía del préstamo y las condiciones en que la empresa matriz y Howe tendrán que efectuar los pagos. Prácticamente todas las empresas tienen préstamos como parte de su práctica comercial normal, préstamos a cuyo servicio habrá que atender y entregados como parte de la corriente de efectivo normal de las actividades de una empresa. No hay nada que sea particularmente diferente acerca de este préstamo. El contrato de préstamo se firmó el 9 de marzo de 1997. Si bien lo ha prolongado al 1º de febrero del 2012, el Gobierno no tiene que exigir el dinero mientras la empresa efectúe los reembolsos de acuerdo con lo proyectado. El nivel de ventas es irrelevante mientras la empresa pague al Gobierno las sumas que deba y los Estados Unidos no han formulado ninguna alegación ni han presentado ningún hecho en contrario. El volumen de la producción de la empresa y a quién se lo vende es irrelevante. El dinero simplemente no es recuperable salvo de conformidad con el contrato de préstamo, es decir, los reembolsos del principal y de los intereses debidos. No existe ninguna conexión con las ventas, y menos aún con las exportaciones, con arreglo a las relaciones contractuales entre la empresa y el Gobierno.

7.254 Con respecto al contrato de donación, Australia mantiene que los dos primeros pagos con arreglo al contrato de donación son las solas medidas que tiene ante sí el Grupo Especial. Estos pagos se efectuaron en julio de 1997. El dinero no es recuperable independientemente del nivel efectivo de ventas de la empresa y no puede ser considerado que está en cierto modo de hecho vinculado a las

¹⁵⁹ Los Estados Unidos se refieren a *Japón - Medidas que afectan a los productos agrícolas* ("Japón - Productos agrícolas"), WT/DS76/R, distribuido a los Miembros el 27 de octubre de 1998, párrafo 7.10.

¹⁶⁰ "Sacred Cows vs. The Hide of Howe", *The Weekend Australian*, 20-21 de septiembre de 1997, página 52, prueba documental N° 22 de los Estados Unidos.

exportaciones. Según Australia, no existe manera alguna en que pudiera estar vinculado ni siquiera de la manera más tenue a las exportaciones futuras, y menos aún satisfacer las estrictas exigencias relativas a la condición "*de facto*" del párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC. El primer pago de 5 millones de dólares australianos se efectuó a raíz de la firma del contrato de donación. Fue un pago automático. No estaba vinculado a nada y menos aún a los resultados de exportación. El segundo pago de 12,5 millones de dólares australianos (la otra medida que tenía ante sí el Grupo Especial) fue el máximo autorizado. Se efectuó partiendo de la base de que la empresa había cumplido sus metas de inversión y ventas de la mejor manera posible. No hay manera alguna de que la empresa hubiera podido obtener más dinero independientemente de sus inversiones o ventas.

7.255 En opinión de Australia, los pagos posteriores no son medidas sometidas al Grupo Especial. Sin embargo, la cuantía máxima con cargo al contrato de donación ha sido casi desembolsada y la empresa ha superado sus metas de inversión. El tercer pago se efectuó sobre la base de una evaluación realizada en julio de 1998 con arreglo a la cual la empresa, mirándolo bien, había obtenido resultados satisfactorios sobre la base de realizar los máximos esfuerzos con respecto a una combinación de inversiones y producción en 1997/98, así como de consideraciones relacionadas con la diligencia normal debida, como la de saber si la empresa estaba funcionando de manera adecuada. El Gobierno no puede recuperar ese dinero siempre y cuando la empresa prosiga su actividad. El dinero se ha pagado de manera legítima. La empresa podría aumentar o reducir las ventas y la situación de los pagos con cargo al contrato de donación no se modificaría. El dinero se ha acabado y no existe ninguna conexión con las ventas futuras, incluso con las ventas de exportación.

7.256 Los **Estados Unidos** señalan que las condiciones del conjunto de la ayuda y la dimensión reducida del mercado australiano de cuero para automóviles ponen claramente de relieve que las subvenciones están de hecho vinculadas a la actividad exportadora de Howe. El hecho de que Australia haya desembolsado hasta ahora las cantidades máximas en donaciones autorizadas con arreglo al conjunto de las ayudas -unido al hecho de que la actividad empresarial de Howe está casi exclusivamente dedicada a la exportación- indica que Australia, en efecto, ha proporcionado a Howe sustanciales beneficios financieros sobre la base de los resultados de sus exportaciones.

7.257 Con respecto a la reclamación de Australia de que las donaciones en el conjunto de las ayudas se calculan sobre la base de la producción total de Howe y no de sus exportaciones y, por lo tanto, no están vinculadas a los resultados de sus exportaciones, los Estados Unidos afirman que, dada la gran disparidad entre el aumento de la capacidad de Howe y la demanda interna de su producto, el aumento de su capacidad de producción resultante del conjunto de ayudas estará forzosamente orientado hacia los mercados exteriores y vinculado a ellos.

7.258 Con respecto al argumento de Australia de que el préstamo no imponía condición alguna con respecto al desembolso y, por consiguiente, no estaba vinculado de ninguna forma a las exportaciones, los Estados Unidos alegan que, en primer lugar, pese a ser un contrato distinto, el contrato de préstamo está intrincadamente vinculado al contrato de donación. Ambos contratos, que se anunciaron simultáneamente, se facilitaron a Howe para compensarle por su exclusión de las subvenciones a la exportación con arreglo al Programa de Créditos a la Importación y al Plan de Facilitación de las Exportaciones. Además, los Estados Unidos señalan que Australia declara con respecto al préstamo que "el nivel de las ventas es irrelevante siempre y cuando la empresa pague al Gobierno el dinero que le deba [...]". El Gobierno australiano ha dicho públicamente que las nuevas subvenciones eran la cantidad mínima necesaria para garantizar la viabilidad de la empresa y que, "cualquier cantidad inferior a la suministrada por el conjunto de ayudas habría con toda probabilidad producido la quiebra de la empresa". En opinión de los Estados Unidos, dado que la empresa no tenía más opción que aumentar sus exportaciones para incrementar sus ventas habida cuenta de la dimensión reducida del mercado interno, el hecho de que la empresa exporte más del 90 por ciento de su producción y el reconocimiento por el Gobierno australiano de que la supervivencia de la empresa dependía de las nuevas subvenciones, la viabilidad del préstamo dependía forzosamente de los

ingresos de exportación de Howe. Si Howe no exporta, el Gobierno australiano no será reembolsado. En consecuencia, el préstamo está "de hecho vinculado a las exportaciones o a los ingresos de exportación efectivos o previstos de Howe", tal como prevé el párrafo 1 del artículo 3 del Acuerdo SMC.

7.259 Según los Estados Unidos, es asimismo significativo que las subvenciones sustitutivas otorgadas a Howe no se hayan concedido a otros productores australianos de cuero para automóviles destinado al mercado interno. Esto refuerza la idea de que el conjunto de subvenciones sustitutivas no forma parte de un programa general de subvenciones internas destinado a beneficiar a la rama de producción del cuero, sino que está más estrictamente orientado hacia una única empresa australiana que exporta una parte considerable de sus productos.

7.260 **Australia** responde que no está claro el significado de la declaración de los Estados Unidos en el sentido de que el contrato de préstamo está "intrincadamente vinculado" al contrato de donación, dado que los períodos de tiempo y las condiciones de ambos contratos son bastante diferentes. Además, esto no explica la existencia de una justificación, con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC, para examinar varias medidas simultáneamente con el fin de determinar su situación con relación a la OMC. Para un caso de violación, cada medida que tiene ante sí el Grupo Especial tiene que ser examinada por separado, y los Estados Unidos no han tratado de rebatirlo con argumentos. Australia sostiene que el préstamo es una medida separada que tiene que evaluarse por separado de por sí.

7.261 Con respecto al préstamo, Australia sostiene que las afirmaciones de los Estados Unidos en el sentido de que "si Howe no exporta, el Gobierno australiano no será reembolsado y que, en consecuencia, el préstamo está 'de hecho vinculado a la exportación o a los *ingresos de exportación* efectivos o previstos de Howe", carecen de fundamento, y los Estados Unidos no presentan argumento alguno para apoyarlas. En realidad, no existe ninguna base comercial ni jurídica que permita interpretar de esta manera el contrato de préstamo. El préstamo se otorga a ALH y Howe, y es garantizado por ALH. El servicio del contrato del préstamo no comenzará antes del 2003. Saber precisamente cómo pagarán finalmente los prestatarios el préstamo es una cuestión que concierne exclusivamente a los propios prestatarios y nada respalda una pretensión de que sólo se puede atender al servicio del préstamo mediante los ingresos obtenidos de las ventas de exportación, en particular las ventas de exportación de cuero para automóviles. La capacidad de ALH para reembolsar no descansa exclusivamente en los mercados interno o de exportación de cuero para automóviles. Estos son elementos actualmente importantes de las actividades del Grupo, pero es imposible decir cuáles serán los mercados o la gama de productos cuando haya que hacer frente a los reembolsos principales. El contrato de préstamo determina el tipo de interés pagadero y el programa para el reembolso del principal. No prescribe cómo financiará ALH los reembolsos o de dónde obtendrá esos fondos. No existe vinculación alguna con las ventas o con los resultados de las exportaciones ni con el producto o los productos de que se trata.

7.262 Australia afirma que la continuidad de la viabilidad comercial del Grupo ALH, como ocurre con todas las empresas, depende de las ventas en todos los mercados y no sólo en los mercados de exportación. En el caso de Howe concretamente la empresa tiene dos instalaciones principales: la curtiduría en Rosedale, y la planta de acabado en Thomastown. La curtiduría produce cueros azulados húmedos y cuero de costra. Existen numerosos tipos de cuero, tanto en el mercado nacional como en el mercado de exportación. Aunque por el momento la producción de Rosedale se destina principalmente a Thomastown, técnicamente no hay nada que lo imponga de manera rígida. A más largo plazo, si el mercado cambiara, los cueros podrían destinarse a fines distintos de sus utilizaciones en automóviles en Thomastown. Análogamente, si bien parte de la maquinaria de acabado y corte está adaptada a la producción de cuero para automóviles, esto no es en absoluto rígido. Los talleres pueden producir, y actualmente producen, cueros distintos de los destinados a los automóviles. Si el mercado de cueros para automóviles se modificara, también se modificaría la producción tanto

en Rosedale como en Thomastown. Así es como todas las empresas trabajan y se adaptan. Australia señala que el contrato de préstamo no impide que Howe produzca y venda otros productos. Es imposible predecir cuáles serán la moda y el mercado mundiales de cueros para automóviles y otros cueros al término del período de reembolso del contrato de préstamo. Desde luego, nada hace pensar que se tendrá que devolver mediante la producción, por no decir exportación, de cueros para automóviles.

7.263 Australia sostiene que, en lo que respecta a los dos primeros pagos en el marco del contrato de donación (los únicos que Australia considera que están sometidos al Grupo Especial), el primer pago fue simplemente de 5 millones de dólares australianos, mientras que el segundo alcanzó la suma de 12,5 millones de dólares australianos y se reembolsó plenamente. El primer pago se efectuó en marzo de 1997 a raíz de la conclusión del contrato de donación ese mismo mes. Ese era simplemente un pago fijo y no estaba sometido a ninguna evaluación de las inversiones o las ventas. No estaba supeditado a que la empresa hiciera algo y podía, por lo tanto, no estar vinculado de ninguna manera a los resultados de las exportaciones. El segundo pago se efectuó en julio de 1997 por las inversiones así como por las ventas. Se pagó la cantidad máxima de 12,5 millones de dólares australianos debido a que el Gobierno evaluó que la empresa había realizado sus máximos esfuerzos con respecto a las inversiones y a la producción en 1996/97. No había ninguna posibilidad de que se hubiera pagado más independientemente de la cantidad efectiva de inversiones o ventas. Australia alega que otros pagos no se han sometido al Grupo Especial. Sin embargo, el tercer pago se volvió a realizar sobre la base de una evaluación que tuvo lugar en julio de 1998 con arreglo a la cual la empresa se había comportado en fin de cuentas de manera satisfactoria sobre la base de los máximos esfuerzos con respecto a una combinación de inversiones y producción en 1997/98, así como teniendo en cuenta las consideraciones de la diligencia normal debida, como la de que la empresa funcionaba de manera adecuada. Australia afirma que la información comercial confidencial que facilitó al Grupo Especial apoya su posición de que los pagos a Howe en virtud del contrato de donación no se basaban en los resultados de las exportaciones de Howe.

7.264 Los **Estados Unidos** consideran que los argumentos de Australia relativos al carácter "automático" del primer pago de la donación y el hecho de que precedía al rendimiento con arreglo al contrato de donación están viciados por dos razones. Primeramente, este pago, al igual que los demás pagos, se efectuó de conformidad con el contrato de donación único que está vinculado a los resultados de las exportaciones de Howe. Los hechos en este caso -con inclusión de las subvenciones *anteriores "de jure"* a las exportaciones de automóviles y textiles, los resultados excepcionales de las exportaciones de Howe, la pequeña dimensión del mercado australiano y las declaraciones de altos funcionarios del Gobierno australiano y de Howe- demuestran que el contrato de donación, que subsume a los pagos en concepto de donación, se otorgó en previsión de exportaciones y de ingresos de exportación. Además, es irrelevante que este pago inicial se efectuara automáticamente antes de conocerse los resultados de Howe con arreglo al contrato de donación. La nota a pie de página 4 abarca toda subvención "vinculada a [...] las exportaciones o los ingresos de exportación [...] *previstos*" (cursivas de los Estados Unidos); en consecuencia, la exportación puede efectuarse después del otorgamiento del beneficio. Para que pueda ser sometida a juicio como una subvención prohibida, hace falta únicamente que los hechos demuestren que, al igual que sucede en este caso, la subvención se otorgó debido a una actuación exportadora previsible o probable.

7.265 Por otro lado, según los Estados Unidos, Australia afirma que el segundo y el tercer pagos de la donación no son "de hecho" subvenciones a la exportación debido a que el contrato de donación no exige que Howe alcance realmente una meta de ventas; en cambio, sólo tienen que "hacer todo lo posible" por lograrlo. La prohibición estricta de las subvenciones a la exportación no puede, sin embargo, eludirse tan fácilmente. Es evidente que Australia confirió esos pagos con la esperanza de que Howe lograría aumentar sustancialmente sus exportaciones. Que Australia efectuaría los pagos de la donación incluso si Howe no cumplía sus ambiciosas promesas únicamente ponía de relieve el grado de compromiso de Australia con esta empresa orientada hacia la exportación. En otras

palabras, independientemente de que cumpliera realmente sus compromisos con respecto a los resultados, Howe recibiría unos pagos adicionales en concepto de donación porque cualquier aumento de la producción se expediría forzosamente al extranjero, dada la pequeña dimensión del mercado australiano de automóviles.

7.266 Con respecto al contrato de donación, **Australia** afirma que el párrafo 1 a) del artículo 3 y la nota a pie de página 4 del Acuerdo SMC están relacionados con un grupo especial que llegó a la conclusión demostrada por medio de una evaluación objetiva de los hechos de que la concesión de una subvención está supeditada a los resultados de las exportaciones, incluso si ello no constituye una exigencia legal. Esto contrasta claramente con la situación en virtud del contrato de donación con arreglo a la cual el funcionario responsable de administrar las obligaciones del Gobierno australiano dimanantes del contrato está obligado *por ley* a considerar las ventas totales y en consecuencia no discrimina entre las ventas nacionales y las ventas de exportación. De hecho, Australia declara que los Estados Unidos ni siquiera han alegado que la administración del contrato de donación, es decir, el desembolso efectivo de las donaciones, depende en modo alguno de los resultados de las exportaciones.

7.267 Australia advierte que los Estados Unidos parecen considerar que la facilitación de ayuda a un solo productor de cueros para automóviles en Australia es significativa. El hecho es que Howe es la rama de producción de cueros para automóviles en Australia. Nada de lo dispuesto en el Acuerdo de la OMC dice que los Miembros no puedan prestar ayuda a esas empresas y los Estados Unidos no han presentado ningún argumento jurídico al respecto. Esto es natural que suceda en un pequeño país. Análogamente, Australia señala que los Estados Unidos parecen considerar que es significativo que esta empresa sea la única que se beneficia de la disposición. Una vez más, el historial de la cuestión es claro, a saber, las disposiciones abarcan únicamente el cuero para automóviles del que Howe es el único productor importante de Australia.

7.268 Los **Estados Unidos** repiten que las condiciones del conjunto de las ayudas y la reducida dimensión del mercado australiano de cuero para automóviles pone claramente de manifiesto que las subvenciones están de hecho vinculadas a los resultados de las exportaciones de Howe. El Gobierno australiano supeditaba la recepción de los fondos de la donación al aumento espectacular de Howe de sus ventas y al cumplimiento de determinados requisitos de inversión de capital.

7.269 **Australia** responde que los Estados Unidos no han demostrado su afirmación de que el Gobierno australiano supeditaba la recepción de los fondos de la donación al aumento espectacular de las ventas de Howe. De hecho, el expediente muestra que Howe simplemente recibió el primer pago (5 millones de dólares australianos) en el momento de la ejecución del contrato de donación. El segundo pago de 12,5 millones de dólares australianos se efectuó sobre la base de los tres meses siguientes, lo que dejaba escaso tiempo para un aumento espectacular de las exportaciones. El tercer pago se realizó sobre la base de 1997/98 y de nuevo el expediente muestra que no se fundó en el aumento de las ventas de cuero para automóviles. Australia fundamenta esas afirmaciones en la información comercial confidencial que proporcionó al Grupo Especial.

7.270 Australia declara, al referirse a la "recepción condicionada del dinero de la donación", que los Estados Unidos parecen haber pasado de su posición de que el problema estriba en la información disponible en el momento de otorgar el contrato de donación al problema de la base para conceder los pagos individuales. De lo contrario, debe decir que el Gobierno australiano no se preocupaba de cuáles serían los resultados efectivos, en cuyo caso, la norma de la nota a pie de página 4 del Acuerdo SMC difícilmente pueda haberse cumplido.

7.271 Además, Australia sostiene que "recibo condicionado" es una frase interesante. "Condicionado" significa "sometido a condiciones o limitaciones"¹⁶¹. En consecuencia, esta frase sólo puede referirse al otorgamiento de los pagos después del primer pago y a nada más. Obviamente, la concesión del contrato de préstamo, el dinero con cargo al contrato de préstamo y el contrato de donación no están sometidos a ningún requisito. Por añadidura, el primer pago con arreglo al contrato de donación no estaba sometido a ninguna condición. Además, el expediente muestra que no se produjo ese "recibo condicionado" relacionado con las exportaciones. Los Estados Unidos afirman que los gastos de capital entrañan un enorme incremento en la producción. Los gastos de capital se dedicaron a una nueva planta de acabado y a una curtiduría. La curtiduría no aumenta la capacidad de Howe para producir cuero para automóviles. Tiene por finalidad mejorar la eficiencia de Howe como una operación integrada. Sin embargo, Howe obtenía cueros de otras empresas antes de que se creara la planta y sigue haciéndolo. Algunos cueros semielaborados son incluso importados. La capacidad de producción de cuero para automóviles depende de la planta de acabado. Esta planta sustituyó a otra vieja. No es una planta adicional. Su objetivo es aumentar la eficiencia no incrementar la capacidad. El dividendo de la eficiencia ha producido el efecto de aumentar la capacidad práctica en aproximadamente la cuarta parte, pero esa capacidad no refleja los niveles de producción. En el mundo real, las fábricas raras veces funcionan a un ritmo que se acerque a la capacidad teórica total durante períodos prolongados de tiempo. En realidad, una cifra máxima de capacidad semanal no puede transcribirse directamente en cifras anuales. Los Estados Unidos se han limitado a tomar la cifra de una vieja prensa sobre los niveles de producción, han obtenido una cifra de capacidad y han llegado a la conclusión de que la producción se ha duplicado.¹⁶²

7.272 Los **Estados Unidos** sostienen que, en la época en que el Gobierno australiano accedió a proporcionar el conjunto de las ayudas, el mercado australiano interno de automóviles no podía absorber toda la producción de Howe y menos aún un aumento de la producción. Para los Estados Unidos, el hecho de que Australia haya desembolsado, por lo tanto, las cantidades máximas en donaciones autorizadas con arreglo al conjunto de las ayudas -unido al hecho de que la empresa de Howe se dedica casi exclusivamente a la exportación- constituye una firme indicación de que Australia proporcionó a Howe unos beneficios financieros sustanciales sobre la base de los resultados de sus exportaciones.

7.273 **Australia** responde que esos argumentos no demuestran que la concesión de una subvención estaba supeditada a los resultados de las exportaciones. En realidad, el expediente muestra exactamente lo contrario. Las donaciones pagadas a Howe no se basaban en los resultados de las exportaciones de Howe. La frase final de los argumentos de los Estados Unidos en el párrafo anterior -"el hecho de que Australia haya desembolsado, por lo tanto, las cantidades máximas en donaciones [...]"- indica que los Estados Unidos están nadando entre dos aguas, ya que no se sabe si hablan de los pagos o del contrato de donación.

7.274 Los **Estados Unidos** insisten en que, a causa de la gran disparidad entre el aumento de la capacidad de Howe y la demanda interna de su producto, el aumento de la capacidad de producción de Howe resultante del conjunto de las ayudas forzosamente se destinará y estará vinculado a los mercados extranjeros. El Gobierno de Australia se dio cuenta de que Howe no podía alcanzar su "meta de ventas" -es decir, sus metas ampliadas de "exportación"- a menos que incrementara considerablemente su capacidad. Por esa razón, la inversión de capital efectuada por Howe era necesaria para que pudiera alcanzar los niveles de exportación previstos. Decir simplemente que este dinero estaba vinculado a la producción y que se gastó en inversiones de Howe no basta, por

¹⁶¹ *Shorter Oxford English Dictionary*, tercera edición.

¹⁶² Australia impugna el argumento de los Estados Unidos sobre este punto, remitiéndose en su apoyo a la información confidencial comercial que suministró al Grupo Especial con respecto a las ventas de Howe.

consiguiente, para romper el vínculo entre las exportaciones y el carácter de esos beneficios sustanciales.

7.275 **Australia** responde que, naturalmente, si una empresa exporta, en un sentido banal, parte de sus ventas van a parar a mercados extranjeros. Sin embargo, esto no equivale a estar "vinculado a mercados extranjeros" como declaran los Estados Unidos. El contrato de donación muestra que eso no fue así. Sobre la cuestión de las inversiones, Australia ha informado al Grupo Especial, y los Estados Unidos no lo han negado, que la empresa se vio obligada a aplicar un programa de inversiones que ascendió a 30 millones de dólares australianos del contrato de donación, ante la insistencia de los Estados Unidos. Esto se llevó a cabo para satisfacer los deseos de los Estados Unidos no con ninguna idea de establecer una vinculación con las exportaciones.

7.276 Los **Estados Unidos** afirman que el hecho de que la promoción de las exportaciones sea simplemente uno de diversos objetivos de un programa no significa que el programa no constituye una subvención a las exportaciones. El párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC especifica concretamente que las subvenciones a la exportación están prohibidas cuando esas subvenciones están supeditadas a los resultados de la exportación, "como condición única o entre otras varias condiciones". Obviamente, los Estados Unidos aducen que se pueden imponer otras condiciones al receptor, pero que sólo en la medida en que el beneficio está supeditado a las exportaciones sigue existiendo una subvención a la exportación. De hecho, en muchos casos, una subvención puede tener más de un objetivo. Como Australia ha admitido en el presente caso, el programa de subvenciones se otorgó por dos motivos: 1) para dar a Howe la posibilidad de aumentar sus inversiones; y 2) para que Howe pudiera alcanzar sus metas de "ventas" (o exportaciones).¹⁶³ Por consiguiente, nada de lo dispuesto en el Acuerdo SMC indica o sugiere que los programas de subvenciones deben tener únicamente la meta de promover las exportaciones. La redacción expresa del Acuerdo lo deja claro. Más bien al contrario, si un componente del programa de subvenciones es que la ayuda esté supeditada a las exportaciones efectivas o previstas, el programa es una subvención a la exportación.

7.277 Los Estados Unidos repiten que, aun cuando el contrato de préstamo es una medida separada, está intrínsecamente vinculado al contrato de donación. Ambas medidas, que se anunciaron al mismo tiempo, fueron aplicadas a Howe para compensarle por su exclusión de las subvenciones a la exportación con arreglo al Programa de Créditos a la Importación y al Plan de Facilitación de las Exportaciones.¹⁶⁴ Por último, el Gobierno australiano declaró públicamente que el conjunto total de subvenciones sustitutivas constituía la cuantía mínima necesaria para garantizar la viabilidad de la empresa y que "cualquier cantidad inferior a la prevista por el conjunto de las ayudas habría motivado con toda probabilidad el cierre de la empresa".¹⁶⁵ Es obvio que el Gobierno australiano considera que el préstamo y la donación formaron en todo momento parte de un único conjunto de beneficios otorgado a Howe.

7.278 **Australia** observa que los Estados Unidos reconocen que el contrato de préstamo es una medida separada y no niegan que los dos contratos (es decir, el de donación y el de préstamo) son instrumentos jurídicamente separados. En virtud de lo dispuesto en el párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC, un grupo especial estaba obligado a examinar cada subvención por separado para determinar si cumple las normas establecidas en ese artículo. No existe ninguna disposición relativa a la acumulación de subvenciones como sucede en las partes III y V del Acuerdo SMC. El mandato del

¹⁶³ Los Estados Unidos citan algunos párrafos de la primera comunicación escrita de Australia a este respecto. Australia declara que no dijo esto y que los Estados Unidos han entendido mal sus argumentos.

¹⁶⁴ Los Estados Unidos se refieren también a determinada información comercial confidencial al elaborar este argumento.

¹⁶⁵ Prueba documental N° 18 de los Estados Unidos.

Grupo Especial es claro en el sentido de que el contrato de préstamo es una medida separada y tiene por ese motivo que ser examinado por separado en función de sus propias circunstancias.

7.279 Según Australia, la redacción de los contratos recurre simplemente a la terminología jurídica normal utilizada en los contratos por el Departamento de Industria, Ciencia y Recursos de Australia (anteriormente Industria, Ciencia y Turismo) y no representa ninguna relación jurídica entre ellos que establezca un vínculo entre ellos en virtud de lo dispuesto en el párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC. En la medida en que los Estados Unidos arguyen sobre la base de que los dos contratos sustituían la aplicación del Programa de Créditos a la Importación y del Plan de Facilitación de las Exportaciones al cuero para automóviles, por lo que no es lógico considerar los dos contratos juntos. El contrato de préstamo es válido hasta el 2012. El contrato de donaciones es válido hasta el 2000 a los efectos de la comprobación de cuentas, pero sus desembolsos se efectúan sobre la base del período que va hasta mediados de 1998. Por otro lado, el Programa de Créditos a la Importación y el Plan de Facilitación de las Exportaciones concluyen en el 2000. Después de la terminación del Programa de Créditos a la Importación a mediados del 2000, el cuero para automóviles tendrá que estar abarcado por las nuevas disposiciones generales aplicadas a la rama de producción de los textiles, las prendas de vestir y el calzado.

7.280 Según los **Estados Unidos**, es asimismo significativo que las subvenciones de sustitución estuvieran concebidas y estructuradas concretamente en favor de Howe después de haberse encomendado a una empresa contable el estudio de la cuestión¹⁶⁶ y que no se hayan facilitado subvenciones similares a otros productores australianos de cuero para automóviles destinado al mercado de Australia. Esto refuerza la idea de que el conjunto de subvenciones sustitutivas no forma parte de un programa general de subvenciones internas destinadas a beneficiar a la rama de producción del cuero, sino que se destina más estrictamente a apoyar a una única empresa australiana que exporta la mayor parte de sus productos.

7.281 En respuesta, **Australia** indica que las disposiciones estaban concebidas y estructuradas para tratar de satisfacer las peticiones del Gobierno estadounidense. Las circunstancias de por qué se aplican únicamente al cuero para automóviles son evidentes y no existen ningunos otros productores importantes dedicados al cuero para automóviles en Australia. En particular, no existe ningún otro productor de cuero para automóviles en el mercado de los fabricantes del equipo inicial.

7.282 Los **Estados Unidos** afirman que el argumento de Australia de que los Estados Unidos no han demostrado la existencia de una subvención a la exportación "de hecho" no tiene sentido. El argumento del Gobierno australiano de que la donación y el préstamo no están "supeditados" a las exportaciones porque no se exigiría a Howe que devolviera la donación o el préstamo si la empresa dejara de exportar es incorrecto tanto desde el punto de vista fáctico como jurídico. En primer lugar, Howe era principalmente un exportador cuando se otorgaron los fondos iniciales y sigue exportando en volumen considerable. Como indicó el Gobierno australiano, Howe alcanzó su "meta de ventas" tal como la fijaba el contrato de donación, y el segundo y el tercer pagos de la donación dependieron, de hecho, de que Howe hubiera alcanzado esas metas. Por consiguiente, toda meta de exportación que el Gobierno australiano pueda haber esperado de Howe estaba siendo alcanzada.

7.283 **Australia** declara que esas observaciones deben tener su origen en un error de los Estados Unidos. Los párrafos pertinentes a los que se refieren los Estados Unidos conciernen al contrato de préstamo. El contrato de préstamo no contiene ninguna cláusula acerca de las ventas, y menos aún de las exportaciones. Además, no se dice en ninguna parte de dónde ha de proceder el dinero para atender al servicio de las obligaciones de ALH (con inclusión de Howe) con arreglo al contrato de préstamo. Nada supedita el servicio del contrato de préstamo al cuero para automóviles y menos aún a las exportaciones de cuero para automóviles. Las otras disposiciones citadas por los Estados Unidos

¹⁶⁶ *Ibid.*

giran en torno al contrato de donación y se refieren al pasado más que al futuro, es decir, aproximadamente a 1996/97 y 1997/98. Estos pagos no se basaban en el logro por Howe de determinadas "metas de exportación". El éxito o no de Howe para realizar ventas de cuero para automóviles en el futuro, con inclusión de los mercados exteriores, no es pertinente. Si Howe no puede vender más cuero para automóviles, o si sucede, de hecho, que las ventas incluso disminuyen, no habría forma de recuperar el dinero. Los resultados futuros de la empresa no constituyen un problema. Además, el contrato de donación se refería a las inversiones y ventas de la empresa y no sólo a las ventas de cuero para automóviles, es decir, no se circunscribía al cuero para automóviles. A todas luces, no existe conexión alguna con las ventas futuras de cuero para automóviles y con mayor razón ningún aspecto del contrato de donación está supeditado al resultado de las exportaciones.

7.284 Los **Estados Unidos** alegan que, el hecho de que la donación o el préstamo sea recuperable si el receptor deja de exportar no determina que el programa sea una "subvención a la exportación" de derecho o de hecho. La cuestión dispositiva consiste más bien en saber, si *en el momento* en que se otorgaron, las subvenciones estaban vinculadas a la exportación o a los ingresos de exportación *efectivos o previstos*. En este caso, la respuesta a esa pregunta es manifiestamente "sí". Los fondos no se otorgaron a *cualquier* empresa con la capacidad potencial para aumentar sus inversiones y ventas. Los fondos se otorgaron a una empresa que era conocida por sus planes dinámicos de exportación y por su anterior realización de una exportación del 90 por ciento de sus ventas. Además, esos fondos se otorgaron para compensar a Howe por la pérdida de dos subvenciones a la exportación "de derecho", con el objetivo públicamente declarado de promover las exportaciones, y se concedieron a Howe para aumentar su capacidad incluso pese a que el mercado australiano no podía en modo alguno absorber la capacidad ampliada de Howe para producir cuero para automóviles. Los Estados Unidos mantienen que, por esa razón, la prueba abrumadora -prueba que nunca fue impugnada por Australia- demuestra que la donación y el préstamo estaban vinculados a las exportaciones previstas y que las expectativas del Gobierno australiano a este respecto no quedaron frustradas.

7.285 **Australia** afirma que los Estados Unidos parecen estar presentando alegaciones acerca de las condiciones del otorgamiento del contrato de préstamo y de las condiciones del otorgamiento del contrato de donación. Los Estados Unidos están sosteniendo que el hecho de que una empresa exporte y se prevea que seguirá exportando equivale al otorgamiento de una subvención *vinculada* a las exportaciones o a la previsión de exportaciones. Ambos conceptos no son idénticos, aparte de que este vínculo estaba excluido por la nota a pie de página 4 del Acuerdo SMC. La aceptación de esa conexión significaría que el otorgamiento de una subvención a cualquier empresa que dependa de los mercados de exportación estaría prohibido. Teóricamente, una empresa podría exportar menos del 50 por ciento de su producción y seguir dependiendo financieramente de las exportaciones. En realidad, así sucede a menudo.

7.286 Australia sostiene que, en el caso del contrato de donación, los Estados Unidos parecen estar alegando que las condiciones en que se efectuaban los pagos efectivos son irrelevantes. Esto sólo puede significar que los Estados Unidos están sosteniendo que no importa sobre qué base se adoptaron las decisiones de pagar el dinero a la empresa. Como resultado de ello, los Estados Unidos se retiran al nivel de prueba de las exportaciones. Ésta no es la norma establecida en la nota a pie de página 4 del Acuerdo SMC. No demuestra el *vínculo* requerido para llegar a la conclusión de que el otorgamiento del contrato de donación dependía de los resultados de la exportación.

7.287 Según los **Estados Unidos**, la sugerencia del Gobierno australiano de que las subvenciones sólo pueden estar "vinculadas" a las exportaciones si el dinero es reembolsable en caso de que no se hayan alcanzado las metas de exportación negaría de hecho la redacción explícita del Acuerdo SMC. La nota a pie de página 4 del párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC indica que una subvención a la exportación existe *de facto* "cuando los hechos demuestran que la concesión de una subvención, aun sin haberse supeditado *de jure* a los resultados de exportación, está de hecho vinculada a las

exportaciones o los ingresos de exportación reales o *previstos*" (cursivas de los Estados Unidos). El significado habitual del término "prever" es "esperar o considerar como probable".¹⁶⁷ El significado ordinario del término es incompatible con el argumento de Australia de que una subvención únicamente se conferiría previa exportación real o se perdería si el receptor no puede demostrar que las mercancías se exportaron.

7.288 **Australia** responde que la norma de la nota de pie de página 4 del Acuerdo SMC exige que el *vínculo* con las exportaciones o los ingresos de exportación efectivos o previstos se demuestre. Australia no ha dicho que esto signifique que tuviera que prescribirse el requisito de que el dinero se tendría que reembolsar si las exportaciones previstas no se alcanzaran. Es de suponer que, de existir un requisito jurídico con respecto a las exportaciones previstas, la subvención estaría supeditada *de jure* al resultado de las exportaciones. Existen muchas maneras de manejar esto desde el punto de vista administrativo. Por ejemplo, la administración podría desear conocer los contratos de entrega de las exportaciones antes de pagar el dinero o podría sancionar a una empresa reduciendo los pagos futuros. Esto constituye el *quid* del significado de la expresión "*de facto*" que figura en el párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC. Se supone que esta cuestión está relacionada con la administración de planes y programas en virtud de los cuales los pagos están supeditados a los resultados de la exportación al mismo tiempo que no dependen jurídicamente de esos resultados. En este caso particular, el carácter jurídico de los contratos especifica las condiciones en que se desembolsa el dinero y eliminan de ese modo la posibilidad de esa acción administrativa.

7.289 En respuesta a preguntas del Grupo Especial, Australia afirmó que la frase "exportación o ingresos de exportación previstos" se tenía que interpretar no sólo en el contexto de la oración completa "las exportaciones o los ingresos de exportación reales o previstos", sino también en el contexto de todo el párrafo 1 a) del artículo 3 y de la nota a pie de página 4 del Acuerdo SMC. Las frases "exportaciones o ingresos de exportación reales" y "exportaciones o ingresos de exportación previstos" están relacionadas con el momento de efectuar los pagos que están supeditados a los resultados de la exportación. Las dos frases abarcan exportaciones concretas que se han efectuado o se efectuarán, respectivamente. La distinción entre exportación e ingresos se refiere a los volúmenes de producto y a los ingresos para abarcar todas las variantes. Para Australia esto significa que la disciplina se refiere a los resultados reales de las exportaciones y no es alguna norma de más amplio alcance basada en los niveles de las exportaciones tal como proponen los Estados Unidos.

7.290 Los **Estados Unidos** afirman que, al señalar que los beneficios no estaban "vinculados" a las exportaciones, el Gobierno australiano ha interpretado erróneamente una parte del argumento de los Estados Unidos. Australia sugiere que los Estados Unidos están alegando que "el límite máximo" de la donación de una subvención de 30 millones de dólares australianos convierte a la medida en prohibida. Los Estados Unidos no están alegando que el límite máximo de la cuantía de la donación afectaba de alguna manera a la índole de la subvención. Más bien, como el propio Gobierno australiano indica, el pago continuo de la donación está vinculado al volumen de las "ventas". Dado que la inmensa mayoría de estas "ventas" sólo podían ser exportaciones, debido al reducido mercado interno de cuero para automóviles, la propia admisión del Gobierno australiano revela que, de hecho, la donación estaba "vinculada" a las exportaciones.

7.291 **Australia** replica que la declaración sobre la que formulan observaciones los Estados Unidos en el párrafo anterior simplemente señala la lógica falsa del argumento de los Estados Unidos acerca de la necesidad de la empresa de aumentar sus ventas a 600 millones de dólares australianos para obtener la totalidad de los 30 millones de dólares australianos por lo que este límite patentemente significaba que era una subvención a la exportación. Se formuló la hipótesis de que el párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC no se supone que prohíbe el pago de subvenciones (es decir, el pago basado en la cuantía de la producción de las ventas). Muchos planes de subvenciones no tienen

¹⁶⁷ *The Concise Oxford Dictionary*, Clarendon Press, octava edición.

límites y cuanto más se produce, tanto más dinero se desembolsa. Esto no los convierte en prohibidos. Sería absurda una situación en la que un límite a la cuantía del dinero convirtiera repentinamente una subvención en prohibida, lo que parece ser la lógica de la postura de los Estados Unidos. Este caso particular no está relacionado con una subvención y la empresa no tenía que alcanzar los niveles de ventas de que hablan los Estados Unidos.

7.292 Los **Estados Unidos** sostienen que el intento del Gobierno australiano de distorsionar los hechos y los argumentos planteados en este caso y su aplicación a alguna situación futura potencial no debe disuadir al Grupo Especial de analizar meticulosamente los hechos de que se trata. A pesar de la pretensión australiana no se produciría ninguna distorsión contra los Miembros de la OMC más pequeños si el Grupo Especial adopta una decisión en favor de los Estados Unidos en este procedimiento. Este caso no gira en torno al hecho de que Australia únicamente cuenta con un exportador de cuero para automóviles. Si 100 empresas hubieran sido excluidas de los programas relativos a los textiles y al cuero para automóviles de Australia, y si esas empresas hubieran tenido unos niveles elevados de exportación y cada una de ellas recibiera la misma donación y los préstamos en condiciones favorables concedidos a Howe, y si funcionarios públicos de alto nivel declararan que las subvenciones sustitutivas se están otorgando para garantizar la continuidad de sus exportaciones, y si el mercado australiano de cuero para automóviles no pudiera absorber la producción adicional, se habría conferido, no obstante, una subvención a la exportación "*de facto*", incluso si en ellas participaran cien empresas. En otras palabras, este caso no gira en torno al hecho de que sólo un exportador recibiera este beneficio. Más bien, el hecho pertinente destacado por los Estados Unidos era que sólo el exportador de cuero recibía este beneficio y no otros curtidores de cuero australianos que no estaban exportando. Si el Gobierno australiano estuviera interesado simplemente en ampliar su rama de producción del cuero en Australia, es de suponer que habría concedido beneficios a todos los curtidores de cuero, no sólo al exportador. En consecuencia, el intento del Gobierno australiano de aplicar los hechos de este caso a una situación que afecta a los Miembros de la OMC más pequeños no es válida. Como esto lo demuestra, los Miembros más pequeños de la OMC no estarán en situación desfavorecida por una conclusión positiva de este procedimiento.

7.293 **Australia** sostiene que la cuestión del pequeño país estriba en la dimensión relativa de los mercados internos y las economías de escala en los procesos de fabricación. En un pequeño país como Australia, habría una gama limitada de productos manufacturados en la que 100 empresas producirían ese producto sin que ninguna de ellas tuviera un nivel elevado de exportaciones. Por otro lado, en un país del tamaño de los Estados Unidos sería más probable que hubiera 100 fabricantes de una línea particular de productos, aunque su número estaría limitado por la índole de la rama de producción. Por ejemplo, la rama de producción de cuero para automóviles está sumamente concentrada en los Estados Unidos.

7.294 Australia afirma que el argumento de los Estados Unidos relativo a otras empresas productoras de cuero a las que no se aplican las mismas disposiciones es irrelevante, dado los antecedentes del caso. El cuero para automóviles formará parte de las nuevas disposiciones de la rama de actividad general de los textiles, el calzado y las prendas de vestir que se supone entrarán en vigor el 1º de julio del 2000.

7.295 Los **Estados Unidos** alegan que la preocupación de Australia porque la misma subvención se trate como una subvención interna y de exportación no está justificada. Al determinar la existencia de una subvención a la exportación "*de facto*", un grupo especial debe considerar todos los hechos que rodean a la prestación de la ayuda. Debe examinar si y en qué medida una rama de producción está actualmente dedicada a la exportación y si la ayuda propuesta se proporciona para estimular el aumento de las exportaciones. El hecho de que algunas entidades de una rama de producción exporten mientras que otras no lo hacen es simplemente uno de los numerosos hechos que el Grupo Especial debe examinar al adoptar su decisión. Si, sobre la base de todos los hechos que rodean a la concesión de la ayuda, el Grupo Especial adopta una decisión afirmativa, la ayuda será tratada como

una subvención a la exportación "de hecho", independientemente de que se otorgue a una entidad exportadora o no exportadora. En otras palabras, todos los receptores serán tratados de la misma manera una vez que la decisión sobre el carácter de la subvención se haya tomado.

7.296 Para **Australia**, el párrafo precedente pone de relieve la incoherencia de la postura de los Estados Unidos con el Acuerdo SMC y destaca el peligro de alejarse de las reglas normales de la interpretación de los tratados al examinar el significado del párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC. Los Estados Unidos dicen que "la ayuda se tratará como una subvención a la exportación '*de facto*' -independientemente de que se conceda a una entidad exportadora o no exportadora". Por esa razón, los Estados Unidos admiten que la lógica de su argumento es que la concesión de una subvención a una empresa que ni siquiera exporta nada en absoluto podría prohibirse como una subvención a la exportación. Una interpretación normal del texto no podría en modo alguno llegar a la conclusión de que la concesión de una subvención a una empresa no exportadora está supeditada al resultado de las exportaciones. Una conclusión de este tipo sería incompatible con el párrafo 2 del artículo 3 del ESD que prescribe que: "el sistema de solución de diferencias de la OMC es un elemento central para aportar *seguridad y previsibilidad* al sistema multilateral de comercio". (Cursivas de Australia.)

7.297 Australia presentó información al Grupo Especial relativa al porcentaje concreto de las ventas totales de Howe atribuido a las exportaciones en 1997/98. Australia calificó esta información como "comercial confidencial". Los **Estados Unidos** impugnan el porcentaje concreto de las ventas totales de Howe atribuido a las exportaciones en 1997/98 que se presentó al Grupo Especial y señalan que Australia se niega a facilitar las cifras de las ventas de Howe y no explica de otro modo cómo se calcularon las cifras presentadas ni aporta ninguna documentación de apoyo. En consecuencia, el Grupo Especial no dispone de ningún medio para evaluar el valor probatorio de la declaración de Australia. Además, Australia no puede obtener y elegir la información confidencial sobre la que debe basarse el Grupo Especial. A menos que Australia presente toda la información solicitada, el Grupo Especial no debe tomar en consideración ninguna afirmación basada en una información confidencial estratégicamente elegida por Australia para presentársela al Grupo Especial. En cualquier caso, la declaración tardía de Australia relativa al nivel de las exportaciones de Howe parece discutible dadas las pruebas que han presentado los Estados Unidos. Esas fuentes¹⁶⁸ indican que, en 1996, cuando Australia estaba elaborando el conjunto de compensaciones, las exportaciones de Howe representaban el 90 por ciento de sus ventas. Australia no ha aportado prueba alguna para refutar ese hecho. En cambio, Australia ha proporcionado una información no documentada sobre los niveles de exportación de Howe en el ejercicio 1997/98 que comenzó el 1º de julio de 1997, meses después de facilitarse el conjunto de subvenciones sustitutivas. No obstante, la cifra pertinente es el nivel de las exportaciones en la época en que el Gobierno adoptó la decisión de otorgar las subvenciones. En este caso, las pruebas no impugnadas muestran que Howe exportaba más del 90 por ciento de su producción en ese tiempo.

¹⁶⁸ Los Estados Unidos se refieren a lo siguiente: "[...] y los cueros de un curtidor australiano", Australian Financial Review, 18 de noviembre de 1996, página 18 ("En 1998 exportamos el 7 por ciento de nuestra producción; ahora exportamos el 90 por ciento por un valor de más de 80 millones de libras al año", afirma Chris Heysen, director gerente de la empresa), prueba documental N° 3 de los Estados Unidos; "Howe leather wins wheels award", World Leather, febrero/marzo de 1997 ("La empresa [Howe] ha aumentado sus exportaciones del 7 por ciento al 90 por ciento en los últimos ocho años"), prueba documental N° 4 de los Estados Unidos; "Major Headache for the Howard Government", A\$ Adding Value, 5 de julio de 1996 ("Las exportaciones de Howe han aumentado de menos del 10 por ciento de las ventas en 1988 a casi el 90 por ciento de las ventas"), prueba documental N° 5 de los Estados Unidos; "Trade Showdown", Herald Sun, 20 de noviembre de 1996 ("La empresa fue un faro resplandeciente con un 90 por ciento de la producción de Howe destinada a la exportación"), prueba documental N° 30 de los Estados Unidos; "Picking Winners", Business Review, 13 de octubre de 1997 ("Howe Leather exportó en 1996/97 de 55 millones de dólares EE.UU. a 80 millones de dólares EE.UU., lo que representa el 90 por ciento de la cifra de negocios"), prueba documental N° 32 de los Estados Unidos.

7.298 Australia proporcionó, como información comercial confidencial, un desglose de las ventas y las exportaciones en los tres ejercicios 1995/96, 1996/97 y 1997/98. Australia sostiene que esta información muestra la tendencia de las ventas y señala la base sobre la que se efectuaron los pagos. Australia afirma que esta información demuestra que el porcentaje de las ventas totales de Howe destinado a la exportación fue considerablemente inferior al indicado por los Estados Unidos, lo que prueba que las fuentes de los datos de los Estados Unidos y el tipo de procedimiento de imputación utilizado por los Estados Unidos son fundamentalmente poco fiables. A juicio de Australia, demuestra también que las cláusulas del contrato de donación que imponen la obligación de "hacer todo lo posible" no están vinculadas en modo alguno al logro de ventas concretas y menos aún de niveles de exportación. Para Australia, estos datos indican también que los Estados Unidos han entendido erróneamente la índole de las cifras de ventas con arreglo al contrato de donación, en particular, que no se limitan al cuero para automóviles.

Factores distintos del nivel de exportaciones

7.299 **Australia** observa que los Estados Unidos dicen que la nota a pie de página 4 del artículo 3 del Acuerdo SMC "no impide que se tome en consideración el nivel de las exportaciones, sino que simplemente proscribe que se llegue a la conclusión de que una subvención a la exportación está prohibida basándose exclusivamente en el *nivel de las exportaciones*"¹⁶⁹ (subrayado de Australia). Australia aduce que esto sólo puede significar que los Estados Unidos están de acuerdo en que tienen que presentar hechos distintos del nivel de las exportaciones de Howe para demostrar que la concesión de cada una de las medidas que tiene ante sí el Grupo Especial está vinculada en realidad a los resultados de las exportaciones. Sin embargo, Australia afirma que los Estados Unidos no han presentado esos hechos. Su argumento (que Australia rechaza) se basa en la información relativa a medidas anteriores totalmente diferentes (Plan de Facilitación de las Exportaciones y Programa de Créditos a la Importación) y en informes de los medios de comunicación acerca de una empresa que exporta. Esto pone de relieve el problema que subyace a la interpretación de esta disposición en el sentido de autorizar algún examen conceptual del nivel de las exportaciones. El nivel de las exportaciones de una empresa o rama de producción depende de un amplio conjunto de factores a menudo específicos de la rama de producción o del país que no tienen relación alguna con ninguna política comercial particular del gobierno. La existencia de mercados de exportación y el conjunto de productos más rentable pueden asimismo cambiar rápidamente como resultado de factores totalmente independientes de cualquier medida de asistencia estatal particular. Si los hechos distintos del nivel de las exportaciones bastan para demostrar que la concesión de la subvención está efectivamente vinculada a los resultados de las exportaciones, no hay necesidad de examinar el nivel de las exportaciones. Si no basta, se debe llegar a la conclusión de que la medida está en conformidad.

7.300 En opinión de Australia, la tarea de un grupo especial no estriba en formular juicios subjetivos acerca de los factores que pueden influir en las decisiones de una empresa de exportar o en su éxito como exportador. Un grupo especial debe más bien adoptar decisiones objetivas sobre la base de hechos para saber si la concesión de una subvención particular a una empresa está supeditada al resultado de sus exportaciones. La nota a pie de página 4 del Acuerdo SMC impone la obligación de que los hechos demuestren que la concesión de la subvención está de hecho vinculada a las exportaciones. No pide que el Grupo Especial formule un juicio acerca de los indicios relacionados con los efectos de una medida sobre el comercio exterior. Si depende de los resultados de las exportaciones, la concesión de la subvención no estará en función del nivel de las exportaciones de una empresa, sino de los hechos acerca de la concesión de la subvención.

¹⁶⁹ *Supra*, párrafo 7.127.

7.301 Los **Estados Unidos** mantienen que, en el presente caso, el nivel de las exportaciones de Howe es sólo un hecho entre muchos otros que, considerados conjuntamente, demuestran que las subvenciones sustitutivas, al igual que las subvenciones de que disfrutaba Howe con arreglo a los programas anteriores de subvenciones a la exportación *de jure*, son subvenciones a la exportación prohibidas. A juicio de los Estados Unidos, su oferta de aceptación del nivel actual elevado de las exportaciones de Howe y de sus planes de exportación dinámicos aborda el meollo de la determinación de una subvención "*de facto*". Los Estados Unidos no están tratando de demostrar los "efectos sobre el comercio internacional" adversos de una subvención que ya ha sido otorgada, es decir, qué sucedió *después* de haber sido concedida la ayuda. Los Estados Unidos presentan más bien pruebas del nivel elevado de exportaciones de Howe para demostrar que el Gobierno australiano tenía en cuenta *en esa época* la ayuda que estaba otorgando. El conocimiento de Australia de la dependencia de Howe de las exportaciones y de los planes futuros de Howe en la época en que se dio la ayuda constituye una sólida prueba de que la asistencia estaba vinculada al resultado de las exportaciones en el sentido de la nota a pie de página 4.

7.302 Los Estados Unidos sostienen que las pruebas de fondo presentadas demostraban que la "concesión" de las subvenciones de que se trata estaba de hecho vinculada a la exportación o a los ingresos de exportación reales o previstos de Howe. Los Estados Unidos afirman que, en un intento por evitar la prohibición del artículo 3 del Acuerdo SMC y de apartar la atención del Grupo Especial de los hechos, Australia califica erróneamente el alcance de las pruebas de los Estados Unidos concentrándose íntegramente en el nivel de exportaciones de Howe. Los argumentos de los Estados Unidos es evidente que no dependen totalmente del hecho de que Howe estuviera exportando un 90 por ciento de sus ventas en la época en que Australia otorgó la donación y el préstamo en condiciones favorables. Aunque el elevado nivel de las exportaciones es un hecho importante que ha de tomar en consideración el Grupo Especial, no es el único de muchos hechos importantes que demuestran que la ayuda estaba vinculada a las exportaciones o a los ingresos de exportación reales o previstos de Howe en el sentido del párrafo 1 a) del artículo 3 y de la nota a pie de página 4 del Acuerdo SMC. Entre esos hechos figuraban los siguientes:

- a) el conjunto de subvenciones sustitutivas estaba concreta y explícitamente concebido para compensar a Howe por su exclusión de los dos programas de subvenciones a la exportación "*de jure*" que habían contribuido a transformar a Howe en un exportador importante;
- b) el Gobierno australiano tenía conocimiento de la dependencia de Howe de las exportaciones, y de hecho la creó;
- c) el objetivo reconocido del conjunto de subvenciones sustitutivas tanto por el Gobierno australiano como por Howe, al igual que los programas de subvenciones a la exportación "*de jure*" que lo precedieron, era promover las exportaciones;
- d) Howe disponía de planes dinámicos de exportación;
- e) Howe ha de aumentar considerablemente sus ventas para recibir la donación total de 30 millones de dólares australianos a la que tiene derecho; no obstante, el mercado del cuero australiano es demasiado reducido para absorber la producción actual de Howe y mucho menos aún su aumento;
- f) la única manera que Howe tendría para aumentar sus ventas y utilizar la capacidad de producción ampliada que ha adquirido como resultado del conjunto de subvenciones sustitutivas estriba en incrementar considerablemente sus exportaciones; y

- g) el conjunto de subvenciones sustitutivas sólo se otorgó a Howe, que prácticamente exporta toda su producción, y no a ningún otro fabricante de cuero que abastezca al mercado interno.

7.303 Los Estados Unidos alegan que Australia no impugna ninguna de las afirmaciones fácticas de los Estados Unidos con hechos que socavarían su credibilidad y afirman que el Grupo Especial debe tomar nota de la variedad y el volumen de las fuentes en que se basan los Estados Unidos en el presente caso.¹⁷⁰

7.304 Los Estados Unidos recuerdan que, como señalaba un grupo reciente en *Japón - Medidas que afectan a los productos agrícolas*, un grupo especial debe aceptar un hecho que se alegue para establecer una presunción *prima facie* que se base en pruebas "1) que sean suficientes para establecer una presunción de la exactitud del hecho invocado o de la alegación y 2) que no hayan sido refutadas en forma adecuada por la otra parte".¹⁷¹ Una vez que se ha establecido la presunción *prima facie*, la carga de la prueba se desplaza a la parte demandada.¹⁷² Como declaró el Órgano de Apelación:

[...] es una regla de prueba generalmente aceptada en el derecho civil, en el *common law* y, de hecho, en la mayor parte de las jurisdicciones, que la carga de la prueba incumbe a la parte, sea el demandante o el demandado, que afirma una determinada reclamación o defensa. Si esa parte presenta pruebas suficientes para fundar la presunción de que su reclamación es legítima, la carga de la prueba se desplaza a la otra parte, que deberá aportar pruebas suficientes para refutar la presunción.¹⁷³

7.305 Los Estados Unidos sostienen que las pruebas que han presentado, ninguna de las cuales ha sido refutada por Australia en cuanto al fondo, establecen una violación *prima facie* del artículo 3 del Acuerdo SMC. En consecuencia, la carga se ha desplazado a Australia para demostrar que las subvenciones sustitutivas no estaban de hecho vinculadas a los resultados de las exportaciones de Howe. Australia no ha presentado prueba alguna y no ha rebatido la alegación afirmativa de los Estados Unidos. En cambio, Australia se basa en el argumento de que el Gobierno australiano no tenía la intención de violar el Acuerdo SMC y que, por diversas razones poco sólidas, el Grupo Especial debe simplemente ignorar casi todos los hechos pertinentes en el presente caso. Australia insiste en que el conjunto de compensación es compatible con la OMC porque Australia lo reclama. A juicio de los Estados Unidos, un examen de las pruebas pertinentes demuestra lo contrario.

E. REPARACIÓN

7.306 **Australia** sostiene que, de constatar el Grupo Especial que una medida era o es incompatible con el párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC, considera que el Grupo Especial no debe hacer ninguna sugerencia sobre la manera en que el Gobierno australiano debería conformarse al párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC.

¹⁷⁰ Véanse también los argumentos de los Estados Unidos a este respecto, *supra*, párrafos 7.30-7.31.

¹⁷¹ WT/DS76/R, distribuido a los Miembros el 27 de octubre de 1998, párrafo 7.10.

¹⁷² Informe del Grupo Especial, *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (Hormonas)*, WT/DS26/R, WT/DS48/R, aprobado el 13 de febrero de 1998, párrafo 8.51.

¹⁷³ Informe del Grupo Especial, *Japón - Películas*, WT/DS44/R, aprobado el 22 de abril de 1998, párrafo 10.29, que cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camisas y blusas*, WT/DS33/AB/R, aprobado el 23 de mayo de 1997, página 16.

F. PERÍODO DE TIEMPO PARA LA APLICACIÓN

7.307 **Australia** afirma que, si el Grupo Especial constata que una medida era o es incompatible con el párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC, el Grupo Especial tendría que incluir en sus recomendaciones el período de tiempo de que dispondrá Australia para conformarse al párrafo 1 a) del artículo 3.

7.308 Según Australia, el problema esencial es que Australia no sabe si el Grupo Especial constatará que alguna medida era incompatible, si alguna medida es incompatible, de qué medida podría tratarse y fundamentalmente por qué podría considerarse que es incompatible. A falta de las opiniones del Grupo Especial, es imposible presentar una comunicación documentada a este respecto.

7.309 Australia declara que la redacción de esta disposición se llevó a cabo en contra de la experiencia de que el Grupo Permanente de Expertos (GPE) habría llegado a sus conclusiones e informado al grupo especial. El grupo especial formularía entonces una recomendación sobre el período de tiempo. Esto habría supuesto que las partes presentarán comunicaciones sobre la base del conocimiento de las conclusiones y razonamientos precisos que figurarían en el informe del grupo especial. Eso tiene por lo menos cierto sentido. El proyecto de Reglamento del GPE¹⁷⁴ preveía que informaría a un grupo especial 46 días después de que se hubiera solicitado su asistencia. Esto permitiría al grupo especial abordar la cuestión en el contexto de la comunicación de las partes.

7.310 En consecuencia, Australia alega que este Grupo Especial debe otorgar a las partes, en particular a Australia, el derecho a presentar argumentos acerca de cuál sería el período de tiempo adecuado una vez que se conozcan las opiniones del Grupo Especial. El momento más adecuado sería después de la recepción del Informe Provisional. De no ser así, Australia sostiene que el Grupo Especial debería prever un período para la aplicación de siete meses y medio.

VIII. REEXAMEN INTERMEDIO

8.1 El 15 de marzo de 1999, Australia y los Estados Unidos pidieron al Grupo Especial que reexaminase, conforme a lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 15 del ESD, algunos aspectos concretos del informe provisional del que se había dado traslado a las partes el 8 de marzo de 1999. Ninguna de las partes solicitó una reunión con el Grupo Especial.

8.2 Australia pidió que se introdujera un cambio aclaratorio en la nota de pie de página 1 del párrafo 1 del informe. El Grupo Especial hizo ese cambio. Australia también puso en tela de juicio la exactitud de una frase del párrafo 2.3 del informe del Grupo Especial, relativa al cálculo del importe máximo de los pagos que habían de hacerse con arreglo al contrato de donación. A la vista de las observaciones de Australia, modificamos la frase en cuestión para reflejar la explicación inicial dada por Australia al respecto. Además, Australia afirmó que ciertas palabras que figuraban en el párrafo 9.69 del informe del Grupo Especial podían inducir a error. A la vista de las observaciones de Australia, modificamos las palabras en cuestión.

8.3 Los Estados Unidos solicitaron que el Grupo Especial reconsiderase su constatación de que el préstamo no era una subvención "supeditad[a] *de jure* [...] a los resultados de exportación", en el sentido del apartado a) del párrafo 1 del artículo 3 del Acuerdo SMC. Los Estados Unidos pusieron nuevamente de relieve ciertos factores, entre ellos unos factores basados en la información comercial confidencial presentada al Grupo Especial, que, a su juicio, llevaban a la conclusión de que el préstamo estaba "*de facto*" supeditado a los resultados de exportación. El Grupo Especial no introdujo ninguna modificación en su informe a la vista de las observaciones de los Estados Unidos.

¹⁷⁴ G/SCM/W/365/Rev.1, 24 de junio de 1996, regla 12.2.

8.4 En su carta de 8 de marzo de 1999, por la que dio traslado del informe provisional a las partes, el Grupo Especial había indicado que estaba "dispuesto a considerar breves argumentos sobre la cuestión del plazo dentro del cual habían de retirarse, conforme a lo dispuesto en el párrafo 7 del artículo 4 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, las medidas que se había constatado que eran subvenciones prohibidas". Australia no hizo ninguna observación a este respecto. Los Estados Unidos apoyaron la recomendación del Grupo Especial de que las subvenciones prohibidas que se habían concedido a Howe se retirasen dentro de un plazo de 90 días.

IX. CONSTATAIONES

9.1 Esta diferencia ha surgido en relación con cierta asistencia financiera prestada por el Gobierno de Australia a Howe and Company Proprietary Ltd. ("Howe"), único productor y exportador especializado de cuero para automóviles de Australia. En los automóviles, el cuero se utiliza principalmente para recubrimientos de asientos y otros componentes interiores de automóviles, tales como apoyacabezas, apoyabrazos, consolas centrales y paneles interiores y embellecedores para las puertas.

9.2 El 7 de octubre de 1996, los Estados Unidos solicitaron la celebración de consultas con Australia sobre las subvenciones otorgadas al cuero con arreglo al Programa de Créditos a la Importación en el Sector de los Textiles, el Vestido y el Calzado, de Australia¹⁷⁵, y cualesquiera otras subvenciones al cuero otorgadas o mantenidas en Australia que estaban prohibidas en virtud del artículo 3 del Acuerdo SMC.¹⁷⁶ Tras las consultas, los Estados Unidos y Australia llegaron a un acuerdo el 24 de noviembre de 1996. Ese acuerdo fue anunciado el 25 de noviembre de 1996.¹⁷⁷ Conforme a los términos del acuerdo, el Gobierno de Australia dispondría que el cuero para automóviles quedase excluido, a partir del 1º de abril de 1997, de los productos que podían acogerse al Programa de Créditos a la Importación, así como al Plan de Facilitación de las Exportaciones.¹⁷⁸

¹⁷⁵ El Programa de Créditos a la Importación está en vigor desde el 1º de julio de 1991 y permanecerá en vigor hasta el 30 de junio del 2000. Con arreglo a ese Programa, los exportadores de textiles, vestido y calzado que cumplan los requisitos establecidos pueden obtener créditos a la importación que pueden utilizarse para reducir los derechos de importación pagaderos por esos textiles, vestido y calzado hasta el valor de los créditos conseguidos. Los exportadores no están obligados a utilizar sus créditos para deducirlos de los derechos de importación pagaderos, sino que pueden transferirlos a otro titular a cambio de una contraprestación en efectivo. El valor de los créditos a la importación que pueden obtenerse se calcula como el valor FOB de una venta de exportación que cumpla los requisitos pertinentes, multiplicado por el contenido de valor añadido australiano de la venta de exportación. Este total se multiplica por un "porcentaje de reducción progresiva" determinado. TCF Import Credit Scheme: Administrative Arrangements (marzo de 1995), prueba documental N° 7 de los Estados Unidos. Los Servicios de Aduanas de Australia, en nombre de la Autoridad para el Fomento de las Industrias Textil, del Vestido y del Calzado, aplican el Programa de Créditos a la Importación.

¹⁷⁶ WT/DS57/1, G/SCM/D7/1, de 9 de octubre de 1996.

¹⁷⁷ Señalamos que esa solución mutuamente convenida no fue notificada al OSD ni al Comité correspondiente, en contra de lo dispuesto en el párrafo 6 del artículo 3 del ESD.

¹⁷⁸ El Plan de Facilitación de las Exportaciones está en vigor en su forma actual desde 1991 y permanecerá en vigor hasta el 31 de diciembre del 2000. En virtud de ese Plan, los fabricantes australianos obtienen 1 dólar australiano de créditos a la exportación por cada dólar de exportaciones de productos del automóvil incluidos que cumplan los requisitos establecidos. El valor de las exportaciones por el que se pueden obtener créditos a la exportación es igual al contenido de valor añadido australiano de las exportaciones que puedan acogerse al Plan, calculado como precio de venta FOB menos el valor de cualesquiera materias primas y componentes importados. Los créditos a la exportación conseguidos con ese Plan pueden utilizarse para que se reduzcan los derechos pagaderos por las importaciones de vehículos automóviles y componentes de vehículos automóviles que cumplan los requisitos establecidos o pueden venderse a cualquier importador de mercancías

El 26 de marzo de 1997, en virtud del Aviso N° 97/29 de las Aduanas australianas se retiró el cuero para automóviles de entre los productos que podían acogerse al Programa de Créditos a la Importación y del Plan de Facilitación de las Exportaciones, con efecto a partir del 1° de abril de 1997.

9.3 En el momento en que se concertó el acuerdo, el Gobierno de Australia anunció su compromiso de prestar asistencia financiera a Howe para ayudar a mantener la viabilidad comercial de esa empresa tras el acuerdo entre Australia y los Estados Unidos, como resultado del cual se había retirado el cuero para automóviles de entre los productos que podían acogerse al Programa de Créditos a la Importación y al Plan de Facilitación de las Exportaciones.¹⁷⁹ El Gobierno de Australia concertó dos acuerdos distintos, un contrato de donación y un contrato de préstamo, con Howe y con su empresa matriz, Australian Leather Holdings, Limited ("ALH") en marzo de 1997.

9.4 En el contrato de donación se dispone que se efectúen tres pagos por un valor total de hasta 30 millones de dólares australianos, cantidad que se estima que equivale a aproximadamente el 5 por ciento de las ventas previstas de Howe en el período comprendido entre el 1° de abril de 1997 y el 31 de diciembre del 2000. El primer pago, de 5 millones de dólares australianos, había de hacerse al concertarse el contrato. Los pagos segundo y tercero, de hasta 12,5 millones de dólares australianos cada uno, habían de hacerse en julio de 1997 y en julio de 1998, respectivamente, basándose en los resultados obtenidos por Howe en comparación con los resultados fijados como objetivo en el contrato. Los resultados fijados como objetivo consistían en unas ventas y en unos gastos de capital. Con respecto a las ventas, se fijó un objetivo global para las ventas totales de Howe en la totalidad del período de vigencia del contrato y se dividió ese objetivo en objetivos provisionales. Con respecto a los gastos de capital, en el contrato se estableció un objetivo global de 22,8 millones de dólares australianos para el período de cuatro años en cuestión, cantidad que había de destinarse a inversiones aprobadas que estuvieran directamente relacionadas con la producción de cuero para automóviles, y también se dividió ese objetivo en objetivos provisionales. Con arreglo al contrato, Howe estaba obligada a hacer todo lo posible para alcanzar esos objetivos y a presentar al Gobierno de Australia unos informes en los que se indicasen sus ventas y sus gastos de capital.

9.5 En el contrato de préstamos se estipula que el Gobierno de Australia concederá un préstamo de 25 millones de dólares australianos, durante un plazo de 15 años a Howe y a su empresa matriz, ALH. Durante los cinco primeros años de la vigencia de ese préstamo, Howe/ALH no está obligada a reembolsar el principal ni a pagar intereses. Tras la expiración de ese quinquenio, los intereses del préstamo se basarán en el tipo de las obligaciones del Commonwealth de Australia con un plazo de reembolso de 10 años, más 2 puntos porcentuales. El préstamo está garantizado por un segundo derecho de retención sobre los activos y los compromisos de ALH.

que cumplan los requisitos pertinentes, el cual puede análogamente obtener tales reducciones. La cuantía de la reducción de los derechos de importación con arreglo a ese Plan se determina mediante un baremo y depende del año en el que se utilicen los créditos a la exportación. Departamento de Industria, Ciencia y Tecnología de Australia, Report on the State of the Automotive Industry 1994 (junio de 1995), prueba documental N° 13 de los Estados Unidos.

¹⁷⁹ Véase el Comunicado de Prensa del Hon. John Moore, Miembro del Parlamento y Ministro de Industria, Ciencia y Turismo, de 25 de noviembre de 1996, prueba documental N° 16 de los Estados Unidos. Véase también la prueba documental N° 18 de los Estados Unidos. Australia ha indicado que el cuero para automóviles se incluirá en las nuevas disposiciones generales para los textiles, la industria y el vestido que entrarán en vigor en Australia el 1° de julio del 2000.

9.6 El 10 de noviembre de 1997, los Estados Unidos solicitaron la celebración de consultas sobre las subvenciones pretendidamente prohibidas otorgadas a los productores y exportadores australianos de cuero para automóviles, incluidas las subvenciones concedidas a Howe.¹⁸⁰ En las consultas celebradas entre los Estados Unidos y Australia el 16 de diciembre de 1997 no se logró dirimir la diferencia. El OSD, en su reunión de 22 de enero de 1998 y atendiendo la solicitud hecha por los Estados Unidos el 9 de enero de 1998, estableció un grupo especial de conformidad con el párrafo 4 del artículo 4 del Acuerdo SMC y con el artículo 6 del ESD. Nunca se dio una composición a ese Grupo Especial.

9.7 El 4 de mayo de 1998, los Estados Unidos solicitaron de nuevo la celebración de consultas con Australia sobre las subvenciones pretendidamente prohibidas concedidas a Howe, alegando que "el Gobierno de Australia ha concedido a Howe subvenciones que incluyen un préstamo de 25 millones de dólares australianos, efectuado en condiciones preferenciales y no comerciales, y además donaciones de hasta 30 millones de dólares australianos. Los Estados Unidos consideran que estas medidas parecen incumplir las obligaciones contraídas por el Gobierno de Australia en virtud del artículo 3 del Acuerdo SMC".¹⁸¹ El 11 de junio de 1998, los Estados Unidos solicitaron que se estableciera inmediatamente un grupo especial, que fue establecido el 22 de junio de 1998, con el mandato uniforme.

A. CUESTIONES PRELIMINARES Y SOLICITUDES DE RESOLUCIONES PRELIMINARES

9.8 Tanto los Estados Unidos como Australia pidieron en sus primeras comunicaciones que se adoptasen ciertas resoluciones preliminares. Específicamente, los Estados Unidos pidieron al Grupo Especial que ordenase a Australia que presentase ciertos documentos. Australia pidió al Grupo Especial que pusiese fin a sus actuaciones porque el establecimiento del Grupo Especial era incompatible con el ESD o, subsidiariamente, porque los Estados Unidos no habían cumplido las obligaciones que en materia de comunicación de información les imponía el artículo 4 del Acuerdo SMC. En el supuesto de que el Grupo Especial rechazase la petición de que se pusiera término a las actuaciones, Australia pedía al Grupo Especial que la exposición de los argumentos de los Estados Unidos se limitase a cierta información y a ciertos argumentos, basándose en que los Estados Unidos no habían cumplido las obligaciones que en materia de comunicación de información les imponía el artículo 4 del Acuerdo SMC.

9.9 Como esas solicitudes planteaban cuestiones que tenían importantes repercusiones sobre las actuaciones de este Grupo Especial e incluso sobre la posibilidad de continuarlas, resolvimos sobre ellas al final sin detallar nuestro análisis ni nuestras conclusiones.¹⁸² Seguidamente se expone el

¹⁸⁰ WT/DS106/1, G/SCM/D17/1, de 17 de noviembre de 1997.

¹⁸¹ WT/DS126/1, G/SCM/D20/1, de 8 de mayo de 1998.

¹⁸² El Presidente dio lectura a las siguientes resoluciones, adoptadas por el Grupo Especial el 10 de diciembre de 1998:

"Con respecto a la solicitud de los Estados Unidos de que pidamos a Australia que presente ciertos documentos, señalamos que Australia ya ha presentado unas versiones del contrato de préstamo y del contrato de donación en las que se ha suprimido la información sensible. Además, en las preguntas hechas por el Grupo Especial a las partes se solicitan cierta información y ciertos documentos que hemos llegado a la conclusión de que son de importancia para nuestro examen de las cuestiones a que se refiere esta diferencia, por lo que hemos pedido a Australia que los presente.

Con respecto a las diversas solicitudes formuladas por Australia para que se adopten resoluciones preliminares, hemos considerado cuidadosamente los argumentos de las partes,

razonamiento en el que se basaron las resoluciones que adoptamos verbalmente el 10 de diciembre de 1998.

1. Solicitud de Australia de que se ponga fin a las actuaciones a causa de la existencia de varios grupos especiales que se ocupan del mismo asunto

9.10 Australia pide que este Grupo Especial ponga fin a sus actuaciones y, de hecho, se disuelva, basándose en que el ESD no autoriza a establecer un grupo especial cuando ya existe otro grupo especial entre las mismas partes con respecto al mismo asunto.

9.11 La solicitud de Australia plantea dos cuestiones diferentes y no necesariamente conexas. La primera es si los Estados Unidos tenían derecho, con arreglo al ESD, a poner fin unilateralmente al primer Grupo Especial, y la segunda es si este Grupo Especial fue establecido debidamente. A nuestro juicio, la respuesta a la primera cuestión no determina la respuesta a la segunda. Incluso suponiendo que Australia tenga razón al afirmar que el demandante no puede poner fin unilateralmente a un grupo especial una vez establecido éste, cuestión que no necesitamos decidir y que no decidimos, llegamos a la conclusión de que este Grupo Especial ha de completar su estudio del asunto que se ha sometido a su consideración.

9.12 El establecimiento de un grupo especial incumbe al OSD. No está claro en modo alguno si, una vez que el OSD ha establecido un grupo especial, como hizo en este asunto en su reunión de 22 de junio de 1998, el grupo especial así establecido es competente para decidir si ha sido establecido correctamente. En nuestro mandato no hay nada que nos autorice expresamente a considerar si el OSD procedió correctamente al establecer este Grupo Especial. Además, las cuestiones suscitadas por la solicitud de Australia afectan a todo el sistema, dado que conciernen a cuestiones de política relativas al funcionamiento del sistema de solución de diferencias de la OMC y a la evaluación de las decisiones tomadas por el OSD, por lo que sería más procedente que se abordasen en otros órganos.

9.13 Partimos de la hipótesis de que este Grupo Especial es competente para decidir si ha sido establecido correctamente. El ESD no trata expresamente de la cuestión de la pluralidad de grupos especiales entre las mismas partes y sobre el mismo asunto, y, por consiguiente, no prohíbe expresamente que se establezcan varios grupos especiales de esa índole. En cambio, el ESD fija las condiciones y los procedimientos que, si se cumplen, confieren al demandante el derecho a que se establezca un grupo especial. El artículo 4 regula las solicitudes de celebración de consultas, y el artículo 6 trata de las solicitudes de establecimiento de grupos especiales. En una diferencia como la que se examina, que ha surgido en relación con subvenciones pretendidamente prohibidas, son también aplicables los procedimientos especiales o adicionales establecidos en los párrafos 2 a 12 del artículo 4 del Acuerdo SMC. El párrafo 2 del artículo 4 del Acuerdo SMC trata de las solicitudes de celebración de consultas, y el párrafo 4 del artículo 4 trata de las solicitudes de establecimiento de grupos especiales. Para que se establezca un grupo especial a fin de que estudie una reclamación relativa a una subvención pretendidamente prohibida, el Miembro interesado ha de respetar los procedimientos previstos en esas disposiciones del ESD y del Acuerdo SMC para la celebración de consultas y el establecimiento de grupos especiales. Si se siguen esos procedimientos, el ESD no impone ninguna otra limitación al establecimiento de un grupo especial.

incluyendo las declaraciones hechas ayer y las respuestas a las preguntas formuladas a Australia. Hemos decidido **rechazar** la petición de Australia de que pongamos término a estas actuaciones. Asimismo hemos decidido **rechazar** la petición de Australia de que ordenemos a los Estados Unidos que se limiten a la información contenida en la solicitud de celebración de consultas en la que se basa esta diferencia."

La información específica solicitada por el Grupo Especial, así como la información proporcionada por Australia en respuesta a las peticiones hechas, se indican en los párrafos 6.10 a 6.14 *supra*.

9.14 A nuestro juicio, Australia está pidiendo a este Grupo Especial que interprete el ESD en el sentido de que contiene una prohibición implícita del establecimiento de varios grupos especiales entre las mismas partes y sobre el mismo asunto, prohibición que no está contenida en el texto del ESD. Los argumentos aducidos por Australia en apoyo de su posición se basan en consideraciones de política y están relacionados con el objeto y el fin del ESD. Habida cuenta de la fundamental importancia que en el sistema de solución de diferencias de la OMC tiene el derecho a que se establezca un grupo especial para que examine un asunto dado, a menos que no haya un consenso en el sentido de no crear ese grupo especial, no consideramos procedente en esta diferencia interpretar el ESD en el sentido de que contiene tal prohibición implícita. Ese es particularmente el caso en esta diferencia, ya que las inquietudes de política expresadas por Australia son puramente teóricas y no surgen en este asunto. Específicamente, este no es un caso en el que el demandante esté siguiendo activamente dos procedimientos con respecto al mismo asunto: los Estados Unidos han dejado claramente sentado que no continúan la primera diferencia. Por el contrario, los Estados Unidos han tratado de poner fin a la primera diferencia, y Australia es quien ha tratado de impedir ese resultado. Tampoco es este un asunto en el que el demandante haya tratado de que se establezca un segundo grupo especial antes de que un primer grupo especial haya dado cima a su labor con respecto al mismo asunto por no estar satisfecho de lo que estaba ocurriendo en el primer grupo especial. Aunque en este asunto se estableció un primer grupo especial, nunca se le dio una composición y, por consiguiente, ese Grupo Especial nunca empezó sus trabajos.

9.15 Por las razones que anteceden, rechazamos la petición de Australia de que se ponga término a las actuaciones de este Grupo Especial, y continuaremos nuestro trabajo de conformidad con nuestro mandato.

2. Cumplimiento del párrafo 2 del artículo 4 del Acuerdo SMC

9.16 Australia también nos pide que pongamos término a las actuaciones de este Grupo Especial o, subsidiariamente, que en el curso de este procedimiento hagamos caso omiso de todos los hechos y argumentos no expuestos explícitamente en la solicitud de celebración de consultas (WT/DS126/1), basándose en que, según afirma, la solicitud de celebración de consultas presentada por los Estados Unidos no cumple las prescripciones del párrafo 2 del artículo 4 del Acuerdo SMC.

9.17 El párrafo 2 del artículo 4 del Acuerdo SMC dispone lo siguiente:

"En las solicitudes de celebración de consultas al amparo del párrafo 1 [del artículo 4] figurará una relación de las pruebas de que se disponga respecto de la existencia y la naturaleza de la subvención de que se trate."

Centrándose en la expresión "pruebas de que se disponga" que figura en el párrafo 2 del artículo 4, Australia argumenta que el *quid pro quo* del procedimiento acelerado de solución de diferencias al que se puede recurrir conforme al artículo 4 del Acuerdo SMC es que el demandante ha de "mostrar sus cartas" desde la iniciación de las actuaciones, a fin de que se proporcione la información necesaria para que el demandado pueda defenderse. A juicio de Australia, el párrafo 2 del artículo 4 impone al demandante la obligación de revelar, en su solicitud de celebración de consultas, no sólo los hechos sino también los argumentos por los que tales hechos llevan al demandante a creer que se ha infringido el párrafo 1 del artículo 3.

9.18 El sentido corriente de las palabras "figurará una relación de las pruebas de que se disponga" no exige, a primera vista, que en la solicitud de celebración de consultas se revelen los argumentos. Ni en el contexto ni en el objeto y el fin del párrafo 2 del artículo 4, que se analizan más abajo, hay nada que lleve a una conclusión diferente.

9.19 Pasando a la cuestión de qué es lo que se requiere como "relación de las pruebas de que se disponga", observamos que Australia interpreta esas palabras en el sentido de que exigen que se revelen **todos** los hechos y las pruebas en los que se vaya a basar el Miembro reclamante en el curso de la diferencia. De hecho, Australia afirma que se deberían haber presentado todas las pruebas documentales en el momento en que se solicitó la celebración de consultas.¹⁸³ Ahora bien, el sentido corriente de las palabras "relación de las pruebas de que se disponga" no apoya la posición de Australia. La palabra "prueba" se define como "los hechos, circunstancias, etc. disponibles que apoyan o refutan una creencia, proposición, etc."¹⁸⁴ Por "de que se disponga" se entiende "disponibles", y "statement" se define como "expresión en palabras".¹⁸⁵ Así pues, basándose en el sentido corriente de sus términos, el párrafo 2 del artículo 4 exige que el Miembro reclamante exprese con palabras, en la solicitud de celebración de consultas, los hechos disponibles en el momento en que solicite las consultas en apoyo de la conclusión de que, como dice el párrafo 1 del artículo 4, tiene "razones para creer que otro Miembro concede o mantiene una subvención prohibida". Esto es, a nuestro juicio, considerablemente menos que lo que Australia entiende que exige el párrafo 2 del artículo 4.

9.20 Además, ni en el contexto ni en el objeto y el fin del párrafo 2 del artículo 4 hay nada que nos lleve a pensar que la relación de las pruebas de que se disponga haya de ser tan completa como cree Australia. El mero hecho de que los procedimientos realizados conforme al artículo 4 del Acuerdo SMC sean acelerados en comparación con los procedimientos de solución de diferencias establecidos en el ESD no nos obliga, a nuestro entender, a interpretar el párrafo 2 del artículo 4 en el sentido de que exige que el demandante revele todos los hechos y todos los argumentos en su solicitud de celebración de consultas. En los procedimientos de solución de diferencias desarrollados con arreglo al calendario normal, el Miembro reclamante no está obligado a incluir una relación de los hechos y de los argumentos ni siquiera en la solicitud de establecimiento de un grupo especial, solicitud que se presenta mucho más tarde, después de haberse presentado la solicitud de celebración de consultas y de haberse celebrado las consultas entre las partes. La parte reclamante está obligada solamente a exponer sus pretensiones sobre el asunto controvertido; los hechos y los argumentos en que se basen sus pretensiones no necesitan darse a conocer hasta que se presenten las comunicaciones, primera y subsiguientes, de la parte al grupo especial.¹⁸⁶ En la medida en que se pueda establecer un vínculo entre la prescripción adicional del párrafo 2 del artículo 4 y la naturaleza acelerada de los procedimientos, el requisito adicional de que se presente una relación de las pruebas de que se disponga responde a la necesidad de dar a conocer debidamente al Miembro demandado la información en la que el Miembro demandante base su solicitud de celebración de consultas y sirve además para informar las consultas resultantes.

¹⁸³ Primera comunicación de Australia, párrafo 41; *supra*, párrafo 6.51.

¹⁸⁴ *Concise Oxford Dictionary*, novena edición, 1995.

¹⁸⁵ *Id.*

¹⁸⁶ En el asunto *Comunidades Europeas - Bananos*, WT/DS27/AB/R, informe adoptado el 25 de septiembre de 1997, párrafo 141, el Órgano de Apelación declaró lo siguiente:

[...] hay una importante diferencia entre las *alegaciones* identificadas en la solicitud de establecimiento de un grupo especial, que determinan el mandato del grupo especial de conformidad con el artículo 7 del ESD, y los *argumentos* que apoyan esas alegaciones, que se exponen y aclaran progresivamente en las primeras comunicaciones escritas, los escritos de réplica y la primera y segunda reuniones del grupo especial con las partes.

9.21 Examinando la solicitud de celebración de consultas presentada por los Estados Unidos, observamos que en la relación de las pruebas disponibles se indica la naturaleza de las pruebas en que se basan los Estados Unidos y se resumen los hechos que los Estados Unidos deducen de esas pruebas y que constituyen una razón para creer que Australia estaba concediendo o manteniendo una subvención prohibida.¹⁸⁷ Esa relación de las pruebas disponibles era suficiente para dar a conocer a Australia la información en la que se basaba la solicitud de celebración de consultas presentada por los Estados Unidos y para informar las consultas resultantes. En consecuencia llegamos a la conclusión de que la solicitud de celebración de consultas presentada por los Estados Unidos en este asunto cumple las prescripciones del párrafo 2 del artículo 4 por cuanto contiene una relación suficiente de las pruebas disponibles.

9.22 Sobre la base de lo que antecede, rechazamos la petición de Australia de que se ponga fin a este procedimiento¹⁸⁸, y rechazamos asimismo la petición de Australia de que hagamos caso omiso de cualesquiera hechos y argumentos no mencionados explícitamente en la solicitud de celebración de consultas.

3. Limitación de las pruebas y de los argumentos

9.23 Australia también nos pide que decidamos que, incluso suponiendo que la relación de las pruebas disponibles presentada por los Estados Unidos cumple las prescripciones del párrafo 2 del artículo 4 del Acuerdo SMC, los Estados Unidos tienen que limitarse, al exponer su posición al Grupo Especial, a los hechos y argumentos mencionados explícitamente en su solicitud de celebración de consultas.

9.24 Australia entiende que la prescripción del párrafo 2 del artículo 4 de que en las solicitudes de celebración de consultas figure una "relación de las pruebas de que se disponga" debe considerarse junto con el carácter acelerado del procedimiento, en el sentido de que exige que el grupo especial obligue al Miembro reclamante a que se limite a utilizar las pruebas y esgrimir los argumentos mencionados en la solicitud de celebración de consultas, y afirma que autorizar al demandante a aducir hechos y argumento adicionales en su primera comunicación es incompatible con el artículo 4 del Acuerdo SMC.¹⁸⁹

9.25 Todo grupo especial está obligado por el artículo 11 del ESD a hacer "una evaluación objetiva del asunto que se le haya sometido". Por consiguiente, cualquier decisión que adoptemos sobre las pruebas habrá de ser compatible con esa obligación. A nuestro juicio, la decisión de limitar los hechos y los argumentos que los Estados Unidos puedan aducir en el curso de este procedimiento a los hechos y los argumentos expuestos en la solicitud de celebración de consultas haría difícil, si no imposible, que cumpliéramos nuestra obligación de realizar "una evaluación objetiva" del asunto que se nos ha sometido.

9.26 Como se indica más arriba, el párrafo 2 del artículo 4 no exige que el Miembro reclamante exponga sus argumentos en la solicitud de celebración de consultas. Así pues, no hay ninguna base para limitar el alcance de los argumentos que se pueden aducir en este procedimiento.

¹⁸⁷ Véase el documento WT/DS126/1, del que se han citado algunos pasajes *supra*, párrafo 6.58.

¹⁸⁸ Señalamos que, una vez que hemos determinado que la relación de las pruebas disponibles presentada por los Estados Unidos es suficiente, no tenemos que llegar a ninguna conclusión ni llegamos a ninguna conclusión sobre las medidas que serían procedentes si esa relación no fuera suficiente.

¹⁸⁹ Primera comunicación de Australia, párrafo 42; *supra*, párrafo 6.52.

9.27 El párrafo 2 del artículo 4 sí contiene una prescripción, que no figura en el ESD, en el sentido de que el demandante incluya en su solicitud de celebración de consultas una "relación de las pruebas de que se disponga". Sin embargo, no creemos que las pruebas que un grupo especial pueda considerar estén limitadas en modo alguno por esa relación de las pruebas disponibles. A este respecto, señalamos que el párrafo 3 del artículo 4 del Acuerdo SMC dispone expresamente que una de las finalidades de las consultas es "*dilucidar los hechos del caso*" (se han añadido las cursivas). Esa disposición implica que durante las consultas se presentarán hechos o pruebas adicionales. Además, el Órgano de Apelación ha reconocido que las consultas desempeñan una importante función para la determinación de los hechos en los procedimientos de solución de diferencias. Por ejemplo, en el asunto *India - Patentes*¹⁹⁰, el Órgano de Apelación observó que "las alegaciones que se formulan y los hechos que establecen durante las consultas configuran en gran medida el fondo y el ámbito del posterior procedimiento del grupo especial" (se han añadido las cursivas). Esto es coherente con la idea de que un importante objetivo de las consultas en general, y de las consultas realizadas con arreglo al artículo 4 del Acuerdo SMC en particular, es dilucidar y determinar los hechos del caso.

9.28 Por otra parte, observamos que, conforme al párrafo 2 del artículo 13 del ESD, los grupos especiales tienen derecho a recabar información "de cualquier fuente pertinente". De hecho, es corriente que, en las actuaciones de los grupos especiales, los miembros de los grupos hagan preguntas a las partes sobre los hechos y los argumentos en que se basan sus posiciones. En el artículo 4 del Acuerdo SMC no hay nada que indique que ese derecho está limitado de algún modo por el carácter acelerado de los procedimientos de solución de diferencias realizados con arreglo a esa disposición. Si la posición de Australia fuera correcta, todo grupo especial podría verse en la imposibilidad de obtener información pertinente de la parte, en este caso los Estados Unidos, que no pudiera basarse más que en los hechos consignados en su solicitud de celebración de consultas. Análogamente, de aceptarse la opinión de Australia, la parte demandada podría, durante las actuaciones del grupo especial, presentar información que la parte demandante, en este caso los Estados Unidos, no podrían refutar, ya que tendría que basarse únicamente en los hechos expuestos en su solicitud de celebración de consultas. No creemos que el párrafo 2 del artículo 4 tenga por finalidad obtener ese resultado.

9.29 Finalmente, como se señala más arriba, por lo general el Miembro reclamante no está obligado a indicar los hechos y los argumentos en que se basa ni siquiera en la solicitud de establecimiento de un grupo especial, solicitud que se presenta en una fase muy posterior del proceso de solución de diferencias que la solicitud de celebración de consultas. Esto implica que los hechos y las pruebas que pueden considerarse en un procedimiento de solución de diferencias no deben limitarse, simplemente porque el procedimiento con arreglo al artículo 4 del Acuerdo SMC se desarrolle de conformidad con un calendario acelerado, a los hechos y las pruebas mencionados en la solicitud de celebración de consultas. El párrafo 2 del artículo 4 sí exige que el Miembro reclamante incluya en su solicitud de celebración de consultas más información sobre los hechos y los argumentos de la que en otro caso exige el ESD. Esto permite que el Miembro demandado comprenda mejor el asunto que es objeto de la diferencia, y además sirve de base para las consultas. Concretamente, con la relación de las pruebas disponibles se informa al Miembro demandado de los hechos que el Miembro demandante conoce en el momento de la solicitud de celebración de consultas y que apoyan la conclusión del Miembro demandante de que tiene "razones para creer" que el Miembro demandado está concediendo o manteniendo una subvención prohibida. Así pues, la relación de las pruebas disponibles informa la iniciación del proceso de solución de diferencias, pero no hace que las pruebas que pueden presentarse y los argumentos que pueden aducirse a lo largo de todo el procedimiento que puede desarrollarse a continuación se limiten a las pruebas y los argumentos mencionados en la solicitud de celebración de consultas.

¹⁹⁰ Informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *India - Patentes*, WT/DS50/AB/R, adoptado el 16 de enero de 1998, párrafo 94.

9.30 En consecuencia, rechazamos la petición de Australia de que limitemos las pruebas y los argumentos en que los Estados Unidos pueden basarse en este procedimiento a las pruebas y los argumentos mencionados en la solicitud de celebración de consultas, WT/DS126/1.¹⁹¹

4. Información obtenida en el contexto de las consultas celebradas con arreglo a la primera solicitud (WT/DS106/1) y prueba documental N° 2 presentada con la primera comunicación de los Estados Unidos

9.31 Australia también pide que decidamos que la información obtenida en el contexto de las consultas celebradas con arreglo a la primera solicitud de los Estados Unidos, presentada en el documento WT/DS106/1, incluyendo la prueba documental N° 2 presentada con la primera comunicación de los Estados Unidos, no es admisible ante este Grupo Especial. Australia argumenta que esas consultas y la información obtenida por los Estados Unidos sobre cualquier hecho como resultado de esas consultas, incluyendo la prueba documental N° 2, así como los argumentos basados en esos hechos, son confidenciales y se limitan a las actuaciones de ese Grupo Especial, por lo que no se debe permitir que se utilicen en las actuaciones de este Grupo Especial sin el acuerdo de Australia.

9.32 Como Australia señala acertadamente, el párrafo 6 del artículo 4 del ESD dispone que "Las consultas serán confidenciales y no prejuzgarán los derechos de ningún Miembro en otras posibles diligencias". Sin embargo, a nuestro juicio esto no significa que los hechos y la información obtenidos en el curso de las consultas celebradas atendiendo una solicitud no puedan utilizarse en las actuaciones de un grupo especial que trate, como en este caso, de la misma diferencia entre las mismas partes y que se realicen atendiendo otra solicitud diferente.

9.33 Recordamos que el artículo 11 del ESD obliga a los grupos especiales a hacer "una evaluación objetiva del asunto que se le haya sometido". Como hemos indicado antes, cualquier decisión que adoptemos sobre las pruebas ha de ser compatible con esa obligación. El Grupo Especial que estudió el asunto *Corea - Impuestos a las bebidas alcohólicas* confirmó recientemente el derecho de toda parte en una diferencia planteada ante la OMC a utilizar en las actuaciones del grupo especial la información obtenida en las consultas. Después de poner de relieve el requisito de la confidencialidad establecido en el párrafo 6 del artículo 4 del ESD, requisito que el Grupo Especial consideró "esencial para que las partes puedan celebrar conversaciones útiles", el Grupo Especial continuó afirmando lo siguiente:

"Sin embargo, consideramos que ese deber de confidencialidad sólo exige que las partes en las consultas no divulguen información obtenida en ellas a partes que no intervengan en esas consultas. Somos conscientes de que el procedimiento del Grupo Especial sigue siendo confidencial entre las partes, por lo que éstas no quebrantan la obligación de confidencialidad si ponen de manifiesto en él información obtenida durante las consultas. En realidad, a nuestro parecer, la verdadera finalidad de las consultas es que las partes puedan reunir una información exacta y pertinente que las ayude a llegar a una solución mutuamente convenida, o, en su defecto, a presentar información exacta al Grupo Especial. El hecho de que la información obtenida en las consultas no pudiera ser utilizada después por una parte en las actuaciones

¹⁹¹ A este respecto señalamos, como cuestión de hecho, que casi todas las pruebas presentadas por los Estados Unidos como pruebas documentales con su primera comunicación están comprendidas en la descripción hecha en la solicitud de celebración de consultas.

ulteriores constituiría una importante traba para el proceso de solución de diferencias.¹⁹²

9.34 Teniendo en cuenta que, en este asunto, las partes y la diferencia son las mismas, que en el procedimiento solicitado en primer lugar no se dio efectivamente una composición al Grupo Especial, que ese Grupo Especial no estudió la diferencia y que en ninguno de los dos procedimientos hay terceras partes que puedan haber obtenido información en el curso de las consultas, no podemos ver ninguna razón para excluir de nuestro examen la prueba documental N° 2 presentada por los Estados Unidos, simplemente porque se obtuvo en el curso de las consultas celebradas atendiendo la primera solicitud.¹⁹³ Australia no ha indicado de qué otros hechos, si es que hay alguno, podrían haber tenido conocimiento los Estados Unidos como resultado de las primeras consultas, por lo que no existe ninguna base para que excluyamos tales hechos.

9.35 En consecuencia, rechazamos la petición de Australia de que resolvamos que la información obtenida en el contexto de las consultas celebradas atendiendo la primera solicitud de los Estados Unidos, presentada en el documento WT/DS106/1, incluyendo la prueba documental N° 2 presentada con la primera comunicación de los Estados Unidos, no es admisible ante este Grupo Especial.

B. ¿CONSTITUYEN LAS MEDIDAS SOMETIDAS A LA CONSIDERACIÓN DEL GRUPO ESPECIAL SUBVENCIONES A LA EXPORTACIÓN EN EL SENTIDO DEL APARTADO A) DEL PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO 3 DEL ACUERDO SMC?

1. ¿Cuáles son las medidas sometidas a la consideración del Grupo Especial?

9.36 Australia argumenta que las medidas sometidas a nuestra consideración son el préstamo de 25 millones de dólares australianos concedido en condiciones preferenciales a Howe y los dos primeros pagos hechos a Howe en cumplimiento del contrato de donación. Así pues, a juicio de Australia, ni el tercer pago hecho a Howe en junio de 1998 ni el propio contrato de donación son "medias" incluidas en la solicitud de establecimiento de un grupo especial y, por consiguiente, no están sometidos a nuestra consideración. Los Estados Unidos, en cambio, afirman que en su solicitud de establecimiento de un grupo especial en esta diferencia se indica expresamente que las medidas que se someten a la consideración del grupo especial son el contrato de préstamo y el contrato de donación, incluyendo todos los posibles desembolsos hechos con arreglo a este último contrato. Subsidiariamente, citando el asunto *Japón - Películas*¹⁹⁴, los Estados Unidos afirman que, si el Grupo Especial llegase a la conclusión de que ni el contrato de donación ni el tercer pago hecho con arreglo a ese contrato fueron descritos explícitamente en la solicitud de establecimiento de un grupo especial, ambos estaban claramente incluidos en esa solicitud como medidas subsidiarias o estrechamente relacionadas con las medidas identificadas expresamente.

¹⁹² WT/DS75/R, WT/DS84/R, WT/DS75/AB/R, WT/DS84/AB/R, adoptados el 17 de febrero de 1999, párrafo 10.23. El aspecto de la decisión del Grupo Especial al que se hace referencia no estaba sometido al Órgano de Apelación.

¹⁹³ Nada indica que las respuestas hubieran sido diferentes si los Estados Unidos hubiesen formulado las mismas preguntas durante las consultas celebradas en el marco de la segunda solicitud. Tomamos nota de la opinión de Australia de que no se celebraron consultas atendiendo la segunda solicitud, aunque hubo una reunión de las partes. Cabe suponer que esa opinión se basa en la posición de Australia de que la segunda solicitud de celebración de consultas y la segunda solicitud de establecimiento de un grupo especial, al igual que este Grupo Especial que se estableció como resultado de esas solicitudes, eran incompatibles con el ESD.

¹⁹⁴ WT/DS44/R, informe adoptado el 22 de abril de 1998.

9.37 Australia trata de establecer una distinción, en particular, entre el contrato de donación y los tres pagos hechos en cumplimiento de ese contrato.¹⁹⁵ La cuestión es importante porque el último pago efectuado con arreglo al contrato de donación no se hizo hasta después de haberse establecido el Grupo Especial, por lo que, en opinión de Australia, queda fuera del mandato del Grupo Especial y no puede ser estudiado por el Grupo Especial. Australia sostiene que el Grupo Especial tendrá que estudiar si son compatibles con el Acuerdo SMC cada uno de los pagos por concepto de donación y el préstamo, por separado, y podría constatar que uno o varios de ellos eran compatibles y que otro u otros no lo eran.

9.38 A nuestro juicio, la distinción que Australia nos pide que hagamos entre el contrato de donación y los pagos por concepto de donación es artificial a los efectos de la determinación de las medidas que han sido sometidas a la consideración del Grupo Especial. El documento en el que se expone el "asunto" que se somete al Grupo Especial y que, por consiguiente, determina el mandato del Grupo Especial es la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por los Estados Unidos. En ese documento, los Estados Unidos declaran lo siguiente:

"El Gobierno de Australia ha otorgado subvenciones a [Howe] [...]. Los Estados Unidos tienen entendido que dichas subvenciones incluyen la concesión a Howe por el Gobierno de Australia de donaciones por valor de hasta 30 millones de dólares australianos y un préstamo de 25 millones de dólares australianos en condiciones preferenciales y no comerciales."¹⁹⁶

9.39 El sentido corriente del término "concesión" ("*provision*") es "acción de conceder" ("*the act or an instance of providing*").¹⁹⁷ La acción de conceder los pagos por concepto de donación en este caso fue el contrato de donación, en el que se establecieron las condiciones para el desembolso de los fondos constitutivos de la donación. Así, la redacción de la solicitud de establecimiento del Grupo Especial incluye expresamente el contrato de donación. Por otra parte, el sentido corriente del término "donación" ("*grant*") es "acción de donar o cosa donada" ("*the process of granting or a thing granted*")¹⁹⁸, y, por consiguiente, incluye tanto el compromiso del Gobierno de hacer unos pagos (es decir, el contrato de donación) como los pagos mismos por concepto de donación, incluyendo todos los posibles desembolsos pasados o futuros.

9.40 Por consiguiente, llegamos a la conclusión de que las palabras específicas utilizadas en la solicitud de establecimiento de un grupo especial, solicitud que determina el mandato de este Grupo Especial, abarcan el contrato de préstamo (que comprende el único desembolso de fondos hecho por concepto de préstamo), el contrato de donación y los diferentes pagos hechos con arreglo al contrato de donación.¹⁹⁹

¹⁹⁵ Australia no hace una distinción entre el contrato de préstamo y el desembolso de los fondos del préstamo, por lo que parece aceptar que el contrato de préstamo es una "medida" sometida a la consideración del Grupo Especial. Véase la primera comunicación de Australia, párrafo 58 ("el 'préstamo' [al que se hace referencia en la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por los Estados Unidos] es evidentemente el préstamo concedido con arreglo al contrato de préstamo"). *Supra*, párrafo 7.3.

¹⁹⁶ WT/DS126/2, de 11 de junio de 1998.

¹⁹⁷ *Concise Oxford Dictionary*, novena edición, 1995.

¹⁹⁸ *Concise Oxford Dictionary*, novena edición, 1995.

¹⁹⁹ Habida cuenta de nuestra decisión, no consideramos el argumento de los Estados Unidos sobre las medidas subsidiarias o estrechamente conexas ni sacamos ninguna conclusión sobre ese argumento.

9.41 Aparte de los términos específicos utilizados en la propia solicitud de establecimiento de un grupo especial, hay otras consideraciones que también apoyan nuestra conclusión de que las medidas sometidas a la consideración del Grupo Especial no se limitan a los pagos específicos hechos con arreglo al contrato de donación antes de la solicitud de establecimiento de este Grupo Especial, sino que incluyen el propio contrato y cualesquiera pagos hechos en cumplimiento de él. El contrato de donación es el instrumento jurídico específico en el que se establecen los términos y las condiciones de los diferentes pagos que han de hacerse con arreglo a él y que, por consiguiente, determina y define la naturaleza de esos pagos. El contrato de donación obliga al Gobierno de Australia a hacer ciertos pagos a Howe, siempre que se cumplan las condiciones establecidas en el contrato. A nuestro entender, disponemos de toda la información necesaria para resolver sobre todos los pagos previstos en el contrato de donación.

9.42 Sobre la base de lo que antecede, no consideramos necesario, a los efectos de determinar cuáles son las medidas sometidas a la consideración del Grupo Especial, hacer la distinción que Australia propone que se haga entre el contrato de donación y los pagos por concepto de donación, y llegamos a la conclusión de que las medidas sometidas a nuestra consideración son el contrato de préstamo, el contrato de donación y los diferentes pagos hechos con arreglo a este último contrato.

2. ¿Son "subvenciones", en el sentido del artículo 1 del Acuerdo SMC, las medidas sometidas a la consideración del Grupo Especial?

9.43 Las partes están de acuerdo en que el préstamo es una subvención en el sentido del artículo 1 del Acuerdo SMC. Las partes convienen asimismo en que cada uno de los tres pagos hechos con arreglo al contrato de donación es también una subvención en el sentido del artículo 1 del Acuerdo SMC. Sin embargo, las partes no están de acuerdo en si el propio contrato de donación es una subvención en el sentido del artículo 1 del Acuerdo SMC. En consecuencia, pasamos ahora a estudiar esta cuestión.

9.44 Los Estados Unidos argumentan que el contrato de donación es una "contribución financiera" que otorga un "beneficio" y constituye, por consiguiente, una subvención en el sentido del artículo 1 del Acuerdo SMC. Los Estados Unidos afirman que se ha concedido a Howe un beneficio consistente en unos fondos públicos que no tiene que reembolsar. Australia, en cambio, sostiene que los Estados Unidos no han demostrado que el contrato de donación constituya una subvención, aunque, como se señala más arriba, reconoce que los pagos autorizados por ese contrato son subvenciones, es decir, "contribuciones financieras" que otorgan un "beneficio".

9.45 Esta cuestión está estrechamente vinculada al análisis que hemos hecho más arriba sobre cuáles son las "medidas" sometidas a la consideración del Grupo Especial. Australia no niega que los pagos por concepto de donación sean, en sí mismos, subvenciones. Los términos y las condiciones del desembolso de los pagos se determinan en el contrato de donación. A nuestro juicio, cada uno de los pagos puede evaluarse individualmente para determinar si es una subvención prohibida a la exportación, pero sólo remitiéndose a los criterios para el desembolso establecidos en el contrato de donación. Por consiguiente, para evaluar los diferentes pagos no necesitamos decidir si el contrato de donación constituye o no una subvención. Hemos determinado más arriba que, sobre la base de los términos específicos utilizados en la solicitud de establecimiento de un grupo especial, el contrato de donación es una medida que se ha sometido a nuestra consideración en este asunto. Para juzgar si son compatibles los elementos del contrato de donación que se impugnan hay que tener en cuenta lo que ocurre efectivamente, particularmente en un caso en el que lo que se alega es que las subvenciones están supeditadas de hecho a los resultados que se obtengan en materia de exportación. En consecuencia, no necesitamos determinar si el propio contrato de donación es una subvención para determinar si los pagos hechos con arreglo a ese contrato, que Australia reconoce que son subvenciones, constituyen subvenciones prohibidas a la exportación.

3. ¿Están las subvenciones en cuestión "supeditadas de jure o de facto" a los resultados de exportación, en el sentido del apartado a) del párrafo 1 del artículo 3 del Acuerdo SMC?

9.46 El párrafo 1 del artículo 3 del Acuerdo SMC dispone lo siguiente:

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

- a) las subvenciones supeditadas *de jure* o *de facto*⁴ a los resultados de exportación, como condición única o entre otras varias condiciones, con inclusión de las citadas a título de ejemplo en el Anexo I [...];

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

El párrafo 2 del artículo 3 del Acuerdo SMC refuerza esa prohibición disponiendo lo siguiente:

"3.2 Ningún Miembro concederá ni mantendrá las subvenciones a que se refiere el párrafo 1."

- a) "supeditadas *de jure*"

9.47 Los Estados Unidos argumentaron, en su primera comunicación escrita al Grupo Especial, que, como a Howe se le concedió el nuevo conjunto de medidas de ayuda para sustituir específicamente las subvenciones *de jure* del Programa de Créditos a la Importación y del Plan de Facilitación de las Exportaciones, las nuevas subvenciones constituyen también *de jure* subvenciones a la exportación. Sin embargo, los Estados Unidos no desarrollaron ese argumento en sus comunicaciones posteriores, después de haber recibido copias de los contratos de donación y de préstamo. Australia afirma que los Estados Unidos no han presentado prueba alguna de que ninguna de las medidas esté supeditada "*de jure*" a los resultados que se obtengan en la esfera de la exportación, y además sostiene que el Grupo Especial no es competente para estudiar esta cuestión porque en la solicitud de establecimiento de un grupo especial no se hizo ninguna alegación sobre la supeditación *de jure*.

9.48 A nuestro juicio, el mandato del Grupo Especial incluye la cuestión de si las subvenciones de que se trata están supeditadas "*de jure*" a los resultados obtenidos en materia de exportación. En la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por los Estados Unidos se citan los aspectos tanto "*de jure*" como "*de facto*" del apartado a) del párrafo 1 del artículo 3 del Acuerdo SMC, y los Estados Unidos afirman que las subvenciones son incompatibles con ese apartado a). La forma en que esas subvenciones son incompatibles, porque estén supeditadas *de jure* o *de facto* a los resultados de exportación, es un aspecto de los argumentos aducidos por los Estados Unidos en apoyo de su reclamación.

9.49 Sin embargo, como los Estados Unidos no han desarrollado sus argumentos a este respecto, consideramos que los han abandonado. En consecuencia, no llegamos a ninguna conclusión sobre esta cuestión y pasamos ahora al problema de si las subvenciones de que se trata están supeditadas *de facto* a los resultados obtenidos en materia de exportación.

b) "supeditadas [...] *de facto*"

9.50 Los Estados Unidos argumentan que las medidas son subvenciones supeditadas *de facto* a los resultados obtenidos en materia de exportación por Howe, ya que están vinculadas a las exportaciones o los ingresos de exportación reales o previstos. Los Estados Unidos son partidarios de que se adopte un enfoque amplio de la norma de la supeditación *de facto* establecida en el apartado a) del párrafo 1 del artículo 3 y subrayan que esa norma ha de estudiarse caso por caso, teniendo en cuenta la estructura y la concepción de la medida de que se trate y los hechos específicos del caso. A juicio de los Estados Unidos, la distinción entre la supeditación "*de jure*" y la supeditación "*de facto*" es que en el primer caso las subvenciones están supeditadas explícitamente a los resultados de exportación, mientras que en el segundo caso están supeditadas implícitamente a esos resultados. Además, la nota de pie de página 4 del Acuerdo SMC no impide que se consideren el hecho de la exportación ni el nivel de las exportaciones; simplemente proscribe que, basándose *solamente* en el nivel de las exportaciones, se constate que una subvención a la exportación está prohibida. De hecho, a juicio de los Estados Unidos, la referencia explícita al nivel de las exportaciones que se hace en el artículo 3 indica que los redactores previeron específicamente que se tuviera en cuenta el nivel de las exportaciones para determinar si existe una subvención que esté supeditada "*de facto*" a los resultados en materia de exportación. Los Estados Unidos argumentan que hay una subvención supeditada *de facto* a los resultados de exportación cuando las exportaciones reales o previstas son solamente uno de varios criterios que pueden influir en la concesión de los beneficios. Así, si la totalidad de las circunstancias del caso revela que esos beneficios están destinados a promover las exportaciones, tales beneficios quedarán comprendidos en la amplia definición del apartado a) del párrafo 1 del artículo 3. Los Estados Unidos nos instan a que, para determinar si se ha cumplido el criterio de la supeditación "*de facto*", estudiemos las hipótesis en que se basa la decisión del Gobierno de otorgar la subvención.

9.51 Australia es partidaria de que se enfoque de forma estricta el criterio de la supeditación *de facto* enunciado en el apartado a) del párrafo 1 del artículo 3.²⁰⁰ A juicio de Australia, el criterio de la supeditación de hecho se define y se limita en la nota de pie de página 4 del Acuerdo SMC. La distinción entre "supeditadas *de jure*" y "supeditadas *de facto*" tiene por finalidad diferenciar entre, por una parte, la situación en la que hay una disposición expresa en las leyes o en los reglamentos ("*de jure*") y, por otra, la situación en la que hay alguna disposición administrativa, no legislativa, por la que la concesión de la subvención se vincula efectivamente a los resultados obtenidos en materia de exportación ("*de facto*"). La disposición sobre la supeditación *de facto* tiene por objeto hacer frente a la situación en que la administración de un programa de subvenciones permita desembolsar fondos para favorecer las exportaciones, es decir, conceder a las empresas unas subvenciones vinculadas a los resultados en materia de exportación. Australia nos insta a que rechacemos un criterio basado en algún "nivel indefinido de las exportaciones" para determinar si una subvención constituye una subvención prohibida a la exportación. Los hechos han de demostrar que la concesión de la subvención está vinculada de hecho a las exportaciones efectivas o los ingresos de exportación reales o previstos. En otras palabras, "el demandante ha de demostrar que la concesión de la subvención está vinculada de hecho en su aplicación a los resultados en materia de exportación y que, por

²⁰⁰ En relación con las referencias hechas por los Estados Unidos a las subvenciones prohibidas "*de jure*" y "*de facto*", Australia afirma que los argumentos de los Estados Unidos están mal orientados, y sostiene que el Acuerdo SMC no se refiere a las subvenciones "*de jure*" y "*de facto*" a la exportación, sino a las subvenciones a la exportación supeditadas "de derecho" y supeditadas "de hecho". A nuestro juicio, los Estados Unidos utilizan las palabras "*de facto*" indistintamente de las palabras "de hecho". Así pues, llegamos a la conclusión de que los argumentos de los Estados Unidos se refieren claramente a la prohibición enunciada en el apartado a) del párrafo 1 del artículo 3, independientemente de que en ellos se utilicen en ocasiones las palabras *de facto*. [Nota: La expresión "in law or in fact" del texto inglés del apartado a) del párrafo 1 del artículo 3 se tradujo al español como "*de jure* o *de facto*". La expresión "in fact" del texto inglés de la nota de pie de página 4 del mismo artículo se tradujo como "de hecho".]

consiguiente, favorece las exportaciones con respecto a las ventas internas".²⁰¹ A este respecto, Australia argumenta que las normas de la OMC tienen que dar una clara orientación a los Miembros, y que la posición de los Estados Unidos dejaría a los Miembros en la imposibilidad de planear sus políticas de ayuda interna de forma que no se infringiesen las prohibiciones del apartado a) del párrafo 1 del artículo 3.

9.52 Los Estados Unidos afirman que hay que constatar que una subvención está supeditada "*de jure*" a los resultados en materia de exportación cuando las exportaciones reales o previstas son meramente uno de varios criterios que influyen en la concesión de los beneficios.²⁰² Así, los Estados Unidos afirman que, si la totalidad de las circunstancias revela que la subvención en cuestión tiene por finalidad promover las exportaciones, esa subvención queda comprendida en el ámbito del apartado a) del párrafo 1 del artículo 3.²⁰³ Australia argumenta, en cambio, que, para demostrar que la concesión de la subvención está vinculada de hecho en su aplicación a los resultados de exportación, hay que determinar que la concesión (o el mantenimiento) de la subvención favorece la exportación con respecto a las ventas internas.²⁰⁴

9.53 La diferencia esencial existente entre las partes se refiere a la naturaleza y el alcance de la relación o conexión que tiene que existir entre una subvención y los resultados en materia de exportación para que la subvención esté supeditada "*de facto*" a los resultados de exportación y sea, por consiguiente, una subvención prohibida a la exportación en el sentido del apartado a) del párrafo 1 del artículo 3 del Acuerdo SMC. La solución de esta cuestión depende de la interpretación y aplicación que se dé a los términos "supeditadas [...] *de facto* [...] a los resultados de exportación", que figuran en el apartado a) del párrafo 1 del artículo 3 del Acuerdo SMC.

9.54 Con arreglo al párrafo 2 del artículo 3 del ESD, tenemos que interpretar el apartado a) del párrafo 1 del artículo 3 del Acuerdo SMC "de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público". Conforme a la práctica establecida de la OMC, esas normas figuran en el artículo 31 de la *Convención de Viena*. El párrafo 1 de ese artículo dispone lo siguiente:

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

9.55 Por consiguiente, el estudio del sentido de las palabras "supeditadas [...] *de facto*", que figuran en el apartado a) del párrafo 1 del artículo 3 del Acuerdo SMC, ha de empezar por el examen del sentido corriente del término "supeditadas". El sentido corriente de "supeditado" es "dependiente, para su existencia, de otra cosa", "condicional, dependiente de".²⁰⁵ El texto del apartado a) del párrafo 1 del artículo 3 también incluye la nota de pie de página 4, en la que se dice que la norma de la supeditación *de facto* se cumple si la subvención está "de hecho vinculada a las exportaciones o los ingresos de exportación reales o previstos". El sentido corriente de "vincular" es "unir con vínculos una cosa a otra; hacer depender una cosa de otra", "limitar o restringir la acción, el comportamiento,

²⁰¹ Primera comunicación de Australia, párrafo 101; *supra*, párrafo 7.103.

²⁰² Primera comunicación de los Estados Unidos, párrafo 37; *supra*, párrafo 7.82.

²⁰³ Primer comunicación de los Estados Unidos, párrafo 38; *supra*, párrafo 7.82.

²⁰⁴ Primera comunicación de Australia, párrafo 101; *supra*, párrafo 7.103.

²⁰⁵ *The New Shorter Oxford English Dictionary*, volumen 1, 1993.

la situación, las condiciones, etc.".²⁰⁶ Las dos expresiones utilizadas, "supeditadas [...] *de facto*" y "de hecho vinculada a [...]", llevan a interpretar que ha de existir una estrecha relación entre, por una parte, la concesión o el mantenimiento de una subvención y, por otra, los resultados de exportación.

9.56 En nuestra opinión, la idea de que las subvenciones estén "supeditadas [...] *de facto* [...] a los resultados de exportación", así como el lenguaje utilizado en la nota de pie de página 4 del artículo 3 del Acuerdo SMC, nos obligan a examinar todos los hechos que efectivamente rodean la concesión o el mantenimiento de la subvención en cuestión, incluyendo los términos y la estructura de la subvención y las circunstancias en que ésta se concedió o se mantuvo. Para determinar si una subvención está supeditada de hecho a los resultados de exportación no podemos limitarnos, a nuestro juicio, a examinar los términos de los instrumentos jurídicos o de las disposiciones administrativas por los que se conceda o se mantenga la subvención en cuestión. Tal determinación dejaría totalmente abierta la posibilidad de eludir la prohibición establecida en el apartado a) del párrafo 1 del artículo 3 y dejaría sin sentido la distinción entre la supeditación "*de facto*" y la supeditación "*de jure*". Además, la segunda frase de la nota de pie de página 4, aunque deja claramente sentado que el mero hecho de que se otorgue una subvención a empresas que exporten no puede ser razón suficiente para llegar a la conclusión de que esa subvención está supeditada "de hecho" a los resultados de exportación, no impide que se considere ese hecho en el análisis realizado por un grupo especial. Tampoco impide que se considere el nivel de las exportaciones de una empresa dada. Esto nos lleva a pensar que, para determinar si una subvención está supeditada "*de facto*" a los resultados de exportación, hay que considerar factores distintos de las disposiciones jurídicas o administrativas específicas que regulen la concesión o el mantenimiento de la subvención en cuestión.

9.57 En nuestra opinión, para determinar si una subvención está supeditada *de facto* a los resultados de exportación, tenemos que examinar, basándonos en la redacción explícita del apartado a) del párrafo 1 del artículo 3 y en la nota de pie de página 4 del mismo artículo del Acuerdo SMC, todos los hechos relativos a la concesión o al mantenimiento de la subvención impugnada, incluyendo la naturaleza de la subvención, su estructura y su funcionamiento y las circunstancias en las que se otorgó. En este contexto, el artículo 11 del ESD exige que el grupo especial haga una evaluación objetiva de los hechos del caso. Evidentemente, los hechos que habrá que considerar dependerán de las circunstancias específicas de la subvención en cuestión y diferirán de un asunto a otro. A nuestro juicio, en el análisis se pueden tomar en consideración todos los hechos que rodeen la concesión y/o el mantenimiento de la subvención en cuestión. No obstante, los hechos que se tengan en cuenta han de demostrar, considerados en conjunto, que la concesión o el mantenimiento de la subvención están condicionados a las exportaciones o los ingresos de exportación reales o previstos. El resultado de ese análisis dependerá, evidentemente, de los hechos específicos relacionados con cada subvención que se examine.

c) Análisis de los hechos

9.58 Los Estados Unidos afirman que la condición jurídica del contrato de préstamo, del contrato de donación y de los pagos hechos por concepto de donación está indisolublemente vinculada y que las circunstancias fácticas demuestran que cada uno de ellos es una subvención supeditada *de facto* a los resultados de exportación. A juicio de los Estados Unidos, los hechos siguientes demuestran que las subvenciones en cuestión son subvenciones a la exportación prohibidas: el Gobierno australiano sabía que Howe estaba exportando el 90 por ciento de sus ventas en el momento en que el Gobierno australiano concertó los contratos de donación y de préstamo; el conjunto de subvenciones sustitutivas fue concebido específica y explícitamente para compensar a Howe el hecho de haber quedado excluido de dos programas de subvenciones "*de jure*" a la exportación (el Programa de Créditos a la Importación y el Plan de Facilitación de las Exportaciones) que habían contribuido a convertir a Howe en un importante exportador; la finalidad del conjunto de subvenciones sustitutivas,

²⁰⁶ *Ibid.*

reconocida tanto por el Gobierno australiano como por Howe, era promover las exportaciones; Howe tenía unos planes de exportación dinámicos; Howe tenía que incrementar considerablemente sus ventas para recibir en su totalidad la donación de 30 millones de dólares australianos que podía obtener; sin embargo, el mercado australiano del cuero es demasiado pequeño para absorber la producción actual de Howe y mucho menos su producción aumentada; la única forma de que Howe podía aumentar sus ventas y utilizar la capacidad ampliada de producción que había alcanzado como resultado de las subvenciones en cuestión es incrementar considerablemente sus exportaciones; y las subvenciones en cuestión se concedieron solamente a Howe, que exporta prácticamente toda su producción, y no a ninguno de los fabricantes de cuero que abastece el mercado interno.

9.59 Australia subraya que las medidas sometidas a la consideración del Grupo Especial son medidas individuales y que cada una de ellas ha de ser considerada individualmente para determinar si es compatible con las prescripciones del Acuerdo SMC. En cuanto a los hechos en que se basan los Estados Unidos, Australia afirma que la naturaleza de las medidas anteriores (el Programa de Créditos a la Importación y el Plan de Facilitación de las Exportaciones) es indiferente y que, en todo caso, esas medidas están fuera del mandato del Grupo Especial; la evaluación de los objetivos atribuidos a los gobiernos no es la base sobre la que se entiende que tiene que funcionar un sistema basado en normas tal como el de la OMC; por último, la estructura del préstamo y de las donaciones demuestra que éstos no están vinculados en forma alguna a los resultados obtenidos por Howe en materia de exportación. Con respecto al préstamo, Australia argumenta que el nivel de la producción y de las ventas de Howe es indiferente siempre que esa compañía pague al Gobierno cualquier suma que le deba. La forma exacta en que Howe y ALH reembolsen finalmente el préstamo es una cuestión que incumbe exclusivamente a los propios prestatarios. En el contrato de préstamo se estipulan el tipo de interés pagadero y el calendario de reembolso del principal. En el contrato no se prescribe la forma en que Howe y ALH hayan de financiar el reembolso ni la procedencia de los fondos correspondientes. Australia señala que la capacidad de Howe/ALH para efectuar el reembolso no se basa solamente en el mercado interno ni en el mercado de exportación del cuero para automóviles. Éstos son actualmente importantes elementos de las actividades de Howe/ALH, pero es imposible afirmar cuáles serán los mercados o la combinación de productos cuando haya que efectuar los principales reembolsos.

9.60 Con respecto a los pagos por concepto de donación, Australia argumenta que sólo están sometidos a la consideración del Grupo Especial los dos primeros pagos hechos con arreglo al contrato de donación. Como esas sumas no son recuperables, con independencia del nivel efectivo de las ventas de Howe, no puede considerarse que están vinculadas de hecho a las exportaciones. A juicio de Australia, ni están vinculadas a las exportaciones futuras ni mucho menos cumplen lo que Australia considera que son las rigurosas prescripciones del criterio "*de facto*" establecido en el apartado a) del párrafo 1 del artículo 3. Australia afirma que, en todo caso, el primer pago de 5 millones de dólares australianos fue un pago que se hizo automáticamente tras la firma del contrato de donación y que no estaba vinculado a nada, y mucho menos a los resultados de exportación. El segundo pago, de 12,5 millones de dólares australianos, se hizo porque se estimó, aplicando el criterio del máximo empeño y teniendo en cuenta las consideraciones relativas a la diligencia razonable normal, que la compañía había alcanzado sus objetivos en materia de inversión y de ventas. La compañía no habría podido de ningún modo obtener más fondos por mucho que hubiera invertido o vendido. En el supuesto de que el Grupo Especial tome en consideración el tercer pago por concepto de donación, Australia afirma que ese pago se hizo porque se juzgó, aplicando el criterio del máximo empeño con respecto a una combinación de inversiones y de producción en 1997/98 y teniendo en cuenta las consideraciones relativas a la diligencia razonable normal, que la compañía había actuado satisfactoriamente. Australia declara nuevamente que el Gobierno no puede recuperar esas sumas, siempre que Howe continúe operando. La compañía podría aumentar o reducir sus ventas, pero la condición de los pagos hechos con arreglo al contrato de donación no cambiaría. Las sumas en cuestión se han dado y no están relacionadas con las ventas futuras, incluyendo las ventas para la exportación.

9.61 Estamos de acuerdo con Australia en que tenemos que considerar individualmente las medidas impugnadas para determinar si son compatibles con el Acuerdo SMC. El mero hecho de que todas las subvenciones impugnadas formen parte de un "conjunto" único de medidas de asistencia a Howe no significa que todas ellas sean o no necesariamente subvenciones a la exportación prohibidas. A este respecto, señalamos que, en nuestra opinión, es perfectamente posible que un Miembro adopte un conjunto de subvenciones para ayudar a la industria nacional y que, de esas subvenciones, algunas sean compatibles con el Acuerdo SMC y otras no. En consecuencia, es necesario evaluar cada subvención con arreglo a sus propios términos para decidir si es compatible con el Acuerdo SMC.

i) *Pagos efectuados con arreglo al contrato de donación*

9.62 En el contrato de donación se estipula que se harán tres pagos en concepto de subvención hasta un máximo de 30 millones de dólares australianos. El contrato ha sido concertado entre el Gobierno de Australia, por una parte, y Howe y su empresa matriz, ALH, por otra. No obstante, los términos del contrato de donación están orientados específicamente a Howe y más particularmente a las operaciones de Howe relativas al cuero para automóviles. En el contrato se establece, para el período comprendido entre el 1º de abril de 1997 y el 31 de diciembre del 2000, un objetivo global en materia de ventas que se divide en cuatro objetivos provisionales.²⁰⁷ En el contrato se estipula que los fondos se desembolsarán en tres pagos durante los dos primeros años de vigencia del contrato.²⁰⁸ El primer pago, de 5 millones de dólares australianos, se hizo al firmarse el contrato entre Howe/ALH y el Gobierno australiano. Los pagos segundo y tercero, de hasta 12,5 millones de dólares australianos cada uno, habían de hacerse en determinadas fechas de 1997 y 1998, cuando se recibiese un informe de Howe en el que se mostrasen, a satisfacción del Departamento de Industria, Ciencia y Turismo, los resultados obtenidos en comparación con los resultados fijados como objetivo en lo que se refería a las ventas y a las inversiones para los años que expiraban el 30 de junio de 1997 y el 30 de junio de 1998, respectivamente. Howe está obligada por el contrato a hacer todo lo posible para alcanzar los objetivos que en materia de resultados se fijan en el contrato.

9.63 Australia ha reconocido que no es probable que se hubiera concertado el contrato de donación si no se hubiera retirado el cuero para automóviles del Plan de Facilitación de las Exportaciones y del Programa de Créditos a la Importación. A este respecto, tomamos nota del argumento de Australia de que es simplista llegar a la conclusión de que esa era la única razón para prestar a Howe la asistencia impugnada, señalando, entre otras cosas, la preocupación del Gobierno por la posibilidad de que se perdieran empleos en la región si no se prestaba apoyo a la compañía. Sin embargo, recordamos que en el apartado a) del párrafo 1 del artículo 3 se reconoce que la concesión o el mantenimiento de una subvención puede depender de varias condiciones y se prohíbe expresamente toda subvención que esté supeditada *de facto* a los resultados de exportación. Teniendo en cuenta que el Gobierno de Australia estaba prestando asistencia a Howe inmediatamente después de excluirse el cuero para automóviles de entre los productos que podían acogerse al Plan de Facilitación de las Exportaciones y al Programa de Créditos a la Importación, no formulamos ninguna conclusión jurídica sobre esos programas. El Programa de Créditos a la Importación y el Plan de Facilitación de las Exportaciones no son, en sí mismos, medidas comprendidas en nuestro mandato, y no tenemos que sacar ninguna conclusión sobre si constituyen subvenciones a la exportación prohibidas de conformidad con el artículo 3 del Acuerdo SMC.

²⁰⁷ Howe está obligada a presentar unos informes sobre los resultados obtenidos, en comparación con los resultados fijados como objetivos provisionales, para cada uno de los períodos que expiran el 30 de junio de los años 1997, 1998, 1999 y 2000, así como un informe final en septiembre del 2000.

²⁰⁸ Con excepción de una pequeña parte del tercer pago, parte que se retuvo mientras se procedía al estudio final de si Howe había cumplido las prescripciones del contrato, ya se ha pagado a Howe la cantidad máxima prevista en el contrato de donación, de 30 millones de dólares australianos.

9.64 Australia argumenta que no se puede tomar en consideración la naturaleza del Programa de Créditos a la Importación y del Plan de Facilitación de las Exportaciones al estudiar si las subvenciones impugnadas, incluyendo los pagos en concepto de donación, son compatibles con el Acuerdo SMC, y afirma que los gobiernos deben tener la posibilidad de conceder subvenciones a empresas nacionales sin que se estime automáticamente que tal asistencia constituye una subvención prohibida a la exportación, incluso en el caso de que el programa de que se beneficiaban anteriormente esas empresas fuera una subvención prohibida. No se puede impedir que los Miembros de la OMC sustituyan unas subvenciones a la exportación pretendidamente prohibidas por otras medidas que no estén prohibidas, con lo que cumplen las obligaciones multilaterales que les impone el Acuerdo SMC. Estamos de acuerdo en que, incluso suponiendo que el Programa de Créditos a la Importación y el Plan de Facilitación de las Exportaciones fueran subvenciones a la exportación prohibidas (cuestión sobre la que no formulamos ninguna conclusión), ello no significaría *ipso facto* que toda subvención que posteriormente se otorgase a una empresa que antes se hubiera beneficiado de esos programas constituyese una subvención prohibida a la exportación.

9.65 No obstante, en este asunto, teniendo en cuenta las pruebas presentadas por los Estados Unidos sobre esos programas, pruebas que se basan en hechos que Australia no niega, observamos que tanto el Programa de Créditos a la Importación como el Plan de Facilitación de las Exportaciones dan incentivos a las compañías australianas para exportar ciertos productos. En virtud de esos programas, Howe obtuvo considerables ventajas de sus exportaciones de cuero para automóviles. Ahora bien, cuando se suprimió la posibilidad de que el cuero para automóviles se acogiera a esos programas, el Gobierno australiano concertó el contrato de préstamo y el contrato de donación, por los que se prestaba asistencia financiera para, al menos en parte, ayudar a Howe después de haber perdido esta empresa el derecho a los beneficios que podía obtener el cuero para automóviles en virtud de esos programas.²⁰⁹ En los informes hechos públicos entonces se indicaba que el volumen de la asistencia prestada era el que se consideraba necesario para que Howe pudiera continuar en funcionamiento.²¹⁰

²⁰⁹ Australia ha declarado que el cuero para automóviles figurará entre los productos que podrán acogerse al nuevo programa que está preparando para sustituir al Programa de Créditos a la Importación y al Plan de Facilitación de las Exportaciones y que se prevé que entre en vigor en el 2000.

²¹⁰ A este respecto, señalamos que Australia argumenta que las declaraciones de funcionarios gubernamentales de las que se hizo eco la prensa no pueden considerarse como pruebas de la intención del Gobierno australiano de prestar asistencia a Howe. No sacamos ninguna conclusión específica sobre la intención del Gobierno australiano; simplemente reconocemos que la decisión de prestar asistencia a Howe después de suprimirse el cuero para automóviles del Programa de Créditos a la Importación y del Plan de Facilitación de las Exportaciones puede responder a una serie de finalidades y a diversas "intenciones". No obstante, consideramos que los informes, tanto de la prensa como de la compañía, presentados por los Estados Unidos son de importancia para nuestro análisis de los hechos y de las circunstancias que rodearon la preparación y la concesión de esa asistencia. Además, como Australia no ha impugnado expresamente la veracidad de los hechos (o de las declaraciones de particulares) comunicados, llegamos a la conclusión de que podemos tomar en consideración esos artículos y formular nuestro propio juicio sobre el peso y el valor probatorio que procede atribuirles. Un especialista, haciendo observaciones sobre la forma en que la Corte Internacional de Justicia toma en consideración las pruebas en general y las pruebas de hechos en particular, ha declarado lo siguiente:

"Parece que la Corte acepta las noticias de la prensa cuando son importantes y no las niega el Estado interesado o cuando informan sobre otros acontecimientos tales como declaraciones oficiales de funcionarios y organismos competente de ese Estado [se omite la nota de pie de página], pero tiende a hacer caso omiso de ellas casi totalmente cuando no están corroboradas o no contienen otra información que por otras razones parezca verosímil y convincente."

Highet, *Evidence and Proof of Facts*, en Damrosch, *The International Court of Justice at a Crossroads*, 1987. Análogamente, para juzgar el valor de esas pruebas documentales como pruebas, tenemos en cuenta las

9.66 Cuando se concertó el contrato de donación, Howe exportaba una parte considerable de su producción, y el Gobierno de Australia lo sabía. Las partes no están de acuerdo en el nivel que las exportaciones de Howe representan en comparación con las ventas internas. En cambio, no se discute que las exportaciones de Howe habían aumentado considerablemente durante el período en que esa compañía se benefició del Programa de Créditos a la Importación y del Plan de Facilitación de las Exportaciones, ni que, cuando se privó al cuero para automóviles de la posibilidad de acogerse a esos programas, la abrumadora mayoría de las ventas de Howe se destinaron a la exportación. El Gobierno de Australia tenía interés en que Howe continuase operando y decidió aplicarle un conjunto de medidas de asistencia financiera para lograrlo.²¹¹ En esas circunstancias, nos parece claro que la continuación de las exportaciones, es decir, las exportaciones previstas, era una importante condición para que se prestase esa asistencia. Como hemos indicado más arriba, la nota de pie de página 4 del Acuerdo SMC no impide que en el examen de una subvención prohibida se considere el hecho de que una compañía exporta o el nivel de sus exportaciones. Antes bien, meramente proscribía que se constataste que una subvención a la exportación está prohibida basándose *solamente* en el hecho de que se otorgue a una empresa que exporte. El hecho de que se exporte, aunque no puede ser el único factor determinante a los efectos de la evaluación, a nuestro juicio constituye claramente un factor de importancia en este asunto, al igual que el nivel de las exportaciones.

9.67 Por otra parte, está claro que el mercado australiano del cuero para automóviles es demasiado pequeño para absorber la producción de Howe, y mucho menos cualquier producción ampliada a que puedan llevar las ventajas financieras dimanantes de los pagos por concepto de donación, y las inversiones de capital requeridas, que habían de destinarse específicamente a operaciones relacionadas con el cuero para automóviles.²¹² En consecuencia, llegamos a la conclusión de que Howe, para aumentar sus ventas de manera que pudiera alcanzar los resultados fijados como objetivo en materia de ventas en el contrato de donación (los objetivos provisionales y el objetivo global), tendría necesariamente que haber continuado y probablemente aumentado sus exportaciones. Cuando se concertó el contrato, el Gobierno australiano sabía que existía esa necesidad y, por consiguiente, previó que Howe continuaría y posiblemente aumentaría sus exportaciones. A nuestro juicio, estos hechos convierten efectivamente los objetivos consistentes en resultados en materia de ventas en objetivos consistentes en resultados en materia de exportación. Así pues, consideramos que los resultados previstos en la esfera de la exportación de Howe eran una de las condiciones para que se otorgasen las subvenciones. Australia argumenta que esta consideración llevaría a penalizar a las economías pequeñas, en las que las empresas dependen frecuentemente de las exportaciones para alcanzar unos niveles económicos racionales de producción. No obstante, en las circunstancias específicas de este asunto, estimamos que esa consideración es una prueba convincente de los estrechos vínculos existentes entre las exportaciones previstas y la concesión de las subvenciones.

circunstancias en que se hicieron las observaciones que se han comunicado, su fuente y si la información está corroborada en otro lugar o si se han presentado pruebas en contrario.

²¹¹ A este respecto, señalamos que Australia encargó a una empresa de contabilidad independiente un informe sobre la situación de Howe, evidentemente para tratar de determinar la naturaleza y el volumen de la asistencia financiera necesaria para mantener la viabilidad comercial de Howe. Desgraciadamente, sin embargo, no se presentó ese informe al Grupo Especial, aunque éste lo había solicitado porque consideraba que podía proporcionar útil información sobre las circunstancias en que se había preparado el conjunto de medidas de asistencia financiera a Howe. Véanse los párrafos 6.10 a) y 6.11 *supra*.

²¹² A este respecto, señalamos que Australia, aunque no estaba de acuerdo con las estimaciones hechas por los Estados Unidos sobre el tamaño del mercado australiano del cuero para automóviles y afirmó que eran inferiores a la realidad, no presentó ninguna estimación contraria o diferente en la que pudiéramos basarnos. Véase el párrafo 7.248 *supra*. En estas circunstancias, llegamos a la conclusión de que Australia no ha refutado en absoluto la afirmación hecha por los Estados Unidos sobre una cuestión fáctica y aceptamos las estimaciones de los Estados Unidos.

9.68 Observamos que la información comercial confidencial proporcionada por Australia indica que, de hecho, no ha aumentado la proporción de las ventas de Howe que se destinan a la exportación. Sin embargo, hemos de formular nuestra determinación basándonos en los hechos que existían en el momento en que se concertó el contrato por el que se establecían las condiciones para los pagos en concepto de donación. Así pues, el hecho de que las exportaciones previstas no se hayan materializado en los volúmenes previstos no afecta a nuestra conclusión. Además, señalamos que la información comercial confidencial proporcionada por Australia nos lleva claramente a pensar que las expectativas de que las exportaciones continuasen y aumentasen fueron un elemento que se tuvo en cuenta para juzgar si Howe cumplía los términos del contrato de donación.

9.69 Australia insiste en que carece de importancia el hecho de que el contrato de donación se concertase solamente con Howe, que exporta una gran proporción de su producción, y no con ningún otro de los fabricantes de cuero que abastecen al mercado interno, puesto que Howe era la única compañía afectada por la supresión del cuero para automóviles de entre los productos que podían acogerse al Programa de Créditos a la Importación y al Plan de Facilitación de las Exportaciones. Australia ha confirmado que Howe es el único productor y exportador especializado en cuero para automóviles de Australia.²¹³ Australia declaró expresamente, en respuesta a una pregunta del Grupo Especial, que, aparte de la donación y del préstamo a Howe, Australia no concede ninguna subvención específica a la industria australiana del cuero.²¹⁴ A nuestro juicio, el hecho de que el Gobierno australiano prestase las subvenciones en cuestión solamente a Howe, el único *exportador* de cuero para automóviles, es importante y apoya la conclusión de que una de las condiciones establecidas para que se otorgue la subvención eran las exportaciones previstas y/o los ingresos de exportación previstos.

9.70 Australia argumenta que, como el Gobierno no puede recuperar los fondos entregados en concepto de donación una vez que se han hecho los pagos correspondientes, y como la variación del volumen de las exportaciones de Howe no afectaría al desembolso de los fondos, los pagos en concepto de donación no están supeditados "*de facto*" a los resultados obtenidos en la esfera de la exportación. Sin embargo, a nuestro juicio, lo que procede tener en cuenta son los hechos existentes en el momento en que se establecieron las condiciones para los pagos en concepto de donación, y no la posible evolución posterior.

9.71 Todos estos hechos, considerados conjuntamente, nos llevan a la conclusión de que los tres pagos de subvenciones efectuados con arreglo al contrato de donación están *de facto* vinculados a las exportaciones o los ingresos de exportación reales o previstos.²¹⁵ Esos pagos están condicionados a que Howe convenga en alcanzar, con arreglo a la cláusula del máximo empeño, los objetivos en materia de resultados globales. Además, los pagos segundo y tercero por concepto de donación están expresamente condicionados a que se alcancen, con arreglo a la cláusula del máximo empeño, los objetivos provisionales concernientes a los resultados en materia de ventas. Teniendo en cuenta la naturaleza tributaria de las exportaciones, de las actividades de Howe, así como el tamaño del mercado australiano, esos objetivos concernientes a los resultados en materia de ventas constituyen de

²¹³ Respuesta de Australia a la pregunta 13 del Grupo Especial, de 17 de diciembre de 1998.

²¹⁴ Respuesta de Australia a la pregunta 14 del Grupo Especial, de 17 de diciembre de 1998.

²¹⁵ Señalamos que nuestra conclusión coincide con lo que entiende el receptor de los pagos en concepto de subvención. En marzo de 1997, la Schaffer Corporation, empresa matriz de Howe y de ALH, informó de que el Gobierno australiano había "ultimado un conjunto de medidas de compensación" para Howe/ALH, medidas que consistían en, entre otras cosas, "Una donación de 30 millones de dólares [australianos] basada en las exportaciones proyectadas y pagada en función de unos criterios fundados en los resultados". *Schaffer Corporation Limited Half Yearly Results to December 1996*, prueba documental N° 1 de la primera comunicación presentada por los Estados Unidos, página 2.

hecho, a nuestro juicio, objetivos en materia de resultados de exportación. Por consiguiente, los objetivos de venta consignados en el contrato de donación, junto con los demás hechos enumerados más arriba, nos llevan a la conclusión de que la concesión de las subvenciones estaba condicionada a las exportaciones previstas.

9.72 En consecuencia, llegamos a la conclusión de que los pagos efectuados con arreglo al contrato de donación son subvenciones "supeditadas [...] *de facto*" a los resultados de exportación, con infracción de lo dispuesto en el apartado a) del párrafo 1 del artículo 3 del Acuerdo SMC.

ii) *El contrato de préstamo*

9.73 En el contrato de préstamos se estipula que el Gobierno de Australia concederá un préstamo de 25 millones de dólares australianos, durante un plazo de 15 años, a Howe/ALH. Durante los cinco primeros años de la vigencia de ese préstamo, Howe/ALH no está obligada a reembolsar el principal ni a pagar intereses. Tras la expiración de ese quinquenio, los intereses del préstamo se basarán en el tipo de las obligaciones del Commonwealth de Australia con un plazo de reembolso de 10 años, más 2 puntos porcentuales. El préstamo está garantizado por un segundo derecho de retención sobre los activos y los compromisos de ALH.

9.74 En el contrato de préstamo no hay nada que vincule expresamente el préstamo a la producción o a las ventas de Howe; por consiguiente, ni en los términos del contrato ni en la forma en que se organizó el pago del préstamo ni en las disposiciones sobre el reembolso hay nada que vincule directamente el préstamo a los resultados en materia de exportación o tan siquiera a los resultados en la esfera de las ventas. Australia argumenta que, conforme al contrato de préstamo, el nivel de la producción y de las ventas es indiferente siempre que la compañía pague al Gobierno cualquier cantidad que le deba.²¹⁶ Los Estados Unidos responden que "la viabilidad del préstamo está supeditada necesariamente a los ingresos de exportación de Howe"²¹⁷, dado que el Gobierno australiano ha reconocido que la asistencia financiera prevista en los contratos de préstamo y de donación representa la cantidad mínima necesaria para asegurar la viabilidad de Howe, y que Howe no tiene más posibilidad que exportar para mantener sus niveles de producción y de venta a fin de continuar operando y poder reembolsar el préstamo. Los Estados Unidos afirman que, "si Howe no exporta, no se reembolsará al Gobierno australiano".²¹⁸

9.75 Aunque tal vez sea cierto que parte del dinero que se utilice para reembolsar el préstamo procederá probablemente de las ventas de exportación, estamos de acuerdo con Australia en que, en último término, es a Howe y a ALH a quienes incumbe decidir cuál será la procedencia de los fondos que se utilizarán para reembolsar el préstamo. La procedencia de los fondos no serán necesariamente las ventas de la exportación, y en los hechos que se han sometido a nuestra consideración no hay nada que nos lleve a pensar que en el momento en que se concertó el préstamo se pensaba que las ventas de exportación permitirían obtener los fondos necesarios para reembolsar el préstamo. A nuestro juicio, el mero hecho de que una de las fuentes posibles de los fondos necesarios para reembolsar el préstamo sean los ingresos potenciales de exportación no basta para llegar a la conclusión de que el préstamo estaba supeditado *de facto* a las exportaciones previstas o a los ingresos de exportación previstos. A este respecto, señalamos que Howe es filial de ALH y que ALH tiene otras actividades y produce otros productos de los que se podrían obtener los fondos necesarios para reembolsar el préstamo. Por otra parte, reconocemos que hay otros hechos que son de importancia para nuestro examen de la

²¹⁶ Primera comunicación de Australia, párrafo 133; *supra*, párrafo 7.253.

²¹⁷ Segunda comunicación de los Estados Unidos, párrafo 41; *supra*, párrafo 7.258.

²¹⁸ *Ibid.*

naturaleza del contrato de préstamo. Entre ellos figuran la importancia de las exportaciones dentro de las actividades de Howe y el hecho de que el préstamo formaba parte del conjunto de medidas de asistencia adoptadas en relación con Howe, medidas que Australia reconoció que probablemente no se habrían tomado si no se hubiera privado a Howe de la posibilidad de acogerse al Programa de Créditos a la Importación y al Plan de Facilitación de las Exportaciones. Ahora bien, el préstamo está garantizado por un derecho de retención sobre los activos y los compromisos de ALH, que es responsable del reembolso del préstamo, y no meramente sobre los activos y los compromisos de Howe. Por otra parte, en los términos del propio contrato de préstamo no hay nada que haga pensar que existe un vínculo específico con las exportaciones o los ingresos de exportación reales o previstos, como ocurre en los términos del contrato de donación. Estos factores nos convencen de que no existe una vinculación suficientemente estrecha entre, por una parte, el préstamo y, por otra, las exportaciones o los ingresos de exportación previstos.

9.76 En consecuencia, llegamos a la conclusión de que el contrato de préstamo no está "supeditad[o] [...] *de facto* [...] a los resultados de exportación" en el sentido del apartado a) del párrafo 1 del artículo 3 del Acuerdo SMC.

X. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIÓN

10.1 En conclusión, constatamos lo siguiente:

- a) el préstamo concedido por el Gobierno australiano a Howe/ALH no constituye una subvención que esté supeditada a los resultados de exportación en el sentido del apartado a) del párrafo 1 del artículo 3 del Acuerdo SMC;
- b) los pagos hechos con arreglo al contrato de donación constituyen subvenciones en el sentido del artículo 1 del Acuerdo SMC que están supeditadas a los resultados de exportación en el sentido del apartado a) del párrafo 1 del artículo 3 de ese Acuerdo.

10.2 De conformidad con el párrafo 8 del artículo 3 del ESD, la constatación formulada en el apartado b) del párrafo 10.1 *supra* también constituye una presunción de anulación o menoscabo de ventajas resultantes del Acuerdo SMC para los Estados Unidos, presunción que Australia no ha refutado.

10.3 En consecuencia, con arreglo al párrafo 7 del artículo 4 del Acuerdo SMC, recomendamos que Australia retire sin demora las subvenciones indicadas en el apartado b) del párrafo 10.1 *supra*.

10.4 El párrafo 7 del artículo 4 dispone también que "el grupo especial especificará en su recomendación el plazo dentro del cual debe retirarse la medida [que se haya constatado que es una subvención prohibida]". Este es uno de los primeros asuntos relativos a subvenciones a la exportación que se han sometido a la OMC, por lo que no se tiene ninguna experiencia ni existe ninguna práctica anterior en cuanto a los factores que se deben considerar para determinar el plazo dentro del cual debe retirarse la medida. Cabe suponer que se pueden tener en cuenta la naturaleza de las medidas y las cuestiones referentes a la aplicación.

10.5 Australia ha argumentado que, como el plazo "normal" para la aplicación de las decisiones de grupos especiales con arreglo al ESD es de 15 meses, y como en las diferencias concernientes a subvenciones a la exportación los plazos se reducen a la mitad de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 12 del artículo 4, sería procedente fijar un plazo de siete meses y medio.

10.6 Incluso suponiendo que Australia tenga razón al considerar que un período de 15 meses es el plazo "normal" para la aplicación de las decisiones de grupos especiales, cuestión que nosotros no abordamos, no estamos de acuerdo en que en las diferencias concernientes a subvenciones a la exportación proceda adoptar un período igual a la mitad de ese plazo. En primer lugar, el párrafo 12 del artículo 4 dispone expresamente que "salvo cuando se trate de plazos establecidos especialmente en el presente artículo", los demás plazos aplicables en virtud del ESD se reducirán a la mitad en las diferencias concernientes a subvenciones a la exportación. A nuestro juicio, el párrafo 7 del artículo 4, que dispone que la subvención se retirará "sin demora" y que el grupo especial especificará en su recomendación el plazo dentro del cual debe retirarse la medida, hace que el plazo para esa retirada sea uno de los "plazos establecidos especialmente en el presente artículo", es decir, en el artículo 4 del propio Acuerdo SMC. Además, no creemos, como cuestión de hecho, que se pueda afirmar razonablemente que un plazo de siete meses y medio responde a la prescripción de que la medida se retire "sin demora".

10.7 Habida cuenta de la naturaleza de las medidas, consideramos que un plazo de 90 días sería apropiado para retirar las medidas. En consecuencia, recomendamos que las medidas se retiren dentro de un plazo de 90 días.
