

**ESTADOS UNIDOS - MEDIDAS QUE TRATAN
COMO SUBVENCIONES LAS LIMITACIONES
DE LAS EXPORTACIONES**

Informe del Grupo Especial

El informe del Grupo Especial sobre *Estados Unidos - Medidas que tratan como subvenciones las limitaciones de las exportaciones* se distribuirá a todos los Miembros, de conformidad con el Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD). El informe se está distribuyendo como documento no reservado a partir del 29 de junio de 2001 en aplicación de 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, solamente las partes en la diferencia podrán recurrir en apelación contra el informe de un grupo especial. La apelación tendrá únicamente por objeto las cuestiones de derecho tratadas en el informe del grupo especial y las interpretaciones jurídicas formuladas por éste. No habrá comunicaciones *ex parte* con el grupo especial o el Órgano de Apelación en relación con asuntos sometidos a la consideración del grupo especial o del Órgano de Apelación.

Nota de la Secretaría: El presente informe del Grupo Especial será aprobado por el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) en un plazo de 60 días a partir de 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 aprobar el informe. Si se recurre ante el Órgano de Apelación contra él, el informe del Grupo Especial no será tomado en consideración para su aprobación por el OSD hasta que quede completada la apelación. En la Secretaría de la OMC se dispone de información sobre la situación actual del informe del Grupo Especial.

ÍNDICE

	<u>Página</u>
I. INTRODUCCIÓN	1
A. RECLAMACIÓN DEL CANADÁ	1
B. ESTABLECIMIENTO Y COMPOSICIÓN DEL GRUPO ESPECIAL	1
C. PROCEDIMIENTO DEL GRUPO ESPECIAL	2
II. ASPECTOS FÁCTICOS.....	2
A. ARTÍCULO 771(5) DE LA LEY DE ARANCELES DE 1930 EN LA FORMA MODIFICADA POR LA LEY SOBRE LOS ACUERDOS DE LA RONDA URUGUAY	2
B. LA DECLARACIÓN DE ACCIÓN ADMINISTRATIVA	2
C. EL "PREÁMBULO" DEL REGLAMENTO SOBRE LOS DERECHOS COMPENSATORIOS DE LOS ESTADOS UNIDOS	4
D. LA "PRÁCTICA" DEL DEPARTAMENTO DE COMERCIO DE LOS ESTADOS UNIDOS.....	5
III. SOLICITUDES DE LAS PARTES CON RESPECTO A LAS CONCLUSIONES Y LAS RECOMENDACIONES.....	6
A. CANADÁ.....	6
B. ESTADOS UNIDOS	7
IV. SOLICITUD DE LOS ESTADOS UNIDOS DE RESOLUCIONES PRELIMINARES.....	7
A. SOLICITUD DE LOS ESTADOS UNIDOS.....	7
1. Introducción	8
2. Antecedentes fácticos.....	9
3. Argumentos jurídicos	9
a) Dando por supuesto a los efectos de la argumentación que la interpretación del Canadá del artículo 1 del Acuerdo SMC es correcta, el artículo 771(5) no viola las obligaciones estadounidenses dimanantes de la OMC porque no impone la obligación de que el Departamento de Comercio trate las limitaciones de las exportaciones como subvenciones	9
b) Las reclamaciones del Canadá relativas a la "práctica estadounidense" de conformidad con el artículo 771(5) deben desestimarse	11
c) El Grupo Especial debe desestimar las reclamaciones del Canadá relativas a la DAA y al Preámbulo debido a que ninguno de esos documentos se identificó como una medida en la solicitud de establecimiento de un grupo especial del Canadá y a que ninguno de esos documentos constituye una "medida" en el sentido del párrafo 2 del artículo 6 del ESD.....	14
B. RESPUESTA DEL CANADÁ	15

1.	El asunto planteado por la solicitud de establecimiento de un grupo especial del Canadá está sometido de manera adecuada a este grupo especial.....	15
2.	La distinción imperativo/discrecional no es una "cuestión de procedimiento" que corresponde a la jurisdicción del presente Grupo Especial.....	19
3.	La suficiencia de las consultas sobre la práctica estadounidense	22
4.	La suficiencia de la solicitud de establecimiento de un grupo especial del Canadá.....	23
5.	Conclusión	24
V.	PRINCIPALES ARGUMENTOS DE LAS PARTES	24
A.	PRIMERA COMUNICACIÓN ESCRITA DEL CANADÁ	24
1.	Introducción	24
2.	La legislación de los Estados Unidos en materia de derechos compensatorios antes y después de la OMC y las medidas estadounidenses.....	26
3.	Argumento jurídico	28
a)	Para que una práctica constituya una subvención susceptible de medidas compensatorias, es necesario que se ajuste a la definición de "contribución financiera".....	28
b)	El trato de las limitaciones de la exportación como "subvención indirecta" es incompatible con los términos expresos del Acuerdo SMC	29
c)	Las medidas estadounidenses entrañan además una infracción de la obligación de los Estados Unidos de poner su legislación en conformidad con los Acuerdos de la OMC.....	32
B.	PRIMERA COMUNICACIÓN ESCRITA DE LOS ESTADOS UNIDOS.....	32
1.	Introducción	32
2.	Argumento jurídico	33
a)	La carga de la prueba incumbe al Canadá	33
b)	El Acuerdo SMC no impide tratar como subvención a una limitación de las exportaciones.....	33
i)	<i>Económicamente, se reconoce que las limitaciones de la exportación son subvenciones</i>	<i>33</i>
ii)	<i>Descartar la posibilidad de que las limitaciones de la exportación constituyan subvenciones sería incompatible con el objeto y fin del Acuerdo SMC</i>	<i>33</i>
iii)	<i>Del texto y el contexto del párrafo 1 del artículo 1 se desprende que una limitación de las exportaciones puede constituir una subvención indirecta en el sentido del inciso iv)</i>	<i>34</i>
iv)	<i>No hay en la historia de la negociación del Acuerdo SMC nada que excluya la posibilidad de que una limitación de las exportaciones constituya una subvención.....</i>	<i>40</i>

	<u>Página</u>
3. Conclusión	42
C. PRIMERA EXPOSICIÓN ORAL DEL CANADÁ	43
1. Solicitud de resoluciones preliminares de los Estados Unidos.....	43
2. Definición de "subvención" del Acuerdo SMC.....	43
3. Los argumentos de los Estados Unidos respecto a los "aspectos económicos" de las limitaciones de las exportaciones están fuera de lugar	46
D. PRIMERA DECLARACIÓN ORAL DE LOS ESTADOS UNIDOS.....	47
E. SEGUNDA COMUNICACIÓN ESCRITA DEL CANADÁ.....	53
1. Introducción	53
2. La función de defensa de la distinción entre imperativo y discrecional en la jurisprudencia de la OMC	53
a) La jurisprudencia del GATT/OMC	54
b) Las medidas estadounidenses en examen	55
3. La afirmación de los Estados Unidos de que el Preámbulo no surte efectos jurídicos da una idea equivocada del derecho administrativo estadounidense y de la función que desempeña el Preámbulo del Departamento de Comercio	57
4. La "práctica" es una medida, y encaja en el concepto de "imperativo" de la OMC	59
5. Comentarios sobre las comunicaciones estadounidenses relativas al Acuerdo SMC, que figuran en la declaración oral de los Estados Unidos.....	61
F. SEGUNDA COMUNICACIÓN ESCRITA DE LOS ESTADOS UNIDOS	62
1. Introducción	62
2. La doctrina de la distinción entre imperativo y discrecional.....	63
a) Artículo 771(5)	63
b) La DAA	63
c) El Preámbulo	63
d) La "práctica" de los Estados Unidos.....	64
e) Las medidas consideradas en conjunto.....	65
3. Ninguna de las medidas citadas por el Canadá violan las disposiciones de los Acuerdos de la OMC que el Canadá ha invocado.....	65
4. El Canadá ha fracasado en su intento de demostrar que una limitación de las exportaciones no puede constituir nunca una subvención, en ninguna circunstancia	66

	<u>Página</u>
a) "Encomienda u ordena"	66
i) "Instrucción autorizada"	67
ii) "Otras opciones"	68
iii) La "pendiente resbaladiza"	69
b) "Entidad privada"	70
c) Llevar a cabo una o varias de las funciones descritas en los incisos i) a iii) que normalmente incumbirían al gobierno y que no difieran, en ningún sentido real, de las prácticas normalmente seguidas por los gobiernos	70
d) Objeto y fin	71
5. Conclusión	72
G. SEGUNDA DECLARACIÓN ORAL DEL CANADÁ	72
1. Introducción, y los persistentes esfuerzos de los Estados Unidos por definir "subvención" como "beneficio compensable"	72
2. Las medidas en cuestión exigen que los Estados Unidos den a las limitaciones a la exportación el trato de "contribuciones financieras"	73
3. Las limitaciones a la exportación no están comprendidas en las disposiciones del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del Acuerdo SMC, porque no se "encomienda" ni se "ordena" a una entidad privada que proporcione bienes	76
H. SEGUNDA DECLARACIÓN ORAL DE LOS ESTADOS UNIDOS	77
VI. ARGUMENTOS DE LOS TERCEROS	83
VII. REEXAMEN INTERMEDIO	83
VIII. CONSTATAIONES	84
A. SOLICITUD DE RESOLUCIONES PRELIMINARES	84
B. RECLAMACIÓN AL AMPARO DEL ARTÍCULO 1 DEL ACUERDO SMC: SI EL TRATO DE LAS LIMITACIONES A LA EXPORTACIÓN COMO CONTRIBUCIONES FINANCIERAS ES INCOMPATIBLE CON EL ACUERDO SMC, Y SI LA LEGISLACIÓN ESTADOUNIDENSE EXIGE DICHO TRATO	85
1. Tipo de legislación que puede considerarse, como tal, incompatible con las obligaciones derivadas de la OMC	85
2. Orden en el que se examinarán las cuestiones	87
3. Si el trato de las limitaciones a la exportación como contribuciones financieras es incompatible con el Acuerdo SMC	88
a) Alcance de las resoluciones	88

	<u>Página</u>
b) Normas de interpretación de los tratados.....	89
c) Definición de "contribución financiera" del Acuerdo SMC	90
d) Texto y contexto de los elementos de la definición de "contribución financiera" del Acuerdo SMC.	92
i) <i>Un gobierno "encomienda u ordena"</i>	93
ii) <i>"Entidad privada"</i>	100
iii) <i>"Encomiende a una entidad privada una o varias de las funciones descritas en los incisos i) a iii) supra ... o le ordene que las lleve a cabo"</i>	101
iv) <i>"Que normalmente incumbirían al gobierno" y "la práctica no difiera, en ningún sentido real, de las prácticas normalmente seguidas por los gobiernos"</i>	102
e) Objeto y fin	104
f) Antecedentes de la negociación	105
i) <i>Antecedentes de la negociación relativa a la inclusión del requisito de la "contribución financiera"</i>	105
ii) <i>Antecedentes de la negociación relativa a la definición de "contribución financiera"</i>	108
iii) <i>Resumen</i>	109
g) Conclusión	110
4. Si la legislación estadounidense prescribe el trato de las limitaciones a la exportación como contribuciones financieras	111
a) Aplicación de la distinción entre normas imperativas y normas discrecionales	111
b) Las medidas	111
c) Las medidas consideradas "por separado" y "en conjunto"	112
i) <i>La Ley</i>	113
ii) <i>La Declaración de Acción Administrativa</i>	115
iii) <i>El Preámbulo a la reglamentación estadounidense de los derechos compensatorios</i>	120
iv) <i>La "práctica" de los Estados Unidos</i>	124
v) <i>Resumen</i>	126
d) Conclusión	127
C. RECLAMACIONES AL AMPARO DE OTRAS DISPOSICIONES	127
IX. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	127

LISTA DE ANEXOS

ANEXO A Respuestas de las partes a las preguntas escritas

	Contenido	Página
Anexo A-1	Resumen de las respuestas del Canadá a las preguntas del Grupo Especial en la primera reunión sustantiva	A-2
Anexo A-2	Resumen de las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas del Grupo Especial en la primera reunión sustantiva	A-20
Anexo A-3	Resumen de las respuestas del Canadá a las preguntas del Grupo Especial en la segunda reunión sustantiva	A-48
Anexo A-4	Resumen de las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas del Grupo Especial en la segunda reunión sustantiva	A-65
Anexo A-5	Carta de los Estados Unidos, con comentarios sobre las respuestas del Canadá a las preguntas formuladas en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial	A-82
Anexo A-6	Carta dirigida al Grupo especial por el Canadá, con sus comentarios a la carta de los Estados Unidos de 7 de marzo de 2001	A-86

ANEXO B Comunicaciones de terceros

	Contenido	Página
Anexo B-1	Resumen de la comunicación escrita de las CE en calidad de terceros	B-2
Anexo B-2	Presentación oral de las Comunidades Europeas en calidad de terceros	B-7
Anexo B-3	Respuestas de las Comunidades Europeas, en calidad de terceros, a las preguntas del Grupo Especial	B-15
Anexo B-4	Presentación oral de la India, en calidad de tercero	B-21

I. INTRODUCCIÓN

A. RECLAMACIÓN DEL CANADÁ

1.1 El 19 de mayo de 2000 el Canadá solicitó la celebración de consultas con los Estados Unidos de conformidad con el artículo 4 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD), el artículo XXII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 y el artículo 30 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (Acuerdo SMC) con respecto a las medidas de los Estados Unidos que tratan una limitación de las exportaciones de un producto como una subvención a otros productos que se han fabricado utilizando o incorporando el producto sujeto a la limitación, si el precio del mercado interno de este último se ve afectado por la limitación.¹

1.2 El 15 de junio de 2000 el Canadá y los Estados Unidos celebraron las consultas solicitadas con el fin de llegar a una solución mutuamente satisfactoria del asunto, pero las consultas no consiguieron solucionar la diferencia.

1.3 El 24 de julio de 2000 el Canadá solicitó el establecimiento de un grupo especial para examinar la cuestión.²

B. ESTABLECIMIENTO Y COMPOSICIÓN DEL GRUPO ESPECIAL

1.4 En su reunión, celebrada el 11 de septiembre de 2000, el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) estableció un Grupo Especial de conformidad con la solicitud formulada por el Canadá en el documento WT/DS194/2.³

1.5 En esa reunión las partes en la diferencia convinieron también en que el Grupo Especial tuviera el mandato uniforme siguiente:

"Examinar, a la luz de las disposiciones pertinentes de los acuerdos abarcados invocados por el Canadá en el documento WT/DS194/2, el asunto sometido al OSD por el Canadá en ese documento y formular conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en dichos acuerdos."

1.6 El 23 de octubre de 2000 las partes se pusieron de acuerdo en la siguiente composición del Grupo Especial:

1.7 Presidente: Sr. Michael Cartland

Miembros: Sr. Scott Gallacher
Sr. Richard Plender

1.8 Australia, las Comunidades Europeas y la India se han reservado sus derechos de participar en calidad de terceros en el procedimiento del Grupo Especial.⁴

¹ WT/DS194/1.

² WT/DS194/2.

³ Véase WT/DSB/M/88 en el párrafo 12.

⁴ WT/DS194/3.

C. PROCEDIMIENTO DEL GRUPO ESPECIAL

1.9 El Grupo Especial se reunió con las partes el 18 de enero de 2001 y el 21 de febrero de 2001. El Grupo Especial se reunió con los terceros el 18 de enero de 2001.

1.10 El 27 de abril de 2001 el Grupo Especial presentó su informe provisional a las partes. Véase la sección VII, *infra*.

II. ASPECTOS FÁCTICOS

2.1 La presente diferencia se refiere al tratamiento de las limitaciones de las exportaciones con arreglo a la Ley sobre derechos compensatorios de los Estados Unidos. En su solicitud de establecimiento de un grupo especial, el Canadá alega que las medidas en litigio incluyen el artículo 771(5) de la *Ley de Aranceles de 1930* (19 U.S.C. § 1677 (5)), en la forma modificada por la *Ley sobre los Acuerdos de la Ronda Uruguay (URAA)*, interpretada por la Declaración de Acción Administrativa (DAA) que acompaña a la *URAA* (H.R. 5110, H.R. documento 316, volumen 1, 103^{er} Congreso, 2^a ses., 656, en 925-926 (1994)) y la Explicación del Reglamento Definitivo (el Preámbulo), Departamento de Comercio de los Estados Unidos, derechos compensatorios, Reglamento Definitivo (63 *Federal Register* 65.348 en 65.349-51 (25 de noviembre de 1998)) y la práctica correspondiente de los Estados Unidos.

A. ARTÍCULO 771(5) DE LA LEY DE ARANCELES DE 1930 EN LA FORMA MODIFICADA POR LA LEY SOBRE LOS ACUERDOS DE LA RONDA URUGUAY

2.2 El artículo 251 de la *URAA* modifica el artículo 771(5) de la *Ley de Aranceles de 1930* con el fin de aplicar la definición de "subvención" que figura en el párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (Acuerdo SMC). No existe desacuerdo entre las partes en que la definición de "subvención" que figura en el artículo 771(5) en la forma modificada reproduce en lo esencial la definición del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC. Las partes convienen asimismo en que el artículo 771(5) no aborda concretamente las limitaciones de las exportaciones.

B. LA DECLARACIÓN DE ACCIÓN ADMINISTRATIVA

2.3 Cuando la *Ley sobre los Acuerdos de la Ronda Uruguay (URAA)* se sometió al Congreso estadounidense para ser aprobada, iba acompañada de la Declaración de Acción Administrativa (DAA). El Congreso aprobó la DAA al mismo tiempo que la *URAA*. Según la *URAA*, la Declaración constituye "una manifestación autorizada de los Estados Unidos con respecto a la interpretación y aplicación de los Acuerdos de la Ronda Uruguay y [la *URAA*] en cualquier procedimiento judicial en que se plantee una cuestión con respecto a esa interpretación o aplicación".⁵

2.4 La Declaración de Acción Administrativa (DAA) según sus propias palabras:

"representa una manifestación autorizada de la Administración con respecto a la interpretación y aplicación de los Acuerdos de la Ronda Uruguay, a los efectos de las obligaciones internacionales de los Estados Unidos y del derecho interno. El Congreso confía en que las futuras Administraciones respetarán y aplicarán las interpretaciones y compromisos establecidos en esta Declaración".⁶

⁵ Canadá - Prueba documental 7 (19 U.S.C. § 3512 d) (1994)).

⁶ Canadá - Prueba documental 2 (DAA en 656).

2.5 La parte de la Declaración que el Canadá impugna como pertinente para el trato de las limitaciones de las exportaciones con arreglo a la ley es su examen del artículo 771(5)(B)(iii). Este artículo aborda la situación en que un gobierno "encomienda u ordena a una entidad privada que aporte una contribución financiera". En este contexto, la Declaración indica, entre otras cosas, lo siguiente:

"Uno de los elementos de la definición de una subvención con arreglo al Acuerdo sobre Subvenciones es la aportación por un gobierno o cualquier órgano público de una 'contribución financiera' tal como se define en el Acuerdo, con inclusión del suministro de bienes o servicios. Además, el Acuerdo sobre Subvenciones prescribe específicamente que la expresión 'contribución financiera' abarca situaciones en las que el gobierno encomienda u ordena a una entidad privada que proporcione una subvención. (En opinión de las Administraciones la expresión 'entidad privada' no se circunscribe necesariamente a una única entidad, sino que puede incluir un grupo de entidades o personas.) Además, el artículo VI del GATT de 1994 sigue refiriéndose a las subvenciones concedidas 'directa o indirectamente' por un gobierno. En consecuencia, la Administración tiene la intención de que las palabras 'encomienda u ordena' se interpreten en sentido amplio. La Administración proyecta proseguir su política de no autorizar que la concesión indirecta de una subvención se transforme en una escapatoria cuando importaciones objeto de comercio desleal entren en los Estados Unidos y causen un daño a una rama de producción estadounidense.

En el pasado el Departamento de Comercio ha aplicado medidas compensatorias a una gran diversidad de programas con los que el Gobierno ha proporcionado un beneficio por conducto de entidades privadas. (Véanse, por ejemplo, Ciertos productos de maderas blandas para construcción procedentes del Canadá, Cuero de la Argentina, Carne de cordero de Nueva Zelandia, Artículos tubulares para campos petrolíferos de Corea, Varillas para trefilar de acero al carbono de España y Ciertos productos de acero procedentes de Corea.) La manera concreta de actuar del Gobierno por intermedio de entidades privadas para proporcionar beneficios varía ampliamente en los asuntos mencionados. El Departamento de Comercio ha descubierto que existía una subvención compensatoria cuando el Gobierno adoptaba o imponía (por medio de una ley, un reglamento o un acto administrativo) una medida oficial y exigible que producía directamente un beneficio perceptible que se concebía a la rama de producción objeto de investigación.

En los asuntos en que el Gobierno actúa por intermedio de una entidad privada, como en Ciertos productos de maderas blandas para construcción procedentes del Canadá y Cuero de la Argentina (que entrañaban limitaciones de las exportaciones que producían directamente una reducción detectable de los costos de los insumos), la Administración tiene la intención de que la legislación se siga administrando sobre una base caso por caso compatible con el párrafo precedente. La Administración opina que el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del Acuerdo sobre Subvenciones y el artículo 771(5)(B)(iii) abarcan prácticas de subvenciones indirectas análogas a las que el Departamento de Comercio ha compensado en el pasado y que esos tipos de subvenciones indirectas seguirán siendo objeto de compensación, a condición de que el Departamento de Comercio esté convencido de que se ha cumplido la norma del mencionado artículo 771(5)(B)(iii)."⁷

⁷ Canadá - Prueba documental 2 (DAA en 926).

2.6 El Canadá sostiene -pero los Estados Unidos no están de acuerdo- que la DAA exige que el Departamento de Comercio de los Estados Unidos (el Departamento) trate a las limitaciones de las exportaciones como contribuciones financieras.

C EL "PREÁMBULO" DEL REGLAMENTO SOBRE LOS DERECHOS COMPENSATORIOS DE LOS ESTADOS UNIDOS

2.7 En 1998 el Departamento emitió un reglamento para aplicar las modificaciones de la URAA a la Ley sobre derechos compensatorios de los Estados Unidos.⁸ El Reglamento iba acompañado de una "explicación del Reglamento Definitivo", conocida también como el "Preámbulo". En parte, el Preámbulo contiene las respuestas del Departamento de Comercio a las observaciones presentadas sobre el reglamento propuesto durante el proceso de observaciones públicas. Las partes acordaron que no existía ningún reglamento concreto que abordara las limitaciones de las exportaciones. Acordaron también que las partes del Preámbulo que son pertinentes para la cuestión de las limitaciones de las exportaciones figuran en las explicaciones de las secciones 351.102 y 351.501 del Reglamento.

2.8 El Preámbulo, con respecto a la sección 351.102 estipula, entre otras cosas, lo siguiente:

"Como lo indican los amplios comentarios sobre esta cuestión, la frase 'encomienda u ordena' puede abarcar un amplio conjunto de significados. Por esa razón, no creemos que sea conveniente elaborar una definición precisa de la frase a los efectos del presente reglamento. Creemos más bien que deberíamos seguir la orientación indicada en la DAA de examinar las subvenciones indirectas caso por caso. Sin embargo, impondremos la aplicación de esta disposición enérgicamente.

Estamos de acuerdo con los comentaristas que exhortaron al Departamento a confirmar que la norma vigente no es más estricta que la norma estadounidense anterior para descubrir una subvención indirecta tal como se describía en *Ciertos productos de acero procedentes de Corea ... y Ciertos productos de maderas blandas para construcción procedentes del Canadá ...* Por otro lado, creemos que la frase 'encomienda u ordena' entraña muchos elementos de las definiciones propuestas por los comentaristas. Con respecto a la sugerencia de que incluyamos una Lista ilustrativa de situaciones que entraría en el ámbito de la norma 'encomienda u ordena', no lo creemos necesario. La DAA en 926 enumera varios casos en los que el Departamento ha detectado subvenciones indirectas en el pasado y esos casos sirven para dar ejemplos de situaciones en las que creemos que la ley permitiría al Departamento llegar al mismo resultado. Análogamente, en lo que concierne a la solicitud de que definamos la expresión 'entidad privada' para incluir a grupos de entidades o personas, la DAA es clara en el sentido de que los grupos están incluidos (véase DAA en 926). En consecuencia, no hemos promulgado un reglamento con esta definición.⁹

2.9 Con relación a la sección 351.501 el Preámbulo prescribe, entre otras cosas, lo siguiente:

"En lo que concierne a la cuestión de saber si pueden surgir subvenciones indirectas mediante el suministro de bienes y servicios, creemos que la Ley da una respuesta

⁸ Canadá - Prueba documental 3 (19 CFR Parte 351, Derechos compensatorios, Reglamento Definitivo, 63 *Federal Register* 65.348-65.418).

⁹ *Id.*, en 65.349-65.350.

clara a este respecto. El artículo 771(5)(D)(iii) prescribe que las contribuciones financieras incluyen el suministro de bienes o servicios. En consecuencia, si se encarga u ordena a una entidad privada que proporcione un bien o servicio a los productores de la mercancía objeto de la investigación, existe una contribución financiera. En cuanto a las limitaciones de las exportaciones, si bien se pueden imponer a la capacidad limitada de las partes a exportar, en determinadas circunstancias pueden también inducir a las partes a proporcionar el producto limitado a compradores internos por una remuneración inferior a la adecuada. El Departamento de Comercio así lo reconoció en *Ciertos productos de maderas blandas para construcción procedentes del Canadá ... ('Maderas blandas para construcción')* y *Cuero procedente de la Argentina ... ('Cuero')*. Además, como lo indica la DAA (en la página 926) y como lo confirmamos en este Reglamento Definitivo, si el Departamento tuviera que investigar situaciones y hechos similares a los que se examinaron en *Maderas blandas para construcción* y *Cuero* en el futuro, la nueva ley permitiría al Departamento llegar al mismo resultado."¹⁰

2.10 El Canadá sostiene -pero los Estados Unidos no están de acuerdo- que el Preámbulo exige que el Departamento trate las limitaciones de las exportaciones como contribuciones financieras.

D. LA "PRÁCTICA" DEL DEPARTAMENTO DE COMERCIO DE LOS ESTADOS UNIDOS

2.11 Según el Canadá, desde el punto de vista jurídico, la "práctica" estadounidense con arreglo a la ley, la DAA y el Preámbulo considera que las limitaciones de las exportaciones cumplen la norma del artículo 771(5)(B)(iii) de la ley. El Canadá cita tres asuntos posteriores a la OMC (*Ganado en pie procedente del Canadá ("Ganado")*, *Hojas y tiras de acero inoxidable procedentes de la República de Corea ("Hojas y tiras de acero inoxidable")* y *Chapas de acero inoxidable procedentes de la República de Corea ("Chapas de acero inoxidable")*) en apoyo de este argumento. El Canadá alega además que la "práctica" no es una determinación individual en un caso relativo a un derecho compensatorio (aunque una determinación normalmente reflejará la "práctica"), sino más bien un compromiso institucional de seguir las interpretaciones y metodologías declaradas que se reflejan en determinaciones acumulativas. En ese sentido, el Canadá alega que la "práctica" está relacionada con un precedente, en el sentido de que a menudo se elaborará una interpretación o metodología en un único caso o un grupo de casos, que se transforma en la "práctica" seguida en los casos posteriores. El Canadá sostiene que, desde el punto de vista del derecho estadounidense, el Departamento está obligado por los precedentes salvo que se dé una explicación razonada que justifique que no se sigan.

2.12 Los Estados Unidos no están de acuerdo en que exista ninguna "práctica" estadounidense posterior a la OMC con respecto al trato de las limitaciones de las exportaciones en las investigaciones sobre derechos compensatorios. Los Estados Unidos afirman, y el Canadá no lo impugna, que no ha existido ningún caso posterior a la OMC en el que el Departamento haya descubierto que una limitación a las exportaciones era una subvención. Los Estados Unidos alegan que, desde el punto de vista del derecho estadounidense, los precedentes no vinculan al Departamento de Comercio. En lo que concierne al argumento del Canadá de que la "práctica" es un compromiso institucional de aplicar interpretaciones y metodologías declaradas, los Estados Unidos niegan que exista ese supuesto compromiso y afirman además que, incluso si existiera, no sería vinculante para el Departamento en lo que respecta al derecho estadounidense.

2.13 Por consiguiente, las partes no están de acuerdo en la existencia y la significación jurídica de lo que el Canadá denomina "práctica" estadounidense.

¹⁰ *Id.*, en 65.351.

III. SOLICITUDES DE LAS PARTES CON RESPECTO A LAS CONCLUSIONES Y LAS RECOMENDACIONES

A. CANADÁ

3.1 El Canadá sostiene que las "medidas" estadounidenses consideradas son incompatibles con el Acuerdo SMC y con el Acuerdo sobre la OMC. Según el Canadá estas "medidas" obligan a los Estados Unidos a considerar que una limitación de las exportaciones se atiene a la definición de "contribución financiera" que figura en el párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC si, en opinión de las autoridades investigadoras estadounidenses, la limitación de la exportación produce el efecto de aumentar la oferta de la mercancía limitada. En consecuencia, si el producto de las fases posteriores del proceso productivo que incorpora un insumo limitado está sometido a una investigación estadounidense relativa al derecho compensatorio, según el Canadá los Estados Unidos considerarían que el requisito de la definición de contribución financiera se cumple (y, si la limitación de las exportaciones reduce el precio de la mercancía limitada, que se cumple el requisito del "beneficio" de la definición). El Canadá alega que ese trato de las limitaciones de las exportaciones como contribuciones financieras viola el Acuerdo SMC y, por los mismos motivos, el Canadá sostiene que el derecho estadounidense viola también el Acuerdo sobre la OMC y el Acuerdo SMC.

3.2 Tal como se examina en la sección precedente, las "medidas" estadounidenses que el Canadá impugna porque considera que requieren ese tratamiento de las limitaciones de las exportaciones son:

- i) el artículo 771(5) de la *Ley de Aranceles de 1930*¹¹ ("*Ley de Aranceles*"), en la forma modificada por la *Ley sobre los Acuerdos de la Ronda Uruguay*, que es la disposición de la Ley sobre derechos compensatorios de los Estados Unidos que define la expresión "subvención compensatoria";
- ii) partes de la Declaración de Acción Administrativa¹² que acompaña a la URAA que interpretaban el artículo 771(5) con respecto a las limitaciones de las exportaciones;
- iii) partes del Reglamento del Departamento de Comercio de los Estados Unidos¹³ (en particular su "Preámbulo") que interpretan y aplican el artículo 771(5) y la DAA con respecto a las limitaciones de las exportaciones; y
- iv) la práctica actual del Departamento de tratar una limitación de las exportaciones como una "contribución financiera" en el sentido del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC.

3.3 El Canadá indica que la definición de "subvención" que figura en el párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC exige que haya una "contribución financiera" (o un sostenimiento de los ingresos o de los precios) que otorgue un "beneficio". A juicio del Canadá, las medidas consideradas conjuntamente:

- i) son incompatibles con el párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC y, como exigen la imposición de derechos compensatorios contra las prácticas que no son subvenciones en el sentido del párrafo 1 del artículo 1, son incompatibles con el artículo 10 (así

¹¹ Anexo A a la Primera comunicación escrita del Canadá - Canadá - Prueba documental 1.

¹² Anexo B a la Primera comunicación escrita del Canadá - Canadá - Prueba documental 2.

¹³ Anexo C a la Primera comunicación escrita del Canadá - Canadá - Prueba documental 3.

como con los artículos 11, 17 y 19, ya que están relacionadas con las prescripciones del artículo 10) y con el párrafo 1 del artículo 32 del Acuerdo SMC; y

- ii) por las mismas razones, violan asimismo las obligaciones de los Estados Unidos dimanantes tanto del párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC como del párrafo 5 del artículo 32 del Acuerdo SMC de garantizar la conformidad de sus leyes, reglamentos y procedimientos administrativos con las obligaciones que les imponen los Acuerdos de la OMC.

3.4 En consecuencia, el Canadá solicita que el Grupo Especial formule las siguientes recomendaciones al OSD:

- Que los Estados Unidos ajusten sus "medidas" al Acuerdo SMC y al Acuerdo sobre la OMC, y en particular que dejen de tratar las limitaciones a las exportaciones como "contribuciones financieras".

B. ESTADOS UNIDOS

3.5 Los Estados Unidos solicitan que el Grupo Especial llegue a la conclusión de que:

- i) ninguna de las medidas indicadas por el Canadá (ya sea en su solicitud de establecimiento de un grupo especial o en su primera comunicación escrita) son incompatibles con el párrafo 1 del artículo 1, los artículos 10, 11, 17 y 19, y el párrafo 1 del artículo 32 del Acuerdo SMC; y
- ii) que los Estados Unidos no han dejado de asegurarse de que sus leyes, reglamentos y procedimientos administrativos están en conformidad con las obligaciones que les imponen el párrafo 5 del artículo 32 del Acuerdo SMC y el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC.

IV. SOLICITUD DE LOS ESTADOS UNIDOS DE RESOLUCIONES PRELIMINARES¹⁴

A. SOLICITUD DE LOS ESTADOS UNIDOS

4.1 Los Estados Unidos, en una solicitud de resoluciones preliminares presentada después de la primera comunicación escrita del Canadá y antes de la primera comunicación escrita de los Estados Unidos, piden al Grupo Especial que desestime la reclamación del Canadá adoptando las resoluciones preliminares siguientes:

- a) que como ni el artículo 771(5), ni la DAA, ni el Preámbulo, ni ninguna "práctica" del Departamento de Comercio impone a las autoridades estadounidenses la obligación de tratar las limitaciones de las exportaciones como subvenciones, y esas supuestas medidas, como tales, no violan las obligaciones de los Estados Unidos dimanantes de ninguna de las disposiciones citadas por el Canadá en su solicitud de establecimiento de un grupo especial;
- b) que la "práctica" estadounidense -ya sea en el pasado, en el presente o en el futuro- no constituye una medida que se pueda presentar adecuadamente ante este Grupo Especial;

¹⁴ El Grupo Especial toma nota de que los resúmenes de los argumentos de las partes que figuran en las secciones IV, V y VI se basan en los resúmenes suministrados en las comunicaciones de las partes de conformidad con los procedimientos de trabajo establecidos por el Grupo Especial.

- c) que, como el Canadá no incluía la "práctica" estadounidense con arreglo al artículo 771(5) en su solicitud de consultas, las partes no se consultaron efectivamente sobre la "práctica" de los Estados Unidos, y la solicitud de establecimiento de un grupo especial del Canadá no determina de manera adecuada de qué "práctica" estadounidense se trata, las reclamaciones del Canadá con respecto a la "práctica" estadounidense no se ajustan al párrafo 7 del artículo 4 y al párrafo 2 del artículo 6 del ESD, y no se han presentado de manera adecuada ante el presente ante el presente Grupo Especial; y
- d) que, como la solicitud de establecimiento de un grupo especial del Canadá no considera a la DAA ni al Preámbulo como medidas y dado que, en cualquier caso, ni la DAA ni el Preámbulo son una medida, la inclusión por parte del Canadá de la DAA y el Preámbulo como medidas separadas en su primera comunicación escrita no se conforma al párrafo 2 del artículo 6 del ESD y las reclamaciones del Canadá relativas a la DAA y al Preámbulo no corresponden al mandato del Grupo Especial.

4.2 En apoyo de esta solicitud, los Estados Unidos presentan los siguientes argumentos.

1. Introducción

4.3 En opinión de los Estados Unidos, el Canadá está pidiendo al Grupo Especial que declare en abstracto que nunca, cualesquiera que sean las circunstancias presentes o futuras, puede ser considerada una limitación de las exportaciones como un programa de subvenciones -o una parte de un programa de subvenciones- a los efectos del Acuerdo SMC. Esa decisión iría más allá de los límites de cualquier diferencia existente y, por consiguiente, usurparía la "facultad exclusiva" de la Conferencia Ministerial o del Consejo General para hacer una interpretación autorizada del artículo 1.

4.4 Los Estados Unidos plantean lo que consideran las cuatro cuestiones mínimas diferentes relacionadas con su solicitud de adopción de resoluciones preliminares. En primer lugar, ninguna de las "medidas" que ha indicado el Canadá impone a las autoridades estadounidenses la obligación de tratar las limitaciones de las exportaciones como "subvenciones", como el Canadá alegó en su solicitud de establecimiento de un grupo especial, o como "contribuciones financieras". Por consiguiente, con arreglo a la doctrina imperativa/discrecional, ninguna de esas "medidas" viola las obligaciones de los Estados Unidos dimanantes de la OMC.

4.5 En segundo lugar, simplemente no existe ninguna "práctica" del Departamento de Comercio de tratar las limitaciones de las exportaciones como subvenciones con arreglo al derecho estadounidense vigente. Incluso si esa "práctica" existiera, no se podría considerar como una medida.

4.6 En tercer lugar, como la solicitud de Canadá de establecimiento de un grupo especial no indicaba la DAA ni el Preámbulo como medidas claras sometidas a la diferencia, no corresponden al mandato del Grupo Especial. Además, como ni la DAA ni el Preámbulo producen ningún efecto jurídico independientemente de la ley o del reglamento, ninguno de esos documentos constituye una medida susceptible de resolverse como una diferencia.

4.7 En cuarto lugar, la "práctica" no estaba incluida en la solicitud de consultas del Canadá y los Estados Unidos y el Canadá no se habían consultado de hecho sobre ninguna supuesta "práctica". Por añadidura, por lo menos hasta su primera comunicación escrita, el Canadá no señaló ninguna "práctica" particular acerca de la cual reclamara y la "práctica" que ha indicado ahora no es el tipo de medida que describió inicialmente. En consecuencia, las reclamaciones del Canadá con respecto a la "práctica" no corresponde someterlas al Grupo Especial.

4.8 Los Estados Unidos alegan que la solicitud del Canadá de que este Grupo Especial se pronuncie sobre medidas facultativas y su insistencia en que el Grupo Especial obligue a los Estados Unidos a cumplir una resolución relativa a medidas o "prácticas" *futuras* de los Estados Unidos -medidas que es posible que no se adopten nunca- plantean graves problemas institucionales con respecto a la estructura fundamental de la OMC, y como método judicial adecuado. Si el Grupo Especial tuviera que declarar que las medidas futuras, a suponer que se lleguen a adoptar, violan también las obligaciones estadounidenses dimanantes de la OMC, el Grupo Especial estaría adoptando una interpretación presuntamente vinculante del Acuerdo SMC y superaría los límites de cualquier diferencia existente.

4.9 Para los Estados Unidos los vicios de procedimiento de la solicitud del Canadá de establecimiento de un grupo especial significa que las reclamaciones del Canadá de violaciones de la OMC no deben prosperar, incluso si se partiera del supuesto de que su interpretación del Acuerdo SMC era correcta, lo que obviamente no es. Como mínimo, los defectos de las alegaciones del Canadá indican que el Grupo Especial debe examinar sus reclamaciones con particular cuidado y evitar excederse en sus atribuciones.

2. Antecedentes fácticos

4.10 Los Estados Unidos afirman que con respecto al artículo 771(5), el Canadá no señaló forma alguna en que ese artículo no se conforme a las obligaciones estadounidenses dimanantes de la OMC ni es necesario modificarlo. Además, según los Estados Unidos, la DAA, que es un tipo de historial legislativo, no *exige* que el Departamento de Comercio trate esas medidas como subvenciones compensatorias. La DAA permite al Departamento tratar una limitación de las exportaciones como una subvención cuando está justificado por las prescripciones de la ley (y por el Acuerdo SMC), pero *únicamente* si el Departamento de Comercio decide que al hacerlo así cumpliría los requisitos de la nueva definición de subvención. Con respecto al Preámbulo, los Estados Unidos alegan que los pasajes que el Canadá cita indican que el Departamento simplemente opinaba que el artículo 771(5)(B)(iii) de la *Ley de Aranceles no impide* que el Departamento de Comercio trate las limitaciones de las exportaciones como subvenciones en circunstancias adecuadas. El Departamento nunca declaró que el artículo 771(5)(B)(iii) *impusiera la obligación* de que el Departamento de Comercio tratara las limitaciones de las exportaciones como subvenciones. Además, el Departamento *no* promulgó un reglamento sobre "las subvenciones indirectas" en general, o las limitaciones de las exportaciones en particular, y las declaraciones del Departamento se hicieron en el contexto de la explicación de por qué no se había promulgado un reglamento relativo a las "subvenciones indirectas". En cuanto a la práctica, los Estados Unidos alegan que el asunto de ganado en pie es la única investigación estadounidense sobre un derecho compensatorio desde la aplicación de la URAA incluso para examinar si algo que habría que catalogar como similar a un programa de limitación de las exportaciones constituiría una subvención compensatoria, y el Departamento de Comercio no descubrió ninguna subvención. Según los Estados Unidos, los otros dos casos citados por el Canadá entrañaban un tipo distinto de contribución financiera que cualquier caso de limitación de las exportaciones (préstamos por mercancías) y un tipo diferente de actuación estatal (orientación del crédito por el gobierno frente a las restricciones gubernamentales de las exportaciones).

3. Argumentos jurídicos

- a) Dando por supuesto a los efectos de la argumentación que la interpretación del Canadá del artículo 1 del Acuerdo SMC es correcta, el artículo 771(5) no viola las obligaciones estadounidenses dimanantes de la OMC porque no impone la obligación de que el Departamento de Comercio trate las limitaciones de las exportaciones como subvenciones

4.11 Los Estados Unidos señalan que el Órgano de Apelación ha explicado que "el concepto de legislación imperativa en contraposición a la legislación discrecional ha sido elaborado por varios

grupos especiales del GATT como consideración previa en la determinación de cuándo normas legislativas como tales -y no una aplicación específica de esas normas legislativas- eran incompatibles con las obligaciones de una parte contratante del GATT de 1947".¹⁵ Esa doctrina se ha mantenido con el sistema de la OMC, ya que los grupos especiales y el Órgano de Apelación han continuado aplicando la distinción imperativa/discrecional al examinar si la legislación de un Miembro es incompatible con la OMC. Por ejemplo, en *Canadá - Aeronaves*, el Grupo Especial aplicó la distinción imperativa/discrecional al rechazar varias reclamaciones brasileñas de subvenciones prohibidas de conformidad con el Acuerdo SMC. Análogamente, el Grupo Especial en *Estados Unidos - Artículo 301* aplicó la distinción imperativa/discrecional, declarando que su decisión "no entraña una inversión de la prueba clásica en la jurisprudencia preexistente de que solamente la legislación que imponía una obligación incompatible con la OMC o que excluía a la OMC de manera constante, podía como tal violar las disposiciones de la OMC. De hecho, esta es la prueba auténtica que aplicaremos en nuestro análisis". Los Estados Unidos señalan que muy recientemente, en el asunto de la *Ley de 1916*, el Órgano de Apelación expuso la formulación tradicional de la doctrina imperativa/discrecional. El Órgano de Apelación emprendió un largo debate de la doctrina y de su aplicación correcta llegando finalmente a la conclusión de que el Grupo Especial había aplicado la doctrina correctamente.

4.12 Según los Estados Unidos, el texto del artículo 771(5) impone al Departamento de Comercio la obligación de tratar las limitaciones de las exportaciones como subvenciones *únicamente* si pueden cumplir todas las prescripciones legales, que son de hecho las mismas que las del Acuerdo SMC. Por consiguiente, incluso dando por supuesto (erróneamente), a los fines de la argumentación, que el párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC imposibilite en todo caso que se trate una limitación de las exportaciones como una subvención, nada de lo dispuesto en el artículo 771(5) obliga a que el Departamento de Comercio trate una limitación de las exportaciones como una subvención. Esta conclusión no cambia si se interpreta el artículo 771(5)(B)(iii) a la luz de la DAA. Aunque la Declaración de Acción Administrativa es una manifestación autorizada de los Estados Unidos con respecto a la interpretación de la URAA, las páginas 925 y 926 de la DAA se limitan a declarar que el Departamento de Comercio *puede* imponer derechos compensatorios con respecto a las limitaciones de las exportaciones *únicamente* si esas limitaciones cumplen todos los requisitos para poder aplicar medidas compensatorias de conformidad con la ley y con el Acuerdo SMC.

4.13 Pasando al Preámbulo, los Estados Unidos afirman que nada de lo dispuesto en el Preámbulo impone al Departamento de Comercio la obligación de tratar las limitaciones de las exportaciones como subvenciones. Todo lo más, el Preámbulo expresa la opinión del Departamento de que el artículo 771(5)(B)(iii) "le permitiría" tratar las limitaciones de las exportaciones como subvenciones. Incluso si el Preámbulo declarase que el artículo 771(5)(B)(iii) *exigía* al Departamento de Comercio que tratara las limitaciones de las exportaciones como subvenciones, esa declaración no sería vinculante para el Departamento con arreglo a la legislación estadounidense. Además, el Departamento *no* promulgó ningún reglamento sobre el tema de las subvenciones indirectas en general, ni de las limitaciones de las exportaciones en particular. Por lo tanto, el Preámbulo ni siquiera puede utilizarse como un instrumento interpretativo porque no existe ningún reglamento que interpretar. Como máximo, los Estados Unidos alegan que el Preámbulo no es una declaración no vinculante para el Departamento de Comercio con respecto a sus opiniones de esa época con respecto al alcance del artículo 771(5)(B)(iii).

4.14 Con respecto a las reclamaciones del Canadá relativas a la "práctica" estadounidense, los Estados Unidos sostienen que en ninguna determinación del Departamento de Comercio se había llegado nunca a la conclusión de que cualquier limitación de las exportaciones satisface la norma del

¹⁵ *Estados Unidos - Ley Antidumping de 1916*, WT/DS136/AB/R, WT/DS162/AB/R, informe del Órgano de Apelación aprobado el 26 de septiembre de 2000, párrafo 88 ("*U.S. 1916 Act AB Report*").

artículo 771(5)(B)(iii); pero incluso si alguno lo hiciera, esto no obligaba al Departamento de Comercio a interpretar la ley de esa forma. Es un principio asentado de la legislación administrativa estadounidense que un organismo administrativo, como el Departamento de Comercio, no está obligado a seguir sus propios precedentes, a condición de que explique por qué se aparta de ellos. Por lo tanto, incluso si el Departamento hubiera hecho una determinación de conformidad con el artículo 771(5) en un procedimiento anterior relativo a los derechos compensatorios de que una limitación de las exportaciones constituía una subvención (lo que no es el caso), el Departamento de Comercio no estaría vinculado por esa determinación en un procedimiento futuro relativo a derechos compensatorios que entrañara una limitación de las exportaciones. La consideración fundamental con arreglo al derecho estadounidense es que las determinaciones del Departamento de Comercio sean compatibles con la ley y con el reglamento.

4.15 Además, los Estados Unidos afirman que las comunicaciones escritas presentadas por el Canadá durante el procedimiento normativo del Departamento de Comercio demuestran que el Canadá ha estado de acuerdo con la evaluación anterior. El Canadá ha declarado que el artículo 771(5) de la *Ley de Aranceles* "adopta una definición de 'subvención' que es *esencialmente la misma* que la del Acuerdo [SMC]" y que el Departamento de Comercio "podría y debe, interpretar la URAA de manera compatible con las obligaciones estadounidenses dimanantes del GATT, lo que exige que las medidas reglamentarias queden excluidas de la definición de subvención" (cursivas añadidas). El Canadá ha declarado igualmente que "[estaba] consciente de que el Departamento quizá desea preservar su *flexibilidad y poder discrecional* con respecto a la aplicación de los conceptos de las 'subvenciones indirectas' ... y ha decidido, en consecuencia, no proponer normas reglamentarias para abordar estas cuestiones en el momento presente" (cursivas añadidas).

4.16 En otras palabras, según los Estados Unidos, hasta que decidió iniciar esta diferencia el Canadá opinaba que el artículo 771(5) *no* imponía al Departamento de Comercio la obligación de tratar las limitaciones de las exportaciones como subvenciones. Análogamente, hasta que decidió iniciar esta diferencia, el Canadá tuvo la opinión de que al negarse a promulgar un reglamento sobre el tema, el Departamento de Comercio había conservado "su flexibilidad y poder discrecional" con respecto al tratamiento de las limitaciones de las exportaciones. Los Estados Unidos alegan que ahora el Canadá está pretendiendo de repente que en su procedimiento normativo el Departamento de Comercio se había obligado de algún modo a tratar las limitaciones de las exportaciones como subvenciones. Para los Estados Unidos, no sólo las declaraciones anteriores del Canadá dirigidas al Departamento de Comercio constituyen una admisión contra su interés a los efectos de esta diferencia, sino que la inversión radical de las posiciones del Canadá dice mucho acerca de la fuerza (y los objetivos) de sus argumentos.

- b) Las reclamaciones del Canadá relativas a la "práctica estadounidense" de conformidad con el artículo 771(5) deben desestimarse

4.17 Los Estados Unidos afirman que lo que el Canadá designa como "práctica" no son más que las aplicaciones individuales de la Ley sobre derechos compensatorios de los Estados Unidos. Si bien esas aplicaciones podrían constituir individualmente medidas, no se transforman, por medio de las cifras, en una "medida" separada y distinta que puede denominarse "práctica". El Canadá alegaba más bien que la supuesta "práctica" simplemente consiste en determinaciones concretas en procedimientos específicos relativos a derechos compensatorios (o en algunos casos sólo en "ideas" expresadas en procedimientos específicos relativos a derechos compensatorios) que no corresponden al mandato del Grupo Especial y que el Canadá sostiene que no está impugnando. En opinión de los Estados Unidos, el tipo de "práctica" que el Canadá alegaba no constituye una medida en el sentido del ESD.

4.18 Sin embargo, incluso si la "práctica" podía considerarse como una medida, los Estados Unidos alegan que las reclamaciones del Canadá relativas a la "práctica" estadounidense tampoco

deberían someterse a este Grupo Especial. Como el Canadá no especificaba la "práctica" estadounidense en su solicitud de consultas, los Estados Unidos y el Canadá no se consultaron efectivamente con respecto a la "práctica" estadounidense y la solicitud de establecimiento de un grupo especial del Canadá no determinó de manera adecuada la "práctica" estadounidense, las reclamaciones del Canadá no se ajustan al párrafo 7 del artículo 4 y al párrafo 2 del artículo 6 del ESD y deben rechazarse por ese motivo. Además, en la medida en que la primera comunicación escrita del Canadá especificó por fin los tres tipos de "práctica" acerca de los cuales está reclamando, ninguno de ellos puede violar las obligaciones de los Estados Unidos dimanantes de la OMC: 1) las determinaciones de los derechos compensatorios anteriores a la OMC no pueden violar los Acuerdos sobre la OMC o SMC; 2) no existe ninguna "práctica" estadounidense actual de tratamiento de las limitaciones de las exportaciones como subvenciones que viole los Acuerdos sobre la OMC o SMC; y 3) no es adecuado someter la futura práctica hipotética estadounidense de conformidad con el artículo 771(5) al Grupo Especial porque no es una medida y porque sólo la Conferencia Ministerial y el Consejo General tienen la facultad de emitir interpretaciones autorizadas del Acuerdo SMC.

4.19 Según los Estados Unidos, tampoco sería prudente adoptar resoluciones sobre la práctica futura posible. Como lo señaló anteriormente el Grupo Especial en *Comunidades Europeas - Casetes de audio*, párrafo 365, "no sería apropiado llegar a una constatación sobre una 'práctica' en abstracto cuando se haya determinado que las medidas adoptadas en una investigación particular no eran incompatibles con el Acuerdo y que la 'práctica' no se aplicaba de conformidad con una legislación vinculante". Y lo que es más esencial, la "práctica futura" de un Miembro simplemente no puede considerarse como una "medida" sometida a la solución de diferencias porque es puramente especulativa. Por esa razón, el ESD se aplica únicamente a las medidas "adoptadas" y no a las medidas "que pueden posiblemente adoptarse en el futuro".

4.20 Para los Estados Unidos, una razón adicional por la que las reclamaciones del Canadá relativas a la "práctica" del Departamento de Comercio no corresponde que se sometan al Grupo Especial es que esas reclamaciones no se presentan de conformidad con el párrafo 7 del artículo 4 y con el párrafo 2 del artículo 6 del ESD. En su solicitud de consultas, el Canadá mencionó la DAA y el Preámbulo como las medidas impugnadas al alegar efectivamente que esas medidas, como tales, violaban diversas obligaciones de los Estados Unidos dimanantes de la OMC. El Canadá no alegó que ninguna aplicación concreta de esas medidas en un procedimiento específico de los Estados Unidos sobre derechos compensatorios violaba las obligaciones de los Estados Unidos de conformidad con la OMC. Análogamente, en las consultas que se celebraron el 15 de junio de 2000 las partes no examinaron ninguna aplicación efectiva de la DAA, el Preámbulo o el artículo 771(5) en un procedimiento particular de los Estados Unidos relativo a derechos compensatorios.

4.21 No obstante, los Estados Unidos afirman, en su solicitud de establecimiento de un grupo especial que el Canadá por primera vez en esta diferencia planteó la práctica estadounidense con arreglo al artículo 771(5) como una medida impugnada. A juicio de los Estados Unidos, el párrafo 7 del artículo 4 y el párrafo 2 del artículo 6 del ESD impiden que el Canadá impugne una medida que no se había indicado en su solicitud de consultas ni estaba sometida a las consultas.

4.22 Los Estados Unidos recuerdan que en *Brasil - Aeronaves*, el Órgano de Apelación se enfrentó con una situación en la que el Brasil trataba de desestimar la reclamación del Canadá porque los instrumentos reguladores indicados en la solicitud de consultas del Canadá -y sobre los que se consultaron el Canadá y el Brasil- ya no estaban en vigor en la fecha en que se estableció el grupo especial. Esto se debió a que esos instrumentos reguladores tenían una duración breve y estaban constantemente expirando y volviéndose a promulgar con un nuevo nombre.

4.23 Según los Estados Unidos, el Órgano de Apelación rechazó el argumento del Brasil sobre la base de que los instrumentos reguladores que entraban en vigor después de que se celebraran las consultas no modificaban en lo esencial las subvenciones a las exportaciones contra las que reclamaba

el Canadá. Al hacerlo así, sin embargo, el Órgano de Apelación reafirmó la importante función que las consultas desempeñaban en el proceso de solución de diferencias. Según el Órgano de Apelación, "los artículos 4 y 6 del ESD ... establecen un procedimiento por medio del cual una parte reclamante *debe* solicitar consultas, y las consultas se *deben* celebrar, antes de que el asunto se pueda remitir al OSD para el establecimiento de un Grupo Especial" (cursivas añadidas). El Órgano de Apelación constató que los artículos 4 y 6 del ESD no "exigen una *identidad precisa y exacta* entre las medidas concretas que fueron el objeto de las consultas y las medidas concretas señaladas en la solicitud de establecimiento de un grupo especial" (cursivas añadidas). Sin embargo, en esta declaración está implícita la idea de que debe existir *cierta* identidad entre el objeto de las consultas y las medidas concretas señaladas en la solicitud de establecimiento de un grupo especial. De lo contrario, la solicitud de establecimiento de un grupo especial es defectuosa desde el punto de vista jurídico.

4.24 Con respecto al artículo 771(5), los Estados Unidos no se oponen a su inclusión en la solicitud de establecimiento de un grupo especial del Canadá, incluso si no estaba especificado en la solicitud de consultas del Canadá. En la solicitud de consultas y en las consultas el Canadá indicó claramente su intención de impugnar la legislación estadounidense, como tal. Las consultas aclararon qué medida tenía que determinar el Canadá si deseaba hacer de manera adecuada esa impugnación.

4.25 No obstante, los Estados Unidos indican que en ningún momento durante las consultas señaló el Canadá que tenía la intención de impugnar la legislación estadounidense, en la forma aplicada. A juicio de los Estados Unidos, no existe ninguna identidad entre una ley, como tal, y una ley, en la forma aplicada. Por ese motivo el Grupo Especial debe constatar que el Canadá no ha cumplido lo dispuesto en el párrafo 7 del artículo 4 y en el párrafo 2 del artículo 6 del ESD y desestimar las reclamaciones del Canadá con respecto a la práctica de los Estados Unidos con arreglo al artículo 771(5).

4.26 Para los Estados Unidos la solicitud del Canadá de establecimiento de un grupo especial tampoco cumple los requisitos del párrafo 2 del artículo 6 del ESD porque en la solicitud no se identifican "las medidas concretas en litigio ...". Concretamente, al hacer simplemente una vaga referencia a la "práctica correspondiente de los Estados Unidos", con lo que se hace referencia al artículo 771(5), el Canadá no ha identificado adecuadamente las aplicaciones particulares del artículo 771(5) acerca de las cuales se queja.

4.27 Los Estados Unidos alegan que hasta su primera comunicación escrita el Canadá no dio ningún ejemplo de la práctica estadounidense que deseaba fuera objeto de la presente acción (aunque podría fácilmente haberlo hecho en las consultas) e incluso ahora no está en absoluto claro qué considera exactamente el Canadá una "práctica" o si está pensando en otra "práctica" todavía no mencionada. Los Estados Unidos sostienen que han sido perjudicados por estas deficiencias, que vacían de contenido el proceso de consulta requerido (socavando de esa manera el procedimiento global de solución de diferencias).

4.28 Por último, los Estados Unidos destacan que con posterioridad a la entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC, el Departamento de Comercio no ha recurrido nunca a ninguna práctica que "trate una limitación de las exportaciones de un producto como una subvención a los productores de otros productos". El asunto *Ganado en pie procedente del Canadá* no puede constituir "una medida que trate una limitación de las exportaciones de un producto como una subvención" de la clase alegada en las solicitudes del Canadá sea de consultas, sea de establecimiento de un grupo especial porque en ese asunto el Departamento de Comercio constató que la medida canadiense considerada no constituía una subvención porque no aportaba un beneficio. El Departamento de Comercio tampoco llegó a la conclusión de que una limitación de las exportaciones constituía una "contribución financiera", que era el tipo de medida abordado en la primera comunicación escrita del Canadá.

4.29 Además, en opinión de los Estados Unidos, los dos asuntos del acero coreano citados por el Canadá entrañaban medidas (orientación estatal del crédito) totalmente distintas de una limitación de las exportaciones. En consecuencia, ninguno de los ejemplos de la "práctica" que el Canadá había señalado incluso en su primera comunicación escrita constituía el tipo de medidas que afirmaba que estaba impugnando.

4.30 Para los Estados Unidos, la solicitud vaga y amorfa del Canadá de establecimiento de un grupo especial para ocuparse de medidas que todavía no se habían tomado y quizá no se tomarían nunca pone de manifiesto el problema asociado con el intento de analizar la práctica puramente desde un punto de vista abstracto. El hecho de que el Canadá no haya identificado nunca las "medidas" y las "prácticas" precisas que desea someter a examen pone de relieve el hecho de que la reclamación real entraña una medida -imposición por los Estados Unidos de derechos compensatorios a las importaciones de madera para la construcción procedente del Canadá- que no existe. Los Estados Unidos reconocen que es ciertamente posible que el Departamento de Comercio llegue a constatar algún día que cierto tipo de programas de limitaciones de las exportaciones en el Canadá o en sus provincias equivale a encomendar u ordenar, sea aisladamente o en combinación con otras limitaciones, a un "órgano" privado que venda un insumo a un productor o a unos productores particulares, y que cumpla los demás requisitos de una subvención compensatoria, pero sostienen que es también posible que el Departamento de Comercio no haga esa constatación si se llega a enfrentar con la cuestión. Con todo, por razones prácticas y jurídicas, en opinión de los Estados Unidos no sería aconsejable que el Grupo Especial especulase sobre qué tipos de limitaciones podrían existir o cómo las debería tratar el Departamento de Comercio. En consecuencia, el Grupo Especial se debe negar a pronunciarse sobre la reclamación del Canadá y debe desestimarla.

- c) El Grupo Especial debe desestimar las reclamaciones del Canadá relativas a la DAA y al Preámbulo debido a que ninguno de esos documentos se identificó como una medida en la solicitud de establecimiento de un grupo especial del Canadá y a que ninguno de esos documentos constituye una "medida" en el sentido del párrafo 2 del artículo 6 del ESD

4.31 Los Estados Unidos observan que en su solicitud de establecimiento de un grupo especial, el Canadá designó las medidas impugnadas como: i) el artículo 771(5) (en la forma interpretada por la DAA y el Preámbulo), y 2) la práctica correspondiente de los Estados Unidos. Si el Canadá tenía la intención de impugnar la DAA y el Preámbulo como medidas separadas, la frase "en la forma interpretada por" habría sido innecesaria.

4.32 No obstante, los Estados Unidos siguen alegando que en su primera comunicación escrita el Canadá amplió su argumentación para incluir la DAA y el Preámbulo como "medidas" separadas. Según los Estados Unidos, el Canadá no puede hacerlo porque es un principio establecido que el mandato de un grupo especial se fija en la solicitud de establecimiento del grupo y un reclamante no puede añadir nuevas medidas al mandato.

4.33 Para los Estados Unidos el comportamiento del Canadá es particularmente grave dado que en la primera reunión del OSD para examinar la solicitud de establecimiento de un grupo especial del Canadá, los Estados Unidos indicaron que interpretaban que la solicitud comprendía dos medidas: el artículo 771(5) y la práctica correspondiente de los Estados Unidos. El Canadá nunca objetó a esta interpretación. En realidad, en la segunda reunión del OSD, el único aspecto con respecto al cual el Canadá disintió de los Estados Unidos se refería a la objeción de los Estados Unidos a la inclusión de la "práctica" en la solicitud del Canadá de establecimiento de un grupo especial.

4.34 Por último, los Estados Unidos alegaron que, incluso si la solicitud de establecimiento de un grupo especial del Canadá podía interpretarse que indicaba que deseaba impugnar por separado a la DAA y al Preámbulo, esos documentos no constituyen medidas en el sentido del párrafo 2 del artículo 6 del ESD. Según los Estados Unidos, ninguno de esos documentos producía de por sí un

efecto jurídico independiente con arreglo a la legislación estadounidense y ninguno de los documentos autorizaba ni exigía la adopción de medidas por parte del Gobierno estadounidense. A juicio de los Estados Unidos, los documentos de esa índole no podían constituir una medida en el sentido del párrafo 2 del artículo 6.

B. RESPUESTA DEL CANADÁ

4.35 El Canadá considera que cada una de las solicitudes estadounidenses de adopción de resoluciones preliminares está desprovista de fundamento y en consecuencia solicita que el Grupo Especial rechace las resoluciones preliminares solicitadas por los Estados Unidos. El Canadá sostiene que, con el afán de justificar su solicitud, los Estados Unidos caracterizan erróneamente la reclamación del Canadá y la índole y el efecto de las medidas conforme a la legislación estadounidense, así como la pertinencia de la jurisprudencia de la OMC citada por los Estados Unidos en el contexto de una solicitud de resolución preliminar.

1. El asunto planteado por la solicitud de establecimiento de un grupo especial del Canadá está sometido de manera adecuada a este grupo especial

4.36 El Canadá señala que en la solicitud de los Estados Unidos de resoluciones preliminares ("la solicitud de los Estados Unidos"), los Estados Unidos han impugnado de diversas maneras que el asunto planteado por la solicitud del Canadá de establecimiento de un grupo especial sea sometido de manera adecuada a este Grupo Especial y que refleje una diferencia efectiva. El Canadá sostiene que su solicitud de establecimiento de un grupo especial expone tanto medidas concretas como reclamaciones jurídicas, que corresponden a los requisitos establecidos por el Órgano de Apelación en *Guatemala - Investigación antidumping sobre el cemento Portland procedente de México*¹⁶, que refleja la polémica real que existe entre el Canadá y los Estados Unidos con respecto al tratamiento de la limitación de las exportaciones con arreglo a la legislación sobre el derecho compensatorio de los Estados Unidos.

4.37 El Canadá recuerda que en *Guatemala - Cemento*, el Órgano de Apelación llegó a la conclusión de que la "cuestión" sometida al OSD consta de dos elementos: las medidas concretas en litigio y la base jurídica de la reclamación (o las reclamaciones). Según el Canadá, su solicitud de establecimiento de un grupo especial exponía cuatro medidas que constituían los aspectos pertinentes de la legislación sobre derechos compensatorios de los Estados Unidos y que, consideradas conjuntamente, son incompatibles con las disposiciones del Acuerdo SMC y del Acuerdo sobre la OMC señaladas por el Canadá. Para el Canadá, estas acciones gubernamentales cumplían claramente la norma de una "medida" establecida en *Guatemala - Cemento*.

4.38 El Canadá afirma que sus reclamaciones jurídicas estaban asimismo indicadas en su solicitud de establecimiento de un grupo especial y que esas reclamaciones, que reproducían la solicitud de consultas del Canadá, indudablemente pusieron sobre aviso a los Estados Unidos, y así lo han hecho desde el inicio de esta diferencia, que el Canadá opina que el tratamiento de las limitaciones de las exportaciones con arreglo a la legislación estadounidense sobre derechos compensatorios es incompatible con las diversas disposiciones indicadas del Acuerdo SMC y del Acuerdo sobre la OMC.

4.39 El Canadá sostiene que los Estados Unidos tratan de aislar los componentes de su legislación sobre derechos compensatorios en partes separadas para pretender que cada una de ellas, de por sí, no

¹⁶ *Guatemala - Investigación antidumping sobre el cemento Portland procedente de México*, informe del Órgano de Apelación, WT/DS60/AB/R, 2 de noviembre de 1998, en el párrafo 75 (en adelante *Guatemala - Cemento*).

tiene sentido. En particular, los Estados Unidos, aunque no se oponen al artículo 771(5) de la *Ley de Aranceles de 1930* como "medida", pretenden que es la *única* medida y que si el propio texto del artículo 771(5) asigna como mandato el tratamiento de las limitaciones de las exportaciones como subvenciones, ello es determinante con respecto a este procedimiento. Pretende asimismo que la DAA y el Preámbulo no producen "ningún efecto jurídico independiente de la ley y el reglamento"¹⁷, y que no existe ninguna "práctica" estadounidense con respecto a las limitaciones de las exportaciones.

4.40 Para el Canadá la caracterización de los Estados Unidos de la base de la reclamación del Canadá y su intento de analizar las medidas para privar de sentido a cada una de ellas por sus propias razones no es respaldado por la jurisprudencia de la OMC. Como el Canadá examina en su primera comunicación escrita (véase *infra*), el Grupo Especial *Estados Unidos - Artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974* señaló que una ley nacional podía tener "múltiples niveles", con inclusión de elementos legales y otros elementos institucionales y administrativos que son "a menudo inseparables y no se debe interpretar de manera independiente entre sí al evaluar la conformidad global de la ley con las obligaciones dimanantes de la OMC".

4.41 El Canadá señala que los Estados Unidos alegan asimismo que en la solución de diferencias de la OMC, el significado del dentro interno es una cuestión de hecho que se ha de probar y está constituido no sólo por las propias disposiciones, sino también por los principios jurídicos internos que regulan su interpretación. Los Estados Unidos sugieren además que las opiniones de un Miembro relativas al significado de su propio derecho normalmente merecen cierto respeto. El Canadá advierte, sin embargo, que un grupo especial tiene una obligación independiente de evaluar el derecho interno para determinar si el Miembro está cumpliendo sus obligaciones dimanantes de la OMC. El Canadá señala que el derecho está suficientemente establecido a este respecto y se remite al informe del Órgano de Apelación en el asunto *India - Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura*.

4.42 El Canadá advierte que, según los Estados Unidos, el artículo 771(5) sigue en gran medida la redacción del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del Acuerdo SMC y, por tanto, no constituye una violación de ese artículo. Además, los Estados Unidos sugieren que, con arreglo a los principios estadounidenses de interpretación de las leyes, el artículo 771(5) no puede interpretarse de una manera que violaría el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del Acuerdo porque, conforme a la "doctrina *Charming Betsy*", toda ley estadounidense ambigua ha de ser "interpretada, siempre que sea posible, de manera compatible con las obligaciones internacionales de los Estados Unidos".

4.43 El Canadá está de acuerdo en que la redacción del artículo 771(5) *podía* haberse interpretado de manera compatible con la definición de "subvención" que figura en el párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC, como indicó el Canadá en sus observaciones remitidas al Departamento de Comercio durante su procedimiento normativo en 1995. Sin embargo, para el Canadá ésta no es la cuestión en juego. Como ha señalado el Órgano de Apelación (*Estados Unidos - Ley de 1916*), la cuestión no estriba tanto en saber cómo podía interpretarse teóricamente una ley sino cómo se interpreta a la luz de los elementos legales y no legales.

4.44 En cuanto a su controversia acerca de *Charming Betsy*, el Canadá alega que los Estados Unidos omitieron señalar otras doctrinas judiciales estadounidenses que quitan todo sentido a la doctrina *Charming Betsy* en este contexto. En el presente caso, los Estados Unidos han puesto claramente de manifiesto en sus comunicaciones al Grupo Especial que interpretan el párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC en el sentido de que les permite compensar las limitaciones de las exportaciones y, en consecuencia, la doctrina *Charming Betsy* no les inducirá a adoptar una interpretación diferente de sus obligaciones.

¹⁷ *Id.*, en el párrafo 8.

4.45 En opinión del Canadá, los Estados Unidos caracterizan asimismo erróneamente la función y la importancia de la DAA. Aunque confiesen que, con arreglo a los términos de la ley, la DAA es "una expresión autorizada de los Estados Unidos con respecto a la interpretación de la URAA", la solicitud de los Estados Unidos afirma que la Declaración de Acción Administrativa es simplemente "un tipo de historial legislativo". Para el Canadá, este argumento de los Estados Unidos es contradictorio en sí y está desmentido tanto por las decisiones de los tribunales estadounidenses como por el tratamiento que dan los propios Estados Unidos a la DAA.

4.46 En primer lugar, el Canadá declara que la DAA no es un historial legislativo en ningún sentido ordinario, porque fue requerida por ley, convenida entre la Administración estadounidense y el Congreso de los Estados Unidos de antemano, presentada por el Presidente de los Estados Unidos al Congreso de los Estados Unidos con la URAA propuesta y aprobada por el Congreso. La DAA tiene una función y una importancia en el derecho estadounidense que va más allá del historial legislativo común.

4.47 En segundo lugar, el Canadá alega que la existencia misma de la DAA y la declaración en la ley de que es una "manifestación autorizada de los Estados Unidos con respecto a la interpretación y aplicación de los Acuerdos de la Ronda Uruguay ..." explica claramente que el alcance y el significado de la ley no están determinados por la DAA. Este hecho ha sido reconocido repetidas veces por los tribunales estadounidenses.

4.48 Por último, el Canadá advierte que el intento de los Estados Unidos de reducir la importancia de la DAA al considerar que simplemente "alienta" ciertas interpretaciones es totalmente contradictorio con su posición y con las garantías establecidas en *Estados Unidos - Artículo 301*. En ese asunto, los Estados Unidos declararon que "la DAA debe, por imperativo legal, ser tratada como la manifestación autorizada relativa a la interpretación de la ley en cualquier procedimiento judicial". Sobre esta base, el Canadá señala que el Grupo Especial se pronunció en favor de los Estados Unidos.

4.49 En lo que respecta al efecto del Preámbulo, el Canadá afirma que la solicitud de los Estados Unidos reconoce que las declaraciones del Departamento de Comercio relativas a las limitaciones de las exportaciones en su *Aviso de decisión definitiva* "habría sido vinculante" para el Departamento de Comercio si se hubieran hecho en un "reglamento", pero luego pretenden que la inclusión de esas declaraciones en el Preámbulo las convierte "a lo sumo ... en una declaración no vinculante del Departamento de Comercio con respecto a sus opiniones en esa época". Los Estados Unidos añaden que no están obligados por el Preámbulo.

4.50 Para el Canadá la pretensión de que un preámbulo de un reglamento tiene menos valor jurídico ignora el marco administrativo en el que los organismos de los Estados Unidos promulgan las normas reglamentarias. El reglamento del Departamento de Comercio se emite de conformidad con la *Ley de procedimiento administrativo (LPA)*, que exige que un organismo incorpore un preámbulo a las normas que promulga. Por ese motivo, la supuesta distinción entre el Preámbulo y el resto del reglamento que recomiendan los Estados Unidos no tiene base alguna. Por añadidura, el Canadá afirma que numerosos tribunales estadounidenses han reconocido el Preámbulo como parte integrante de un reglamento y, por tanto, vinculante.

4.51 El Canadá considera igualmente nulo el argumento de los Estados Unidos de que las disposiciones del Preámbulo sobre las limitaciones de las exportaciones no son vinculantes porque el Preámbulo es sólo una parte del reglamento que aborda la cuestión. En primer lugar, este argumento sugiere que el Departamento de Comercio emprendió una actividad inútil cuando estableció su posición sobre las limitaciones de las exportaciones en el Preámbulo. En segundo lugar, numerosos tribunales estadounidenses han tratado al Preámbulo como una declaración vinculante de un organismo, aunque sólo sea una parte del reglamento que aborda la cuestión. De hecho, según el Canadá, los Estados Unidos así lo han hecho en comunicaciones dirigidas a grupos especiales de la

OMC. En *Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional*, los Estados Unidos justificaron ciertas normas de la EPA como compatibles con sus obligaciones dimanantes de la OMC por referencia al Preámbulo, con inclusión de las disposiciones que figuraban en el Preámbulo y que contenían obligaciones que no figuraban en otras partes del reglamento.

4.52 Por último, el Canadá alega que tampoco es válida la afirmación de que el propio Departamento de Comercio no ha reconocido nunca el carácter vinculante del Preámbulo. Al contrario, es sus determinaciones de los derechos compensatorios, el Departamento trata *de manera uniforme* el Preámbulo del reglamento relativo a los derechos compensatorios como parte integrante de los reglamentos del Departamento de Comercio y equivalente en valor jurídico a otros artículos del reglamento. En realidad, el Canadá sostiene que el Departamento de Comercio normalmente se refiere a la redacción reguladora incluida en el Preámbulo como simplemente "el reglamento" y se basa en el Preámbulo como fundamento jurídico para sus interpretaciones. Esto se puso de manifiesto en los asuntos sobre el acero de Corea.

4.53 El Canadá toma nota del argumento de los Estados Unidos de que su práctica de tratar las limitaciones de las exportaciones como "contribuciones financieras" no es propiamente dicho una "medida". El Canadá afirma que las pretensiones de los Estados Unidos de que, debido a las determinaciones anteriores a la OMC, no puede violar las obligaciones dimanantes de la OMC no guardan relación con la "práctica" y "no existe ninguna práctica estadounidense vigente" de tratamiento de las limitaciones de las exportaciones como subvenciones que viole los Acuerdos sobre la OMC y SMC"; y que el Canadá está procurando obtener una resolución sobre una "hipotética práctica futura estadounidense". Los Estados Unidos están equivocados en ambos sentidos.

4.54 Para el Canadá es obvio que existe una práctica administrativa estadounidense vigente de tratamiento de las limitaciones de las exportaciones que cumpla el requisito de la "contribución financiera" del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del Acuerdo SMC, que se define, en gran parte, por medio de las declaraciones de los Estados Unidos recogidas en la DAA con respecto a su práctica anterior a la OMC de compensar las limitaciones de las exportaciones. Aunque el Canadá está de acuerdo en que esta práctica anterior a la OMC habría dejado de ser pertinente después de la entrada en vigor del Acuerdo SMC, la DAA prescribe expresamente que la práctica estadounidense en esos casos va a seguir de conformidad con el Acuerdo SMC y con la Ley revisada sobre derechos compensatorios de los Estados Unidos.

4.55 El Canadá sostiene que esta dependencia de los casos anteriores a la OMC, entre ellos los relativos al *Cuero* y a la *Maderas para construcción* para describir su práctica constante de tratar las limitaciones de las exportaciones como contribuciones financieras está repetidamente confirmada en el reglamento. Por consiguiente, no puede haber la menor duda de que la práctica anterior a la OMC del Departamento de Comercio es su práctica posterior a la OMC.

4.56 A juicio del Canadá, el intento de los Estados Unidos de descartar su práctica posterior a la OMC como no pertinente de lugar es igualmente nulo. Los asuntos *Acero inoxidable de Corea* examinados por el Canadá confirman la absoluta adhesión del Departamento de Comercio a la opinión de que según la redacción "clara e inequívoca" de la DAA, el Congreso tenía la intención de que los tipos concretos de subvenciones indirectas considerados susceptibles de compensación" en los asuntos anteriores, con inclusión de la *Maderas blandas para construcción*, "siguieran estando abarcados por la [Ley de Aranceles de 1930], en su forma modificada por la URAA". Para el Canadá esos asuntos confirmaban asimismo la opinión del Departamento de Comercio de que su reglamento, al igual que la DAA, excluía cualquier consideración facultativa de "contribución financiera" en el caso de las "subvenciones indirectas".

4.57 El Canadá sostiene que tampoco pueden los Estados Unidos eludir una "práctica existente" pretendiendo que su debate de la contribución financiera en *Ganado en pie* era "en su mayor parte una

observación incidental". El Canadá reconoce que en *Ganado en pie*, el Departamento de Comercio no llegó a la conclusión de que el "control" de las exportaciones de la Junta del Trigo canadiense era una subvención susceptible de compensación porque no descubrió ningún *beneficio*. Con todo, el Canadá afirma que la iniciación del caso por el Departamento de Comercio, basada únicamente en alegaciones de una limitación de las exportaciones y un efecto sobre los precios, como sus declaraciones sobre la "contribución financiera" y la "entidad privada" en su determinación definitiva, son manifestaciones de su constante práctica de considerar una limitación de las exportaciones como una "contribución financiera". En resumen, la determinación ponía claramente de manifiesto que el Departamento de Comercio no compensaba la supuesta limitación de las exportaciones no porque no considerara una limitación de las exportaciones como una contribución financiera sino más bien y *únicamente* porque no descubrió un beneficio.

4.58 Lo que es más fundamental para el Canadá, la "práctica" en litigio no son las determinaciones individuales en los casos de derechos compensatorios como sugieren los Estados Unidos. El Canadá sostiene que no trata de obtener una resolución que revoque las determinaciones en determinados casos anteriores. Más bien, como se reconoce en la jurisprudencia de la OMC, las remisiones a casos concretos constituyen un medio aceptable de establecer una interpretación con arreglo al derecho interno. La impugnación del Canadá de la práctica estadounidense es particularmente decisiva con respecto al cumplimiento por los Estados Unidos de una decisión del OSD si el Canadá sale triunfador en esta diferencia. El Canadá cree que existen amplias pruebas de otros procedimientos de la OMC de que los Estados Unidos pueden adoptar la postura de que un cambio en la práctica administrativa no es forzosamente un elemento del cumplimiento incluso si los informes del Grupo Especial y del Órgano de Apelación han llegado lisa y llanamente a la conclusión de que la práctica existente violaba los Acuerdos de la OMC. Este es el punto de vista desde el que el Canadá impugna la práctica estadounidense con respecto a las limitaciones de las exportaciones y trata de obtener medidas de alivio que estén expresamente relacionadas con la práctica estadounidense.

2. La distinción imperativo/discrecional no es una "cuestión de procedimiento" que corresponde a la jurisdicción del presente Grupo Especial

4.59 El Canadá declara que los Estados Unidos pretenden que ni el artículo 771(5) ni la DAA ni el Preámbulo ni ninguna "práctica" del Departamento de Comercio exigen que las autoridades estadounidenses traten las limitaciones de las exportaciones como subvenciones y, sobre esa base, que las supuestas medidas, como tales, no violan las obligaciones de los Estados Unidos con arreglo a ninguna de las disposiciones citadas por el Canadá en su solicitud de establecimiento de un grupo especial. Para el Canadá, sin embargo, este argumento se basa en una caracterización errónea de la reclamación del Canadá. El Canadá no afirma que las medidas estadounidenses exigen que los Estados Unidos traten las limitaciones de las exportaciones como subvenciones. La postura del Canadá es más bien que las medidas requieren que los Estados Unidos determinen que las limitaciones de las exportaciones cumplen el elemento "contribución financiera" de la definición de "subvención" y, por consiguiente, que una limitación de las exportaciones es susceptible de un derecho compensatorio si el Departamento de Comercio descubre que confiere un "beneficio". A juicio del Canadá, esto es incompatible con la definición del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC porque una limitación de las exportaciones no corresponde a ninguna de las medidas gubernamentales establecidas en el párrafo 1 del artículo 1, con inclusión, en particular, de las prescripciones del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del Acuerdo.

4.60 El Canadá señala que en apoyo del argumento estadounidense de que las medidas en litigio no se han sometido de manera adecuada al Grupo Especial porque no son "imperativas", los Estados Unidos citan varios casos que han sentado jurisprudencia en el GATT y la OMC. Este examen culmina en una alegación de los Estados Unidos de que la reclamación del Canadá debe desestimarse como cuestión de procedimiento sobre esta base. Sin embargo, el Canadá alega que, como esta cuestión no es de carácter procesal, no es adecuadamente el objeto de una decisión preliminar.

4.61 Lo que es más importante para el Canadá, estos casos no corresponden a la competencia de este Grupo Especial para entender en ese "asunto" que le ha sometido el Canadá. Con arreglo a los casos del GATT citados por los Estados Unidos, el carácter imperativo o discrecional de una medida es una cuestión que plantea si la medida como tal viola las disposiciones del GATT invocadas, no si un grupo especial tiene competencia para entender de un asunto particular. En opinión del Canadá, esto lo puso claramente de manifiesto el Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Ley Antidumping de 1916*.

4.62 El Canadá considera además que, como variante de ese argumento de los Estados Unidos, los Estados Unidos afirman que el Canadá está tratando de obtener una opinión consultiva con arreglo al Acuerdo SMC y para ello está pidiendo al Grupo Especial que usurpe la autoridad de la Conferencia Ministerial y del Consejo General de conformidad con el párrafo 2 del artículo 9 del Acuerdo sobre la OMC. Para el Canadá, al aducir estos argumentos, los Estados Unidos se basan en una opinión incidental relativa a la "economía judicial". El Canadá señala que esta opinión aborda si un grupo especial debe negarse a considerar ciertas cuestiones que no son necesarias para resolver el asunto que tiene ante sí ni si la diferencia debería haberse examinado inicialmente.

4.63 El Canadá pide al Grupo Especial que constate que las medidas en litigio violan las disposiciones vigentes de los Acuerdos SMC y sobre la OMC en el sentido de que exigen que los Estados Unidos traten las limitaciones de las exportaciones como una "contribución financiera". Si las limitaciones de las exportaciones no entran en el ámbito de la definición de "contribución financiera" que figura en el Acuerdo SMC, el trato de las limitaciones de las exportaciones de conformidad con la Ley sobre derechos compensatorios de los Estados Unidos es forzosamente incompatible tanto con el Acuerdo SMC como con el Acuerdo sobre la OMC. El Canadá sostiene que tiene derecho a una determinación de esta cuestión a fin de que los beneficios que le corresponden con arreglo a estos Acuerdos no se reduzcan y no puedan reducirse por la aplicación de un enfoque incompatible con la OMC. Como tal esta diferencia se ha sometido de manera adecuada al presente Grupo Especial.

4.64 El Canadá recuerda que en los párrafos 58 a 69 de la solicitud de los Estados Unidos, los Estados Unidos se remiten a cierto número de casos del GATT y de la OMC en los que un grupo especial se negó a constatar que una medida como ésta era incompatible con las normas del GATT o de la OMC porque el país que aplicaba la medida podía establecer que, incluso aunque se pudiera aplicar de manera incompatible con las obligaciones internacionales, la medida no entrañaba una violación.

4.65 El Canadá alega, sin embargo, que los Estados Unidos olvidan mencionar que en todos estos casos, o el Grupo Especial llegó primero a una conclusión en cuanto a las obligaciones en cuestión, o no hubo en lo esencial ninguna diferencia acerca de estas obligaciones. Dicho de otro modo, cuando había una diferencia en cuanto a la índole de la obligación en litigio, los grupos especiales determinaban primeramente el significado de la obligación antes de examinar si la medida violaba esa obligación. El Canadá opina que ninguno de estos casos respalda la solicitud de los Estados Unidos.¹⁸

4.66 El Canadá toma nota de que en esta diferencia los Estados Unidos y el Canadá polemizan enérgicamente acerca de las prescripciones de las normas de la OMC invocadas por el Canadá. Los Estados Unidos reconocen abiertamente que no están de acuerdo con la interpretación del Canadá y que las medidas y las comunicaciones estadounidenses ponen claramente de manifiesto que, de conformidad con la Ley sobre derechos compensatorios de los Estados Unidos, una limitación de las exportaciones se considera como una "contribución financiera". Según el Canadá, estas diferencias

¹⁸ Véase *Respuesta del Canadá a la solicitud de los Estados Unidos de adopción de resoluciones preliminares*, en los párrafos 49 a 51.

sólo se pueden abordar después de que se celebre una audiencia plenaria en cuanto al fondo de las alegaciones del Canadá sometidas a este Grupo Especial.

4.67 Para el Canadá, los Estados Unidos no sólo son incorrectos en su intento de basarse en la distinción imperativo/discrecional para solicitar una resolución preliminar, sino que también caracterizan erróneamente el carácter "imperativo" de la DAA y del Preámbulo. En respuesta a la descripción del Canadá de cómo la Declaración exige a los Estados Unidos que traten las limitaciones de las exportaciones como "contribuciones financieras", los Estados Unidos se concentran en la estipulación que figura en la DAA de que los tipos de subvenciones indirectas identificados en la DAA seguirán siendo susceptibles de derechos compensatorios "a condición de que" el Departamento de Comercio esté convencido de que la norma del artículo 771(5)(B)(iii) se ha cumplido. El Canadá afirma que esa condición debe, sin embargo, interpretarse dentro del contexto y que el contexto restringe todo poder discrecional del Departamento.

4.68 El Canadá señala que la condición va precedida de tres párrafos que contienen directrices esenciales sobre la interpretación del artículo 771(5)(B)(iii). El primer párrafo del pasaje de la Declaración de Acción Administrativa relativo a "las subvenciones indirectas" declara que la frase "encomienda u ordena" del artículo 771(5)(B)(iii), "debe interpretarse en sentido amplio" para "continuar la política [de la Administración] de no permitir que la concesión indirecta de una subvención se transforme en una escapatoria" en la aplicación de los derechos compensatorios.¹⁹ El segundo párrafo se refiere a la práctica del Departamento de Comercio con anterioridad a la OMC, e incluye concretamente la compensación de las limitaciones de las exportaciones en *Cuero y Maderas para construcción*, y llega a la conclusión de que el Departamento de Comercio consideró que una subvención era susceptible de derechos compensatorios "cuando el gobierno adoptaba o imponía (por medio de una ley, reglamento o acción administrativa) una *medida oficial exigible* que directamente producía un beneficio perceptible ...".

4.69 El Canadá afirma a continuación que el párrafo tercero y trascendental, al caracterizar las limitaciones de las exportaciones de *Cuero y Maderas para construcción* como "casos en los que el gobierno actúa por intermedio de una entidad privada", declara que esas limitaciones de las exportaciones cumplen el criterio del artículo 771(5)(B)(iii) de encomendar u ordenar y afirma que en esos casos la legislación modificada se ha de "administrar sobre una base caso por caso de conformidad con" la práctica anterior a la OMC descrita en el párrafo precedente. En opinión del Canadá la eliminación de cualquier duda que quede acerca de la interpretación del artículo 771(5)(B)(iii) es la declaración que figura en el presente párrafo de la DAA de la "opinión de la Administración de que el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del Acuerdo sobre Subvenciones y el artículo 771(5)(B)(iii) *abarcen prácticas de subvenciones indirectas como las que ha compensado el Departamento de Comercio en el pasado y que esos tipos de subvenciones indirectas seguirán siendo susceptibles de derechos compensatorios* (cursivas añadidas). El Canadá afirma que, por consiguiente, la DAA da al Departamento de Comercio una orientación explícita en cuanto a la determinación que debe hacer con arreglo a la condición relativa a las limitaciones de las exportaciones.

4.70 En el mismo sentido, el Canadá aduce que la solicitud de los Estados Unidos afirma que el Preámbulo no impone al Departamento de Comercio la obligación de "tratar las limitaciones de las exportaciones como subvenciones"²⁰ (por consiguiente, describiendo una vez más erróneamente la cuestión como "subvención" en lugar de como "contribución financiera"), pero limita esencialmente

¹⁹ DAA en 925-926. (Anexo B de la Primera comunicación escrita del Canadá, Canadá - Prueba documental 2.)

²⁰ Solicitud de los Estados Unidos en los párrafos 48 y 80.

su argumento al pretender que "en su mayor parte, el Preámbulo expresa la opinión del Departamento de Comercio de que el artículo 771(5)(B)(iii) 'permitiría' tratar las limitaciones de las exportaciones como subvenciones".²¹ Como en el caso de la DAA, cuando se considera en contexto, el término "permitiría" no significa lo que los Estados Unidos sugieren, a juicio del Canadá. Ese término surge al final de un párrafo que confirma que "si el Departamento tuviera que investigar en el futuro situaciones y hechos similares a los examinados en *Maderas para construcción* y *Cuero*, la nueva ley permitiría al Departamento llegar al mismo resultado".²² El Canadá afirma que la propia ley estadounidense sobre el derecho compensatorio es imperativa en el sentido de que, cuando el Departamento de Comercio averigüe que existen una contribución financiera, un beneficio y una especificidad, debe deducir que existe una subvención susceptible de un derecho compensatorio porque, según el Canadá, la DAA y el Preámbulo ya han determinado que una limitación de las exportaciones cumple el requisito de la contribución financiera, el alcance de cualquier facultad discrecional de conformidad con el término "permitiría" se limita al análisis que hace el Departamento de Comercio del beneficio y de la especificidad.

3. La suficiencia de las consultas sobre la práctica estadounidense

4.71 El Canadá recuerda que los Estados Unidos sostienen que las "reclamaciones" del Canadá con respecto a la práctica estadounidense no es adecuado que se sometan al Grupo Especial basándose en las alegaciones siguientes: 1) que el Canadá no incluyó la práctica estadounidense como una "medida" en su solicitud de consultas; 2) que las partes no se consultaron de hecho sobre la práctica estadounidense; y 3) que la solicitud del Canadá de establecimiento de un grupo especial no identifica de manera adecuada la "práctica de los Estados Unidos en litigio".

4.72 El Canadá declara que los Estados Unidos tratan de respaldar su postura citando de manera selectiva de un informe del Órgano de Apelación en el asunto *Brasil - Programa de financiación de las exportaciones de aeronaves* como un apoyo del principio de que, sin una identidad entre el objeto de las consultas y las medidas concretas identificadas en la solicitud de establecimiento del grupo especial, esa solicitud es defectuosa desde el punto de vista jurídico.²³ No obstante la afirmación errónea de los Estados Unidos en cuanto a la falta de identidad entre el objeto de las consultas y las medidas concretas identificadas en la solicitud de establecimiento de un grupo especial, el Canadá considera instructivo explicar más plenamente lo que dijo efectivamente el Órgano de Apelación en el informe sobre el que se basan los Estados Unidos:

"No creemos, sin embargo, que los artículos 4 y 6 del ESD ... requieran una identidad *precisa y exacta* entre las medidas específicas que eran el objeto de las consultas y las medidas específicas identificadas en la solicitud de establecimiento de un grupo especial ... Como declaró el Grupo Especial, un objetivo de las consultas ... es 'aclarar los hechos de la situación', y cabe prever que la información obtenida en el curso de las consultas pueda permitir al demandante concentrarse en el alcance de la cuestión con respecto a la que se solicita el establecimiento de un grupo especial."

4.73 El Canadá declara que, aparte de no exigir una *identidad precisa y exacta* entre las medidas específicas que eran el objeto de las consultas y las medidas específicas identificadas en la solicitud de establecimiento de un grupo especial, los grupos especiales han recibido también órdenes de

²¹ Solicitud de los Estados Unidos en el párrafo 80.

²² Véase *Reglamento* en 65.351 (anexo C de la Primera comunicación escrita del Canadá - Canadá - Prueba documental 3), Primera comunicación escrita del Canadá en el párrafo 50.

²³ Solicitud de los Estados Unidos, en el párrafo 110.

examinar si la "esencia" de las cuestiones consultadas es la misma que la de las medidas identificadas en una solicitud de establecimiento de un grupo especial. En opinión del Canadá, no puede caber la menor duda de que así sucede en el presente caso.

4.74 Pasando a analizar lo que ocurrió durante las consultas, antes de la reunión del 15 de junio de 2000, el Canadá indica que comunicó a los Estados Unidos que, entre otras cosas que había que tratar en la reunión,

"Desearemos también investigar las fuentes de la ... práctica de los Estados Unidos, de haber alguna, que son pertinentes para el tratamiento del Departamento de Comercio de una supuesta limitación de las exportaciones de conformidad con la Ley sobre derechos compensatorios de los Estados Unidos además de la *Ley sobre los Acuerdos de la Ronda Uruguay (URAA)*, la Declaración de Acción Administrativa que acompaña a la *URAA* y la explicación del Departamento de Comercio de su resolución definitiva"²⁴ (cursivas añadidas).

4.75 Según el Canadá, esta cuestión se repitió en las consultas. Por esa razón, los Estados Unidos estaban conscientes de que al Canadá le preocupaba la práctica de los Estados Unidos relativa al tratamiento de las limitaciones de las exportaciones. Además el Canadá declara que las determinaciones del Departamento de Comercio con anterioridad a la OMC identificadas por el Canadá en la reunión del OSD de 11 de septiembre de 2000 están simplemente relacionadas, como se ha examinado anteriormente, con la práctica posterior a la OMC, dado que la DAA y el Preámbulo dan expresamente a estos casos una constante pertinencia.

4.76 El Canadá sostiene además que no está impugnando aplicaciones concretas de la práctica del Departamento de Comercio, sino más bien la propia práctica. A juicio del Canadá, no se está impidiendo de manera alguna a los Estados Unidos "conocer el fundamento jurídico de la reclamación"²⁵, dado que desde el comienzo de esta diferencia el Canadá nunca había dejado de oponerse al tratamiento de las limitaciones de las exportaciones de conformidad con la Ley sobre derechos compensatorios de los Estados Unidos.

4. La suficiencia de la solicitud de establecimiento de un grupo especial del Canadá

4.77 El Canadá toma nota del argumento de los Estados Unidos de que, con respecto a la DAA y al Preámbulo, la solicitud del Canadá de establecimiento de un grupo especial es defectuosa debido a que: 1) la DAA y el Preámbulo no se identifican como "medidas" y 2) ni la Declaración ni el Preámbulo es una "medida". El Canadá afirma que ya ha demostrado más arriba que la DAA y el Preámbulo son "medidas".

4.78 El Canadá sostiene además que, contrariamente a la posición de los Estados Unidos, la frase sobre las medidas en juego que figura en la solicitud del Canadá de establecimiento de un grupo especial indica cuatro medidas y no dos. El Canadá declara que esto resulta evidente en la primera comunicación escrita del Canadá, en la que, después de repetir la frase pertinente de la solicitud de establecimiento del grupo especial que figura en el párrafo 3, especifica las cuatro medidas en el párrafo 13 como parte de la explicación de cómo se presenta en la comunicación la descripción del Canadá de esas medidas. Las cuatro medidas se pueden fácilmente identificar en este párrafo.

²⁴ Carta de S. Marchi, Embajador y Representante Permanente de la Misión Permanente del Canadá ante la Organización Mundial del Comercio, a R. Hayes, Embajador de la Misión Permanente de los Estados Unidos ante la Organización Mundial del Comercio, de fecha 13 de junio de 2000 (EE.UU. - Prueba documental 6).

²⁵ Solicitud de los Estados Unidos, en el párrafo 115.

4.79 El Canadá mantiene que la forma en que ha enunciado las medidas en este caso es casi idéntica a la manera en que se especificaron las medidas en el asunto *CE - Bananos*. En ese caso, el Órgano de Apelación consideró una identificación suficiente de las medidas la remisión al "Régimen para la importación, venta y distribución de bananos establecido por el Reglamento 404/93 (Boletín Oficial L 47 de 25 de febrero de 1993, página 1) y posteriormente la legislación, los reglamentos y las medidas administrativas de las Comunidades Europeas, con inclusión de las que reflejan las disposiciones del Acuerdo Marco sobre los Bananos, que aplican, complementan y modifican ese régimen".²⁶

4.80 El Canadá mantiene que ha ido aún más lejos en este caso al comunicar, por medio de su solicitud de establecimiento de un grupo especial, las medidas concretas con las que no está de acuerdo, y que la solicitud del Canadá ya ha demostrado que cumple los requisitos previstos en el párrafo 2 del artículo 6 del ESD. Por añadidura, para el Canadá resulta evidente tanto de la solicitud de los Estados Unidos como de la primera comunicación escrita de los Estados Unidos que los Estados Unidos no se han visto perjudicados porque han podido responder plenamente a las reclamaciones del Canadá. Además, el Canadá alega que su solicitud de establecimiento de un grupo especial cumple claramente la norma establecida en *Corea - Medida de salvaguardia definitiva impuesta a las importaciones de determinados productos lácteos*.²⁷

5. Conclusión

4.81 Por las razones que anteceden, el Canadá solicita a este Grupo Especial que rechace los intentos de los Estados Unidos que figuran en la solicitud de los Estados Unidos de apartar a este Grupo Especial de su auténtica tarea: la solución de la diferencia entre el Canadá y los Estados Unidos con respecto al tratamiento de las limitaciones de las exportaciones de conformidad con la ley estadounidense sobre los derechos compensatorios. En consecuencia, el Canadá solicita que este Grupo Especial llegue a la conclusión de que las reclamaciones presentadas en la solicitud de los Estados Unidos carecen de fundamento.

V. PRINCIPALES ARGUMENTOS DE LAS PARTES

5.1 A continuación se resumen los principales argumentos expuestos por las partes en sus comunicaciones escritas y declaraciones orales. Se adjuntan en el anexo A resúmenes de las respuestas escritas de las partes a las preguntas formuladas por escrito.

A. PRIMERA COMUNICACIÓN ESCRITA DEL CANADÁ

1. Introducción

5.2 El Canadá afirma que la cuestión en litigio en la presente diferencia es el trato dado a las limitaciones de la exportación en el derecho estadounidense en materia de derechos compensatorios, que, a juicio del Canadá, lleva aparejada una violación por los Estados Unidos de las obligaciones que le imponen el *Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias* (Acuerdo SMC) y el *Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio* (Acuerdo sobre la OMC).

²⁶ Véase *Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos*, solicitud de establecimiento de un grupo especial del Ecuador, los Estados Unidos, Guatemala, Honduras y México (WT/DS27/6, 12 de abril de 1996 (Canadá - Prueba documental 94).

²⁷ *Corea - Medida de salvaguardia definitiva impuesta a las importaciones de determinados productos lácteos*, informe del Órgano de Apelación, WT/DS98/AB/R, 14 de diciembre de 1999, en el párrafo 123.

5.3 Según el Canadá, con arreglo al derecho estadounidense en materia de derechos compensatorios, se considera que una medida reglamentaria del gobierno que limite las exportaciones de un producto (una limitación de las exportaciones) constituye una "contribución financiera" en el sentido del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC. En consecuencia, el derecho estadounidense trata como una "subvención" una limitación de las exportaciones cuando, a juicio de las autoridades investigadoras estadounidenses, la limitación de las exportaciones tenga como efecto la reducción del precio en el mercado interno del producto objeto de la restricción para los ulteriores usuarios de ese producto. Si esos usuarios del producto en cuestión que utilizan como insumo están sujetos a una investigación en materia de derechos compensatorios en los Estados Unidos, la supuesta "subvención" puede dar lugar a la imposición de medidas compensatorias.

5.4 A juicio del Canadá, esta regulación es incompatible con el párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC. La definición de "subvención" de dicho párrafo exige que haya una "contribución financiera" (o una forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios) con la que se otorgue un "beneficio". Con arreglo a la definición exhaustiva del elemento de "contribución financiera" de las subvenciones que da el Acuerdo en el párrafo 1 a) 1) del artículo 1, éste abarca únicamente determinadas acciones gubernamentales -transferencia directa de fondos, condonación e ingresos públicos o suministro de bienes o servicios, compra de bienes- que entrañan la transferencia de recursos financieros de un gobierno, o por orden de un gobierno, a un productor privado. En opinión del Canadá, una limitación de las exportaciones no está comprendida en ninguna de esas categorías.

5.5 De forma más concreta, y en contra de lo establecido en el derecho estadounidense, el Canadá aduce que las limitaciones de la exportación no están comprendidas en el ámbito de aplicación del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del Acuerdo. Una limitación de las exportaciones no "encomienda u ordena" a una "entidad privada" que "proporcione bienes", ni reúne los restantes requisitos del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1.

5.6 El Canadá afirma que las medidas estadounidenses que exigen que se dé ese trato a las limitaciones de la exportación son el artículo 771(5) de la *Ley de Aranceles de 1930*²⁸, modificada por la *Ley sobre los Acuerdos de la Ronda Uruguay (URAA)*, las partes de la Declaración de Acción Administrativa²⁹ de acompañamiento de la URAA que interpretan el artículo 771(5) en relación con las limitaciones de la exportación, diversas partes del preámbulo de la reglamentación definitiva sobre derechos compensatorios del Departamento de Comercio de los Estados Unidos³⁰ que interpretan y aplican el artículo 771(5) y la DAA en lo que respecta a las limitaciones de la exportación y la práctica constante del Departamento de Comercio al respecto.

5.7 En opinión del Canadá, esas medidas, además de ser incompatibles con el párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC, son incompatibles con el artículo 10 (así como con los artículos 11, 17 y 19, en la medida en que se relacionan con las prescripciones del artículo 10) y con el párrafo 1 del artículo 32 del Acuerdo SMC, porque obligan a imponer derechos compensatorios contra prácticas que no son subvenciones en el sentido del párrafo 1 del artículo 1. Por la misma razón, las medidas en cuestión vulneran la obligación que imponen a los Estados Unidos el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC y el párrafo 5 del artículo 32 del Acuerdo SMC de asegurarse de que sus

²⁸ Codificada en 19 U.S.C. § 1677(5) (1994).

²⁹ "Statement of Administrative Action", H.R. documento N° 103-316, volumen 1, especialmente, páginas 925-926 (1994).

³⁰ *Countervailing Duties*, 63 *Federal Register* 65.348 en 65.349-65.351 (Dep't Commerce 25 Nov. 1998) (resolución definitiva).

leyes, reglamentos y procedimientos administrativos estén en conformidad con sus obligaciones en virtud de los Acuerdos de la OMC.

2. La legislación de los Estados Unidos en materia de derechos compensatorios antes y después de la OMC y las medidas estadounidenses

5.8 El Canadá señala que la imposición de derechos compensatorios por los Estados Unidos se rige por la disposición legislativa en esa materia recogida en el subtítulo A del título VII de la *Ley de Aranceles de 1930* ("la Ley"), modificada en varias ocasiones. El artículo 701 de la Ley contiene una prescripción básica, según la cual si la autoridad administradora determina que se concede una subvención que puede dar lugar a la imposición de medidas compensatorias a la mercancía objeto de investigación, y la Comisión de Comercio Internacional de los Estados Unidos constata que una rama de producción nacional sufre un daño importante debido a las importaciones de dicha mercancía "*se impondrá respecto de esa mercancía un derecho compensatorio [...]*". En consecuencia, el Canadá afirma que la imposición de un derecho es obligatoria si concurren los elementos relativos a la subvención y el daño.

5.9 El Canadá añade que la definición de "subvención susceptible de compensación" se recoge en el artículo 771(5) de la Ley. En el derecho estadounidense anterior a la OMC no existía una definición de "subvención" como tal, sino una Lista ilustrativa de subvenciones. De forma más general, aunque habitualmente el predicado era algún tipo de "acción del gobierno", se definía una subvención como un "beneficio que puede ser objeto de medidas compensatorias" específico para determinadas empresas o ramas de producción.

5.10 El Canadá aduce que, hasta el decenio de 1990, el Departamento de Comercio reconoció que la imposición de medidas compensatorias contra medidas en frontera llevaría a resultados absurdos, por cuanto incluiría a muchas prácticas gubernamentales legítimas en el ámbito de la legislación sobre derechos compensatorios, y determinó, en consecuencia, que las medidas en frontera (incluidas las limitaciones de la exportación) no constituían subvenciones susceptibles de compensación en el derecho estadounidense.³¹ El Canadá sostiene que el Departamento de Comercio se desvió radicalmente a principios del decenio de 1990 de esta posición en dos asuntos relativos a derechos compensatorios, *Leather from Argentina*³² (*Cuero*) y *Certain Softwood Lumber Products from Canada*³³ (*Maderas blandas*). Según el Canadá, el Departamento de Comercio llegó a la conclusión de que la prohibición encubierta de las exportaciones en el asunto *Cuero* y las limitaciones de la exportación de trozas en *Maderas blandas* constituían subvenciones internas que podían dar lugar a la imposición de medidas compensatorias porque tenían un "efecto directo y discernible" sobre los precios internos que beneficiaba a los productores en fases ulteriores del proceso productivo. El Departamento declaró expresamente que no consideraba que en ninguno de los casos la limitación "proporcionara bienes"³⁴ y rechazó en *Maderas blandas* el argumento de los demandados de que las limitaciones de la exportación no podían dar lugar a la imposición de medidas compensatorias porque no entrañaban ninguna "contribución financiera", basándose en que ni el Código de Subvenciones

³¹ Véanse los párrafos 19 y 20 de la Primera comunicación escrita del Canadá de 27 de noviembre de 2000 (Primera comunicación del Canadá).

³² *Leather from Argentina*, 55 *Federal Register* 40.212 (Department of Commerce 2 Oct. 1990) (Determinación definitiva).

³³ *Certain Softwood Lumber Products from Canada*, 57 *Federal Register* 22.570, 22.610 (Department of Commerce 28 May 1992) (Determinación definitiva) (en adelante, *Maderas blandas*).

³⁴ Véase el párrafo 24 de la Primera comunicación del Canadá.

anterior a la OMC ni la legislación estadounidense exigían que existiera una "contribución financiera" para que hubiera una subvención.

5.11 Por tanto, afirma el Canadá, la inclusión en el Acuerdo SMC de una definición de las subvenciones que requiere una "contribución financiera" y el consiguiente otorgamiento de un "beneficio" hacía imperativa una modificación de la legislación estadounidense en materia de derechos compensatorios. Los Estados Unidos procedieron a aplicar la definición de "subvención" en la URAA modificando a tal fin el texto de su artículo 771(5). Según el Canadá el texto modificado de ese artículo, aunque no trata expresamente de las limitaciones de la exportación, constituye la base legal de las demás medidas que, conjuntamente con el texto legislativo, comprometen a los Estados Unidos a tratar las limitaciones de la exportación como "contribuciones financieras".³⁵

5.12 El Canadá afirma que la DAA de acompañamiento de la URAA establece la interpretación autorizada de esa Ley y las obligaciones de la Administración estadounidense al aplicarla.³⁶ Casi todas las disposiciones de la DAA sobre la "contribución financiera" se centran en lo que la Declaración denomina "subvenciones indirectas" y en el propósito de la Administración de que en el artículo 771(5)(B)(iii) -que se refiere al supuesto de que un gobierno "encomiende u ordene a una entidad privada que haga una contribución financiera"- sea interpretado de forma amplia, entendiendo que abarca prácticas tales como aquellas respecto de las que el Departamento de Comercio imponía medidas compensatorias al amparo de la legislación pertinente anterior a la OMC. En concreto, según el Canadá, la DAA ordena al Departamento de Comercio que siga constatando que las circunstancias que se daban en los asuntos *Cuero* y *Maderas blandas* pueden dar lugar a la imposición de medidas compensatorias. Se trata, por consiguiente, de una orden expresa y determinante al Departamento de Comercio para que éste aplique el artículo 771(5) de forma que se llegue al mismo resultado, en lo que respecta a las limitaciones de la exportación, que se obtenía con la práctica anterior a la OMC.³⁷

5.13 El Canadá observa que el Departamento de Comercio publicó el reglamento que aplicaba las modificaciones de la URAA a la legislación estadounidense en materia de derechos compensatorios en 1998, y aduce que en él se desarrolla la interpretación de la DAA de que una limitación de las exportaciones cumple los criterios de la disposición del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del Acuerdo SMC y del artículo 771(5)(B)(iii) de la Ley que se expresa con las palabras "encomiende u ordene". En primer lugar, el reglamento confirma que, después de la URAA, el "criterio para constatar la existencia de una subvención indirecta" es el mismo que en la práctica anterior a la OMC. En segundo lugar, en él se interpreta que el criterio que se expresa con las palabras "encomiende u ordene" se cumple cuando un gobierno "es causa de que" a un particular (o un grupo de particulares no vinculados) otorgue un beneficio. Por último, en él se declara que mediante las limitaciones de la exportación el gobierno encomienda u ordena a una entidad privada que proporcione bienes -y por ende que haga una "contribución financiera"-, lo que puede dar lugar a la imposición de medidas compensatorias si "lleva" a una reducción de los precios internos del producto objeto de restricción. En consecuencia, a juicio del Canadá, el reglamento aclara que Comercio constatará que se cumple el criterio del artículo 771(5)(B)(iii), expresado con las palabras "encomiende u ordene" y, por tanto, constatará que una limitación de la exportación constituye una subvención susceptible de medidas compensatorias, cuando llegue a la conclusión de que los productores del producto objeto de

³⁵ El Canadá señala que el informe del Grupo Especial en *Estados Unidos - Artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974* observó que la legislación nacional podía tener diversos niveles, que incluían tanto textos legales como otros elementos institucionales y administrativos que "muchas veces [...] son inseparables y no deben interpretarse independientemente al evaluar la conformidad global de la ley con las obligaciones dimanantes de la OMC". WT/DS152/R, 22 de diciembre de 1999, párrafos 7.26 y 7.27.

³⁶ Véanse los párrafos 32 a 35 de la Primera comunicación del Canadá.

³⁷ Véanse los párrafos 36 a 41 de la Primera comunicación del Canadá.

restricción lo proporcionan a los usuarios en fases posteriores del proceso productivo a cambio de lo que al Departamento de Comercio considera una "remuneración inferior a la que sería adecuada", es decir, cuando constate que se ha otorgado un "beneficio".³⁸

5.14 El Canadá afirma que, al igual que la DAA y el reglamento, la práctica de los Estados Unidos, de conformidad con esas medidas asume que las limitaciones de la exportación, desde el punto de vista del derecho estadounidense, cumplen el criterio del artículo 771(5)(B)(iii) de la Ley.³⁹

3. Argumento jurídico

a) Para que una práctica constituya una subvención susceptible de medidas compensatorias, es necesario que se ajuste a la definición de "contribución financiera"

5.15 El Canadá señala que con arreglo al Acuerdo SMC sólo pueden imponerse derechos compensatorios en el caso de "subvenciones".⁴⁰ Según el Canadá, las medidas estadounidenses son incompatibles con las obligaciones que impone a los Estados Unidos el Acuerdo SMC, ya que las limitaciones de la exportación no son "subvenciones" en el sentido del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo.

5.16 El Canadá afirma que la definición de "subvención" del párrafo 1 del artículo 1 es estrictamente aplicable a todos los aspectos en el Acuerdo SMC. En consecuencia, es aplicable para determinar si puede imponerse un derecho compensatorio al amparo del artículo 10 del Acuerdo si existen pruebas suficientes para iniciar una investigación en materia de derechos compensatorios de conformidad con el artículo 11 y si pueden establecerse derechos compensatorios provisionales o definitivos de conformidad con los artículos 17 ó 19. Además, el párrafo 1 del artículo 32 del Acuerdo establece que "no podrá adoptarse ninguna medida específica contra una *subvención* de otro Miembro si no es de conformidad con las disposiciones del GATT de 1994, según se interpretan en el presente Acuerdo" (sin cursivas en el original). Por consiguiente para que una práctica pueda ser objeto de medidas compensatorias es necesario que esa práctica se ajuste a la definición de "subvención" del párrafo 1 del artículo 1. Ninguna disposición de los Acuerdos de la OMC permite la imposición de derechos compensatorios en casos o respecto de prácticas que no se ajusten a la definición de "subvención" del Acuerdo SMC.

5.17 El Canadá afirma que la definición de subvención del artículo 1 del Acuerdo SMC contiene dos elementos distintos: 1) que haya "una contribución financiera de un gobierno o de cualquier organismo público" y 2) que "con ello se otorgue un beneficio". Como declaró el Órgano de Apelación en *Brasil - Programa de financiación de las exportaciones para aeronaves*, la "contribución financiera" y el correspondiente otorgamiento de un beneficio son "elementos jurídicos independientes en el párrafo 1 del artículo 1 [...] que *conjuntamente* determinan si *existe* o no una subvención"⁴¹ [las cursivas figuran en el original]. Además, según el Canadá, los términos del Acuerdo establecen claramente que a efectos de determinar si existe o no una "contribución financiera" en el sentido del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 es concluyente la naturaleza de la acción del

³⁸ Véanse los párrafos 42 a 51 de la Primera comunicación del Canadá.

³⁹ Véanse los párrafos 52 a 60 de la Primera comunicación del Canadá.

⁴⁰ El Canadá observa que para imponer derechos compensatorios es necesario además que se cumplan los requisitos de especificidad y daño del Acuerdo SMC. No obstante, a juicio del Canadá, en el presente caso lo que está en litigio es el sentido de la definición de "subvención".

⁴¹ WT/DS46/AB/R, 2 de agosto de 1999, párrafo 157.

gobierno. Si un gobierno no ha realizado ninguno de los actos enumerados en el párrafo 1 a) 1) del artículo 1, no existe una "contribución financiera" y no puede haber "subvención".

5.18 A juicio del Canadá, la historia de la negociación del Acuerdo SMC confirma que para que haya una subvención es requisito previo la existencia de determinados tipos de acción gubernamental. Según el Canadá, los Estados Unidos propusieron que se definiera el término "subvención" como *cualquier* acción del gobierno con la que se otorgue un beneficio, con lo que no sería necesario demostrar la existencia de una contribución financiera.⁴² No obstante, la propuesta de los Estados Unidos, que reflejaba el derecho estadounidense anterior a la OMC al centrarse exclusivamente en la existencia de un "beneficio" y no establecer ninguna limitación respecto de la naturaleza de la acción del gobierno requerida, fue rechazada, tras adoptarse el texto del párrafo 1 a) 1) del artículo 1. El Canadá afirma que, por consiguiente, la tesis de los Estados Unidos de que el Acuerdo SMC no introdujo ninguna modificación con respecto al derecho estadounidense anterior a la OMC es insostenible.

5.19 El Canadá aduce asimismo que la definición de "contribución financiera" del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 es excluyente y exhaustiva, como pone de manifiesto el significado corriente de los términos considerados en su contexto y confirma la historia de la negociación. La lista de los tipos de "contribución financiera" de los apartados i) a iv) de dicho párrafo va precedida de las palabras "es decir: [...] cuando", en el sentido de "esto es, cuando". Esta expresión restrictiva pone claramente de manifiesto que se trata de una lista exhaustiva y no ilustrativa. Por el contrario, según el Canadá, cuando los negociadores del Acuerdo SMC tuvieron intención de que una lista tuviese carácter ilustrativo, no utilizaron esa expresión, sino otras, tales como "por ejemplo". Los sucesivos proyectos de texto del Acuerdo, en los que las expresiones ilustrativas ("tales como cuando") fueron pronto sustituidas por la expresión definitiva "es decir: [...] cuando" que figura en el texto final, corroboran este punto.⁴³

b) El trato de las limitaciones de la exportación como "subvención indirecta" es incompatible con los términos expresos del Acuerdo SMC

5.20 El Canadá señala que el párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC establece cuatro categorías de actos del gobierno que pueden constituir una "contribución financiera". Los tres primeros se producen cuando un gobierno u organismo público i) efectúe una transferencia directa o potencial de fondos (por ejemplo, donaciones, préstamos o garantías de préstamos); ii) condone o no recaude ingresos públicos que en otro caso se percibirían (por ejemplo bonificaciones fiscales); y iii) proporcione bienes o servicios (que no sean de infraestructura general) o compre bienes. El Canadá indica que hay que destacar que cada uno de esos tipos de actos del gobierno implican una transferencia de recursos económicos (es decir financieros) de un gobierno a productores de bienes o servicios y aduce que en cambio, una limitación de las exportaciones no implica una transferencia de recursos financieros de un gobierno y no está comprendida dentro de ninguna de esas tres categorías: no constituye una transferencia de fondos, una condonación de ingresos públicos o un suministro de bienes.

5.21 El Canadá afirma que la cuarta categoría, que figura en el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1, se refiere a una contribución financiera indirecta. A juicio del Canadá, es necesario que concurran cinco elementos para que se cumplan los términos de esta disposición: a) es necesario que un gobierno encomiende u ordene, b) a una entidad privada c) una o varias de las funciones descritas en los incisos i) a iii), d) que normalmente incumbirían al gobierno y e) la práctica en cuestión no debe

⁴² Véase el párrafo 71 de la Primera comunicación del Canadá.

⁴³ Véase el párrafo 75 de la Primera comunicación del Canadá.

diferir, en ningún sentido real, de las prácticas normalmente seguidas por los gobiernos. Para que una práctica reúna las condiciones del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 es necesario que en ella concurren *todos y cada uno* de esos elementos. Ahora bien; según el Canadá, en las limitaciones de la exportación no concurre ninguno de ellos. Por consiguiente la afirmación, de los Estados Unidos de que las limitaciones de la exportación están comprendidas en el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 por cuanto equivalen a que un gobierno encomiende u ordene a una entidad privada proporcionar bienes a los usuarios nacionales del producto objeto de la restricción es absolutamente errónea.

5.22 En primer lugar, aduce el Canadá, una limitación de las exportaciones no "encomienda u ordena" a nadie la realización de un acto positivo. Conforme a su significado claro, las palabras "encomiende u ordene" implican un acto positivo de ordenar o encargar a alguien que haga algo. El *New Shorter Oxford English Dictionary* define el término "entrust" (encomendar) como "invest with a trust; give (a person, etc.) the responsibility for a task [...]" (confiar; dar (a una persona, etc.) la responsabilidad de una tarea [...]).⁴⁴ Así pues, el término "encomendar" tiene una acusada connotación de acción. El significado corriente del término "direct" (ordenar) es "to give authoritative instructions to; to ordain, order or appoint (a person) to do (a thing) to be done; order the performance of" (dar instrucciones autorizadas a; ordenar o mandar (a una persona) que haga (una cosa) o designarla para ello; ordenar la realización de".⁴⁵

5.23 A juicio del Canadá, los términos que siguen inmediatamente en el texto inglés a "encomiende [...]" o "le ordene" ("to carry out") refuerzan esos significados. El significado corriente de "to carry out" es "conduct to completion, put into practice" ("llevar a cabo, poner en práctica")⁴⁶ o "to put into execution" (poner en ejecución).⁴⁷ Conjuntamente, las palabras "entrusts or directs [...] to carry out" indican la comunicación de una función o la orden de que sea realizada o ejecutada. Según el Canadá, una limitación de las exportaciones no encomienda u ordena imperativamente a los productores del producto objeto de restricción que hagan algo, sino que limita su capacidad de exportar.

5.24 En segundo lugar, afirma el Canadá, una limitación de las exportaciones no encomienda u ordena a una "entidad privada" ("private body") (o, con la expresión que se utiliza en la legislación estadounidense con el mismo significado, "private entity"), porque el universo de los productores privados de un producto no constituyen una "entidad privada".

5.25 Por el contrario, el significado corriente de "body" ("entidad") es "a group of persons or things: [...] a group of individuals organised for some purpose [...]" ("un grupo de personas o cosas: [...] un grupo de individuos organizados con algún fin [...]").⁴⁸ Dicho de otro modo, el hecho de que sea posible describir a determinados individuos basándose en una característica común (trabajadores de las minas de oro, personas de edad inferior a 21 años, agricultores o médicos) no convierte al conjunto de esos individuos en una "entidad privada". En consecuencia, a juicio del Canadá, conforme a los propios términos del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1, los productores de cueros y

⁴⁴ *The New Shorter Oxford English Dictionary*, vol. 1 (Oxford: Clarendon Press, 1993), p. 831.

⁴⁵ *The New Shorter Oxford English Dictionary*, vol. 1 (Oxford: Clarendon Press, 1993), p. 679.

⁴⁶ *The New Shorter Oxford English Dictionary*, vol. 1, (Oxford: Clarendon Press, 1993), p. 343.

⁴⁷ *Merriam-Webster's Collegiate Dictionary*, 10th ed. (Springfield, Mass.: Merriam-Webster, 1993), p. 176.

⁴⁸ *Merriam-Webster's Collegiate Dictionary*, 10th ed. (Springfield, Mass.: Merriam-Webster, 1993), 128.

madereros de *Cuero* y *Maderas blandas*, en cuanto productores individuales no organizados, no eran "entidades privadas".

5.26 En tercer lugar, el Canadá aduce que una limitación de las exportaciones no encomienda u ordena a una entidad privada que "lleve a cabo" el suministro de bienes, sino que, por definición, limita la capacidad de exportar. No entraña ninguna transferencia de recursos financieros de un gobierno a productores de bienes. De hecho, como se ha señalado antes, el propio Departamento de Comercio manifestó expresamente que no consideraba que las limitaciones de la exportación en *Cueros* o *Maderas blandas* constituyeran un suministro de bienes.⁴⁹ Exista o no una limitación de las exportaciones, los productores de un bien lo suministran en el mercado interno en la medida en que desean hacerlo.

5.27 Según el Canadá, conforme a la interpretación de los Estados Unidos, quedarían sujetas al Acuerdo una amplia gama de medidas reglamentarias de los gobiernos que no reúnen los requisitos del artículo 1 del Acuerdo SMC y que nunca se tuvo la intención de que estuvieran abarcadas por éste. Si se considera que una limitación de las exportaciones equivale al suministro de un producto porque *podría* tener como consecuencia una mayor disponibilidad de ese producto en el mercado interno, habría que considerar que *cualquier* medida que pueda inducir o alentar a los productores nacionales a incrementar la oferta de un producto constituye suministro de un bien, y por consiguiente una contribución financiera. A juicio del Canadá, esta interpretación representa una expansión inconcebible de la definición de "subvención" del Acuerdo SMC que socavaría el acuerdo alcanzado en las negociaciones en la Ronda Uruguay y eliminaría la seguridad y previsibilidad que se logró con el éxito de la negociación del Acuerdo.

5.28 El Canadá afirma que los elementos cuarto y quinto del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 requieren que la función de los incisos i) a iii) que un gobierno "encomiende a una entidad privada [...] o le ordene que [...] lleve a cabo" sea una función de las que "normalmente incumbirían al gobierno" y que "la práctica no difiera, en ningún sentido real, de las prácticas normalmente seguidas por los gobiernos". El Canadá aduce que esos elementos constituyen prerequisites jurídicos de la existencia de una contribución financiera comprendida en el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 que, por definición, no se cumplen en el caso de las limitaciones de la exportación, ya que no se lleva a cabo ninguna de las funciones enumeradas en los incisos i) a iii). Ahora bien; merece la pena señalar, a juicio del Canadá, que esos elementos son importantes elementos contextuales que ponen de manifiesto que el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 no es un cajón de sastre de todas las medidas reglamentarias de los gobiernos que puedan dar lugar en algún sentido a beneficios económicos, sino que ese párrafo responde al propósito de asegurarse de que no sea posible a un gobierno eludir las disciplinas que serían aplicables a las subvenciones encomendando u ordenando a un particular que se subrogue en sus funciones para hacer una contribución financiera de alguno de los tipos descritos en los párrafos 1 a) i), ii) o iii) del artículo 1 que normalmente el gobierno habría efectuado directamente. A juicio del Canadá, es evidente que una limitación de las exportaciones no es una medida de esa índole.

5.29 Por último, el Canadá sostiene que la historia de la negociación confirma que las limitaciones de la exportación no están comprendidas en la definición de subvención del Acuerdo SMC. En el curso de las negociaciones de la Ronda Uruguay los propios Estados Unidos reconocieron que la definición de "subvención" que se incorporó al texto del párrafo 1 a) del artículo 1 del Acuerdo SMC no abarcaba las limitaciones de la exportación, como se desprende claramente de las propuestas presentadas por los Estados Unidos en el Grupo de Negociación sobre las Subvenciones, en las que los Estados Unidos trataban de introducir disciplinas aplicables, *además de a las subvenciones*

⁴⁹ Véase *Lumber*, 57 *Federal Register* en 22.592, 22.609.

definidas en el párrafo 1 del artículo 1 a las denominadas prácticas de "fijación de objetivos en la esfera industrial", incluidas las limitaciones de la exportación.

5.30 El Canadá añade que, en sus propuestas, los Estados Unidos consideraban que las limitaciones de la exportación eran instrumentos de política general selectivos, y que esos instrumentos de política general eran independientes y distintos de las "subvenciones". Así pues, a juicio del Canadá, los Estados Unidos daban claramente por sentado que las limitaciones de la exportación no estaban comprendidas en el ámbito de la definición de "subvención", y de hecho lo reconocieron así en el Grupo de Negociación.⁵⁰ Además, esos esfuerzos de los Estados Unidos por incorporar las limitaciones de la exportación al ámbito de aplicación del Acuerdo SMC, fracasaron, como reconocieron ampliamente las empresas privadas estadounidenses al evaluar las negociaciones de la Ronda Uruguay.⁵¹

5.31 El Canadá aduce que, los Estados Unidos a pesar de que es evidente que fracasaron en su intento de que el texto del Acuerdo SMC diera cabida a la anterior legislación estadounidense, no modificaron el trato concedido a las limitaciones de la exportación en la legislación estadounidense cuando pretendieron que aplicarían las nuevas obligaciones derivadas de la Ronda Uruguay. Los Estados Unidos, aunque modificaron el texto de su legislación en materia de derechos compensatorios, recurrieron a la DAA y al reglamento para asegurarse de que el texto legal fuera interpretado y aplicado conforme a la legislación estadounidense anterior a la OMC, y en contradicción con las prescripciones del Acuerdo SMC.

c) Las medidas estadounidenses entrañan además una infracción de la obligación de los Estados Unidos de poner su legislación en conformidad con los Acuerdos de la OMC

5.32 El Canadá aduce que por las mismas razones, el régimen de las limitaciones de la exportación en la legislación estadounidense es incompatible también con las obligaciones que imponen a los Estados Unidos el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC y el párrafo 5 del artículo 32 del Acuerdo SMC.

5.33 El Canadá afirma que, según se desprende de sus propios términos, las obligaciones establecidas en esos preceptos tienen carácter absoluto. Responden al hecho de que una ley, reglamento o procedimiento administrativo que viole una obligación derivada de los Acuerdos de la OMC genera inseguridad y afecta negativamente a las oportunidades de competir de los bienes o servicios de los demás Miembros. Del hecho de que la legislación estadounidense prevea la aplicación de derechos compensatorios a prácticas que no son subvenciones en el sentido del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC se deriva que los Estados Unidos no se han asegurado de la conformidad de sus leyes, reglamentos y procedimientos administrativos con las obligaciones que les impone el Acuerdo SMC. En consecuencia, es preciso constatar que los Estados Unidos han infringido también las obligaciones que les imponen el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC y el párrafo 5 del artículo 32 del Acuerdo SMC.

B. PRIMERA COMUNICACIÓN ESCRITA DE LOS ESTADOS UNIDOS

1. Introducción

5.34 En opinión de los Estados Unidos, para formular una constatación favorable al Canadá, el Grupo Especial ha de concluir que no puede concebirse una situación en la que una limitación de las

⁵⁰ Véanse los párrafos 96 a 104 de la Primera comunicación del Canadá.

⁵¹ Véanse los párrafos 105 a 107 de la Primera comunicación del Canadá.

exportaciones pueda funcionar como una subvención. Los Estados Unidos consideran que el Canadá no analiza, o analiza de forma muy escasa, las limitaciones concretas de la exportación que existen en la realidad. En opinión de los Estados Unidos, cabe la posibilidad de que en una limitación de las exportaciones concurren todos los elementos de la definición de una subvención indirecta recogidos en el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1. En consecuencia, la petición extraordinaria del Canadá de que el Grupo Especial haga una interpretación autorizada del Acuerdo SMC debe desestimarse por razones sustantivas.

2. Argumento jurídico

a) La carga de la prueba incumbe al Canadá

5.35 Los Estados Unidos aducen que, en el presente asunto, la carga de la prueba que recae sobre el Canadá es abrumadora. El Canadá ha asumido la carga de probar un hecho negativo; que no hay ni habrá nunca una limitación de las exportaciones que pueda considerarse una subvención comprendida en el párrafo 1 del artículo 1. El Canadá ha tratado de superar esa difícil carga de la prueba eludiendo prácticamente el examen de las medidas reales de limitación de las exportaciones que pueden existir actualmente en el mundo y pidiendo de hecho al Grupo Especial que haga una interpretación autorizada, prescindiendo de cualquier tipo de elementos fácticos.

b) El Acuerdo SMC no impide tratar como subvención a una limitación de las exportaciones

i) *Económicamente, se reconoce que las limitaciones de la exportación son subvenciones*

5.36 Los Estados Unidos sostienen que no hay duda de que, económicamente, en el lenguaje corriente, las limitaciones de la exportación se consideran subvenciones. Al analizar una limitación de las exportaciones establecida por Indonesia, la Secretaría de la OMC aclaraba que la limitación de las exportaciones de recursos primarios favorece la elaboración en fases ulteriores del proceso productivo, concediendo, de hecho *una subvención a los insumos en beneficio de los elaboradores*. Esta opinión es ampliamente compartida por otras instituciones internacionales, de la que se hacen eco también numerosos estudios teóricos y de política general. Los Estados Unidos señalan que el Canadá aduce que, a pesar de esa opinión general, las limitaciones de la exportación no pueden reunir nunca *desde el punto de vista técnico* las condiciones necesarias para ser consideradas subvenciones de conformidad con el párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC.

ii) *Descartar la posibilidad de que las limitaciones de la exportación constituyan subvenciones sería incompatible con el objeto y fin del Acuerdo SMC*

5.37 Los Estados Unidos afirman que los elementos del párrafo 1) del artículo 31 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* constituyen "una sola norma holística de interpretación, en vez de [...] una sucesión de criterios distintos que han de aplicarse siguiendo un orden jerárquico".⁵² Un reciente grupo especial describía el objeto y fin del Acuerdo SMC en los siguientes términos: "A nuestro juicio, el objeto y fin [del Acuerdo SMC] es imponer disciplinas multilaterales a las subvenciones que distorsionan el comercio internacional." Según los Estados Unidos, esta opinión es compatible con la concepción general de las subvenciones como elementos distorsionadores del comercio internacional.

5.38 Los Estados Unidos afirman que el texto del propio Acuerdo SMC confirma este fin. Las subvenciones indirectas están abarcadas por el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1. Aunque esas medidas no supongan necesariamente un costo para el gobierno, son, sin duda "formas de intervención

⁵² *Estados Unidos - Artículo 301*, párrafo 7.22.

gubernamental [que] distorsionan el comercio internacional". Los Estados Unidos aducen que si el costo para el gobierno fuera un elemento necesario, el inciso iv) carecería de sentido.⁵³

5.39 Según los Estados Unidos, del significado corriente de los términos del inciso iv) se desprende que las subvenciones indirectas pueden ser recurribles. El Canadá no puede aducir de forma racional que aunque las subvenciones indirectas son recurribles en determinadas circunstancias, un tipo particular de subvenciones indirectas -las limitaciones de la exportación- no pueden serlo nunca. En opinión de los Estados Unidos, una declaración del Grupo Especial de que, independiente de las circunstancias fácticas, esta categoría concreta de subvenciones indirectas excede del ámbito del Acuerdo SMC, socavaría el objeto y fin del Acuerdo SMC, por cuanto la elusión de sus obligaciones por los Miembros resultaría demasiado fácil. En un asunto anterior, el Órgano de Apelación ha advertido que es preciso evitar que se produzca este resultado.⁵⁴

iii) *Del texto y el contexto del párrafo 1 del artículo 1 se desprende que una limitación de las exportaciones puede constituir una subvención indirecta en el sentido del inciso iv)*

El enfoque restrictivo de la interpretación del párrafo 1 del artículo 1 adoptado por el Canadá es erróneo.

5.40 Según los Estados Unidos, ni el texto del párrafo 1 del artículo 1, en general, ni el inciso iv), en particular, excluyen expresamente de la definición de "subvención" las limitaciones de la exportación⁵⁵ y es preciso dar una interpretación amplia a ambos preceptos.⁵⁶ Por el contrario, el Canadá propugna una interpretación restrictiva del párrafo 1 del artículo 1, basándose fundamentalmente en el empleo de la expresión "es decir: [...] cuando [...]" para introducir la lista de tipos de contribución financiera del párrafo 1 a) 1) del artículo 1.

5.41 Los Estados Unidos admiten que, por lo general, la expresión "es decir" tiene carácter limitativo, pero señalan que la expresión "es decir: [...] cuando [...]" figura en la introducción general del párrafo 1 a) 1) del artículo 1. A juicio de los Estados Unidos, en la medida en que dicha expresión tiene un valor limitativo, se reduce a limitar a cuatro las categorías de "contribuciones financieras". La expresión no figura dentro del propio texto del inciso iv). Según los Estados Unidos, la expresión "es decir: [...] cuando [...]", aunque establece que el universo de las subvenciones es limitado no determina si ese universo limitado es grande o pequeño.

5.42 Según los Estados Unidos, del texto del inciso iv) se desprende que ese universo no es tan reducido como pretende el Canadá. En la versión inglesa del inciso iv) se establece que hay una contribución financiera cuando "a government [...] entrusts or directs a private body to carry out one or more of the type of functions illustrated in (i) to (iii) above" ("un gobierno [...] encomiende a una

⁵³ Para los Estados Unidos, el "costo para el gobierno" es incompatible con el término "beneficio", porque excluiría del ámbito de ese término precisamente las situaciones descritas por el párrafo 1 a) 1) iv). *Canadá - Aeronaves civiles (AB)*, párrafo 160.

⁵⁴ *Canadá - Automóviles (AB)*, párrafo 142; el Órgano de Apelación constató que la interpretación del párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC del Grupo Especial estaría "en contradicción con el objeto y fin del Acuerdo SMC, porque haría demasiado fácil la elusión de sus obligaciones por los Miembros".

⁵⁵ Los Estados Unidos no descartan la posibilidad de que, en función de los hechos, puedan ser pertinentes otras disposiciones del párrafo 1 del artículo 1.

⁵⁶ Los Estados Unidos señalan que el Órgano de Apelación ha advertido contra interpretaciones que supongan "dar preferencia a la forma con respecto al fondo y permitir a los Miembros eludir las disciplinas en materia de subvenciones [...]". *Canadá - Productos lácteos (AB)*, párrafo 110.

entidad privada una o varias de las funciones descritas en los incisos i) a iii) *supra*" (sin cursivas en el original). A juicio de los Estados Unidos, la palabra "type" significa "la forma, estructura o carácter generales que diferencian un grupo o clase concreta de cosas". En consecuencia, la inclusión de esa palabra indica que funciones de la misma forma, estructura o carácter generales que los descritos en los incisos i) a iii) constituirían también una concesión indirecta de una contribución financiera. Así pues, aducen los Estados Unidos, la definición de contribución financiera indirecta del inciso iv) no tiene un alcance tan limitado como el Canadá pretende que el Grupo Especial considere.

5.43 A juicio de los Estados Unidos, uno de los propios argumentos del Canadá apoya esta conclusión. El Canadá sostiene que cuando los redactores tuvieron intención de que una lista tuviese carácter ilustrativo, utilizaron otros términos -"por ejemplo" o "tales como"- . El Canadá se remite a los demás incisos del párrafo 1 a) 1) del artículo 1, lo que, según los Estados Unidos indica que el Canadá reconoce que la expresión "es decir: [...] cuando [...]" de la introducción del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 no reduce exclusivamente los incisos de ese párrafo a los elementos enumerados en ellos cuando el texto de los propios incisos no es exhaustivo sino expansivo. Dado que, de forma análoga, el texto del inciso iv) no es limitativo, sino amplio, los Estados Unidos aducen que es necesario interpretar de forma amplia ese inciso.⁵⁷

El texto del inciso iv) respalda la tesis de que una limitación de las exportaciones puede constituir una subvención.

5.44 Los Estados Unidos señalan que, de conformidad con el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1, para que haya una subvención indirecta son necesarios cinco elementos. En una limitación de las exportaciones pueden concurrir todos y cada uno de esos elementos.

5.45 Los Estados Unidos aducen que en lo que respecta a "encomiende u ordene", en los textos pertinentes se define "encomendar" como "confiar; dar (a una persona, etc.) la responsabilidad de una tarea". En consecuencia, si un gobierno da a una "entidad privada" la responsabilidad de llevar a cabo lo que por otro concepto sería una función gubernamental de subvención del tipo de las descritas en los incisos i) a iii) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1, hay una contribución financiera comprendida en el párrafo 1 a) 1) del artículo 1.

5.46 A juicio de los Estados Unidos, las diversas acepciones del término inglés "directs" abarcan la idea de "cause to move in or take a specified direction; turn towards a specified destination or target" ("ser causa de que algo o alguien se desplace o adopte una determinada dirección; orientar a dirigir a determinado destino") o "to give authoritative instructions to; to ordain, order (a person) to do (a thing) to be done; order the performance of." ("dar instrucciones autorizadas a; mandar, ordenar (a una persona) que haga (algo) que debe hacerse; ordenar la realización de"). Otras definiciones adicionales del término incluyen las acciones de "to regulate the course of" ("regular el curso de") y "to cause (something or someone) to move on a particular course; to guide (something or someone); to govern; to instruct (something or someone) with authority" ("ser causa de que algo o alguien adopte un curso determinado; guiar (a algo o a alguien); gobernar; dar instrucciones a alguien, o por que se haga algo, con autoridad").

5.47 Los Estados Unidos afirman que no cabe sostener que ninguna limitación de las exportaciones puede ajustarse a alguna de esas definiciones. Como mínimo, es fácil que pueda decirse que una limitación de las exportaciones "regula las actividades de" una entidad privada o "es causa" de que una entidad privada lleve a cabo una de las funciones enumeradas en el inciso iv), y otorga de esa forma una contribución financiera.

⁵⁷ Según los Estados Unidos, a la luz de este análisis, las afirmaciones del Canadá acerca de la evolución de la expresión "es decir: [...] cuando [...]" son escasamente pertinentes o no lo son en absoluto.

5.48 Por ejemplo, aducen los Estados Unidos, supongamos que para fomentar la producción y exportación de productos con más valor añadido, el Gobierno de Shangri-La decida ayudar a su industria de zumos de piña. El Gobierno comienza por comprar todas las piñas a los cultivadores y venderlas a la industria productora de zumos de piña a un precio inferior al que las ha comprado. Para los Estados Unidos, es evidente que en ese supuesto existe una subvención, ya que el gobierno ha hecho una contribución financiera a la industria elaboradora de zumos de piña proporcionándoles un bien (las piñas) por un precio inferior a la remuneración que sería adecuada.

5.49 Supongamos ahora -aducen los Estados Unidos- que, en lugar de comprar él mismo las piñas, el gobierno tiene un grado suficiente de control sobre los cultivadores de piñas para ordenarles que vendan sus piñas a la rama nacional de producción de zumos de piña. En tal caso, son los cultivadores de piñas, y no el gobierno, quienes proporcionan el bien en el sentido del inciso iii). Tal situación es precisamente, a juicio de los Estados Unidos el tipo de situación a que se refiere el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1. Si se proporcionan bienes por una remuneración inferior a la que sería adecuada existe una subvención.

5.50 No obstante, afirman los Estados Unidos, la orden del Gobierno de Shangri-La a los cultivadores de piñas de que venda sus piñas a la rama nacional de producción de zumos de piña puede adoptar diversas formas. El Gobierno de Shangri-La puede decretar que los cultivadores sólo pueden vender a la rama nacional de producción de zumos. Según los Estados Unidos, al mismo resultado exactamente puede llegarse si, en el curso de las operaciones comerciales normales hay un gran volumen de exportaciones de piñas y el Gobierno de Shangri-La pone fin a esa actividad exportadora prohibiendo la exportación de piñas. Según los Estados Unidos, el gobierno, al ordenar a los cultivadores que no exportaran, les estaría forzando a vender a los usuarios nacionales de piñas las piñas que de no ser por la prohibición habrían exportado.

5.51 Según los Estados Unidos, cuando un aumento de la oferta del producto en el mercado interno hace que se reduzca el precio de ese producto, se llega al mismo resultado que si el gobierno hubiera ordenado a los cultivadores que vendieran el producto a un precio inferior al del mercado. Así pues, el hecho de ordenar a los posibles cultivadores de piña que no exporten puede ser funcionalmente equivalente a ordenar a los cultivadores que vendan sus productos a la rama de producción de zumos por una remuneración inferior a la que sería adecuada. En opinión de los Estados Unidos, ambos tipos de funciones están claramente comprendidas en el ámbito del inciso iv).⁵⁸

5.52 Los Estados Unidos observan que el Canadá aduce que una limitación de las exportaciones no constituye una orden de proporcionar bienes, porque una limitación de las exportaciones no encomienda u ordena imperativamente a los productores del producto objeto de restricción que hagan algo, sino que limita su capacidad de exportarse. Los Estados Unidos añaden que el Grupo Especial no está obligado a atenerse únicamente a las definiciones elegidas por el Canadá.⁵⁹

5.53 Según los Estados Unidos, al establecer una distribución entre una restricción en forma de prohibición y una obligación positiva se da simplemente primacía a la forma sobre el fondo. Una y

⁵⁸ Según los Estados Unidos, en ambos casos hay una transferencia de recursos de los cultivadores a la rama de producción de zumos, y "una 'subvención' implica una transferencia de recursos económicos del otorgante al receptor por una cantidad inferior a la prestación total". *Canadá - Productos lácteos (AB)*, párrafo 87.

⁵⁹ Según los Estados Unidos, la *Special Import Measures Act*, S.C. 1984, c. 25, s.2 del Canadá declara que existe una subvención indirecta cuando "el gobierno *permite* a una entidad privada realizar alguno de los actos enumerados en alguno de los párrafos a) a c) o le *ordena* que lo realice [...]". En consecuencia, el Canadá está instando al Grupo Especial a que adopte un criterio que ese país no aplica a los efectos de su propia legislación en materia de derechos compensatorios.

otra son funcionalmente equivalentes: cuando un productor tiene dos opciones, la prohibición de una de ellas equivale a una orden positiva de elegir la otra. Los Estados Unidos sostienen que es evidente que una prohibición de las exportaciones ordena a los productores que no exporten, por lo que les ordena que recurran a los únicos compradores que quedan para venderles sus productos.

5.54 Los Estados Unidos añaden que, en lo que respecta a la expresión "entidad privada" el Acuerdo SMC (con independencia cual sea el idioma en que se consulte el texto) no contiene ni el término ni el concepto de entidad "organizada", ni puede darse del texto del Acuerdo una interpretación que incluya ese término.⁶⁰

5.55 Según los Estados Unidos el término "body" tiene muchas acepciones. Por ejemplo, puede referirse al singular ("an individual, a person") ("un individuo, una persona") o al plural ("an aggregate of individuals") ("un conjunto de individuos"). Los Estados Unidos señalan que el propio Canadá propone la definición alternativa de "un grupo de personas o cosas". Así pues, en el caso de las limitaciones de la exportación, puede considerarse que un gobierno ordena a cada productor o al conjunto de los productores que no exporten o que exporten sólo en un número muy reducido de supuestos.

5.56 Según los Estados Unidos, el argumento del Canadá de que una característica común de una serie de individuos (por ejemplo, trabajadores de las minas de oro, personas menores de 21 años, agricultores o médicos) no transforma al universo de esos individuos en una "entidad privada" es evidentemente erróneo. El mismo diccionario en el que el Canadá se basa dice que la definición de "body" incluye: "an assemblage of units characterized by some common attribute and thus regarded as a whole; a collective mass (of persons or of things) ("un conjunto de unidades caracterizadas por algún atributo común y consideradas en consecuencia como un todo; un colectivo (de 'personas o de cosas')").

5.57 Los Estados Unidos aducen que, a juicio del Canadá, una asociación de productores de acero constituiría una entidad privada (probablemente porque está "organizada"), pero no así cada uno de los productores de acero miembros de la asociación, aunque cada uno de ellos fuera a su vez una entidad social. Los Estados Unidos sostienen que, en consonancia con el texto y con el objeto y fin del Acuerdo SMC, no puede establecerse ninguna distinción nacional entre la asociación y las sociedades que son miembros de ella, ni hay diferencia entre los bancos y asociaciones de crédito (que el Canadá admite que son entidades privadas) y cualquier otro proveedor de un bien o de un servicio.

5.58 Según los Estados Unidos, en la medida en que haya alguna entidad que pueda constituir una entidad privada con arreglo incluso a la definición restrictiva del Canadá (una asociación organizada de productores) a la que pueda encomendarse u ordenarse, mediante una limitación de las exportaciones, que suministre un bien o servicio, cabe considerar que en una limitación de las exportaciones puede concurrir el elemento relativo a la existencia de una "entidad privada" del inciso iv).

5.59 Los Estados Unidos señalan que el tercer elemento del inciso iv) se remite a los tres incisos anteriores, al declarar que es necesario que se encomiende u ordene a una entidad privada que lleve a cabo "una o varias de las funciones descritas en los incisos i) a iii) *supra*". Los Estados Unidos afirman que el significado corriente de "llevar a cabo" es "realizar, ejecutar, poner en práctica". Así

⁶⁰ Los Estados Unidos afirman que la versión española del Acuerdo SMC hace referencia a una "entidad privada", expresión que en inglés se traduce por "private entity". El Canadá se apoya en el texto francés del Acuerdo SMC, en el que se emplea la expresión "organisme privé" y aduce que esa expresión significa "an organised group" "un grupo organizado". Ahora bien; el término "organisme" se traduce en inglés por "organization" o "body".

pues, en el supuesto de una limitación de las exportaciones, este elemento se cumple si una "entidad privada" realiza la función que le ha encomendado u ordenado llevar a cabo el Gobierno.

5.60 Según los Estados Unidos, una limitación de las exportaciones cumple las condiciones teóricas establecidas en el inciso iii) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 en relación con el suministro de bienes o servicios. Los Estados Unidos aducen que, en el caso de una limitación de las exportaciones, el gobierno estaría ordenando a una entidad privada (los productores de un bien) que proporcionara el producto objeto de la restricción a la rama de producción nacional que la utiliza mediante la limitación de la capacidad de los productores de vender ese producto a otros compradores.

5.61 Los Estados Unidos señalan que el Canadá aduce que cada uno de los tipos de actos del gobierno descritos en los incisos i) a iii) implica una transferencia de recursos económicos (financieros) de un gobierno a productores de bienes o servicios y que en una limitación de las exportaciones no hay transferencia de recursos financieros. Según los Estados Unidos, este argumento es simplemente una reiteración de la posición sostenida desde hace tiempo por el Canadá (y rechazada) según la cual sólo puede haber una subvención (directa o indirecta) cuando hay algún costo neto para el gobierno.

5.62 Los Estados Unidos añaden que el Canadá aduce también que haya o no una limitación de las exportaciones los productores de un bien suministran ese bien en el mercado interno en la medida en que desean hacerlo. Según los Estados Unidos, sencillamente eso no es cierto. Aunque no cabe duda de que los productores de un bien siguen proporcionando bienes al mercado interno cuando está en vigor una limitación de las exportaciones (porque no tienen otra opción), no abastecen al mercado interno en la medida en que desean hacerlo.

5.63 Los Estados Unidos recuerdan que el último elemento del inciso iv) requiere que la función de que se trata sea de las que "normalmente incumbirían al Gobierno [...] y la práctica no difiera, en ningún sentido real, de las prácticas normalmente seguidas por los gobiernos". En opinión de los Estados Unidos, el Canadá no aclara en absoluto las razones por las que una limitación de las exportaciones nunca podría cumplir este elemento, sino que se limita a reiterar sus argumentos erróneos acerca de los tres primeros elementos y afirma (erróneamente) que dado que una limitación de las exportaciones nunca podría cumplirlos en su totalidad, hay que llegar a la conclusión de que el último elemento no se cumple.

5.64 Los Estados Unidos sostienen, que, prescindiendo del hecho de que el Canadá no ha formulado argumentos sobre este aspecto, el texto no precisa más este elemento. No obstante, resulta esclarecedor en lo que respecta al significado de esas frases, un informe del Grupo Especial del GATT que se refiere expresamente a "la misión de percibir las imposiciones y de abonar las subvenciones" del gobierno. Los Estados Unidos aducen que el Canadá reconoce que el hecho de que una práctica difiera o no, en algún sentido real, de las prácticas normalmente seguidas por los gobiernos depende de las circunstancias relativas al gobierno y a la contribución financiera de que se trate.

5.65 Según los Estados Unidos, lo importante es que cuando un gobierno interviene en el suministro de un bien o servicio, y, en lugar de proporcionar directamente ese bien o servicio, encomienda u ordena a una entidad privada que lo proporcione a los compradores nacionales, mediante una limitación de las exportaciones o de cualquier otra forma, puede haber una contribución financiera en el sentido del inciso iv). Más importante aún, aducen los Estados Unidos, es que el inciso iv) se refiere evidentemente a funciones realizadas "normalmente" por los gobiernos en el contexto del otorgamiento de una subvención; cualquier otro significado privaría totalmente de sentido al inciso iv).

5.66 Por último, en opinión de los Estados Unidos, con una limitación de las exportaciones puede otorgarse un beneficio. Los Estados Unidos afirman que sólo puede dilucidarse caso por caso si con

una determinada limitación de las exportaciones se otorga o no un beneficio, aplicando el criterio establecido en el inciso d) del artículo 14 del Acuerdo SMC relativo al suministro de bienes o servicios. Los Estados Unidos afirman que al Canadá, aunque parece admitir la posibilidad de que con una limitación de las exportaciones se otorgue un beneficio, aduce que si se considerara que una limitación de las exportaciones implica el suministro de un bien porque *podría* dar lugar a la mayor disponibilidad de un producto en el mercado interno, *cualquier* medida que pudiera inducir o alentar a los productores nacionales a aumentar el suministro de un producto tendría que considerarse suministro de un bien y, por ende, una contribución financiera. Con respecto a esta argumentación sobre la "pendiente resbaladiza", los Estados Unidos indican que la respuesta es sencillamente que es poco probable que pueda constatarse que todas las medidas indicadas conceden una contribución financiera en el sentido del inciso iv) que tenga por efecto el otorgamiento de un beneficio en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1. De hecho, indican los Estados Unidos, en el asunto *Live Cattle from Canada*, el Departamento de Comercio determinó que con la medida de que se trataba *no* se otorgaba un beneficio, por lo que esa medida no constituía una subvención.

5.67 Además, los Estados Unidos recuerdan que, sólo son recurribles aquellas medidas del gobierno que sean específicas en el sentido del párrafo 2 del artículo 1 del Acuerdo SMC. En consecuencia, para los Estados Unidos, resulta evidente que no todas las medidas del gobierno que incrementen la oferta de un producto constituirían subvenciones susceptibles de medidas compensatorias. De hecho, la historia ha puesto de manifiesto que ha habido pocas o ninguna investigaciones en materia de derechos compensatorios que hayan afectado a los sistemas "reglamentarios" generales de los gobiernos. A juicio de los Estados Unidos, ese hecho debilita la pretensión del Canadá de que se adopte una definición restrictiva del inciso iv) basada en la supuesta acumulación de litigios.

El contexto del inciso iv) respalda la tesis de que una limitación de las importaciones puede constituir una subvención

5.68 Los Estados Unidos aducen que el punto d) de la Lista ilustrativa de Subvenciones a la Exportación abarca también las subvenciones indirectas y es sumamente pertinente a la interpretación del párrafo 1 del artículo 1 porque cada uno de los tipos de subvención descritos en la Lista ilustrativa debe cumplir los requisitos del párrafo 1 del artículo 1. Así pues, según los Estados Unidos, el texto del inciso iv) debe entenderse en forma suficientemente amplia para comprender los "programas impuestos por las autoridades" del punto d). Los Estados Unidos aducen que lo menos que puede decirse es que no resulta difícil considerar las limitaciones de la exportación como "programas impuestos por las autoridades" para beneficiar a los usuarios del producto objeto de la limitación.

5.69 En *Canadá - Productos lácteos*, afirman los Estados Unidos, el Grupo Especial examinó el punto d) para decidir si el sistema dual de fijación de precios del Canadá podía constituir una subvención a la exportación no enumerada en el párrafo 1 del artículo 9 del Acuerdo sobre la Agricultura. El Grupo Especial llegó a la conclusión de que el sistema era un "programa impuesto por las autoridades" del tipo descrito en el punto d). Según el Grupo Especial:

Aun si se considerara que la leche no había sido suministrada directamente por gobiernos u organismos públicos del Canadá, en lo que respecta a las clases 5 d) y 5 e), esa leche habría sido, al menos, suministrada indirectamente por medio de programas impuestos por las autoridades. *Para que existan esos programas no consideramos necesario, como sostiene el Canadá, que el Gobierno federal o los gobiernos provinciales impongan un determinado resultado que haya de ser conseguido o una determinada forma de actuar que haya de ser adoptada por la CDC, las juntas provinciales de comercialización o el CMSMC (sin cursivas en el original).*

5.70 Según los Estados Unidos, esta constatación del Grupo Especial es sumamente pertinente al presente asunto, porque el Canadá ha aducido que una limitación de las exportaciones no puede constituir nunca una subvención porque una limitación de las exportaciones no encomienda u ordena imperativamente a los productores del producto objeto de restricción que hagan algo. Ahora bien, en opinión de los Estados Unidos, el Grupo Especial que entendió en el asunto *Canadá - Productos lácteos* rechazó de plano ese criterio, y constató que para que haya una subvención indirecta no es necesario que los gobiernos "impongan un determinado resultado que haya de ser conseguido o una determinada forma de actuar que haya de ser adoptada [...]".

iv) *No hay en la historia de la negociación del Acuerdo SMC nada que excluya la posibilidad de que una limitación de las exportaciones constituya una subvención*

5.71 Los Estados Unidos sostienen que el Canadá ha recurrido a la historia de la negociación del Acuerdo SMC en un vano intento de quitar la conclusión a la que llevan inexorablemente el texto, el contexto y el objeto y fin del Acuerdo. En opinión de los Estados Unidos, no hay en la historia de la negociación nada que establezca que las limitaciones de la exportación no puedan constituir nunca subvenciones.

5.72 Los Estados Unidos recuerdan que el Canadá afirma que en el curso de las negociaciones de la Ronda Uruguay los propios Estados Unidos reconocieron que la definición de subvención del Acuerdo SMC no abarcaba las limitaciones de la exportación. Según el Canadá, esa conclusión se desprende claramente de las propuestas de los Estados Unidos relativas a las prácticas de fijación de objetivos en la esfera industrial.⁶¹

5.73 Según los Estados Unidos, la historia de la negociación pone de manifiesto que los Estados Unidos, aunque habrían preferido que el Acuerdo SMC se ocupara expresamente de la "fijación de objetivos en la esfera industrial", nunca adoptaron la posición de que el término "subvención" no podía abarcar en ningún caso las limitaciones de la exportación; y, lo que es más importante aún a juicio de los Estados Unidos, los resultados de las negociaciones no ponen de manifiesto ninguna exclusión o excepción expresa en lo que respecta a las limitaciones de la exportación.

5.74 Los Estados Unidos recuerdan que, para facilitar la labor, la Secretaría preparó una lista de los problemas que habían surgido en el funcionamiento de los acuerdos pertinentes del GATT de 1947. La Secretaría señaló que el Grupo de Expertos del Cálculo de la Cuantía de una Subvención había examinado los criterios para determinar en qué casos ciertas prácticas podían constituir subvenciones susceptibles de compensación y cómo debía evaluarse la cuantía de la subvención. La Secretaría enumeraba cuatro tipos de subvenciones examinadas por el Grupo, uno de los cuales era el de las "limitaciones de la exportación". Es evidente, aducen los Estados Unidos, que había en el Grupo de Expertos quienes pensaban que las limitaciones de la exportación podían constituir subvenciones.

5.75 Los Estados Unidos recuerdan que, en marzo de 1987, presentaron su primera propuesta sobre subvenciones y medidas compensatorias; la parte pertinente de esa propuesta consta de dos párrafos, el primero de los cuales dice lo siguiente:

La fijación de objetivos en la esfera industrial consiste en la elaboración de un plan o programa oficial de medidas coordinadas para ayudar a determinadas industrias orientadas hacia la exportación. Aunque algunas de esas medidas quedan claramente abarcadas por las disciplinas relativas a las subvenciones, no es en cambio tan clara

⁶¹ Los Estados Unidos señalan a este respecto que la expresión "fijación de objetivos en la esfera industrial" se refería a un plan o programa oficial de medidas coordinadas para ayudar a determinadas industrias orientadas hacia la exportación.

la aplicación del Código a otras de ellas. Como consecuencia, se han mantenido intensos debates en el Comité de Subvenciones en cuanto a si las prácticas de "fijación de objetivos" de los gobiernos entran o no en la definición internacionalmente admitida de subvención. Hasta la fecha, sin embargo, no ha habido acuerdo sobre si las medidas de política industrial que dan indirectamente lugar a la canalización de recursos hacia una industria o sector específico constituyen subvenciones susceptibles de compensación o han de tratarse en el marco de alguna otra disposición del Acuerdo General (sin cursivas en el original).

Según los Estados Unidos, este párrafo refleja la idea general de que no había acuerdo en cuanto a si las prácticas de fijación de objetivos de los gobiernos constituían subvenciones susceptibles de compensación, así como la posición de los Estados Unidos conforme a la cual determinados componentes de la "fijación de objetivos" estaban ya abarcados por las disciplinas relativas a las subvenciones.

5.76 Los Estados Unidos recuerdan que el texto del segundo párrafo de su propuesta de marzo de 1987 era el siguiente:

Los Estados Unidos estiman que en las negociaciones de la Ronda Uruguay debe aclararse de qué recursos se dispone para corregir las distorsiones del comercio y el perjuicio económico que causan la "fijación de objetivos" y demás medidas de política industrial que afectan al comercio. Preocupa a los Estados Unidos que en las disposiciones en materia de comercio internacional no se trate adecuadamente el perjuicio comercial que puede derivarse de los programas de fijación de objetivos en la esfera industrial.

5.77 A juicio de los Estados Unidos, el Canadá pide al Grupo Especial que interprete selectivamente este párrafo en el sentido de que los Estados Unidos admitieron que la definición de subvención no abarca las limitaciones de la exportación. No obstante, en opinión de los Estados Unidos, el texto completo de su declaración no apoya la interpretación del Canadá, sino que el deseo de los Estados Unidos de que se *aclare* que la fijación de objetivos y algunas otras medidas de política industrial están sujetas a las normas y disciplinas aplicables al comercio internacional refleja simplemente el hecho de que no había acuerdo al respecto, como, según los Estados Unidos, prueban otros documentos citados por el Canadá.

5.78 Los Estados Unidos afirman que el Canadá hace tres citas de la nota de la Secretaría sobre la reunión de junio de 1990 como supuesta prueba de que los Estados Unidos "*entendían* claramente que la limitación de las exportaciones no estaba comprendida en el ámbito de la definición de subvención". Los Estados Unidos aducen que la cita más pertinente, no obstante, es la siguiente:

[Según los Estados Unidos] entre las políticas más frecuentemente utilizadas figuraban las siguientes: protección del mercado interno, fomento o tolerancia de los cárteles, prácticas de compra del sector público discriminatorias o preferenciales, canalización de capital (público o privado) hacia determinadas empresas, restricciones a la exportación y manipulación del mercado del usuario para reducir el riesgo concomitante al desarrollo de productos y su comercialización.

5.79 Los Estados Unidos señalan que el Canadá aduce que la inclusión de las "limitaciones de la exportación" en este debate sobre la "fijación de objetivos en la esfera industrial" pone claramente de manifiesto que las limitaciones de la exportación no se consideraban subvenciones. De hecho, según afirman los Estados Unidos, su inclusión aclara que algunas de las medidas comprendidas en la fijación de objetivos en la esfera industrial eran, en sí mismas, subvenciones. De hecho, aducen los Estados Unidos, en el documento que cita el Canadá se incluyen dentro de la lista de posibles

elementos de la "fijación de objetivos en la esfera industrial" las "prácticas de compra del sector público discriminatorias o preferenciales" (es decir la compra de bienes por un gobierno a cambio de una remuneración superior a la que sería adecuada) y la "canalización de capital (público o privado) hacia determinadas empresas". Para los Estados Unidos no cabe duda de que esas medidas, al igual que las limitaciones de la exportación, pueden ser subvenciones susceptibles de medidas compensatorias en el marco del párrafo 1 del artículo 1, a pesar de que las clasificó como posibles elementos de la fijación de objetivos en la esfera industrial.

5.80 A juicio de los Estados Unidos, el Canadá tergiversa asimismo las posiciones adoptadas en los litigios durante el transcurso de la Ronda Uruguay. Según los Estados Unidos, el Canadá, citando parcialmente determinaciones en materia de derechos compensatorios formuladas por el Departamento de Comercio en esa época, afirma que los Estados Unidos admitieron que las limitaciones de la exportación no pueden constituir una contribución financiera. A pesar de que, a juicio de los Estados Unidos, es evidente que esas determinaciones no forman parte de la historia de la negociación del Acuerdo SMC, por lo que no son pertinentes, las tergiversaciones del Canadá son tan flagrantes, según los Estados Unidos, que exigen una aclaración.

5.81 Los Estados Unidos afirman que en el asunto *Maderas blandas*, el Canadá adujo que una limitación de las exportaciones no constituía una subvención porque no implicaba una contribución financiera, en el sentido de una transferencia de recursos del gobierno al receptor. Según los Estados Unidos, es evidente que los *obiter dicta* que el Canadá ha citado se basaban en la caracterización del significado de "contribución financiera" por el Canadá. En consonancia con la posición que adoptó en las negociaciones de la Ronda Uruguay, el Canadá equiparaba "contribución financiera" y costo para el gobierno, como se desprende claramente, según aducen los Estados Unidos, del texto completo del pasaje de la determinación del Departamento de Comercio que el Canadá sólo cita parcialmente.

5.82 En un último intento de reforzar su argumentación -afirman los Estados Unidos- el Canadá cita declaraciones de empresas estadounidenses acerca de los resultados de la Ronda Uruguay. A pesar de que muchas de ellas se limitaban a manipular su preocupación por la "posibilidad" de que las limitaciones de la exportación dejaran de ser susceptibles de compensación, a juicio de los Estados Unidos, no puede considerarse que las evaluaciones de empresas estadounidenses formen parte de la historia de la negociación. Además, aun cuando algunas empresas estadounidenses consideraban (erróneamente) que la definición del párrafo 1 del artículo 1 podía impedir que las limitaciones de la exportación se consideren subvenciones, es evidente que otras empresas estadounidenses no compartían esa opinión.

5.83 En consecuencia, para los Estados Unidos lo único que pone de manifiesto la historia de la negociación es que los Estados Unidos trataron sin éxito de incluir en el Acuerdo SMC una referencia expresa a las prácticas de fijación de objetivos en la esfera industrial. No obstante, en ningún momento admitieron los Estados Unidos que las limitaciones de la exportación no podían constituir nunca subvenciones en sí mismas, y el Acuerdo SMC no contiene ninguna excepción expresa aplicable a las limitaciones de la exportación; es decir, no hay en él ninguna indicación con arreglo a la cual las limitaciones de la exportación no puedan constituir nunca, en ninguna circunstancia, una subvención. Sin embargo -aducen los Estados Unidos- eso es lo que el Canadá pretende que concluya el Grupo Especial, y el Grupo Especial debe abstenerse de formular esa conclusión.

3. Conclusión

5.84 A juicio de los Estados Unidos, el Canadá no ha demostrado que una limitación de las exportaciones no pueda constituir nunca, en ningún conjunto de circunstancias, una subvención comprendida en el marco del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC. Los Estados Unidos afirman que, por el contrario, han demostrado que, sobre la base de los principios uniformes de interpretación de los tratados, el inciso iv) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 -la disposición citada por el Canadá-

puede aplicarse a las limitaciones de la exportación. En consecuencia, los Estados Unidos aducen que el Canadá no ha satisfecho la carga de la prueba.

C. PRIMERA EXPOSICIÓN ORAL DEL CANADÁ

1. Solicitud de resoluciones preliminares de los Estados Unidos

5.85 El Canadá se remite a su respuesta a la solicitud de los Estados Unidos (véase la sección IV.B, *infra*).

2. Definición de "subvención" del Acuerdo SMC

5.86 El Canadá aduce que, en su primera comunicación escrita, los Estados Unidos interpretan erróneamente en varios aspectos la definición de "subvención" del Acuerdo SMC, haciendo diversas afirmaciones acerca de consideraciones económicas y formulando una interpretación errónea del objeto y fin del Acuerdo SMC. Según el Canadá, los Estados Unidos, aunque pretenden aplicar las prescripciones de la Convención de Viena, adoptan un enfoque que trata de forzar el significado corriente de las palabras para hacer posible que los Estados Unidos sigan tomando medidas contra prácticas con las que puede otorgarse un beneficio.

5.87 El Canadá declara que, no obstante, como el Órgano de Apelación aclaró en *Canadá - Aeronaves*, la tarea de interpretación debe comenzar "examinando el sentido corriente del texto". El Canadá comparte esa opinión, y comienza por el texto del párrafo 1 a) 1) del artículo 1.

5.88 El Canadá afirma que los Estados Unidos comparten su idea de que el párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC define el universo de los actos que constituyen "subvenciones." En consecuencia, según el Canadá, ambos países coinciden en que la existencia de una "subvención" en el sentido del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC es requisito previo de la imposición de medidas compensatorias. La discrepancia entre el Canadá y los Estados Unidos, según el Canadá, se refiere al ámbito del "universo" de los actos del gobierno abarcados por la definición de "contribución financiera" del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo.

5.89 El Canadá manifiesta que, en consonancia con los principios generales de interpretación de los tratados establecidos en la Convención de Viena, considera que el significado corriente de los términos del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 no es aplicable a una medida reglamentaria del gobierno que limite las exportaciones. Al limitar las exportaciones, afirma Canadá, un gobierno no "encomienda u ordena" a una "entidad privada" que haga una contribución financiera comprendida en los incisos i) a iii) o cumpla los demás requisitos del inciso iv). La ausencia de uno de esos elementos basta para hacer incompatibles las medidas estadounidenses con el Acuerdo SMC y el Acuerdo sobre la OMC.

5.90 Con respecto al elemento expresado con las palabras "encomiende [...] [u] ordene" el Canadá señala que los Estados Unidos no centran sus argumentos en la palabra "encomiende", sino en la palabra "ordene", con lo que parecen reconocer que no cabe equiparar la limitación a la capacidad de exportar de un productor con el hecho de que se encomienda a un productor la responsabilidad de llevar a cabo una función gubernamental.

5.91 No obstante, según el Canadá, hay que destacar que los Estados Unidos alegan que el término "ordena" significa "es causa de". El Canadá replica que no sólo una y otra palabra tienen un significado corriente muy distinto, sino que la expresión "es causa de" se toma enteramente fuera del contexto las definiciones del diccionario expuestas por los Estados Unidos, y que una limitación de las exportaciones no se ajusta en absoluto a esas definiciones. Por ejemplo, si se define "ordenar" como ser causa de que se cumpla una "orden determinada" una limitación de las exportaciones no

podría reunir las condiciones de una "orden" conforme al párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1, porque no sería preciso que la "orden determinada" consistiera en llevar acabo "una o varias de las funciones descritas en los incisos i) a iii)". Ahora bien, sostiene el Canadá, la "orden determinada" en el caso de una limitación de las exportaciones *no* es proporcionar bienes, sino "no exportar". Lo mismo puede decirse si se define "ordena" como "ser causa de (que algo o alguien) siga un curso determinado". En el caso de una limitación de las exportaciones el "curso determinado" es "no exportar", afirma el Canadá, y *no* hacer una contribución financiera mediante el suministro de bienes.

5.92 El Canadá aduce que, en síntesis, el significado corriente de "ordenar" es "dar instrucciones con anterioridad" o "mandar a una persona hacer algo", y no es posible forzar las propias definiciones del diccionario expuestas por los Estados Unidos para transformar la acepción clara de "ordena" en "es causa de". El Canadá aduce que es evidente que los redactores estaban familiarizados con el concepto de relación causal, y que hay que suponer que si hubieran previsto recurrir a ese concepto en el inciso iv) de la definición de "contribución financiera", habrían utilizado ese término.

5.93 Según el Canadá, el enfoque adoptado por los Estados Unidos llevaría a resultados absurdos e imprevisibles, y ampliaría la definición de "subvención" del Acuerdo SMC hasta límites irreconocibles sometiendo a medidas compensatorias el ejercicio de la potestad reglamentaria de los gobiernos. Por ejemplo, en el supuesto de que un gobierno limitara las importaciones de acero, o aumentara sus derechos de aduana sobre el acero dentro de sus consolidaciones arancelarias en el marco de la OMC, con arreglo a la interpretación de los Estados Unidos, si ese hecho diera lugar a un aumento de los precios del acero en el mercado interno, la medida del gobierno habría "sido la causa" de que los particulares (los compradores de acero) proporcionaran a los productores de acero fondos que de no ser por esa medida no habrían recibido, por lo que los primeros habrían hecho una contribución financiera. Ahora bien; según el Canadá es evidente que no era ese el resultado pretendido.

5.94 En opinión del Canadá, la interpretación estadounidense de la expresión "entidad privada" tiende, de forma análoga, a menoscabar el significado corriente de los términos del tratado y no a darles efecto, por lo que está asimismo viciada. Los Estados Unidos insisten en que, "entidad privada" puede significar, entre otras cosas, un gran número de personas no asociadas, afirmando de hecho, por ejemplo, que todas las personas de edad inferior a 21 años pueden constituir una "entidad privada" basándose en las definiciones del diccionario que hacen referencia a un "conjunto" o un "colectivo". El Canadá aduce que los Estados Unidos no hacen ninguna indicación respecto de las razones por las que los redactores utilizaron la expresión "entidad privada" si, como sostienen esa expresión significa "persona o personas privadas". Por último, según el Canadá, el enfoque adoptado por los Estados Unidos no articula ningún principio que permita establecer una distinción entre los actores privados en función de que se trate o no de una "entidad". En consecuencia, la tesis de los Estados Unidos, unida a su interpretación de "ordene" como "sea causa de", supondría, a juicio del Canadá, que cualquier acto del gobierno que afectara al mercado (es decir a los compradores y vendedores individualmente considerados) equivaldría a "encomendar" u "ordenar" a una "entidad privada". El Canadá sostiene que si hubiera sido ese el propósito de los redactores, éstos podrían, sin duda, haberlo manifestado así.

5.95 El Canadá señala que, conforme al tercer elemento del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1, lo que debe encomendarse u ordenarse a una entidad privada que lleve a cabo es una contribución financiera comprendida en los incisos i) a iii). Canadá afirma que una limitación de las exportaciones limita la capacidad de exportar de un productor y no le "encomienda" u "ordena" que "proporcione bienes", como sostienen los Estados Unidos. De hecho, el argumento de los Estados Unidos en contrario no se basa en absoluto en los términos del tratado, a juicio del Canadá, sino que consiste sencillamente en afirmar que una limitación de las exportaciones equivale "conceptualmente" a un suministro de bienes. Según el Canadá, aun el supuesto de que eso fuera así, del párrafo 1 a) 1) iii) del artículo 1 no

se refiere al "suministro de bienes u otro acto conceptualmente similar", sino que su texto identifica como función pertinente el suministro de bienes.

5.96 Según el Canadá, el argumento de los Estados Unidos de que los actos del gobierno pueden ser susceptibles de medidas compensatorias cuando son lo que se denomina "funcionalmente equivalentes" a las contribuciones financieras enumeradas en los incisos i) a iii) está asimismo viciado. La "equivalencia funcional" y la "similitud conceptual" son conceptos poco precisos que suprimen las limitaciones que establece el texto del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 e introducen un grado de subjetividad y, por ende, de inseguridad en la definición de contribución financiera que los redactores no podían haber pretendido introducir.

5.97 Por último, afirma el Canadá, los elementos cuarto y quinto del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 confirman que el texto no avala la interpretación expansiva de esta disposición que propugnan los Estados Unidos. A juicio del Canadá, esos elementos ponen claramente de manifiesto que el inciso iv) no amplía la definición de subvención a las medidas reglamentarias de los gobiernos que no son contribuciones financieras enumeradas en los incisos i) a iii), sino que responde a la finalidad de asegurarse de que los gobiernos no puedan eludir las disciplinas aplicables a las subvenciones encomendando u ordenando a una entidad privada que haga una contribución financiera que normalmente el gobierno habría hecho directamente.

5.98 Según el Canadá, el ejemplo hipotético de las piñas en Shangri-La citado por los Estados Unidos aclara las razones por las que el texto del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 no abarca las limitaciones de la exportación. Conforme al significado corriente de las palabras "encomiende" u "ordene", la hipotética limitación de las exportaciones, a juicio del Canadá no "encomienda u ordena" a una entidad privada que proporcione piñas a la rama de producción de zumos, sino que simplemente impide su exportación. Además, sostiene el Canadá, los productores que ya proporcionan piñas sin ninguna orden del gobierno pueden optar por continuar haciéndolo en la misma medida o elegir otras posibilidades económicas. De forma análoga, en el ejemplo, los productores de piñas no actúan colectivamente, sino que adoptan decisiones individuales y probablemente distintas. Por último, aduce el Canadá, la alegación de los Estados Unidos de que la limitación de las exportaciones de piña "equivale funcionalmente" a una orden a los cultivadores de que vendan su producto a la rama de producción de zumos "por una remuneración inferior a la que sería adecuada" no es sino una alegación de que cuando haya un efecto sobre los precios, puede presumirse que una limitación de las exportaciones constituye una contribución financiera.

5.99 Dicho de otro modo, afirma el Canadá, lo anterior equivale a afirmar que un beneficio puede "otorgar" una contribución financiera; pero, como expuso el Órgano de Apelación en *Canadá - Aeronaves*, es necesario que una contribución financiera tenga por efecto o lleve aparejado el beneficio que se otorga, y no a la inversa. Un beneficio no puede tener por efecto o llevar aparejada una contribución financiera.

5.100 Según el Canadá, el objeto y fin del Acuerdo SMC, confirman su análisis del texto de la definición de subvención. El Canadá señala que el Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Prohibición de las exportaciones de determinados camarones y productos del camarón* declaró lo siguiente: "Es precisamente en las palabras de [una] disposición, leídas en su contexto, donde ante todo debe buscarse el objeto y fin que persiguen los Estados Partes en el tratado". En tal concepto, aduce el Canadá, los Estados Unidos no sólo han descrito de forma inexacta el objeto y fin del Acuerdo SMC, sino que han privado al texto del párrafo 1 del artículo 1 de su verdadero significado, al partir de esa tesis y basar todo su análisis en ella.

5.101 En opinión del Canadá, aunque uno de los fines del Acuerdo SMC es someter a disciplinas determinadas formas de acción gubernamental que pueden distorsionar el comercio internacional, ése no es el único objeto y fin del Acuerdo. Otro de los fines del Acuerdo es someter a disciplinas la

utilización de medidas compensatorias, como se desprende de su título "*Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias*". Aunque en la actualidad se han introducido en el Acuerdo disciplinas con respecto a esos dos "fines", el Canadá sostiene que la cuestión fundamental en relación con el Acuerdo sigue siendo la siguiente: "¿qué formas de acción gubernamental están sujetas a esas disciplinas?".

5.102 El Canadá señala que la primera comunicación escrita de los Estados Unidos comienza con un extracto de la "*Declaración hecha por la delegación del Canadá en reunión celebrada los días 28 y 29 de junio de 1988*". El Canadá afirma que, no obstante, los Estados Unidos han citado la declaración del Canadá de forma selectiva y que, a la luz del contexto de la declaración completa, que se reproduce en una sección titulada "Parámetros del alcance y la aplicación de las medidas compensatorias"⁶², resulta claro que el Canadá se refiere a la cuestión de las razones por las que, a juicio de este país, eran necesarias en el Acuerdo SMC disciplinas aplicables a las medidas compensatorias.

5.103 Teniendo presente lo anterior, el Canadá admite que el Acuerdo SMC somete a disciplinas el recurso a subvenciones que tienen efectos de distorsión del comercio. No obstante, mantiene que el Acuerdo lo hace definiendo el concepto de subvención, especificando cuáles son los tipos de subvenciones prohibidas, recurribles y no recurribles y estableciendo las normas que regulan la forma en que han de aplicarse las medidas compensatorias con respecto a las subvenciones recurribles. En consecuencia, es evidente que el Acuerdo no sólo establece disciplinas sobre el recurso a las subvenciones, sino también sobre los casos en que pueden imponerse medidas compensatorias. Este equilibrio contribuyó a llegar al resultado negociado.

5.104 Por último, aduce el Canadá, los Estados Unidos alegan que la interpretación del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC propuesta por el Canadá haría demasiado fácil la elusión de sus obligaciones por los Miembros. No obstante, a juicio del Canadá, la posibilidad de que una limitación de las exportaciones suponga una elusión del Acuerdo SMC depende de si las limitaciones de la exportación están o no abarcadas por el Acuerdo SMC. Si no lo están, el mantenimiento de una limitación de las exportaciones no puede constituir una elusión. En consecuencia, a juicio del Canadá, el argumento de los Estados Unidos es circular, porque en él se presume la conclusión que se desea probar.

3. Los argumentos de los Estados Unidos respecto a los "aspectos económicos" de las limitaciones de las exportaciones están fuera de lugar

5.105 El Canadá observa que los Estados Unidos afirman en primer lugar que, no cabe duda que desde el punto de vista económico y tradicionalmente las limitaciones de la exportación se consideran subvenciones, porque tienen efectos sobre los precios. A juicio del Canadá, esa afirmación da por supuesto que un posible efecto económico determina si hay o no una contribución financiera comprendida en el párrafo 1 a) 1) del artículo 1. Según el Canadá, lo que los Estados Unidos puedan considerar que "tradicionalmente" es una subvención no es pertinente al significado de la definición de subvención del Acuerdo SMC, y ninguna de las fuentes en que se basan los Estados Unidos se ocupa de si el significado del texto del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC puede aplicarse a una limitación de las exportaciones.

5.106 Más concretamente, aduce el Canadá, los Estados Unidos alegan que los productores nacionales, al enfrentarse a una limitación de las exportaciones tienen una sola opción económica, la de vender el producto objeto de restricción a los compradores nacionales de ese producto. Desde una

⁶² La declaración completa se adjuntó a la exposición oral del Canadá como Canadá - Prueba documental 106.

perspectiva económica, a juicio del Canadá, esta afirmación es simplemente inexacta. Una limitación de las exportaciones no entraña automáticamente la necesidad de que a un productor nacional del producto objeto de restricción lo venda en el mercado interno. Además, como el propio Departamento de Comercio reconoció en el asunto *Anhydrous and Aqua Ammonia from Mexico*, no se deduce necesariamente que una reducción del precio del producto objeto de restricción, en su caso, en el mercado interno de ese producto tras la imposición de una limitación de las exportaciones haya sido causada necesariamente por esa limitación de las exportaciones.⁶³

5.107 En opinión del Canadá, este mismo análisis erróneo de los aspectos económicos subyace a las observaciones que los Estados Unidos intentan hacer con su análisis de la situación hipotética de la rama de producción de piñas en Shangri-La en caso de prohibición de las exportaciones. Conforme a la descripción de los Estados Unidos, los cultivadores de piñas de Shangri-La no tienen otra opción que vender piñas a la rama nacional de producción de zumos de piña, lo que a juicio del Canadá sencillamente no es cierto. Los cultivadores de piñas pueden acogerse a diversas opciones en respuesta a una limitación de las importaciones de piñas. Pueden pasar a cultivar otro fruto u otro producto para el que el suelo sea adecuado. Pueden optar por convertirse en productores integrados y producir zumos de piñas con su propia producción y la de otros cultivadores, suministrar piñas a otros usuarios finales o elegir otras posibilidades. El Canadá, aunque reconoce que una limitación de las exportaciones reduce la capacidad del productor nacional de exportar el producto objeto de restricción, sostiene que no es cierto que tal limitación "obligue" o "fuerce" a los productores del producto objeto de restricción a venderlo a determinados usuarios del producto a precios inferiores. En consecuencia, esa prohibición no "encomienda u ordena" algo a esos productores.

5.108 Así pues, a juicio del Canadá, los Estados Unidos no están en lo cierto al afirmar que una limitación de las exportaciones es "funcionalmente equivalente" a una orden a los productores de un producto objeto de restricción de que vendan ese producto a sus usuarios en el mercado interno. Según el Canadá, esa consecuencia no se desprende necesariamente ni de las consideraciones económicas ni de un análisis literal del texto del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del Acuerdo SMC. En consecuencia, deben rechazarse, a juicio del Canadá, los intentos de los Estados Unidos de ampliar el significado claro del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del Acuerdo más allá de cualquier interpretación razonable de sus términos.

D. PRIMERA DECLARACIÓN ORAL DE LOS ESTADOS UNIDOS

5.109 Los Estados Unidos aducen que ni la OMC regula opiniones ni el procedimiento de solución de diferencias de la OMC se ocupa de "delitos de opinión". La regulación de la OMC se aplica a las medidas adoptadas por sus Miembros y el procedimiento de solución de diferencias se ocupa de esas medidas. Con respecto al objeto de la presente diferencia, los Estados Unidos mantienen que las medidas pertinentes serían 1) la imposición de derechos compensatorios en forma incompatible con el Acuerdo SMC, o 2) el establecimiento de una ley, reglamento o procedimiento que ordene a las autoridades nacionales imponer derechos compensatorios en una forma incompatible con el Acuerdo SMC. Los Estados Unidos señalan que el Canadá no alega que se haya producido el primer supuesto y afirman que los Estados Unidos no han hecho lo segundo.

5.110 Los Estados Unidos aducen que si no es admisible ya que el Canadá trate de impedir al Departamento de Comercio que exponga opiniones provisionales, el Canadá trata además de que se prohíba, pidiendo al Grupo Especial que declare, de forma completamente abstracta, que una limitación de las exportaciones no puede nunca, en ninguna situación presente o futura, constituir una subvención en el sentido del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC.

⁶³ Véase el párrafo 19, nota 8 de pie de página de la Primera comunicación del Canadá.

5.111 A juicio de los Estados Unidos, la solicitud extraordinaria del Canadá de una opinión consultiva entraña peligrosas consecuencias para el sistema de solución de diferencias de la OMC. Los Estados Unidos indican que aunque no tienen ninguna reserva en abordar las cuestiones sustantivas planteadas por el Canadá, se consideran obligados a ocuparse en primer lugar de las cuestiones sistémicas generales.

5.112 Los Estados Unidos sostienen que no tratan de privar de ninguno de sus derechos al Canadá, sino que se enfrentan simplemente a una situación en la que los Estados Unidos no han adoptado ninguna medida que menoscabe los derechos del Canadá en el marco de la OMC. Los Estados Unidos aducen que, en caso de que adoptaran medidas de esa índole, seguiría asistiendo plenamente al Canadá el derecho de impugnarlas.

5.113 A juicio de los Estados Unidos, hay una vía sólidamente establecida que permite al Grupo Especial rechazar el intento del Canadá de que los grupos especiales regulen las opiniones de los Miembros y emitan interpretaciones autorizadas. Consiste en aplicar la doctrina de la obligatoriedad/discrecionalidad.

5.114 Los Estados Unidos señalan que el Canadá no niega que la doctrina de la obligatoriedad/discrecionalidad siga siendo válida, ni pone en tela de juicio la interpretación de esa doctrina por los Estados Unidos. En lugar de ello, aducen los Estados Unidos, el Canadá expone el argumento, que no responde a la realidad, de que los diversos instrumentos que ha citado *obligan* al Departamento de Comercio a tratar las limitaciones de la exportación como subvenciones (o contribuciones financieras). Subsidiariamente, el Canadá expone el original argumento de que, aun en caso de que esos instrumentos no obliguen al Departamento de Comercio a tratar las limitaciones de la exportación como subvenciones (o contribuciones financieras), el Grupo Especial no puede constatarlo sin declarar antes, de forma abstracta, que una limitación de las exportaciones no puede nunca, en ninguna situación presente o futura, constituir una subvención en el sentido del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC. Según los Estados Unidos, el Canadá está equivocado en ambos puntos.

5.115 En lo que respecta al artículo 771(5), los Estados Unidos sostienen que el Canadá ha reconocido en todo momento que ese artículo, por su propio tenor, no obliga al Departamento de Comercio a tratar las limitaciones de la exportación como subvenciones (o contribuciones financieras). En consecuencia, parece haber coincidencia en que el artículo 771(5) no impone una actuación incompatible con la OMC.

5.116 En cuanto a la DAA, los Estados Unidos aducen que el Canadá alega que los Estados Unidos han intentado hacer una descripción falsa de la condición jurídica de ese documento. A juicio de los Estados Unidos no es así, como se expone en el párrafo 75 de la solicitud los Estados Unidos.

5.117 Los Estados Unidos afirman que su discrepancia con el Canadá no guarda relación con la condición jurídica de la DAA (aunque los Estados Unidos no aceptan que se trate de una "medida" en el sentido estricto), sino con lo que la DAA significa. En opinión de los Estados Unidos, sólo puede interpretarse la DAA como una decisión del Congreso y de la Administración de abstenerse de decidir exactamente qué tipo de medidas comprendidas anteriormente en la categoría de "subvenciones indirectas" podrían considerarse subvenciones con arreglo a la nueva definición recogida en el artículo 771(5)(B)(iii) de la *Ley de Aranceles* y el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del Acuerdo SMC.

5.118 En el ámbito de la legislación estadounidense, afirman los Estados Unidos, el Preámbulo es, como máximo, una declaración no vinculante del Departamento de Comercio sobre sus opiniones acerca del alcance del artículo 771(5)(B)(iii) en ese momento. Los Estados Unidos recuerdan que el Departamento de Comercio *no* publicó un reglamento sobre las subvenciones indirectas, en general, ni sobre las limitaciones de la exportación en particular. Aunque el Departamento de Comercio

manifestó en el Preámbulo la opinión de que las limitaciones de la exportación podían reunir las condiciones para ser consideradas subvenciones en determinadas circunstancias, no afirmó tajantemente que las reunieran ni se vinculó de otra forma a esa opinión.

5.119 Los Estados Unidos observan que el Canadá cita una serie de asuntos -ninguno de los cuales afecta, no ya al reglamento del Departamento de Comercio, sino ni siquiera a la legislación estadounidense en materia de derechos compensatorios- en apoyo de la tesis de que las declaraciones de los organismos en los preámbulos de los avisos de normas finales son siempre vinculantes para el organismo. No obstante, según los Estados Unidos, cada uno de esos asuntos presenta características distintas o no avala la tesis en apoyo de la cual se presentan, como ponen de manifiesto las Pruebas documentales 26 a 29 de los Estados Unidos. Especial importancia reviste, según los Estados Unidos, el hecho de que el Preámbulo no haya sido incluido en el *Code of Federal Regulations*. Los Estados Unidos sostienen que ello se debe a que, de conformidad con las normas que regulan el *Code of Federal Regulations*, el Departamento de Comercio no pretendía que el Preámbulo tuviera efectos jurídicos.

5.120 Con respecto al Preámbulo del Departamento de Comercio, los Estados Unidos aducen que era perfectamente compatible con las nociones de transparencia y buen gobierno que el Departamento de Comercio expusiera su opinión provisional sobre la cuestión de las subvenciones indirectas, y sería un resultado perverso que el Grupo Especial penalizara a un Miembro por exponer su opinión con mayor transparencia.

5.121 Los Estados Unidos señalan que el Departamento de Comercio, al igual que los tribunales de todo el mundo, puede citar, para justificar su determinación en un determinado asunto diversos documentos, incluidos artículos de revistas jurídicas y anteriores determinaciones del Departamento que no le vinculan. En consecuencia, en opinión de los Estados Unidos, el hecho de que el Departamento de Comercio haya citado el Preámbulo no le confiere carácter vinculante.

5.122 A juicio de los Estados Unidos, la definición que da el Canadá de "práctica" varía continuamente; el Canadá mantiene ahora que por "práctica" entiende "un compromiso o política administrativa de atenerse a una posición jurídica particular y aplicar una interpretación o metodología determinadas". El Canadá sostiene que, con arreglo a cualquiera de las definiciones utilizadas por el Canadá, la "práctica" no vincula al Departamento de Comercio en el sentido de obligarle a tratar las limitaciones de la exportación como subvenciones (o contribuciones financieras).

5.123 En opinión de los Estados Unidos, el Canadá parece aducir que aunque, aisladamente, las medidas a que se ha referido expresamente no dan lugar a una violación de normas de la OMC, dará lugar a ella consideradas en su conjunto. No obstante, aducen los Estados Unidos, el Canadá no aclara como se justifica esta conclusión sobre la base de cualquier disposición del ESD o de cualquier otro Acuerdo de la OMC.

5.124 Los Estados Unidos aducen que, sorprendentemente, el Canadá sostiene que el Grupo Especial debería hacer una interpretación autorizada del párrafo 1 del artículo 1 en primer lugar, antes de considerar la doctrina de la obligatoriedad/discrecionalidad; pero, en opinión de los Estados Unidos, el análisis del Canadá de los informes de grupos especiales del GATT y de la OMC en relación con este aspecto no apoya su posición. En ninguno de los asuntos analizados el demandado parece haber solicitado una resolución preliminar. Los Estados Unidos afirman que no hay ninguna disposición en el ESD o en los procedimientos de trabajo de este Grupo Especial que limite las resoluciones preliminares en la forma indicada por el Canadá y que, además, en ninguno de los asuntos citados se declaró expresamente que un grupo especial debía adoptar una decisión sobre cuestiones sustantivas antes de invocar la doctrina de la obligatoriedad/discrecionalidad.

5.125 Los Estados Unidos sostienen que hay una diferencia fundamental entre los asuntos citados por el Canadá y el presente. En los asuntos citados por el Canadá, se pedía a los grupos especiales que se pronunciaran sobre medidas concretas mantenidas por el demandado, lo que no ocurre en el presente caso. En esta diferencia, según los Estados Unidos, las medidas que están realmente en litigio abarcan no sólo los instrumentos impugnados por el Canadá, sino un número no precisado de limitaciones de la exportación actuales y futuras. En opinión de los Estados Unidos, el Grupo Especial no puede hacer lo que le pide el Canadá sin opinar de forma abstracta, y sin tener en cuenta ningún elemento fáctico, que nunca ha habido y nunca habrá una limitación de las exportaciones que pueda ajustarse a la definición de subvención del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC.

5.126 En caso de que el Grupo Especial constate -como a juicio de los Estados Unidos debe hacer- que las medidas en cuestión no requieren lo que el Canadá pretende, el asunto quedaría resuelto, a juicio de los Estados Unidos; las demás manifestaciones que hiciera el Grupo Especial serían *obiter dicta*.

5.127 Los Estados Unidos aducen que el Canadá sostiene ahora que la "práctica" no consiste en determinaciones concretas en asuntos específicos en materia de derechos compensatorios, sino en la posición teórica institucional del Departamento de Comercio, a la que denomina "un compromiso o política administrativa". La posición teórica del Departamento de Comercio no constituye, en opinión de los Estados Unidos, una medida "adoptada" en el sentido del ESD. Además, la posición teórica del Departamento de Comercio no puede infringir ninguna de las disposiciones invocadas por el Canadá.

5.128 Según los Estados Unidos, el párrafo 1 del artículo 1 es una disposición que establece una definición. En consecuencia, en sentido estricto, la "práctica" de los Estados Unidos -con independencia de la definición que se dé de ella- no puede infringir ese párrafo. Los Estados Unidos sostienen que el artículo 10 no es aplicable a este respecto, habida cuenta de que el Canadá manifiesta que no impugna la imposición efectiva por los Estados Unidos de derechos compensatorios al amparo del artículo 771(5) como consecuencia de una constatación de que una limitación de las exportaciones constituye una subvención, y de que, por la misma razón, tampoco son aplicables los artículos 11, 17 y 19 del Acuerdo SMC. Los Estados Unidos señalan que el Canadá no ha impugnado -ni los Estados Unidos han adoptado siquiera- ninguna "medida específica" al amparo del artículo 771(5) con respecto a una limitación de las exportaciones, y que la posición teórica del Departamento de Comercio no puede constituir una "medida específica". En consecuencia, según los Estados Unidos, tampoco es aplicable el párrafo 5 del artículo 32 del Acuerdo SMC.

5.129 Los Estados Unidos sostienen que, con respecto al párrafo 5 del artículo 32, las leyes, reglamentos y procedimientos de los Estados Unidos están en plena conformidad con el Acuerdo SMC. Un "compromiso o política administrativa" no está comprendido en el ámbito de aplicación del párrafo 5 del artículo 32. A juicio de los Estados Unidos, la misma conclusión es aplicable al párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC. No puede haber una infracción del párrafo 5 del artículo 32 o del párrafo 4 del artículo XVI si no hay una ley, reglamento o procedimiento que imponga una violación de otras disposiciones del Acuerdo SMC.

5.130 Los Estados Unidos muestran su vivo desacuerdo con el párrafo 40 de la respuesta del Canadá en la que, según mantienen, el Canadá intenta hacer ver que los Estados Unidos han incumplido resoluciones del OSD. Los Estados Unidos afirman que en ningún caso ha determinado un grupo especial de la OMC que los Estados Unidos hayan dejado de aplicar una resolución del OSD, y, de conformidad con el artículo 23 del ESD, el Canadá no puede formular unilateralmente una determinación de esa naturaleza.

5.131 Según los Estados Unidos, el Canadá afirma básicamente que hay que considerar la "práctica" -con arreglo a cualquier definición- como una medida adoptada, porque debe presumirse que los

Miembros de la OMC actuarán de mala fe. Los Estados Unidos señalan que el Órgano de Apelación ha aclarado que esa presunción no es admisible.

5.132 En opinión de los Estados Unidos, por las razones expuestas en su solicitud, deben desestimarse las alegaciones del Canadá acerca de la "práctica", ya que el Canadá no ha cumplido lo dispuesto en el párrafo 7 del artículo 4 y en el párrafo 2 del artículo 6 del ESD. Aun aceptando, a efectos de argumentación, la doctrina del "perjuicio", basada en la equidad y que el Órgano de Apelación y los grupos especiales han incorporado a las prescripciones del ESD, los Estados Unidos mantienen que han resultado perjudicados. Además, sostienen que se genera un perjuicio a ese país y al sistema de solución de diferencias de la OMC cuando se trata a las prescripciones en materia de notificación y consulta como prescripciones proforma, lo que impide contar con una descripción completa y exacta del objeto de la impugnación del reclamante.

5.133 En lo que respecta a las razones por las que la DAA y el Preámbulo no son medidas, los Estados Unidos observan que ninguno de esos instrumentos tiene efectos jurídicos independientes en el ordenamiento estadounidense.

5.134 Con respecto a la cuestión de si alguno de esos instrumentos está abarcado por el mandato del Grupo Especial, los Estados Unidos señalan que en su respuesta, el Canadá ni siquiera trata de explicar la forma en que puede interpretarse que su solicitud de establecimiento de un grupo especial abarca como medidas independientes la DAA y el Preámbulo. Además, los Estados Unidos recuerdan que en dos reuniones del OSD expusieron su opinión de que el Canadá había sustituido como medida impugnada la DAA y el Preámbulo por el artículo 771(5), y el Canadá no puso en tela de juicio la exactitud de la evaluación de los Estados Unidos.

5.135 Los Estados Unidos aducen que en su primera comunicación han demostrado que una limitación de las exportaciones puede cumplir todos los elementos del inciso iv) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC. Si una determinada práctica de limitación de las exportaciones cumple o no todos los elementos de una subvención sólo puede determinarse mediante un análisis caso por caso de las pruebas que efectivamente existan. En este momento, a juicio de los Estados Unidos, basta decir que el Canadá no ha demostrado que en una práctica de limitación de las exportaciones no puedan nunca, en ninguna situación, concurrir todos sus elementos.

5.136 Los Estados Unidos sostienen que la lectura de su primera comunicación pone de manifiesto que los Estados Unidos han realizado un análisis completo del texto del inciso iv). No obstante, el objeto y fin del Acuerdo SMC es pertinente a la interpretación del inciso iv), y asimismo es pertinente el hecho de que la interpretación del Canadá es incompatible con dicho objeto y fin, así como con la concepción general de lo que constituye y no constituye una subvención.

5.137 Los Estados Unidos aducen que no han dicho que *todas* las intervenciones del gobierno que distorsionen el comercio internacional reúnan las condiciones para ser consideradas subvenciones, sino que han subrayado que la intervención del gobierno habría de cumplir todos los elementos de la definición de las subvenciones recurribles.

5.138 Según los Estados Unidos, el argumento de las Comunidades Europeas acerca de la "pendiente resbaladiza" carece de base, porque, en los ejemplos citados, resulta difícil ver en qué sentido habría una contribución financiera. Además, los Estados Unidos aducen que en los 10 años transcurridos desde la determinación del Departamento de Comercio en el asunto *Cuero* de Argentina, no se han producido los "horrores" anunciados.

5.139 Los Estados Unidos recuerdan que en el párrafo 90 de la primera comunicación del Canadá, este país afirma que una limitación de las exportaciones no puede considerarse una subvención porque no implica una transferencia de recursos financieros de un gobierno a productores de bienes.

En consecuencia, los Estados Unidos niegan haber desfigurado la posición del Canadá. El Canadá expone la misma teoría del costo neto para el gobierno que ha sido repetidamente rechazada.

5.140 Por último, los Estados Unidos afirman que se ha indicado que las limitaciones de la exportación no pueden constituir nunca subvenciones porque, aunque pueden limitar las oportunidades de un productor y reducir el precio que cobra el productor por un insumo (como el Canadá ha admitido en el presente caso), no obligan a los productores a vender sus productos en el mercado interno a sus clientes a precios predeterminados o en cantidad predeterminada. Según este razonamiento, señalan los Estados Unidos, no hay una "orden del gobierno" porque aunque la libertad de acción del productor está limitada, no se imponen una venta o un precio predeterminados.

5.141 Según los Estados Unidos, este argumento adolece de graves defectos por varias razones. En primer lugar, el texto de los incisos iii) o iv) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 no requiere que se especifiquen el precio o la cantidad de los bienes que se proporcionan a la parte subvencionada. En segundo lugar, no se exige en él que los beneficiarios de la práctica de subvención de que se trate sean los clientes a que se destina el producto, aunque cabe perfectamente la posibilidad de que una determinada práctica de limitaciones a las exportaciones cumpla ese requisito. En tercer lugar, no hay nada en esas disposiciones que apoye la tesis de que para que exista una subvención es necesario que el gobierno determine de forma precisa el ámbito y alcance del beneficio que desea otorgar y la categoría a la que pertenecen los beneficiarios en el momento de la acción del gobierno; el Grupo Especial que entendió en el asunto *Canadá - Productos lácteos* rechazó ese argumento. En cuarto lugar, no es pertinente afirmar que los productores que, de no ser por la limitación habrían exportado, pueden adaptarse a las nuevas condiciones del mercado, por ejemplo llevando a cabo alguna otra actividad. En el ejemplo estadounidense de los hipotéticos cultivadores de piñas, los Estados Unidos consideran que se ha admitido que si el gobierno ordenara a los cultivadores de piñas que vendieran su producto a un precio fijo o en cantidades predeterminadas a los elaboradores de zumos, habría habido una subvención indirecta. No obstante, en ese supuesto hipotético, sostienen los Estados Unidos, los cultivadores de piñas también habrían podido abandonar su actividad, y dedicarse a elaborar zumos o a una actividad enteramente distinta (por ejemplo cultivar bananos). Los Estados Unidos no entienden las razones por las que la capacidad teórica de adaptación *no* impediría una constatación de existencia de una subvención indirecta en esa situación hipotética, y si en el supuesto de que en esa misma hipótesis la orden del gobierno no especificara precios o cantidades precisas.

5.142 Además, afirman los Estados Unidos, puede haber situaciones en las que un productor, enfrentado a una limitación de las exportaciones, no tenga otra opción que vender su producto a los elaboradores nacionales, como por ejemplo cuando la limitación de la exportación afecta a una materia prima. Dicho de otra forma, puede haber situaciones en la que no exista la opción de dedicarse a otra actividad. A juicio de los Estados Unidos, esta es una cuestión fáctica que es preciso determinar caso por caso basándose en las pruebas, y no de forma especulativa.

5.143 En síntesis, aducen los Estados Unidos, el Canadá no ha satisfecho la carga de la prueba; no ha demostrado que una limitación de las exportaciones no pueda constituir nunca una subvención. No obstante, no es necesario que el Grupo Especial llegue hasta aquí en su análisis, según los Estados Unidos, porque el Canadá no impugna medidas, sino opiniones. Los Estados Unidos sostienen que aunque podría ser interesante abordar la cuestión sustantiva abstracta planteada por el Canadá, el hecho de abordarla desvirtuaría el objeto y la función del sistema de solución de diferencias de la OMC. En consecuencia, los Estados Unidos sostienen que lo procedente en el presente caso es que el Grupo Especial se limite a constatar que ninguna de las medidas citadas por el Canadá obliga al Departamento de Comercio a tratar una limitación de las exportaciones como una subvención (o una contribución financiera).

E. SEGUNDA COMUNICACIÓN ESCRITA DEL CANADÁ

1. Introducción

5.144 La segunda comunicación escrita del Canadá es en respuesta a la primera declaración oral de los Estados Unidos. Los Estados Unidos siguen afirmando que lo que el Canadá desea obtener en esta diferencia es una "opinión consultiva", de conformidad con el Acuerdo SMC. El Canadá lo niega, y dice que lo que trata de conseguir es una resolución contra las medidas estadounidenses que consideran las limitaciones a la exportación como una "contribución financiera". En último término, con ello se zanjaría la diferencia entre esos dos países, en cuanto a la incompatibilidad de las medidas estadounidenses con las disposiciones de los Acuerdos SMC y sobre la OMC invocadas por el Canadá. Al Canadá le interesa en particular que se resuelvan estas diferencias, porque el trato dado a las limitaciones a la exportación en virtud de la legislación estadounidense de derechos compensatorios tiene repercusiones directas para la industria canadiense. Un ejemplo lo ofrece la solicitud canadiense de que se celebren consultas en la OMC en el caso *Ganado en pie* y, como se desprendió claramente del debate en la primera reunión sustantiva, el riesgo inmediato para las exportaciones canadienses de madera que se deriva de las amenazas estadounidenses de iniciar una investigación sobre derechos compensatorios después del vencimiento inminente del Acuerdo sobre las maderas blandas para construcción.

2. La función de defensa de la distinción entre imperativo y discrecional en la jurisprudencia de la OMC

5.145 El Canadá aduce que ha demostrado ya que no es adecuado considerar como una cuestión de procedimiento o de jurisdicción el carácter discrecional de una medida impugnada -o el grado en que lo sea- con respecto a una presunta violación de las normas de la OMC. Además, en su respuesta ha demostrado que el examen de los casos del GATT y la OMC invocados por los Estados Unidos revela que no dependen de que una medida haya sido, en su totalidad o en parte, imperativa o discrecional en abstracto. Los grupos especiales de estos casos, tras resolver las eventuales controversias acerca de las condiciones impuestas por las normas del GATT/OMC que se examinaban, constataron que la parte demandada había demostrado sobradamente que gozaba de facultades discrecionales suficientes para cumplir estas normas. Además, en todos estos casos se entendía, explícita o implícitamente, que la parte demandada no sólo podía recurrir a sus facultades discrecionales para conformarse a la interpretación adecuada de las normas pertinentes, sino que lo haría.

5.146 El Canadá sostiene que los Estados Unidos han seguido afirmando que la distinción entre imperativo y discrecional significa que las medidas estadounidenses impugnadas no pueden considerarse incompatibles con los Acuerdos SMC y sobre la OMC -independientemente de cuál sea la interpretación adecuada de esos Acuerdos- sobre la base de un argumento equivocado tanto en su interpretación del precedente del GATT y la OMC como en su representación de la fuerza jurídica de las medidas estadounidenses, en el contexto de la legislación americana. A juicio del Canadá, el argumento estadounidense acerca de la "doctrina de la distinción entre imperativo y discrecional" en esta diferencia puede resumirse del modo siguiente: i) los Estados Unidos consideran que la OMC no permite que se resuelva una diferencia sobre la conformidad de las medidas impugnadas con las normas de la Organización si las medidas, en el contexto del derecho interno, no "exigen" o "imponen" la acción que se supone es incompatible con las normas de la OMC; y ii) los Estados Unidos opinan que, de conformidad con el derecho estadounidense, las medidas impugnadas por el Canadá, por separado o en conjunto, no "exigen" en ningún caso que se dé a una limitación de las exportaciones el trato de contribución financiera. El Canadá disiente de los argumentos de los Estados Unidos, en virtud tanto de las normas de la OMC como del derecho estadounidense.

a) La jurisprudencia del GATT/OMC

5.147 El Canadá sostiene que está sobradamente demostrado que un Miembro de la OMC puede impugnar la legislación de otra parte, independientemente de cualquier aplicación específica de esta legislación, alegando que es, de por sí, incompatible con las normas de la OMC. Estas impugnaciones se autorizan para garantizar la previsibilidad de las condiciones del comercio, en relación con medidas que han de dar lugar necesariamente a una acción incompatible con las obligaciones dimanantes del GATT/OMC. En efecto, estas medidas podrían "congelar" el comercio obligando a los Miembros a modificar su comportamiento para ajustarse a una medida que prevén, razonablemente, que se aplicará a sus exportaciones. El Canadá recuerda que en el caso *Estados Unidos - Ley Antidumping de 1916*, el Órgano de Apelación citó aprobadoramente diversas declaraciones del Grupo Especial del caso *Estados Unidos - Superfund*, según las cuales el GATT de 1947 tenía por objeto no sólo proteger el comercio corriente, sino también crear la previsibilidad necesaria para planear el comercio futuro, y que, por consiguiente, debía autorizarse a las partes contratantes a impugnar las leyes vigentes que obligaran a adoptar medidas disconformes con el Acuerdo General, sin esperar a que estas normas legislativas se aplicaran efectivamente a su comercio.

5.148 El Canadá cree haber expuesto ya en sus anteriores comunicaciones el motivo de que las medidas que impugna exijan el trato de las limitaciones a la exportación como "contribuciones financieras" en virtud de la legislación estadounidense de derechos compensatorios, y de que este trato sea incompatible con las obligaciones de los Estados Unidos derivadas de los Acuerdos SMC y sobre la OMC. El Canadá observa que los Estados Unidos han afirmado que el caso *Estados Unidos - Ley Antidumping de 1916* y otros casos que tienen en cuenta la distinción entre normas legislativas imperativas o discrecionales corroboran la afirmación estadounidense de que el Grupo Especial no puede constatar que las medidas que se están considerando sean incompatibles con los Acuerdos SMC y sobre la OMC, porque dichas medidas no prescriben el trato que es objeto de la reclamación del Canadá (y que los Estados Unidos no estiman incompatibles con las mencionadas obligaciones). No obstante, en opinión del Canadá los casos alegados por los Estados Unidos no confirman este extremo.

5.149 Según el Canadá, la distinción entre imperativo y discrecional no significa que las facultades discrecionales, de cualquier tipo o grado que sean, permitirán que una parte demandada se acoja con éxito a esta defensa. En el caso *Estados Unidos - Ley Antidumping de 1916*, el Órgano de Apelación afirmó que, teniendo en cuenta la jurisprudencia relativa a la elaboración y aplicación de la distinción entre imperativos y discrecional, las facultades discrecionales de que goza el Departamento de Justicia de los Estados Unidos para incoar o no una causa criminal "no son de naturaleza o alcance tales que transformen la Ley de 1916 en una legislación discrecional ...".⁶⁴ De modo análogo, en el caso *Estados Unidos - Bebidas a base de malta*, el Grupo Especial constató que la facultad discrecional de no aplicar una ley que sea incompatible con el GATT no hace, de por sí, que esta ley sea compatible con el GATT.⁶⁵

5.150 Respecto de las cuestiones que se consideran en esta diferencia, el Canadá observa que el artículo 771(5)(B)(iii) no se ocupa específicamente de las limitaciones a la exportación. Esta disposición puede considerarse "discrecional" en el sentido limitado de que el Departamento de Comercio, en su condición de autoridad investigadora, tiene que determinar si una limitación de las exportaciones, o cualquier otra práctica sujeta a una investigación sobre derechos compensatorios, es una contribución financiera. Sin embargo, el mencionado artículo no existe aisladamente; de conformidad con el razonamiento del Grupo Especial *Estados Unidos - Artículo 301*, el

⁶⁴ *Id.*, párrafo 91.

⁶⁵ *Estados Unidos - Bebidas a base de malta*, párrafo 5.60.

artículo 771(5)(B)(iii) es "inseparable" de la DAA, el Preámbulo y la práctica estadounidense y, por consiguiente, no puede considerarse un elemento aislado.

5.151 Según el Canadá, en cada uno de los casos citados por los Estados Unidos en que se consideró que una medida era "discrecional", el Grupo Especial constató no sólo que existía un margen discrecional suficiente para que el ejecutivo pudiera aplicar la ley de manera coherente con sus obligaciones derivadas de la pertenencia al GATT, sino también que la parte demandada podría ejercer esta facultad discrecional para actuar de un modo compatible con la norma del GATT en cuestión, y, o bien lo había hecho, o en cierto sentido estaba comprometido a hacerlo.⁶⁶ El Canadá sostiene que en cada uno de estos casos el Grupo Especial verificó a su satisfacción, a menudo sobre la base de las garantías dadas por la parte demandada en cuanto al modo en que interpretaría su legislación, que la legislación impugnada dejaría suficiente margen discrecional a la autoridad ejecutiva para evitar cualquier violación del GATT.

5.152 El Grupo Especial *Estados Unidos - Artículo 301* constató que un Miembro podía "limitar sus facultades discrecionales" de violar una obligación de la OMC, mediante su interpretación de estas facultades en la DAA y sus acciones subsiguientes. El Canadá saca la conclusión opuesta. A un Miembro demandante debe autorizársele también que impugne si un Miembro ha "limitado sus facultades discrecionales" de no violar un compromiso de la OMC. Así pues, aunque el artículo 771(5)(B)(iii) no impone ninguna acción incompatible por cuanto podría (e incluso debería) interpretarse y aplicarse de manera compatible con las normas de la OMC, el Canadá piensa que la DAA y el Preámbulo "limitan las facultades discrecionales" de la autoridad ejecutiva en el contexto de esta diferencia, de modo que la legislación se interpretará y aplicará de una manera incompatible con la OMC.

b) Las medidas estadounidenses en examen

5.153 El Canadá ve claramente el fuerte contraste existente entre los mencionados casos y las circunstancias de la presente diferencia. En esta última las medidas estadounidenses, más que dar garantías de que los Estados Unidos no darán a las limitaciones a la exportación el trato de contribuciones financieras, demuestran, en opinión del Canadá, que la autoridad ejecutiva de aquél país se ha comprometido a interpretar su legislación de un modo incompatible con la OMC. El Canadá toma nota de la alegación de los Estados Unidos de que podría interpretar su legislación de otra manera, pero afirma que de las medidas y declaraciones estadounidenses se desprende claramente que no lo hará, por lo menos mientras el OSD no tome una decisión confirmando que los Estados Unidos están obligados a ello.

5.154 El Canadá no afirma que los Estados Unidos actúen de mala fe. Pero es evidente que en esta situación, a diferencia de lo que ocurría en los casos alegados, los Estados Unidos creen, erróneamente pero de buena fe, que su interpretación no es incompatible con las obligaciones derivadas de la pertenencia a la OMC. El hecho de que los Estados Unidos creen que su interpretación es compatible con la OMC se manifiesta claramente en la DAA, el Preámbulo y toda la práctica estadounidense. A juicio del Canadá, dada la importancia que los grupos especiales del GATT/OMC han atribuido a las declaraciones estadounidenses sobre la interpretación que piensan dar a su legislación (especialmente en los casos *Estados Unidos - Superfund*, *Estados Unidos - Medidas que afectan a la importación y a la venta y utilización en el mercado interno de tabaco* y *Estados Unidos - Artículo 301*), la interpretación recogida en las medidas estadounidenses que prescriben un trato de las limitaciones de la exportación incompatible con la OMC debería tenerse muy en cuenta. Para el Canadá, ello demuestra que el Departamento de Comercio está comprometido a actuar de un modo incompatible con las obligaciones de los Estados Unidos en virtud de su

⁶⁶ Véase la Segunda comunicación escrita del Canadá, párrafos 12 a 14.

pertenencia a la OMC; en consecuencia, las medidas estadounidenses anulan y menoscaban las ventajas resultantes para el Canadá de la aplicación de los Acuerdos SMC y sobre la OMC.

5.155 El Canadá afirma que, al invocar la distinción entre imperativo y discrecional como defensa en esta diferencia, los Estados Unidos sostienen que las medidas en cuestión dejan al Departamento de Comercio suficiente margen discrecional para no considerar las limitaciones a la exportación como contribuciones financieras, al tiempo que afirman que hacerlo no sería incompatible con las obligaciones dimanantes de su pertenencia a la OMC. No obstante, estas facultades discrecionales que, según los Estados Unidos, se infieren de la DAA y de la fórmula utilizada en el Preámbulo ("permitiría"), son tan limitadas que excluyen prácticamente la capacidad del Departamento de Comercio de actuar de conformidad con las normas de la OMC. Dicho de otro modo, siempre y cuando haya un elemento discrecional en estas medidas, el Canadá no cree que dicho elemento sea de naturaleza tal que permita a los Estados Unidos invocar la distinción entre imperativo y discrecional como defensa en esta diferencia, porque la DAA da instrucciones sobre el modo en que deben ejercerse estas facultades discrecionales, y el Preámbulo y la práctica de los Estados Unidos recogen estas instrucciones.

5.156 El Canadá cree haber demostrado en su respuesta que la DAA da instrucciones explícitas al Departamento de Comercio en cuanto a la determinación que debe hacer, con arreglo a la disposición, respecto de las limitaciones a la exportación. A su juicio, si la disposición deja algún margen discrecional al Departamento de Comercio, éste se limita a la verificación de que una presunta subvención indirecta implica una "medida formal y ejecutoria". Si es así, aduce el Canadá, el Departamento de Comercio debe llegar a la conclusión de que se ha cumplido la norma prevista en el artículo 771(5)(B)(iii). Como una limitación de las exportaciones presupone, por su propia naturaleza, una medida formal y ejecutoria, y la DAA lo declara así en consecuencia, el Canadá entiende que la DAA obliga al Departamento de Comercio a llegar a la conclusión de que, en el caso de una limitación de las exportaciones, se habrá cumplido la norma del artículo 771(5)(B)(iii) de la Ley y del inciso iv) del artículo 1.1 a) 1) del Acuerdo SMC, y a constatar la existencia de una subvención susceptible de compensación si el Departamento hace una constatación de hecho en una investigación, respecto de la existencia de un "beneficio" para la rama de producción que se está examinando.

5.157 Asimismo, el Canadá entiende que la fórmula del Preámbulo ("permitiría") que, a juicio de los Estados Unidos, concede al Departamento de Comercio suficiente margen discrecional para no dar a las limitaciones a la exportación el trato de contribuciones financieras, no otorga a los Estados Unidos facultades discrecionales suficientes para alegar con éxito la distinción entre imperativo y discrecional en este caso. Como quiera que, en opinión del Canadá, en la DAA y en el Preámbulo ya se determina que una limitación de las exportaciones cumple el requisito de contribución financiera, el alcance de cualquier facultad discrecional reconocida por el término "permitiría" queda limitado al análisis del beneficio y la especificidad por parte del Departamento de Comercio.

5.158 El Canadá entiende que la medida en que los Estados Unidos han restringido sus facultades discrecionales en relación con las limitaciones a la exportación se demuestra con extrema claridad en la parte en que la DAA impone con autoridad al Departamento de Comercio que considere que las circunstancias análogas a las de los casos *Cuero* y *Maderas para construcción* quedan comprendidas en el significado del artículo 771(5)(B)(iii). Al demostrar que en estas circunstancias concretas el Departamento de Comercio debe dar a las limitaciones a la exportación el trato de contribuciones financieras, este texto refuta de modo concluyente la posición de los Estados Unidos según la cual el Grupo Especial debe resolver en su favor si llega a la conclusión de que en un determinado conjunto de circunstancias una limitación de las exportaciones podría constituir una contribución financiera. Aunque no cree que una limitación de las exportaciones constituya una contribución financiera, el Canadá afirma que está sobradamente demostrado que una medida es incompatible con una norma de

la OMC si impone una acción incompatible con las normas de la Organización en determinadas circunstancias, aunque en otras circunstancias pueda no serlo.⁶⁷

3. La afirmación de los Estados Unidos de que el Preámbulo no surte efectos jurídicos da una idea equivocada del derecho administrativo estadounidense y de la función que desempeña el Preámbulo del Departamento de Comercio

5.159 Según el Canadá, las diversas afirmaciones de los Estados Unidos en el sentido de que el Preámbulo de la reglamentación definitiva del Departamento de Comercio para los derechos compensatorios recoge simplemente "opiniones aproximativas" o, "en el mejor de los casos una declaración no vinculante del Departamento de Comercio respecto de sus opiniones en ese momento" son incompatibles con el derecho administrativo estadounidense y dan una idea errónea de la función que desempeña el Preámbulo. El Canadá observa que, con arreglo a la legislación estadounidense, el Departamento de Comercio debe ajustarse a la interpretación de la ley que figura en el Preámbulo, salvo que tenga una "razón imperativa para no hacerlo".⁶⁸

5.160 Los Estados Unidos argumentan, en particular, que sólo una reglamentación publicada en el *Code of Federal Regulations* (Código de Reglamentaciones Federales) (CFR) es de aplicación federal y surte efecto jurídico, y afirman que el hecho de que el Preámbulo del Departamento de Comercio a su reglamentación definitiva no fuera publicado en el CFR da una "fuerte indicación" de que no surte efecto jurídico. Empero, el Canadá no cree que se trate de una norma del derecho administrativo estadounidense. El conocido especialista en derecho administrativo estadounidense Kenneth Culp Davis, afirma en su tratado que "el hecho de que se haya publicado o no en el *Code of Federal Regulations* no debe ser utilizado por los tribunales como prueba de que la declaración de un organismo es, o no es, una norma". El Profesor Davis critica la decisión del caso *American Portland Cement Alliance c. EPA* por su referencia a la publicación en el CFR, y observa que el tribunal de este caso se basó en un caso obsoleto y que, "al parecer pasó por alto" una opinión posterior en la que el tribunal de apelación hacía hincapié en que "el hecho de que haya o no habido una publicación, en el *Code of Federal Regulations* no es más que una parte mínima de la prueba de la intención del organismo".⁶⁹ Además, la afirmación de los Estados Unidos en cuanto al significado de la publicación en el CFR ni siquiera está corroborada por los dos casos que invocan, que se referían a la posibilidad de revisar una reglamentación *propuesta*, no *definitiva*. El Departamento de Comercio promulgó su reglamentación de los derechos compensatorios, incluido el Preámbulo, como norma definitiva que entraba en vigor a la fecha de su publicación en el *Federal Register*. Aunque más tarde algunas partes de la reglamentación se codificaron y fueron publicadas en el CFR, para el Canadá esta publicación ulterior no añade ni quita nada a la autoridad jurídica de la reglamentación, incluido el Preámbulo, tal y como fueron publicados en el *Federal Register*.

5.161 El otro argumento primordial de los Estados Unidos para pedir a este Grupo Especial que desestime las disposiciones del Preámbulo es su afirmación al Grupo Especial de que el Departamento de Comercio no *tenía la intención* que el Preámbulo surtiese efecto jurídico. No obstante, el Canadá no ha podido localizar ninguna declaración precedente de este tipo, que no se compadece con las anteriores determinaciones del Departamento de Comercio, las decisiones de los tribunales

⁶⁷ Véase el caso *Argentina - Medidas que afectan a las importaciones de calzado, textiles, prendas de vestir y otros artículos*, WT/DS56/AB/R, 27 de marzo de 1998.

⁶⁸ *NMB Singapur c. Estados Unidos*, 780 F. Supp. 823, 827 (Comisión de Comercio Internacional 1991).

⁶⁹ Kenneth Culp Davis y Richard J. Pierce Jr., *Administrative Law Treatise*, 3ª edición, Supp. 2000 (Boston, Mass.: Little, Brown and Co., 2000), páginas 167 y 168.

estadounidenses en relación con las determinaciones del Departamento, ni la afirmación de los Estados Unidos ante los grupos especiales de la OMC de que el Preámbulo surte efecto jurídico.

5.162 El Canadá afirma que desde el 1º de enero de 1995 el Preámbulo a los proyectos de reglamentación, o a la reglamentación definitiva del Departamento de Comercio en materia de derechos compensatorios han servido de base a 103 determinaciones del Departamento sobre medidas antidumping y derechos compensatorios. Según el Canadá, en ninguno de estos casos ha indicado el Departamento que a su juicio el Preámbulo no surte efecto jurídico, o que se había basado en simples "opiniones aproximativas" para determinar los derechos a reparación. En todos los casos el Departamento citó al Preámbulo en relación con la interpretación o norma aplicable, y se limitó simplemente a aplicarlo, con los consiguientes efectos en los derechos de las partes. Según el Canadá, en algunos de estos casos la disposición del Preámbulo se basaba en una elaboración crítica de una reglamentación adjunta, o en las excepciones descritas a la interpretación indicada en esta reglamentación, mientras que en muchos de ellos la declaración utilizada por el Departamento de Comercio *sólo* figuraba en el Preámbulo. El Canadá ha expuesto un cierto número de ejemplos en los cuales el Departamento de Comercio se había basado únicamente en el Preámbulo para su determinación de las cuestiones en examen.⁷⁰

5.163 El Canadá considera que los ejemplos más patentes de la aplicación de las interpretaciones y las metodologías del Preámbulo con efecto jurídico concluyente por parte del Departamento de Comercio se encuentran en las determinaciones de la concesión de un beneficio mediante una privatización en condiciones de plena competencia, y en los casos *Ganado en pie* y *Acero inoxidable* de Corea. Paralelamente a sus prolongadas declaraciones sobre las limitaciones a la exportación, el Preámbulo se ocupa también *in extenso* de la posibilidad de que una privatización en condiciones de plena competencia elimine el beneficio de las subvenciones anteriores a la privatización.⁷¹ En este texto, el Departamento de Comercio declara que no promulga una reglamentación y pone de relieve que la ley le concede facultades discrecionales para determinar las repercusiones de un cambio en la propiedad caso por caso. Según el Canadá, el Departamento de Comercio declaró no obstante que seguiría aplicando su práctica anterior a la OMC, consistente en considerar solamente el beneficio en el momento de conceder una subvención, y que su "metodología de reembolso/reasignación" anterior a la OMC, con la que se transfería parte del beneficio de anteriores subvenciones, "alcanzaba el objetivo" de mantener su discrecionalidad para hacer determinaciones en cada caso. En otras palabras, el Departamento de Comercio decidió la cuestión jurídica fundamental -que por lo menos una parte del "beneficio" subsiste después de una privatización en condiciones de plena competencia- declarando en el Preámbulo que se mantenían en vigor sus métodos anteriores a la OMC, y limitó su "discrecionalidad" a aplicar una fórmula para la medición de la cuantía del beneficio. El Canadá afirma que el Departamento de Comercio ha aplicado su metodología anterior a la OMC en numerosos casos de privatización registrados posteriormente a la creación de la Organización.

5.164 El Canadá opina que los casos de *Acero inoxidable* de Corea constituyen otro ejemplo manifiesto de la aplicación del Preámbulo por el Departamento de Comercio como elemento concluyente de una cuestión, y en circunstancias que dejan claro cuán determinantes son las referencias del Preámbulo a los casos *Cuero* de Argentina y *Maderas blandas para construcción*. En una parte del Preámbulo, el Departamento interpreta el artículo 771(5)(D)(iii) de la ley, que aplica el párrafo 1 a) 1) iii) del artículo 1 del Acuerdo SMC, e indica como contribución financiera "el suministro de bienes o servicios que no sean de infraestructura general". Según el Canadá, al declarar que las carreteras o los puentes pueden beneficiar a determinadas industrias, más que a la sociedad en

⁷⁰ Véase la Segunda comunicación escrita del Canadá, párrafo 34.

⁷¹ *Regulations*, 63 *Federal Register* en 65.351-55 (anexo C a la Primera comunicación escrita del Canadá - Canadá - Prueba documental 3).

general, el Departamento de Comercio cita el caso anterior a la OMC *Ciertos productos de acero procedentes de Corea* -el mismo al que se refiere la parte relativa a las subvenciones indirectas en la DAA y el Preámbulo- en el que el Departamento constató que los servicios portuarios de la bahía de Kwangyang no constituían una "infraestructura general" a los efectos de su criterio de "especificidad" anterior a la OMC, y que, por consiguiente, eran susceptibles de compensación.⁷² Cuando la cuestión se planteó de nuevo en los casos *Acero inoxidable* posteriores a la OMC, el Departamento de Comercio declaró lo siguiente:

"La infraestructura existente en la bahía de Kwangyang no se construyó en beneficio del público en general; ... por consiguiente, no es una "infraestructura general" Así pues, dicha infraestructura es susceptible de medidas compensatorias. Es más, en la "Explicación de la reglamentación definitiva" (el Preámbulo) en materia de derechos compensatorios ... se cita expresamente la infraestructura construida en la bahía de Kwangyang (del caso *Productos de acero procedentes de Corea*), como ejemplo de complejos industriales, carreteras, líneas ferroviarias y puertos que no constituyen una "infraestructura general" y que son susceptibles de medidas compensatorias Véase la reglamentación definitiva de los derechos compensatorios, 63 FR en 65378-79."⁷³

5.165 Así pues, según el Canadá el Departamento de Comercio, al decidir una cuestión significativa en los casos posteriores a la OMC, constató que la interpretación de "infraestructura general" del Preámbulo, y en particular su referencia a un caso anterior a la OMC en que se había constatado que la bahía de Kwangyang no era una "infraestructura general", era de carácter dispositivo. Es difícil concebir, pues, cómo el Departamento de Comercio no constataría que la interpretación del Preámbulo relativa a las limitaciones a la exportación y su referencia al caso *Maderas blandas para construcción procedentes del Canadá* son igualmente dispositivas en un caso que plantee la misma cuestión.

5.166 Por último, el Canadá entiende que la pretensión estadounidense de que el Preámbulo recoge "opiniones simplemente aproximativas" no es confirmada por los casos en los tribunales estadounidenses ni por el hecho de que los propios Estados Unidos se remitan a un preámbulo en los procedimientos de solución de diferencias en la OMC. Según el Canadá, en los tribunales estadounidenses el Departamento de Comercio invoca el Preámbulo como fundamento jurídico de sus determinaciones, y los tribunales sancionan este proceder.

4. La "práctica" es una medida, y encaja en el concepto de "imperativo" de la OMC

5.167 El Canadá estima que, como los Estados Unidos no ignoran, la "práctica" de un organismo es un concepto sumamente corriente del derecho estadounidense. El Departamento de Comercio se refiere habitual y expresamente a su "práctica" en las determinaciones de medidas antidumping y derechos compensatorios, dando efecto jurídico a esa "práctica" como factor determinante de las interpretaciones y las metodologías que aplica, como demuestran los casos citados por el Canadá.⁷⁴ Además, existe una conexión entre la práctica y el precedente, ya que con frecuencia una

⁷² *Id.*, párrafo 65.378.

⁷³ *Hojas de acero inoxidable y chapas de acero inoxidable en rollos procedentes de la República de Corea*, 64 *Federal Register* 30.636, 30.659 (Departamento de Comercio, 8 de junio de 1999) (Determinación definitiva) (Canadá - Prueba documental 23); *Chapas de acero inoxidable en rollos procedentes de la República de Corea* 64 *Federal Register* 15.530, 15.548 (Departamento de Comercio, 31 de marzo de 1999) (Determinación definitiva) (Canadá - Prueba documental 24).

⁷⁴ Véase la Segunda comunicación escrita del Canadá, párrafo 40.

interpretación o metodología se elabora para un solo caso o un grupo de casos y se convierte en la "práctica" seguida en casos subsiguientes. Así pues, la práctica no es una determinación individual en un caso de derechos compensatorios (aunque normalmente una determinación reflejará la "práctica") sino que más bien es un compromiso institucional de atenerse a interpretaciones y metodologías declaradas, que se refleja en determinaciones acumulativas.

5.168 Cuando el Departamento de Comercio promulga reglamentaciones de derechos compensatorios y medidas antidumping, establece su práctica en esas reglamentaciones, incluido el Preámbulo. Sin embargo, a menudo la práctica del Departamento no está articulada en forma de reglamentaciones. Es más, hasta que se promulgaron en 1998 las reglamentaciones definitivas en materia de derechos compensatorios, el Departamento de Comercio no había promulgado nunca reglamentaciones definitivas en las que se indicasen sus interpretaciones sustantivas del derecho estadounidense y las metodologías que iba a aplicar. Por consiguiente, durante buena parte de los 20 últimos años, las interpretaciones y metodologías en que se basaron las determinaciones del Departamento de Comercio en los casos de derechos compensatorios estaban simplemente en función de la "práctica" del Departamento. En consecuencia, el Canadá sostiene que, si bien la "práctica" se refleja en las reglamentaciones del Departamento de Comercio cuando se promulgan, este concepto ofrece una base independiente para la acción del Departamento, a la que se confiere efecto jurídico con carácter adicional a la exposición de dicha práctica en los reglamentos, o en ausencia de una indicación en este sentido.

5.169 El Canadá estima que la independencia de la práctica respecto de las reglamentaciones se observa claramente en la promulgación, por el Departamento de Comercio, de un *Reglamento enmendado relativo a la revocación de órdenes en materia de medidas antidumping y de derechos compensatorios*, en respuesta a una determinación del Grupo Especial de la OMC respecto de los DRAM de Corea.⁷⁵ En el preámbulo de este reglamento el Departamento de Comercio declara que, si bien la decisión de la OMC requería un cambio en una norma comercial, no invalidaba varios aspectos de la "práctica" del Departamento, que seguirían vigentes.

5.170 El Canadá sostiene además, que un principio fundamental del derecho estadounidense es que un organismo no puede apartarse de su práctica y sus precedentes salvo en circunstancias muy explícitas, cuando la desviación de las anteriores políticas y normas es expresa y deliberada, y se explica adecuadamente. A juicio del Canadá, estas circunstancias estrictas no se dan en este caso, ya que los Estados Unidos no tienen evidentemente la intención de dejar de aplicar un trato de las limitaciones a la exportación que consideran correcto.

5.171 El Canadá alega que la "práctica" impugnada es el compromiso del Departamento de Comercio de atenerse a una opinión jurídica y una interpretación o metodología determinadas. En su opinión, el trato de una limitación de las exportaciones como contribución financiera incluye la práctica del Departamento de Comercio anterior a la OMC que se hizo valer en los casos *Cuero procedente de Argentina* y *Maderas blandas para construcción procedentes del Canadá*, porque dicha práctica se había incorporado expresamente a la práctica vigente de los Estados Unidos por mediación de la DAA y el Preámbulo. También está incluida la práctica del Departamento posterior a la OMC, como confirman los casos *Ganado en pie* y *Acero inoxidable* de Corea, que son ejemplos acumulativos del compromiso del Departamento de Comercio de aplicar la práctica indicada en el Preámbulo y, en particular, "una norma de alcance no menor que el de la anterior norma estadounidense para la constatación de la existencia de una subvención indirecta".

⁷⁵ 64 *Federal Register* 51.236 en 51.239 (Departamento de Comercio 22 de septiembre de 1999) (norma definitiva) (Canadá - Prueba documental 109).

5.172 A juicio del Canadá, como el Departamento de Comercio ha expuesto su "práctica" para las limitaciones a la exportación en el Preámbulo de la reglamentación definitiva de los derechos compensatorios, actualmente no existe una distinción de fondo entre el trato que el Departamento da a esas limitaciones en virtud de la DAA y el Preámbulo, y el que concede con arreglo a su "práctica". Además, la DAA y el Preámbulo son incompatibles con las obligaciones de los Estados Unidos en virtud del Acuerdo SMC, independientemente de la "práctica" que el Canadá impugna. En este sentido, aunque cree que la "práctica" es una medida que se presta a la solución de diferencias como cualquier ley, reglamento o acto de un Miembro, el Canadá considera que una constatación del presente Grupo Especial con respecto a la "práctica" no es esencial para determinar qué otras medidas estadounidenses son incompatibles con las obligaciones dimanantes de la OMC.

5.173 Sin embargo, la "práctica" tiene que ver con la observancia, por los Estados Unidos, de una resolución de la OMC en favor del Canadá. Es decir, si el actual Grupo Especial constata que la ley estadounidense, interpretada por la DAA, el Preámbulo y la práctica, es incompatible con el Acuerdo SMC porque compromete a los Estados Unidos a dar el trato de contribución financiera a la limitación de las exportaciones, el Canadá cree que, entre otras cosas, los Estados Unidos deberían renunciar a su práctica de dar este trato a las limitaciones a la exportación cuando inicien casos relativos a los derechos compensatorios y hagan determinaciones al respecto. La inclusión de la "práctica" como una medida tenía por objeto insistir en ese punto, y el Canadá desea que el Grupo Especial haga una recomendación específica a los Estados Unidos para que pongan sus medidas en conformidad con el Acuerdo SMC y con el Acuerdo sobre la OMC, entre otras cosas, dejando de tratar las limitaciones a la exportación como contribuciones financieras.

5. Comentarios sobre las comunicaciones estadounidenses relativas al Acuerdo SMC, que figuran en la declaración oral de los Estados Unidos

5.174 En opinión del Canadá, la cuestión esencial en esta diferencia ha sido, y sigue siendo, si el trato que las medidas estadounidenses dispensan a las limitaciones a la exportación es incompatible con la definición de "contribución financiera" del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC, cuestión ésta que depende necesariamente de la interpretación de la disposición en base al significado corriente de sus términos, y teniendo en cuenta el contexto y el objeto y fin del Acuerdo. El Canadá alega que, como expuso en su primera declaración oral, el intento de los Estados Unidos de encajar las limitaciones a la exportación en la definición de contribución financiera es una tentativa profundamente equivocada de aplicar estos principios de interpretación de los tratados.

5.175 El Canadá sostiene que los Estados Unidos se limitan a redefinir el término esencial "ordenar" de modo que signifique "causar" en el sentido más amplio de la palabra, sobre la base de una extrapolación de significados del diccionario, sacados de contexto según el Canadá, la palabra "ordena" del inciso iv) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 significa que un gobierno debe dar instrucciones autorizadas a la "entidad privada" para que lleve a cabo una determinada acción, mientras que con la definición de los Estados Unidos ("regular el curso de, o ser causa de que alguien o algo se mueva en una dirección determinada") su significado es bastante distinto. Además, como señaló el Canadá en su primera declaración oral, una limitación de las exportaciones ni siquiera se ajusta a la definición estadounidense de "ordena". Y, lo que es más importante, la palabra "causar" no aparece en el texto del inciso iv).

5.176 Los Estados Unidos alegan que el que una determinada limitación de las exportaciones cumpla todas las condiciones para que exista una "subvención al amparo del artículo 1.1" sólo podría determinarse en un análisis de las pruebas efectivas del caso. Aunque para determinar si "con ello se ha otorgado un beneficio", según el párrafo 1 b) del artículo 1, haría falta efectivamente un análisis de las pruebas, en este caso no se discute el concepto "beneficio". El Canadá sostiene que si el Grupo Especial está de acuerdo en que una limitación de las exportaciones no es una contribución financiera en el sentido del inciso iv) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1, la cuestión del beneficio" no se plantearía

nunca, ya que nunca podría incoarse un caso alegando que una limitación de las exportaciones es una "subvención".

5.177 Los Estados Unidos afirman también que no existe una "pendiente resbaladiza" en cuanto a la constatación de una serie de medidas reglamentarias del gobierno comprendidas en esta interpretación del inciso iv). A juicio del Canadá, un sencillo examen demuestra el error de este planteamiento. Los importadores podrían reaccionar a la reducción o eliminación de un derecho aumentando sus importaciones de un producto, con lo que, en potencia, aumentarían la oferta interna y en determinadas condiciones económicas reducirían el precio del mercado del producto para los usuarios en una fase más adelantada de producción. Según la interpretación estadounidense del inciso iv), así como su opinión sobre las limitaciones a la exportación, el gobierno, al reducir el derecho, habría "encomendado u ordenado" a los importadores que "proporcionarán bienes" a los usuarios internos del producto. Con arreglo a los argumentos del Canadá y de las CE, las acciones gubernamentales tales como la reducción de los derechos de importación no forman parte, simplemente, de las acciones del gobierno que constituyen una "contribución financiera" en el sentido del párrafo 1 a) 1) del artículo 1.

5.178 Por último, en respuesta a los argumentos del Canadá y de las CE respecto de la capacidad de los productores sometidos a una limitación de las exportaciones de adaptarse a las condiciones de mercado, los Estados Unidos siguen afirmando que una limitación de las exportaciones constituye un caso de suministro de bienes "encomendado u ordenado" por el gobierno, que es susceptible de compensación si se constata la existencia de un beneficio o una especificidad. El Canadá señala que la libertad de los productores de adaptarse a la imposición de una limitación de las exportaciones pone de relieve el hecho de que no se les ha encomendado ni ordenado nada en el sentido del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1. En opinión del Canadá, una orden de un gobierno de no hacer algo no es lo mismo, con arreglo al inciso iv), que una orden de hacer otra cosa.

F. SEGUNDA COMUNICACIÓN ESCRITA DE LOS ESTADOS UNIDOS

1. Introducción

5.179 Los Estados Unidos sostienen que, en términos generales, lo que se está debatiendo es una clase de medidas –las limitaciones a la exportación– que se consideran "subvenciones" en el sentido normal de la palabra en terminología económica, y añaden que la Secretaría de la OMC y las Organizaciones de las Naciones Unidas, entre otras, han definido de esta manera las limitaciones a la exportación. Pese a ello, el Canadá trata de demostrar que, desde el punto de vista técnico, una limitación de las exportaciones no puede constituir nunca, en ninguna circunstancia, una subvención en el sentido de lo dispuesto en el Acuerdo SMC. A juicio de los Estados Unidos, el Canadá hace esta afirmación sin ofrecer ninguna prueba respecto de la naturaleza y el funcionamiento de las limitaciones a la exportación en el mundo real, y esto a pesar de que, en su calidad de demandante, le corresponde la carga de la prueba, en este caso concreto negativa.

5.180 En segundo lugar, los Estados Unidos no creen que en este caso exista un litigio real y tangible. El Canadá no reclama contra la imposición de cualquier derecho compensatorio; es más, después de la creación de la OMC el Departamento de Comercio no ha impuesto ningún derecho compensatorio con respecto a una limitación de las exportaciones, contra el Canadá o contra cualquier otro Miembro. Tampoco alega el Canadá que una ley o reglamento de los Estados Unidos sea incompatible con uno cualquiera de los Acuerdos de la OMC; lo que afirma realmente es que, si alguna vez se viera enfrentado a la cuestión, el Departamento de Comercio interpretaría la disposición legislativa compatible con la OMC de modo que abarcara las limitaciones a la exportación. No obstante, según los Estados Unidos esto no significa que se impugne una medida "adoptada", en el sentido del ESD.

5.181 En tercer lugar, los Estados Unidos alegan que, aunque este caso debería desestimarse por motivos de procedimiento, e independientemente del carácter abstracto de su impugnación, el Canadá está equivocado en sus reclamaciones sustantivas. Los Estados Unidos creen haber demostrado, con el análisis del texto, el contexto y el objeto y fin del Acuerdo SMC, que el Canadá se equivoca cuando afirma que una limitación de las exportaciones no puede constituir nunca una subvención, en ninguna circunstancia. Así pues, aunque el Grupo Especial no necesita ocuparse de las reclamaciones sustantivas del Canadá, ni debe hacerlo, si lo hace debería rechazarlas.

2. La doctrina de la distinción entre imperativo y discrecional

5.182 Los Estados Unidos creen que es significativo que ni el Canadá ni las CE hayan impugnado la validez de la doctrina de la distinción entre imperativo y discrecional. En consecuencia, lo único que tiene que considerar realmente el Grupo Especial es si las llamadas "medidas" identificadas por el Canadá exigen que el Departamento de Comercio dé a las limitaciones a la exportación el trato de subvenciones.

a) Artículo 771(5)

5.183 En lo relativo al artículo 771(5) de la *Ley de Aranceles de 1930*, los Estados Unidos observan que el Canadá admite que la ley "no se ocupa específicamente de las limitaciones a la exportación".⁷⁶ El Canadá cede en este punto a la opinión de los Estados Unidos porque, como reconoció en 1995 en sus comentarios al Departamento de Comercio, el artículo 771(5) "ofrece una definición de 'subvención' que es esencialmente la misma que la del Acuerdo sobre Subvenciones".⁷⁷ Así pues, los Estados Unidos entienden que, con arreglo a la doctrina de la distinción entre imperativo y discrecional, el artículo 771(5) no viola sus obligaciones derivadas de la pertenencia a la OMC.

b) La DAA

5.184 Aunque sostienen que las partes también están de acuerdo en que la DAA es un texto "autorizado" con respecto a la interpretación del artículo 771(5), los Estados Unidos creen haber demostrado que todo lo que dice "autorizadamente" la DAA es que el Departamento de Comercio debe ajustarse a la norma estipulada en el artículo 771(5), que, como reconoce el Canadá, es compatible con la OMC.⁷⁸ Así pues, según la doctrina de la distinción entre imperativo y discrecional, aunque la DAA fuera una medida aparte, en el contexto del mandato del Grupo Especial, a juicio de los Estados Unidos no violaría sus obligaciones derivadas de la OMC.

c) El Preámbulo

5.185 Los Estados Unidos observan que las partes están de acuerdo en que un preámbulo reglamentario puede utilizarse para interpretar una norma de un organismo. Más concretamente, la jurisprudencia estadounidense muestra que un preámbulo reglamentario puede utilizarse como prueba del entendimiento contemporáneo, por un organismo, de sus normas propuestas.⁷⁹ No obstante, con respecto al Preámbulo que se considera, los Estados Unidos afirman que el Departamento de

⁷⁶ Primera comunicación del Canadá, párrafo 32.

⁷⁷ *Solicitud de resoluciones preliminares de los Estados Unidos ("Solicitud de los Estados Unidos")*, párrafo 43, citando EE.UU. - Prueba documental 11.

⁷⁸ Véase, por ejemplo, *Solicitud de los Estados Unidos*, párrafos 35 a 39 y 75 a 79; y respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 1 (primera serie) y a las preguntas 15, 27 y 31 a 33 (segunda serie).

⁷⁹ *Solicitud de los Estados Unidos*, párrafo 81 y los casos citados en dicho párrafo.

Comercio no promulgó una reglamentación y que, además, el texto de dicho preámbulo no se publicó en el *Code of Federal Regulations*. Los Estados Unidos creen haber demostrado que, en el contexto del derecho estadounidense, el Preámbulo de referencia no es vinculante para el Departamento de Comercio.⁸⁰

5.186 Además, el debate sobre un oscuro principio del derecho administrativo estadounidense oculta el hecho de que, aunque el Preámbulo fuera vinculante para el Departamento de Comercio, no refleja una interpretación en el sentido de que el artículo 771(5) *exige* que el Departamento de Comercio dé a las limitaciones a la exportación el trato de subvenciones (o contribuciones financieras). En realidad, el Preámbulo expresa simplemente una opinión aproximativa según la cual la ley "permitiría" que el Departamento de Comercio diera a las limitaciones a la exportación el trato de subvenciones; es decir, que el trato de una limitación de las exportaciones como si fuera una subvención sería una posible interpretación de la ley.⁸¹

5.187 Así pues, según los Estados Unidos con arreglo a la doctrina de la distinción entre imperativo y discrecional el Preámbulo no viola las obligaciones estadounidenses dimanantes de la OMC porque: 1) no es vinculante para el Departamento de Comercio, y 2) aunque lo fuera, no exige que el Departamento de Comercio dé a las limitaciones a la exportación el trato de subvenciones.

d) La "práctica" de los Estados Unidos

5.188 Los Estados Unidos observan que el Canadá no discute que, en ningún caso posterior a la OMC, el Departamento de Comercio ha constatado que una limitación de las exportaciones fuera una subvención. Además el Canadá tampoco pone en tela de juicio que, aunque hubiera un caso de esta índole, en el contexto del derecho estadounidense no sería vinculante para el Departamento de Comercio.⁸² Así pues, de acuerdo con la doctrina de la distinción entre imperativo y discrecional, la "práctica" estadounidense, entendida en el sentido convencional de un precedente de un organismo, no violaría la obligación de los Estados Unidos de no dar a las limitaciones a la exportación el trato de subvenciones, derivada de su pertenencia a la OMC.

5.189 No obstante, los Estados Unidos sostienen que en el curso de este litigio la definición canadiense de "práctica" ha cambiado constantemente. En su versión más reciente, la "práctica" es un supuesto "compromiso administrativo" de dar a las limitaciones a la exportación el trato de subvenciones; o sea, es el presunto estado de ánimo institucional del Departamento de Comercio. Sin embargo, el Canadá no ha explicado en ninguna de sus comunicaciones cómo un "compromiso administrativo" –sea lo que fuere– es vinculante para el Departamento de Comercio de conformidad con el derecho estadounidense. Por lo tanto, aunque este "compromiso administrativo" pudiera constituir una medida a los efectos del ESD, para los Estados Unidos el Canadá no ha demostrado que esa "cosa" exige que el Departamento de Comercio dé a las limitaciones a la exportación el trato de subvenciones.⁸³ Por consiguiente, en virtud de la doctrina de la distinción entre imperativo y

⁸⁰ *Id.*, párrafos 80 a 83 y los casos citados en dichos párrafos; *Declaración oral de los Estados Unidos*, párrafos 17 a 31 y los casos citados en dichos párrafos.

⁸¹ *Solicitud de los Estados Unidos*, párrafo 80.

⁸² Para el examen de la naturaleza no vinculante de los precedentes de un organismo administrativo, los Estados Unidos se remiten a la *Solicitud de los Estados Unidos*, párrafos 84 y 85, y a la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 16 d) (segunda serie).

⁸³ Los Estados Unidos se refieren a su respuesta a la pregunta 16 d) (segunda serie), en la que explican por qué un "compromiso administrativo" no puede ser vinculante en derecho estadounidense.

discrecional, cualquier presunto "compromiso administrativo" de esta índole no violaría las obligaciones de los Estados Unidos derivadas de su pertenencia a la OMC.

e) Las medidas consideradas en conjunto

5.190 El Canadá ha alegado que, aunque los documentos identificados no exijan individualmente que el Departamento de Comercio dé a las limitaciones a la exportación el trato de subvenciones, las medidas "consideradas en conjunto" sí lo exigen.⁸⁴ No obstante, en ningún lugar de las comunicaciones canadienses se ofrece una explicación –y mucho menos una demostración– de cómo, en el contexto general del derecho estadounidense, las medidas que consideradas individualmente no exigen que un organismo actúe de un modo particular, en conjunto sí pueden conllevar esa exigencia. Tampoco hay ninguna demostración de que, con arreglo al derecho estadounidense, los documentos del caso exijan, colectivamente, que el Departamento de Comercio dé a las limitaciones a la exportación el trato de subvenciones. El motivo de esta omisión es que, en derecho estadounidense, la aseveración fundamental del Canadá es errónea. Así pues, con arreglo a la doctrina de la distinción entre imperativo y discrecional, los Estados Unidos entienden que las medidas, consideradas en conjunto, no constituyen un incumplimiento de las obligaciones derivadas de su pertenencia a la OMC.

3. Ninguna de las medidas citadas por el Canadá violan las disposiciones de los Acuerdos de la OMC que el Canadá ha invocado

5.191 Los Estados Unidos se remiten a su explicación de los párrafos 44 a 51 de su *Declaración oral*, y a su respuesta a la pregunta 17 (segunda serie), según las cuales la mayoría de las "medidas" identificadas por el Canadá no pueden violar ninguna de las disposiciones de los Acuerdos de la OMC que el Canadá ha invocado en este caso.

5.192 A juicio de los Estados Unidos, ninguna de estas medidas puede violar el párrafo 1 del artículo 1 porque dicho párrafo es una disposición definitoria que no impone obligaciones propiamente dichas. Tampoco pueden violar el artículo 10 (ni los artículos 11, 17 y 19 en su relación con las disposiciones del artículo 10) porque estas reglas corresponden a acciones emprendidas en el contexto de procedimientos reales de derechos compensatorios, y el Canadá no impugna ninguna de ellas. Además, el párrafo 1 del artículo 32 no es aplicable porque corresponde a una "medida específica contra una subvención de otro Miembro", y el Canadá no impugna ninguna medida de esta clase.

5.193 En consecuencia, según los Estados Unidos las únicas disposiciones que podrían aplicarse a una impugnación de medidas "propiamente dichas", son el párrafo 5 del artículo 32 del Acuerdo SMC y el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC, que rigen en ambos casos para "leyes, reglamentos y procedimientos administrativos". En general, para que se incumpliese alguna de estas disposiciones, una ley, reglamento o procedimiento administrativo tendría que violar otra disposición de un acuerdo de la OMC. En el presente caso, una ley, reglamento o procedimiento administrativo sólo violaría estas disposiciones si impusiera una acción incompatible con los artículos 1.1, 10 (u 11, 17 y 19) o 32.1 del Acuerdo SMC.

5.194 En opinión de los Estados Unidos, la única medida que se considera en el presente caso y que podría quedar comprendida en las disposiciones del párrafo 5 del artículo 32 o del párrafo 4 del artículo XVI es el artículo 771(5), que es una "norma legislativa". No obstante, el Canadá reconoce que el mencionado artículo no es, de por sí, incompatible con ninguna de las disposiciones que ha citado, y los Estados Unidos han demostrado que esta conclusión no cambia si el artículo se interpreta

⁸⁴ *Declaración Oral del Canadá*, párrafo 8.

conjuntamente con la DAA. Así pues, el artículo 771(5) no viola el párrafo 5 del artículo 32 ni el párrafo 4 del artículo XVI.

5.195 En cuanto a las otras "medidas", los Estados Unidos se limitan a afirmar que no son el objeto del párrafo 5 del artículo 32 ni del párrafo 4 del artículo XVI. Ni la DAA, ni el Preámbulo, ni lo que el Canadá define con el concepto amorfo de "prácticas", constituyen una "ley", un "reglamento" o un "procedimiento administrativo" en el sentido de estas disposiciones.

4. El Canadá ha fracasado en su intento de demostrar que una limitación de las exportaciones no puede constituir nunca una subvención, en ninguna circunstancia

5.196 En cuanto a la afirmación del Canadá de que una limitación de las exportaciones nunca puede constituir, en ninguna circunstancia, una subvención según lo previsto en el inciso iv) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1, los Estados Unidos reafirman su posición de que el Grupo Especial no necesita ni debe tratar esta cuestión.⁸⁵ No obstante, si el Grupo Especial decidiera hacerlo, los Estados Unidos creen haber demostrado que una limitación de las exportaciones es capaz, en potencia, de cumplir las normas del inciso iv).

a) "Encomienda u ordena"

5.197 Los Estados Unidos observan que la parte esencial del argumento del Canadá se refiere al requisito del inciso iv) expresado con la fórmula "encomienda u ordena". No obstante, los Estados Unidos estiman haber demostrado que una limitación de las exportaciones, en circunstancias propicias, puede satisfacer este requisito si nos atenemos al significado corriente de los términos. En inglés "direct" ("ordenar") significa "ser causa de que se tome una dirección determinada"; "ser causa de que (alguien o algo) se desplace en una dirección determinada".⁸⁶ Según los Estados Unidos, el Canadá no puede indicar nada en esas definiciones que excluya de su alcance a las limitaciones a la exportación.

5.198 El razonamiento canadiense con respecto a la fórmula "encomienda u ordena" se basa esencialmente en tres argumentos. En primer lugar, el Canadá discute las definiciones de "ordenar" del diccionario que emplean un elemento causal, y trata de insertar un requisito adicional de carácter afirmativo, consistente en "una instrucción autorizada de hacer algo", y no solamente de abstenerse de hacer algo.⁸⁷ En segundo lugar, el Canadá, junto con las CE, afirma que una limitación de las exportaciones nunca puede satisfacer la norma expresada en la fórmula "encomienda u ordena" porque el productor del producto objeto de limitación dispone de varias opciones a la venta del producto en el mercado interno, como producir otro producto, elaborar un producto en una fase más

⁸⁵ Véase, por ejemplo, la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 39 (segunda serie).

⁸⁶ *Primera comunicación de los Estados Unidos*, párrafo 31. A este respecto, los Estados Unidos no admiten que pueda pasarse por alto la palabra "encomienda", como sugiere el Canadá en el párrafo 19 de su *Declaración oral*. Podría haber situaciones en las que una limitación de las exportaciones constituya el mecanismo por el cual un gobierno "encomiende" a una entidad privada que proporcione una contribución financiera en el sentido del inciso iv). No obstante, si, como han demostrado los Estados Unidos, una limitación de las exportaciones puede satisfacer el significado de la expresión "ordena", el término "encomienda" pasa a ser una cuestión puramente teórica, en lo relativo a las reclamaciones del Canadá en esta diferencia.

⁸⁷ Los Estados Unidos alegan que este planteamiento es incompatible con la interpretación contemporánea del Canadá de "encomienda u ordena", porque la ley canadiense de derechos compensatorios no exige una "instrucción autorizada". Con arreglo a esta última ley, la existencia de una contribución financiera depende de que un gobierno "permita u ordene" a una entidad privada que haga algo. Véase la *Primera comunicación de los Estados Unidos*, párrafo 37, nota 34.

adelantada de la producción, o cesar la producción. En tercer lugar, el Canadá afirma que si su propuesta no fuera aceptada, se produciría un efecto de "pendiente resbaladiza" que conduciría a la compensación de todas las acciones reglamentarias de un gobierno.

i) *"Instrucción autorizada"*

5.199 En cuanto al primer argumento del Canadá, los Estados Unidos recuerdan que este país ha afirmado que una limitación de las exportaciones no va acompañada de una orden específica de proporcionar los bienes al mercado nacional, sino que lo que se ordena es más bien "no exportar". El Canadá reconoce significativamente que las limitaciones a la exportación constituyen "órdenes"⁸⁸, pero afirma que debe existir una "instrucción autorizada" o un "mandato ... de hacer una cosa", para que exista una "orden".⁸⁹ En opinión de los Estados Unidos, el Canadá no ofrece ningún apoyo textual a esta proposición, sino que se limita a promover sus definiciones preferidas del diccionario.⁹⁰

5.200 El Canadá tampoco ha tenido en cuenta las diversas formas en que se puede manifestar una limitación de las exportaciones (problema que no se plantearía si hubiese presentado un argumento basado en hechos reales). Cabe suponer que, incluso con la interpretación canadiense de la fórmula "encomienda u ordena", la norma se cumpliría si la limitación de las exportaciones estuviera acompañada de una disposición gubernamental que exigiese que el producto objeto de limitación fuera procesado en el país. En el mejor de los casos, el Canadá trata de dar preferencia a la forma sobre la sustancia. Los Estados Unidos piensan que cuando un productor nacional se dedica a la venta de un producto, una restricción de exportar *puede ser* una orden de vender (o sea, proporcionar bienes) a compradores nacionales, en un entorno comercial normal.

5.201 Además, el término "ordena" del inciso iv) conlleva elementos de causalidad, como se reconoce en la pregunta 11 c) (segunda serie). Para los Estados Unidos, el que una limitación de las exportaciones sea o no la causa de que un productor venda en el mercado nacional es una cuestión fáctica que sólo puede responderse caso por caso. Lo que es significativo, a los efectos de esta diferencia, es que tanto el Canadá como los Estados Unidos parecen estar de acuerdo en que una limitación de las exportaciones puede producir el efecto requerido. En su declaración oral, el Canadá hizo la siguiente afirmación:

⁸⁸ Declaración oral del Canadá, párrafo 20 ("Sin embargo, en el caso de una limitación de las exportaciones la "orden específica" *no* es proporcionar bienes, sino más bien "no exportar") (en cursivas en el original).

⁸⁹ *Id.*, párrafo 21.

⁹⁰ Según los Estados Unidos, el Canadá argumenta que, como los redactores utilizaron la palabra "causa" en otra parte del Acuerdo SMC, esto significa que tenían el propósito de dar al término "ordenar" un significado distinto del corriente. Con respecto a este argumento, los Estados Unidos tienen tres observaciones que hacer. En primer lugar, el Órgano de Apelación ha reconocido que distintas palabras pueden tener significados intercambiables o coincidentes (*Comunidades Europeas – Régimen para la importación, venta y distribución de bananos*, WT/DS27/AB/R, informe del Órgano de Apelación adoptado el 25 de septiembre de 1997, párrafo 203). El Órgano de Apelación constató que, a pesar de que el artículo 1.3 del *Acuerdo sobre Licencias* y el párrafo 3 a) del artículo X del GATT de 1994 utilizaban frases distintas, las dos disposiciones tenían el mismo alcance. En segundo lugar, como quiera que el Canadá afirma que la palabra "ordenar", tal y como se utiliza en el inciso iv), tiene un significado especial con arreglo a los principios consuetudinarios del derecho público internacional, a él le corresponde probar que los redactores tenían esta intención. *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, artículo 31 4). En tercer lugar, los Estados Unidos observan que la nota 1 de pie de página del Acuerdo SMC demuestra que los redactores sabían cómo excluir ciertas prácticas del alcance del párrafo 1 del artículo 1, pero no lo hicieron en el caso de las limitaciones a la exportación.

"Más concretamente, los Estados Unidos sostienen que frente a una limitación de las exportaciones el productor nacional sólo tiene una opción económica, consistente en vender el producto objeto de la limitación a los compradores nacionales de ese producto. Desde un punto de vista económico esto es inexacto. *No es inevitable* que una limitación de las exportaciones obligue a un productor nacional del producto objeto de la limitación a vender en el mercado interno."⁹¹

5.202 Para los Estados Unidos, en la frase "no es inevitable" hay un reconocimiento implícito de que "podría" ocurrir que una limitación de las exportaciones obligue a un productor nacional de los productos objeto de la limitación a vender en el mercado interno. El Canadá trata de salir ganando en todos los supuestos. Por una parte reconoce que, teóricamente, una limitación de las exportaciones puede obligar a un productor nacional del producto objeto de limitación a venderlo en el mercado interno. Por otra parte, afirma esencialmente que esto nunca podría ocurrir en el mundo real, pero no presenta ni la sombra de una prueba en abono de esta afirmación.

ii) "*Otras opciones*"

5.203 El segundo intento del Canadá de eludir el significado corriente de la expresión "encomienda u ordena" es el argumento de las "otras opciones". El Canadá y las CE afirman que, enfrentados a una limitación de las exportaciones, los productores pueden optar por producir otro producto, cesar la producción o dedicarse a la elaboración en una fase más adelantada de producción.⁹²

5.204 Sin embargo, puede haber situaciones en las que el productor del bien objeto de la limitación no goce de estas posibilidades. Es más, como se comentó en la anterior sección, los Estados Unidos creen que el Canadá ha reconocido implícitamente esta posibilidad, y no ha proporcionado ninguna prueba de que, en la realidad pudiera darse el caso de que no existieran estas opciones técnicas del Canadá.

5.205 En todo caso, con la excepción quizás de un régimen económico dirigido que no sea de mercado (que no hace falta considerar aquí, puesto que los casos que se tratan son hipotéticos), un productor siempre tiene opciones. Si un gobierno "ordena" a un banco que conceda un préstamo a una empresa, el banco puede negarse; la negativa podría tener consecuencias, pero que el banco siempre tiene esta opción. Para los Estados Unidos esta realidad comercial es la misma en el caso de una limitación de las exportaciones.

5.206 Es más, los Estados Unidos sostienen que, incluso aplicando la norma del Canadá/CE relativa a una instrucción autorizada de vender en condiciones predeterminadas, un productor tendría la opción de fabricar un producto distinto, cesar la producción, o dedicarse a la elaboración en una fase posterior de la producción. Sin embargo, si la existencia de opciones en esta situación significara que

⁹¹ *Declaración oral del Canadá* (18 de enero de 2001), párrafo 42 (sin cursivas en el original). Los Estados Unidos niegan, desde luego, que hayan dicho que una limitación de las exportaciones surtirá siempre el efecto supuesto. La posición estadounidense es, simplemente, que no puede decirse que una limitación de las exportaciones no surtirá nunca el efecto supuesto.

⁹² *Id.*, párrafo 40. Los Estados Unidos observan que las CE añaden el requisito de que el producto se suministre en ciertas condiciones predeterminadas. *Comunicación de las CE*, párrafos 25 a 27. Los Estados Unidos creen haber rebatido adecuadamente este argumento de las CE, en sus respuestas a las preguntas del Grupo Especial.

no puede haber una subvención, el inciso iv) sería verdaderamente una disposición carente de sentido, ya que no podría existir una subvención financiada por el productor.⁹³

5.207 En opinión de los Estados Unidos, el argumento de que no puede haber una subvención porque existe una opción teórica invierte los términos del Acuerdo SMC. El Canadá ha declarado que las subvenciones distorsionan la ventaja comparativa⁹⁴, y los Estados Unidos creen que éste es precisamente el posible efecto de una limitación de las exportaciones. Aunque sólo se puede hablar en términos abstractos, porque en esta diferencia no hay hechos, los Estados Unidos proponen el ejemplo de un mercado basado en la ventaja comparativa y en el que no haya ninguna limitación de las exportaciones, en el cual un insumo se exporta a otro mercado para su elaboración porque financieramente este procedimiento es más ventajoso. Debido a la imposición de una limitación de las exportaciones, el productor del insumo (que de lo contrario no podría justificar económicamente la elaboración) se dedica a la elaboración en una fase más adelantada de la producción, promoviendo así artificialmente la producción en el mercado interno a expensas de los productores extranjeros. El Canadá afirma que nada de esto tiene que ver con el Acuerdo SMC, porque el productor dispone de opciones.

5.208 Para los Estados Unidos, lo importante es que una limitación de las exportaciones puede ser causa de que el productor proporcione bienes a los elaboradores nacionales que, de lo contrario, no habría proporcionado. Así pues, la cuestión fundamental que se refleja en la pregunta 11 c) (segunda serie) es si existe una relación causal suficientemente importante entre la acción del gobierno que establece y aplica una limitación de las exportaciones y un suministro del producto por parte del productor nacional que de otro modo no se habría producido en el mercado.

iii) *La "pendiente resbaladiza"*

5.209 Los Estados Unidos afirman que el argumento definitivo del Canadá en contra del significado corriente de la expresión "encomienda u ordena", es el llamado argumento de la "pendiente resbaladiza" o la "hora de rendir cuentas".⁹⁵ La táctica del Canadá consiste en parte en elegir algunos términos de las comunicaciones de los Estados Unidos, como "equivalencia funcional" y "similitud conceptual", y calificarlos de "conceptos no vinculantes".⁹⁶ No obstante, los Estados Unidos entienden que de este modo los argumentos del Canadá van mucho más allá de las limitaciones de la exportación, y abarcan todas las subvenciones indirectas.

5.210 En todo caso, los Estados Unidos creen que no hay ningún hecho, en absoluto, que confirme las predicciones agoreras del Canadá. Un hecho sumamente significativo es que, a los diez años del caso *Cuero procedente de la Argentina*, y a los seis de la entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC, la "hora de rendir cuentas" no ha llegado todavía. Es más, el Canadá ni siquiera puede encontrar un caso real en el que basar su reclamación. De hecho, los Estados Unidos ni siquiera han tenido la posibilidad de estimar, con arreglo a la legislación posterior a la OMC, si una determinada limitación de las exportaciones ha dado lugar a una contribución financiera. Es más, si nos remontamos en el

⁹³ Los Estados Unidos observan que el Canadá ha dicho que ya no sostiene su posición anterior, según la cual la existencia de un costo para el gobierno es un requisito necesario de la existencia de una subvención. *Id.*, párrafo 27.

⁹⁴ Canadá - Prueba documental 106.

⁹⁵ Véase, por ejemplo, *la Declaración Oral del Canadá*, párrafo 25 ("La postura de los Estados Unidos significaría que toda acción gubernamental que afecte al mercado (es decir, a los compradores y vendedores a título individual) supondría 'encomendar u ordenar algo a una entidad privada'").

⁹⁶ *Id.*, párrafo 27.

tiempo y consideramos las determinaciones anteriores a la OMC, veremos que en el caso *Maderas para construcción III* el Departamento de Comercio constató que las limitaciones a la exportación en tres de las cuatro provincias consideradas no cumplían la norma que el Departamento aplicaba en aquel momento, o sea, la que el Canadá y las CE afirman falsamente que es la disposición legislativa vigente.

5.211 Los Estados Unidos creen que el punto más importante del argumento de la "pendiente resbaladiza" es que la norma plasmada en la fórmula "encomienda u ordena" –que figura tanto en la legislación estadounidense como en el inciso iv)- requiera una relación causal. Los Estados Unidos sostienen que algunas limitaciones a la exportación satisfarán esta norma, y otras no, y que, incluso en el caso de las primeras, las condiciones de beneficio y especificidad excluirán algunas limitaciones a la exportación y otros tipos de medidas gubernamentales indirectas de la categoría de subvenciones recurribles.⁹⁷

b) "Entidad privada"

5.212 Los Estados Unidos creen haber demostrado anteriormente que las definiciones de los diccionarios en varios idiomas privan de fundamento a la peculiar interpretación canadiense del término "entidad privada"⁹⁸, y añade que ni siquiera las CE aceptan el requisito inventado por el Canadá de "colectividad organizada".⁹⁹

c) Llevar a cabo una o varias de las funciones descritas en los incisos i) a iii) que normalmente incumbirían al gobierno y que no difieran, en ningún sentido real, de las prácticas normalmente seguidas por los gobiernos

5.213 En lo relativo a los elementos finales del inciso iv), el Canadá no explica por qué una limitación de las exportaciones no puede satisfacer estas condiciones¹⁰⁰, sino que se limita a negar que se puedan cumplir, y no ofrece ninguna explicación de su significado.

5.214 Estos elementos se examinan con más detalle en las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas del Grupo Especial. Para este país las expresiones "que normalmente incumbirían" y "normalmente seguidas por los gobiernos" se refieren a las funciones de la percepción de impuestos y la concesión de subvenciones, y esta posición se ve confirmada por la única referencia existente, el

⁹⁷ Según los Estados Unidos, las CE esgrimen una especie de contraargumento de la "pendiente resbaladiza", al afirmar que las limitaciones a la exportación pueden abordarse en el marco del artículo XI del GATT de 1994. Desde el punto de vista jurídico este argumento es obviamente falso e incompatible con las anteriores posiciones de las CE. Los Estados Unidos observan que en el caso *Indonesia – Ciertas medidas que afectan a la industria del automóvil* (WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R), informe del Grupo Especial adoptado el 23 de julio de 1998, párrafos 14.29- 14.36, el Grupo Especial se declaraba de acuerdo con los Estados Unidos, el Japón y las CE en que una medida podía ser recurrible de conformidad tanto con el Acuerdo SMC como con el artículo III del GATT de 1994. El Grupo Especial señaló en particular la nota 56 de pie de página del párrafo 1 del artículo 32 del Acuerdo SMC, que reconoce que se pueden adoptar medidas al amparo de otras disposiciones pertinentes del GATT de 1994. *Id.*, párrafo 14.36, nota 659. Los Estados Unidos creen que desde un punto de vista fáctico este argumento está claramente equivocado, porque no todas las limitaciones a la exportación violarán el artículo XI, e incluso aquellas que lo hagan podrían ser objeto de una o más excepciones con arreglo al artículo XX del GATT de 1994.

⁹⁸ *Primera comunicación de los Estados Unidos*, párrafos 40 a 44.

⁹⁹ *Comunicación de las CE*, párrafo 28.

¹⁰⁰ Véase *Primera comunicación del Canadá*, párrafo 93, y *Declaración oral del Canadá*, párrafo 28.

Informe previsto en el apartado 5 del artículo XVI de 1960, que menciona las "funciones de percepción de impuestos y concesión de subvenciones".

d) Objeto y fin

5.215 Tanto el Canadá como las CE se oponen a la referencia estadounidense al objeto y fin del Acuerdo SMC, sugiriendo falsamente que los Estados Unidos se basan en esta fórmula, haciendo abstracción del texto.¹⁰¹ Según los Estados Unidos, los dos están equivocados.

5.216 Las comunicaciones estadounidenses hablan por sí solas y demuestran no ya que los Estados Unidos no han ignorado el texto, sino que éste corrobora su posición. Sin embargo, de conformidad con los principios consuetudinarios del derecho internacional público, recogidos en el artículo 31 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, el objeto y el fin forman parte de una misma norma de interpretación de los tratados. Los Estados Unidos entienden que en este caso el objeto y el fin proporcionan indicaciones sobre el modo en que debe interpretarse el texto.

5.217 Es particularmente significativo que ni el Canadá ni las CE puedan discutir de un modo plausible que el objeto y el fin del Acuerdo SMC -independientemente de la importancia que se le conceda- confirman la posición estadounidense. Los Estados Unidos recuerdan su anterior declaración según la cual el objeto y fin primordiales del Acuerdo SMC consisten en imponer disciplinas a ciertas medidas gubernamentales que distorsionan el comercio internacional.¹⁰²

5.218 Los Estados Unidos se oponen al intento canadiense de calificar su posición de "unidimensional", al referirse a un solo párrafo de la *Declaración de la delegación del Canadá en la reunión celebrada los días 28 y 29 de junio de 1988 Canadá – Prueba documental 106*, en la que el Canadá señalaba que era necesario fijar límites al empleo de medidas compensatorias.¹⁰³ Si bien cabe reconocer que el Acuerdo SMC regula también el empleo de medidas compensatorias, es evidente que no es ésta su finalidad primordial. Es más, la Prueba documental 106 del Canadá se refiere, casi en su totalidad, a la necesidad de disciplinar el empleo de las subvenciones en su condición de medidas que distorsionan el comercio. Los Estados Unidos instan al Grupo Especial a leer íntegramente la mencionada Prueba documental 106, y observarán que, incluso cuando se refiere a las disciplinas para las medidas compensatorias, el Canadá deja bien claro que hay que hacer lo posible por no crear una laguna jurídica.

5.219 Asimismo, los Estados Unidos creen que ni el Canadá ni las CE discuten el objeto y fin del inciso iv), que es impedir que los gobiernos hagan indirectamente lo que no pueden hacer directamente. Si el Grupo Especial, al no disponer de ningún hecho concreto, excluyera categóricamente las limitaciones a la exportación de la definición del párrafo 1 del artículo 1, ello menoscabaría el objeto y fin del inciso iv).

5.220 Por último, el Canadá afirma que el método del Acuerdo SMC de dividir las prácticas en prohibidas, recurribles o no recurribles, abona su opinión de que las limitaciones a la exportación deben excluirse de la definición del párrafo 1 del artículo 1.¹⁰⁴ Según los Estados Unidos, lo contrario

¹⁰¹ Los Estados Unidos afirman que la acusación de las CE es particularmente preocupante, ya que en sus comunicaciones las CE ni siquiera han efectuado un análisis textual del párrafo 1 del artículo 1 en general, ni del inciso iv) en particular.

¹⁰² *Primera comunicación de los Estados Unidos*, párrafos 13 a 20; respuesta de los Estados Unidos a las preguntas 18 y 19 (segunda serie).

¹⁰³ *Declaración oral del Canadá*, párrafo 34.

¹⁰⁴ *Id.*, párrafo 36.

es más cierto. Si se excluyeran categóricamente las limitaciones a la exportación del párrafo 1.1 del artículo 1, dejarían de ser recurribles en lo esencial y el Grupo Especial estaría reescribiendo el Acuerdo SMC. Los Estados Unidos suponen que los redactores del Acuerdo SMC dieron una definición de "subvención" que permitiese evaluar cada medida gubernamental (no cada categoría de medida) con arreglo a sus propios hechos y circunstancias.

5. Conclusión

5.221 Teniendo en cuenta lo que precede, los Estados Unidos renuevan su solicitud de que el Grupo Especial desestime la reclamación del Canadá mediante las resoluciones preliminares descritas en el párrafo 125 de la *Solicitud de los Estados Unidos*. En caso de que el Grupo Especial se negara a desestimar la reclamación del Canadá, los Estados Unidos piden de nuevo que el Grupo Especial haga las constataciones que se indican en el párrafo 87 de la *Primera comunicación de los Estados Unidos*.

G. SEGUNDA DECLARACIÓN ORAL DEL CANADÁ

1. Introducción, y los persistentes esfuerzos de los Estados Unidos por definir "subvención" como "beneficio compensable"

5.222 El Canadá afirma haber demostrado que las medidas en cuestión dan a las limitaciones a la exportación el trato de contribuciones financieras, y que una limitación de las exportaciones no es una contribución financiera de conformidad con el párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC. Los Estados Unidos han respondido en primer lugar que las medidas no les "exigen" dar a las limitaciones a la exportación el trato de contribuciones financieras, sino que dejan a la discreción del Departamento de Comercio determinarlo caso por caso, y, en segundo lugar, que las limitaciones a la exportación pueden constituir una contribución financiera si existe simplemente una "relación causal" entre la limitación y el suministro del producto a usuarios nacionales. Estas posiciones, según el Canadá, equivalen a reescribir la legislación estadounidense y el Acuerdo SMC.

5.223 En lo relativo al primer argumento, el Canadá estima que consiste principalmente en que las medidas dejan suficiente flexibilidad al Departamento de Comercio para decidir que una limitación de las exportaciones no es una contribución financiera. Para el Canadá, esta presunta flexibilidad es ilusoria, puesto que las medidas ya han determinado que una limitación de las exportaciones satisfará el requisito de contribución financiera.

5.224 Si bien los Estados Unidos alegan que las medidas deben interpretarse caso por caso, también han afirmado repetidamente que no pueden decir qué trato recibiría una limitación *cualquiera* de las exportaciones en virtud de la legislación estadounidense de derechos compensatorios, y no han ofrecido a este Grupo Especial un solo ejemplo de limitación de las exportaciones que no considerasen una contribución financiera. A juicio del Canadá, la presunta flexibilidad acaba siendo en cada caso un ejemplo de una limitación de las exportaciones que no se consideró una *subvención* porque no había *beneficio*, o simplemente una limitación inexistente.

5.225 La segunda parte del argumento estadounidense se basa en la afirmación de que las condiciones del inciso iv) se cumplen cuando existe una relación causal entre una acción gubernamental y el suministro de un producto. En opinión del Canadá con el significado corriente de los términos del inciso iv), y teniendo en cuenta el objeto y fin del Acuerdo, en este contexto el análisis estadounidense no es aceptable. Simplemente no hay modo de explicar por qué, si se quería que el inciso iv) tuviera el significado que los Estados Unidos afirman que tiene, se redactó en estos términos.

5.226 El elemento discrecional que puedan contener las medidas no es de naturaleza tal que permita a los Estados Unidos invocar la distinción entre imperativo y discrecional como defensa. Este trato de

las limitaciones a la exportación es incompatible con el inciso iv), porque una limitación de este tipo no está comprendida en el significado corriente de la disposición. Por el contrario, las afirmaciones de los Estados Unidos reflejan el constante esfuerzo de este país por mantener una definición abierta de "subvención", que ya trató de obtener durante la negociación del Acuerdo SMC, pero sin conseguirlo.

5.227 A juicio del Canadá, esta diferencia revela una discrepancia fundamental en cuanto a las acciones gubernamentales que quedan comprendidas en la definición de "contribución financiera" del párrafo 1 del artículo 1. Por una parte, la posición del Canadá y las Comunidades Europeas se basa en el significado corriente de los términos en su contexto, y aporta certidumbre y previsibilidad al funcionamiento del Acuerdo SMC. Los Estados Unidos han propuesto una interpretación tan amplia de "contribución financiera" que cualquier acción del gobierno que diera lugar a un beneficio se consideraría una contribución de este tipo, con lo que, en la práctica, este concepto queda excluido del Acuerdo. Esto amplía hasta tal punto el alcance de la disposición, que se pierden la certidumbre y la previsibilidad que consiguieron los negociadores.

5.228 El Canadá sostiene que el planteamiento fundamental de los Estados Unidos se resume adecuadamente en el párrafo 2 de su segunda comunicación escrita, en el que se afirma que las limitaciones a la exportación "se consideran 'subvenciones' en el sentido económico normal del término", lo que significa que una limitación de las exportaciones *debe* ser susceptible de derechos compensatorios. Según el Canadá, esta lógica refleja el fracasado esfuerzo de los Estados Unidos en la Ronda Uruguay por definir la "subvención" como cualquier acción gubernamental que dé lugar a un "beneficio". La definición de la subvención fue uno de los logros más importantes de la Ronda, y los Estados Unidos tratan de ignorarlo. Empiezan ofreciendo una definición de subvención en idioma "vernáculo" y se remontan en su argumentación hasta concluir que una limitación de las exportaciones debe ser una subvención de conformidad con el Acuerdo. El Canadá afirma que en el contexto de las limitaciones de la exportación los Estados Unidos han aplicado el acuerdo que trataron de negociar, y no el que aceptaron.

2. Las medidas en cuestión exigen que los Estados Unidos den a las limitaciones a la exportación el trato de "contribuciones financieras"

5.229 Los Estados Unidos afirman que la DAA, el Preámbulo y la práctica del Departamento de Comercio no son en modo alguno medidas y que, aunque lo fueran, lo que imponen respecto de las limitaciones a la exportación no tiene ningún efecto real por cuanto no exigen ninguna acción particular del Departamento. Para el Canadá, estas medidas *son* claramente medidas de conformidad con los acuerdos del GATT y la OMC. Si no tienen efectos prácticos, los Estados Unidos habrán hecho un gran esfuerzo para dar interpretaciones carentes de significado a sus leyes. A juicio del Canadá, estas medidas no están vacías de contenido, sino que obligan autorizadamente al Departamento de Comercio a dar a una limitación de las exportaciones el trato de contribución financiera.

5.230 El Canadá sostiene que los Estados Unidos tratan de mantener las medidas en estado de aislamiento clínico, pero recomiendan no obstante que el Grupo Especial considere "qué relación existe entre las medidas, con arreglo a su legislación interna". Para el Canadá este enfoque se basa tanto en el sentido común como en la jurisprudencia de la OMC. El Grupo Especial *Estados Unidos - Artículo 301* observó que los elementos legislativos y no legislativos del derecho interno de un Miembro "son a menudo inseparables y no deben considerarse independientemente cuando se estime la conformidad general de la ley con las obligaciones derivadas de la OMC".

5.231 El Canadá observa que la DAA es una "expresión autorizada" de las opiniones de la Administración y el Congreso de los Estados Unidos acerca de la "interpretación y aplicación" de los Acuerdos de la OMC, y debe considerarse como tal en los procedimientos judiciales estadounidenses.

Este texto impone de manera explícita al Departamento de Comercio el trato que debe dar a las limitaciones a la exportación. La DAA lo expresa con sobrada claridad cuando indica que "el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del Acuerdo sobre Subvenciones y el artículo 771(5)(B)(iii) *abarcan* las prácticas indirectas de subvención como aquellas que el Departamento de Comercio compensó en el pasado" (es decir, las limitaciones a la exportación de los casos *Cuero* y *Maderas para construcción*). El Canadá alega que el texto no dice "pueden o podrían abarcar". A pesar de su claridad, y de la evidente indicación de la DAA de que se dé una amplia interpretación a la norma "encomienda u ordena", los Estados Unidos insisten en que la DAA no da instrucciones al Departamento de Comercio sobre el modo en que debe interpretarse la ley. A juicio del Canadá, los Estados Unidos rebajan la importancia de la DAA por lo que llaman la "libertad" del Departamento de Comercio de tomar sus propias decisiones.

5.232 Los Estados Unidos afirman que "todo lo que dice la DAA "autorizadamente" es que el Departamento de Comercio debe ajustarse a la norma establecida en el artículo 771(5)", y añaden que la DAA no se pronuncia respecto de las subvenciones indirectas. Al Canadá le parece que los Estados Unidos piensan más bien que todo el texto de la DAA acerca de lo que debe *abarcar* el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del Acuerdo SMC y el artículo 771(5)(B)(iii) ha de entenderse en el sentido de que el Congreso se abstiene de prejuzgar el tema de las limitaciones a la exportación. El Canadá sostiene que la finalidad misma de la DAA, como expresión afirmativa y autorizada del modo en que debe interpretarse y aplicarse la legislación, priva de validez a esta afirmación.

5.233 El Canadá alega que los Estados Unidos rebajan aún más la importancia de la DAA al decir que las declaraciones efectuadas en los casos de *Acero inoxidable* de Corea no son más que la expresión de "la opinión no vinculante del Departamento de Comercio según la cual con la nueva norma del inciso iv) los resultados quizás no difieran mucho de los que se habrían obtenido con la norma [del Departamento] anterior a la OMC". El Canadá sostiene, no obstante, que lo que dijo verdaderamente el Departamento de Comercio fue que "la DAA hace ver en términos claros e inequívocos que el Congreso tenía el propósito de que los tipos de subvenciones indirectas considerados susceptibles de compensación", en los mencionados casos anteriores a la OMC, siguieran siéndolo con la nueva ley. Para el Canadá, ésta es una exposición clara e inequívoca de la posición del Departamento de Comercio, hecha en respuesta directa al argumento de que los préstamos de bancos extranjeros privados no pueden constituir contribuciones financieras.

5.234 A juicio del Canadá, decir que el Congreso se remitió simplemente a la decisión del Departamento de Comercio no es conciliable con las claras indicaciones contenidas en la DAA y confirmadas en otros antecedentes legislativos, como el informe conjunto del Senado sobre la URAA¹⁰⁵, y más recientemente (hace sólo dos semanas) las declaraciones del Congreso sobre las maderas blandas para construcción del Canadá.¹⁰⁶

5.235 El Canadá sostiene que la afirmación estadounidense de que el Preámbulo refleja las "opiniones aproximativas" del Departamento de Comercio no coincide con el texto del propio Preámbulo. Para el Canadá, nada en el Preámbulo hace pensar que las opiniones expresadas son "aproximativas" o preliminares, y el hecho de que el Departamento de Comercio se remitiera a ellas en los casos *Acero inoxidable* de Corea indica claramente que el Departamento no consideraba que el Preámbulo fuera "aproximativo". En opinión del Canadá, diversas causas en los tribunales

¹⁰⁵ *Uruguay Round Agreements Act: Joint Report of the Comm. on Finance, Comm. on Agriculture, Nutrition, and Forestry, Comm. on Governmental Affairs*, Senado de los Estados Unidos 103d Congreso, S. Rep. 103-412 en 91 (1994). (Canadá - Prueba documental 134.)

¹⁰⁶ 147 Congressional Record S1158 (edición del 7 de febrero de 2001) (declaración del Senador Snowe). (Canadá - Prueba documental 135.)

estadounidenses y el que los Estados Unidos invocaran un preámbulo en los procedimientos para la solución de diferencias en la OMC privan de validez a este argumento. No hay nada "aproximativo" en la conclusión del Departamento de Comercio de que la norma prevista en la URAA no es de menor alcance que la anterior a la OMC, ni en su utilización de la jurisprudencia previa a la OMC sobre las limitaciones de la exportación para hacer esta declaración. El Canadá alega que el Preámbulo no puede considerarse "aproximativo" cuando indica claramente que el Departamento aplicará enérgicamente la disposición expresada en la fórmula "encomienda u ordena" y que el Departamento está de acuerdo con "los comentaristas que le han instado a confirmar que la norma vigente no es de menor alcance que la anterior norma estadounidense para constatar la existencia de una subvención indirecta, como se indica en el caso ... [*Maderas para construcción*]."

5.236 El Canadá sostiene que, considerando el marco administrativo en el que los organismos estadounidenses promulgan sus reglamentaciones, la presunta distinción entre el Preámbulo y el resto de la reglamentación carece de fundamento. Tampoco lo tiene la afirmación de que, en derecho estadounidense, el Preámbulo del Departamento de Comercio a sus reglamentaciones definitivas debe publicarse en la CFR para que surta efecto jurídico.

5.237 El Canadá considera que la afirmación de que no hay ninguna práctica estadounidense que corresponda al trato de las limitaciones a la exportación no es correcta. La práctica estadounidense pertinente incluye la práctica anterior a la OMC, que se ha incorporado expresamente a la legislación de los Estados Unidos mediante la DAA y el Preámbulo, y la práctica posterior a la OMC del Departamento de Comercio (véanse, por ejemplo, los casos *Ganado en pie* y *Acero inoxidable* de Corea), que pone de manifiesto su compromiso de aplicar "una norma de alcance no inferior a la anterior norma estadounidense para la constatación de la existencia de una subvención indirecta". Los casos *Acero inoxidable* excluyen toda duda en cuanto a que la práctica del Departamento de Comercio con respecto a las subvenciones indirectas, entre ellas las limitaciones a la exportación, se ajusta a las disposiciones de la DAA y el Preámbulo, sin margen alguno para desviarse de la norma establecida en estos dos instrumentos.

5.238 El caso *Ganado en pie* es otra prueba de que el Departamento de Comercio considera que una limitación de las exportaciones satisface el requisito de "contribución financiera" del artículo 771(5)(B)(iii). El Canadá observa que en el memorando de iniciación el Departamento de Comercio declaraba específicamente que el solicitante: había proporcionado "pruebas de que la Junta Canadiense del Trigo controla las exportaciones"; afirmó que la Junta Canadiense del Trigo "limitaba la cantidad de exportaciones [de cebada para piensos] a los Estados Unidos"; y había ofrecido "pruebas empíricas de que la Junta Canadiense del Trigo limita las exportaciones a los Estados Unidos". En opinión del Canadá, la decisión del Departamento de Comercio de abrir una investigación sobre esta alegación en base a las mencionadas pruebas significa que llegó necesariamente a la conclusión de que el "control" de la Junta Canadiense del Trigo sobre las exportaciones de cebada, si se demuestra, cumpliría la norma de contribución financiera del artículo 771(5)(B)(iii). Asimismo, en su determinación definitiva el Departamento de Comercio expuso la opinión de que, en el contexto de las limitaciones a la exportación, "el suministro de un producto, sea directo o indirecto, por una remuneración inferior a la adecuada constituye una contribución financiera".

5.239 El Canadá entiende que, si hay algún elemento discrecional en las medidas, no es de naturaleza tal que permita a los Estados Unidos invocar como defensa la distinción entre imperativo y discrecional. El carácter discrecional que, según los Estados Unidos, posee la DAA y el Preámbulo ha sido limitado de manera que el Departamento de Comercio está obligado a aplicar la ley estadounidense aunque sea incompatible con los Acuerdos SMC y OMC. Según el Canadá, para utilizar de un modo efectivo esta defensa los Estados Unidos tendrían que demostrar que el Departamento de Comercio goza de facultades discrecionales para pasar por alto la DAA y el

Preámbulo y determinar que una limitación de las exportaciones no es una contribución financiera. Sin embargo, a juicio del Canadá todas las pruebas apuntan a lo contrario.

3. Las limitaciones a la exportación no están comprendidas en las disposiciones del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del Acuerdo SMC, porque no se "encomienda" ni se "ordena" a una entidad privada que proporcione bienes

5.240 El Canadá observa que la definición de "subvención" del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC es la premisa y fundamento de todas las acciones efectuadas al amparo del Acuerdo SMC. Una medida que ponga en práctica la definición incompatible con el Acuerdo anula y menoscaba los derechos de otros Miembros de la OMC. A juicio del Canadá, interpretando correctamente el inciso iv) del párrafo 1 del artículo 1 se llega a la conclusión de que sus disposiciones no comprenden las limitaciones a la exportación. La necesidad de demostrar la existencia de beneficio y especificidad no justifica la anulación del elemento de contribución financiera.

5.241 Según el Canadá, los Estados Unidos ignoran el término "encomienda", y por ende el hecho de que el significado del término "orden" le está directamente supeditado. Aunque no es sinónimo de "encomendar", "ordenar" comparte la misma calidad esencial de una comunicación gubernamental a una entidad privada. Sin embargo, los Estados Unidos sustituyen en la práctica el término "ordena" por el término "causa" en el inciso iv). Para el Canadá, "ordenar" no significa "causar". El que se haya hecho algo no significa que el gobierno haya ordenado que se hiciera.

5.242 Además, los redactores del Acuerdo SMC conocían los términos "causa" o "relación causal", y los emplearon en el párrafo 5 del artículo 15, pero para el inciso iv) prefirieron la expresión más limitada "encomienda u ordena". El Canadá sostiene que los Estados Unidos pasan por alto los múltiples contextos en que la noción de "causa" se utiliza en el Acuerdo, al afirmar que las palabras tienen significados intercambiables o coincidentes. Se remiten al caso *CE - Bananos*, pero el Canadá, entiende que en este caso la comparación era entre términos similares de dos acuerdos interrelacionados, y no entre términos diferentes de un mismo acuerdo. Si bien distintos acuerdos pueden utilizar diferentes fórmulas para expresar conceptos similares, dentro de un mismo acuerdo puede llegarse razonablemente a la conclusión de que el empleo de un término diferente evidencia el propósito de expresar un concepto distinto.

5.243 Según el Canadá, las acepciones de "instrucciones autorizadas" en el diccionario son adecuadas en este caso, por cuanto corresponden a la terminología del inciso iv). El *Concise Oxford Dictionary* es muy concreto a este respecto. Para el término inglés "direct" ("ordena"), seguido de la preposición "to + un infinitivo" da el significado "give a formal order or command to" ("dar una orden formal o un mandato a"). El Canadá observa que, en el inciso iv), la expresión "le ordene" va seguida de "que las lleve a cabo".

5.244 El Canadá afirma que una limitación de las exportaciones no implica encomendar u ordenar a una entidad privada que proporcione bienes a nadie, y que los mismos Estados Unidos consideran que la limitación de las exportaciones "... reduce las oportunidades del productor objeto de la limitación". Según el Canadá, una limitación de las exportaciones restringe la exportación de bienes, pero esto no es lo mismo que ordenar a alguien que proporcione estos bienes. Los Estados Unidos reconocen que un productor siempre tiene otras posibilidades, pero, a diferencia del Canadá, no las considera reales desde el punto de vista comercial. En particular, si no existe una medida que equivalga verdaderamente a una orden al productor de proporcionar bienes a alguien, dicho productor optará por lo que mejor convenga a sus intereses.

5.245 Si lo que creen los Estados Unidos fuera cierto, cualquier acción gubernamental que de alguna manera causase un descenso de los precios se convertiría en una contribución financiera, por cuanto existiría una relación causal entre ella y el comportamiento de los agentes privados del

mercado. En opinión del Canadá, si los redactores del Acuerdo SMC hubieran tenido esta intención, podrían haberse limitado a definir una subvención como cualquier acción gubernamental que da lugar a un beneficio y es específica. La necesidad de demostrar la existencia de beneficio y especificidad no puede justificar la anulación del elemento de contribución financiera.

5.246 Los Estados Unidos alegan que el hecho de que los productores tengan opciones es compatible con la creencia de que una limitación de las exportaciones es una orden de proporcionar bienes; para el Canadá, los Estados Unidos han llegado a esta conclusión mediante una *reductio ad absurdum*, según la cual aunque se le diera verdaderamente a un productor la orden de proporcionar bienes, el productor tendría la opción de incumplir la ley. Los Estados Unidos afirman (y el Canadá está de acuerdo) que ésta no es una opción real. Las opciones descritas por el Canadá son económicas y además *jurídicas*, y están al alcance del productor.

5.247 Según el Canadá, los Estados Unidos interpretan erróneamente la indicación del inciso iv) "... una o varias de las funciones descritas en los incisos i) a iii) ...", al afirmar que debe entenderse que esta expresión incluye las funciones del mismo "carácter general" que las de los otros incisos mencionados, pese al hecho de que la disposición vincula directamente las funciones del inciso iv) con las descritas en los incisos i) a iii). Además, los Estados Unidos, interpretan el término "descritas" como una referencia a funciones no definidas que comparten las mismas características generales que las funciones de estos incisos. Es decir que el significado de "describir", o sea, "hacer claro o evidente mediante un ejemplo", se amplía para incluir funciones no comprendidas en estos incisos. En opinión del Canadá, esto se traduciría en la imposición de disciplinas a una serie de acciones privadas que no están sujetas a estas disciplinas cuando las lleva a cabo un gobierno, lo cual es inaceptable.

5.248 El Canadá sostiene que, contrariamente a lo afirmado por los Estados Unidos, no ha dicho que la Lista ilustrativa prohíba las medidas gubernamentales que no son subvenciones en el sentido del párrafo 1 del artículo 1. Lo que cree el Canadá es que los puntos de la Lista ilustrativa deben interpretarse de un modo compatible con el alcance de la definición de "subvención". Asimismo, el inciso iv) se aplica a las funciones descritas en el inciso iii) cuando se encomienda o se ordena el suministro de bienes o servicio, o la compra de servicios, condición ésta que las limitaciones a la exportación no cumplen.

H. SEGUNDA DECLARACIÓN ORAL DE LOS ESTADOS UNIDOS

5.249 Los Estados Unidos creen que si "los malos hechos hacen malas leyes", "la ausencia de hechos hace leyes aún peores". El Canadá pide al Grupo Especial que, al no haber hechos en el caso, resuelva que una determinada categoría de medidas nunca podrá constituir, en ninguna circunstancia, una contribución financiera. Los Estados Unidos creen que esto garantiza no sólo leyes malas, sino leyes aún "peores". El Grupo Especial podría evitar hacer una "ley peor" constatando que las llamadas "medidas" identificadas por el Canadá no exigen que el Departamento de Comercio dé a las limitaciones a la exportación el trato de subvenciones. Esta constatación es de carácter dispositivo en esta diferencia, y es la única que podría hacer el Grupo Especial que estaría corroborada por pruebas.

5.250 A los Estados Unidos les parece absurdo que el Canadá niegue que solicita una "opinión consultiva". Según el Canadá, aunque el Grupo Especial constate que este país no tiene derecho a ninguna reparación, deberá hacer también constataciones sobre la condición de las limitaciones a la exportación, tanto si tienen efecto jurídico como si no. En opinión de los Estados Unidos, en esto consiste la solicitud de una "opinión consultiva".

5.251 El Canadá trata de introducir subrepticamente la idea de que los Estados Unidos son quienes deben probar que las "medidas" en cuestión no exigen una acción incompatible con la OMC: esto es erróneo al menos por dos razones. En primer lugar, el Canadá ha afirmado que las "medidas" en

cuestión *sí exigen* que el Departamento de Comercio dé a las limitaciones a la exportación el trato de subvenciones (o contribuciones financieras). En su condición de demandante, el Canadá tiene que justificar esta alegación presentando pruebas y, en último término, convenciendo a los demás. En segundo lugar, el Órgano de Apelación no constató, en el caso *Ley de 1916*, que la doctrina de la distinción entre imperativo y discrecional sea una "defensa afirmativa". Así pues, nada en el caso *Ley de 1916* exime al Canadá de la carga de la prueba de su alegación según la cual las "medidas" en cuestión exigen que el Departamento de Comercio dé a las limitaciones a la exportación el trato de subvenciones.

5.252 En cuanto a la doctrina de la distinción entre imperativo y discrecional, el Canadá afirma que en cada uno de los casos citados por los Estados Unidos el Grupo Especial resolvió en favor de la parte demandada, sólo porque esta parte había aplicado la legislación discrecional de un modo compatible con el GATT, o "en cierto sentido estaba comprometida a hacerlo". El Canadá ha ignorado los casos del GATT y la OMC citados por los Estados Unidos, que contradicen directamente su afirmación. En el caso *CE - Piezas*, el Grupo Especial constató que la aplicación por las CE de su legislación antielusión era incompatible con el párrafo 2 del artículo III, pero constató también que la legislación, de por sí, no era incompatible con el GATT porque no exigía una acción incompatible con éste. En el caso *Canadá - Aeronaves*, el Grupo Especial constató que la financiación de la deuda con cargo a la Cuenta del Canadá constituía una subvención prohibida, pero constató también que la Cuenta del Canadá, de por sí, no era incompatible con la OMC porque no imponía el suministro de subvenciones supeditadas a la exportación. Independientemente de su constatación de que se había utilizado la Cuenta del Canadá de un modo incompatible con la OMC, el Grupo Especial constató también que "habida cuenta de la distinción entre legislación discrecional y legislación imperativa, que los grupos especiales del GATT/OMC han sostenido constantemente, llegamos a la conclusión de que no podemos hacer ninguna constatación sobre el programa 'Cuenta del Canadá' propiamente dicho".

5.253 Otra proposición errónea del Canadá es que debe permitirse a un Miembro que discuta si otro Miembro ha "limitado sus facultades discrecionales" de *no* violar un compromiso de la OMC. En opinión de los Estados Unidos esta proposición carece de fundamento, como ya reconoció anteriormente el Canadá. En el caso *Canadá - Aeronaves*, este país declaró lo siguiente: "*no hay ningún fundamento* en las constataciones del Grupo Especial o del Órgano de Apelación, el Acuerdo SMC o el derecho internacional, para imputar al Canadá una obligación de demostrar que las leyes discrecionales no pueden utilizarse en absoluto para conceder subvenciones a la exportación" (sin cursivas en el original). Los Estados Unidos toman nota de que el Órgano de Apelación se declaró de acuerdo con el Canadá.

5.254 En cuanto a la aplicación de la doctrina de la distinción entre imperativo y discrecional a las "medidas" que se consideran, el Canadá parece molesto por el hecho de que los Estados Unidos no hayan reconocido en esta diferencia que, si se plantea un caso *Maderas para construcción IV*, el Departamento de Comercio constatará que las limitaciones a las exportaciones de trozas canadienses constituyen subvenciones. Según los Estados Unidos, ninguno de los miembros de la delegación estadounidense en la reunión del Grupo Especial -es más, ningún empleado de la Representante de los Estados Unidos para las Cuestiones Comerciales Internacionales, ni del Departamento de Comercio- está en condiciones de decir lo que podría ocurrir si se planteara un caso *Maderas para construcción IV*. Además, lo que el Departamento de Comercio *pudiera* hacer en un caso futuro es irrelevante en derecho. Para los Estados Unidos lo pertinente es lo que, eventualmente, la ley estadounidense *obligue* a hacer al Departamento de Comercio. A este respecto, los Estados Unidos opinan que si el Subsecretario de Administración de las Importaciones decidiera, en un procedimiento de derechos compensatorios, que una limitación provincial a la exportación de trozas *no* constituye una contribución financiera, ningún tribunal de los Estados Unidos ni grupo especial binacional del TLCAN invalidaría esta determinación alegando que la DAA, el Preámbulo o cualquier "compromiso administrativo" amorfo *exigen* un resultado distinto.

5.255 En cuanto al examen canadiense de la DAA, los Estados Unidos creen que ningún tribunal estadounidense excluiría la disposición del modo que lo hace el Canadá. Además, en sus comentarios al Departamento de Comercio en relación con su procedimiento de reglamentación, los Estados Unidos recuerdan que el Canadá se pronunció en el sentido de que la ley y la DAA no exigen que el Departamento dé a las limitaciones a la exportación el trato de subvenciones, y adoptó también esta posición en el caso *Ganado en pie* de 1999, como puede verse en la EE.UU. - Prueba documental 32. El informe del Canadá en el caso *Ganado en pie* pone de relieve otra parte importante de la DAA que hasta ahora no se ha considerado en este caso, a saber, el párrafo del comienzo de la página 925. Según los Estados Unidos, en esta parte de la DAA se refleja la intención general del Congreso y la Administración de que la anterior práctica del Departamento de Comercio respecto de la definición de "subvención" sólo se mantenga en la medida en que sea compatible con la nueva definición de "subvención", compatible con la OMC, que figura en la ley.

5.256 En cuanto al Preámbulo, a juicio de los Estados Unidos el Canadá lo equipara inadecuadamente con una reglamentación. El Canadá todavía no ha citado un solo caso en el que se afirme que el Departamento de Comercio está vinculado por algo que no sea una reglamentación. Los Estados Unidos han tomado nota de la afirmación del Canadá, según la cual "los tribunales estadounidenses citan regularmente declaraciones de organismos en preámbulos que interpretan una ley en el sentido de que está sujeta a control y revisión como cualquier reglamentación ...", y declara que el Canadá se limita a referirse a casos respecto de los cuales los Estados Unidos han explicado previamente que son diferenciables o no apoyan la proposición para la que se presentan.

5.257 El Canadá ha citado la afirmación del Profesor Davis de que la publicación en el *CFR* no debería servir de prueba de que la declaración de un organismo es, o no es, una norma. Según los Estados Unidos, el Canadá está invitando al Grupo Especial a socavar la credibilidad de su propio informe, al dar preferencia a lo que los especialistas piensan que debería ser el derecho estadounidense, sobre lo que un tribunal de apelación federal entiende que es. Además, refiriéndose a sus Pruebas documentales 33 y 34, los Estados Unidos alegan que si se compulsan otras opiniones de los Profesores Davis y Pierce se verá claramente que no creen que una norma legislativa deba publicarse necesariamente en el *CFR*. Los Estados Unidos sostienen que, si se aplicara el criterio del caso *American Mining Congress* sin agregar la publicación en el *CFR*, el Preámbulo no reuniría los requisitos de una norma legislativa válida y vinculante. Por último, la cita canadiense del caso *Wiggins Brothers, Inc.* (Canadá - Prueba documental 124) no es pertinente porque el tribunal indicó claramente que no se podía prescindir del preámbulo por que formaba parte de los "antecedentes legislativos" de la reglamentación que se estaba interpretando. El tribunal *no* dijo que el preámbulo en cuestión fuera de por sí una norma legislativa vinculante, que es la condición que el Canadá trata de asignar al Preámbulo del Departamento de Comercio en este caso. Por otra parte, el Canadá no ha mencionado el caso *Clean Air Implementation Project v. EPA* (EE.UU.- Prueba documental 26), en el que se afirma que un preámbulo no es una "declaración vinculante de la política de un organismo", cuando el organismo no lo considera así.

5.258 En el Preámbulo a las reglamentaciones propuestas, el Departamento de Comercio declaró expresamente que no promulgaba una reglamentación sobre las "subvenciones indirectas" para preservar su "flexibilidad y discrecionalidad". En el Preámbulo de las reglamentaciones definitivas el Departamento de Comercio indicó expresamente que "la fórmula 'encomienda u ordena' podría tener significados muy distintos". No creemos pues que sea apropiado elaborar una definición concreta de dicha fórmula a los efectos de las presentes reglamentaciones. Para los Estados Unidos la explicación del Departamento de Comercio en la parte mencionada del Preámbulo deja en claro que el Departamento no tenía la intención de vincularse respecto del tema de las subvenciones indirectas, promulgando una reglamentación. Los Estados Unidos consideran simplemente absurdo afirmar, como hace el Canadá, que, al tiempo que expresaba el propósito de no vincularse mediante una reglamentación, el Departamento de Comercio proyectase vincularse mediante una declaración en forma de preámbulo, en la que explica por qué no se ha vinculado.

5.259 Los Estados Unidos creen que el hecho de que el Departamento de Comercio pueda citar el Preámbulo en una determinación particular no transforma este texto en una reglamentación vinculante, al igual que una cita de un artículo de una revista jurídica no transforma a éste en una reglamentación vinculante. Los Estados Unidos no niegan que los tribunales y los organismos recurran a los preámbulos para interpretar sus reglamentaciones. Sin embargo, en este caso no hay ninguna reglamentación que interpretar. Además, el Canadá *no ha señalado un solo caso* en que el Departamento de Comercio haya declarado que seguía un principio enunciado en el Preámbulo porque tenía la obligación legal de hacerlo. Los Estados Unidos creen que este es el punto esencial. Existe una considerable diferencia entre citar el Preámbulo como explicación abreviada de los motivos de una determinación particular del Departamento de Comercio, y citarlo como una autoridad vinculante. En la primera situación el Departamento de Comercio citaría, con carácter discrecional, el razonamiento expuesto del Preámbulo porque consideraría que dicho razonamiento puede ser persuasivo. En la segunda situación, el Departamento de Comercio seguiría las indicaciones del Preámbulo porque no goza de facultades discrecionales para no hacerlo. El Canadá tampoco ha podido citar un solo caso en el que un tribunal haya dicho que una parte del Preámbulo del Departamento de Comercio no relacionada con una reglamentación tiene fuerza de ley.

5.260 Los Estados Unidos afirman que, con respecto a la "práctica" del Departamento de Comercio -sea la que fuere- el Canadá no ha podido citar una sola decisión de un tribunal estadounidense favorable a la proposición de que la práctica de un organismo en general, o del Departamento de Comercio en particular, es obligatoria. Además, la afirmación del Canadá de que un organismo sólo puede desviarse de los precedentes en "circunstancias muy estrictas" es desmentida por los mismos expertos en derecho administrativo estadounidense a los que el Canadá ha recurrido en este caso. Los Estados Unidos afirman que, como se indica en su Prueba documental 34, los Profesores Davis y Pierce opinan que un organismo es libre de rechazar un precedente propio.

5.261 La referencia del Canadá al llamado *Apéndice de subvenciones* merece un breve comentario, porque los antecedentes de dicho Apéndice contradicen totalmente los argumentos canadienses en este caso. El mencionado *Apéndice de subvenciones* figuraba adjunto a una determinación definitiva de derechos compensatorios de 1984, en la que se anunciaba una nueva práctica del Departamento de Comercio para una serie de cuestiones metodológicas relativas a los derechos compensatorios, en un momento en que no había ninguna reglamentación a este respecto. Aunque no promulgó el *Apéndice de subvenciones* mediante el sistema de aviso y comentario que prescribe la *Ley de Procedimiento Administrativo* para que una norma jurídica sea válida y vinculante, el Departamento de Comercio empezó a utilizar el *Apéndice* como si fuera una norma legislativa. En 1988, el Tribunal de Comercio Internacional de los Estados Unidos puso fin a este proceder, como se explica en el Preámbulo a las reglamentaciones propuestas del Departamento de Comercio, de 1989 (Canadá - Prueba documental 5). El tribunal de examen del Departamento de Comercio le indicó que no podía actuar como si su práctica administrativa fuera vinculante, porque, con arreglo a los principios establecidos del derecho administrativo estadounidense, no lo era. El tribunal indicó al Departamento de Comercio que, si quería que su práctica fuera vinculante, tendría que codificarla en forma de una reglamentación.

5.262 El Canadá afirma que el artículo 10 del Acuerdo SMC se aplica a esta diferencia, porque impone la obligación de tomar "todas las medidas necesarias para que la imposición de un derecho compensatorio ... esté en conformidad con las disposiciones del artículo VI del GATT de 1994". Según los Estados Unidos, el Canadá sostiene que el artículo 10 (y las disposiciones conexas) impone a un Miembro la obligación de asegurar la conformidad de su legislación de derechos compensatorios con el Acuerdo SMC y el artículo VI. No obstante, de una lectura íntegra del artículo 10 se desprende claramente que dicho artículo estaba pensado para las acciones de los Miembros en procedimientos individuales de derechos compensatorios. El hecho de que en la primera frase se utilice el término "imposición" hace pensar en una determinación de un caso específico, y lo propio se puede decir de la expresión de la segunda frase "investigación iniciada y realizada". Además, si se aceptara la

interpretación del Canadá el artículo 10 sería una repetición de las disposiciones del párrafo 5 del artículo 32, que impone expresamente la obligación de garantizar la conformidad de leyes, reglamentos y procedimientos administrativos. A juicio de los Estados Unidos, el Canadá ha reconocido implícitamente este extremo en todas sus comunicaciones anteriores de esta diferencia. Tanto el artículo 10 como el párrafo 5 del artículo 32 pueden interpretarse en el sentido de que el primero regula las acciones reales efectuadas por un Miembro en un procedimiento efectivo de derechos compensatorios, mientras que el segundo rige la conformidad como tal de las leyes, reglamentos y procedimientos administrativos de un Miembro.

5.263 Según los Estados Unidos, dejando aparte la cuestión de si la DAA, el Preámbulo y el presunto "compromiso administrativo" del Departamento de Comercio constituyen "medidas" -aunque a efectos de la argumentación supongamos que estas "medidas" deben considerarse en conjunto- el Canadá todavía no ha citado *ninguna* autoridad en favor de la proposición de que, con arreglo a la legislación estadounidense, las "medidas" que individualmente no imponen a un organismo la obligación de hacer una cosa en particular, sí lo hacen cuando se las considera en conjunto.

5.264 En lo relativo a la fórmula "encomienda u ordena", lo que hace el Canadá, simplemente, es pedir al Grupo Especial que ignore las definiciones de "ordenar" del diccionario que no coinciden con su argumentación. El Canadá sostiene que determinar si una limitación de las exportaciones constituye una "contribución financiera" es una cuestión más jurídica que fáctica. No obstante, esto sólo es cierto si se ignora el significado corriente de "ordenar". Todos los diccionarios utilizados en esta diferencia contienen definiciones con un elemento causal. Es significativo que el Canadá haya reconocido que una limitación de las exportaciones constituye una "orden" del gobierno, y se limite a alegar que la "orden" es de "exportar". En opinión de los Estados Unidos, esto no es más que un juego semántico.

5.265 Por último, el Canadá repite su fatigado argumento de que "la libertad de los productores de adaptarse a la imposición de una limitación de las exportaciones" significa que no se encomienda u ordena nada en el sentido del inciso iv). Los Estados Unidos sostienen que no hay *ninguna* prueba de hecho que confirme la presunta "libertad de los productores" de adaptarse, alegada por el Canadá. En un intento de escamotear las insuficiencias de sus pruebas, el Canadá da una idea equivocada de la posición estadounidense en este caso, afirmando que los Estados Unidos alegan que una limitación de las exportaciones está comprendida en las disposiciones del inciso iv) "porque *podría* dar lugar a una mayor disponibilidad interna de un producto ...". En sus anteriores comunicaciones los Estados Unidos han dejado en claro su posición, que es que una limitación de las exportaciones sólo podría ser objeto de las disposiciones del inciso iv) si *diera lugar* a una mayor disponibilidad interna. Para los Estados Unidos, es el Canadá el que basa su posición en especulaciones teóricas sobre el efecto que *podría* tener una limitación de las exportaciones, porque teme lo que puedan revelar los hechos en los casos reales.

5.266 Por último, la vaciedad del argumento canadiense sobre la "libertad de los productores" se pone de manifiesto en la última frase de su respuesta a la pregunta 6 (segunda serie), en la que se afirma que un productor podría "optar libremente por reducir o abandonar su producción", o sea, cesar el negocio. Los Estados Unidos estiman que, si esta es la clase de "libertad" que hace que una medida gubernamental no quede comprendida en el alcance del inciso iv), dicho inciso carece verdaderamente de significado. En una situación en la que un gobierno ordenase a un productor vender un producto a clientes internos seleccionados en condiciones predeterminadas (situación que tanto el Canadá como las CE reconocen que debería estar comprendida en las disposiciones del inciso iv)), el productor tendría la misma "libertad" para abandonar el negocio.

5.267 En cuanto al término "entidad privada", los Estados Unidos no ven nada claro cuál es la posición del Canadá al respecto. En su respuesta, el Canadá afirma que "una ley, reglamento o

directriz administrativa que exija a "todos los banqueros" que dediquen un X por ciento de sus fondos a préstamos para la industria X (en vez de los préstamos gubernamentales) podría hacer de los banqueros una "entidad privada" ...". Los Estados Unidos no creen que exista ninguna diferencia de fondo entre esta situación y aquella en la que un gobierno, mediante una limitación de las exportaciones, ordena a los productores de un insumo que vendan solamente a clientes nacionales.

5.268 En lo relativo a la parte del inciso iv) que comienza con la expresión "que normalmente incumban", en la respuesta estadounidense a la pregunta 26 a), se alega que, como el Departamento de Comercio todavía no se ha ocupado de esta disposición, los Estados Unidos no han adoptado una posición definitiva acerca de su significado. No obstante, los Estados Unidos estiman que esta disposición procede del *Informe previsto en el apartado 5 del artículo XVI de 1960*, que se refería a las funciones de percepción de impuestos y concesión de subvenciones. Así pues, estas disposiciones hacen pensar que lo que debe determinarse es si la práctica cuya ejecución se ordena a una entidad privada corresponde a los tipos de prácticas que realiza normalmente un gobierno a los efectos de la concesión de una subvención.

5.269 Los Estados Unidos estiman que hay varias interpretaciones posibles de la expresión "que normalmente incumbiría". Partiendo del reconocimiento explícito de la función de los incisos i) a iii) como mecanismos empleados por los gobiernos para proporcionar directamente contribuciones financieras, podría entenderse que con la expresión "que normalmente incumbiría" se admite que las funciones enumeradas en los incisos i) a iii) son normalmente de la incumbencia del gobierno, y se determina la misma limitación para las funciones del mismo "tipo". De resultas de ello, con esta interpretación el inciso iv) abarca las funciones de los incisos i) a iii), que normalmente incumben a los gobiernos, y las funciones de ese "tipo" a condición de que también incumban normalmente al gobierno.

5.270 Otra interpretación posible es que la fórmula "que normalmente incumban" sirva para excluir acciones del gobierno que, a primera vista, podrían parecer órdenes de realizar una función descrita en los incisos i) a iii). Una consideración superficial del ejemplo del Canadá de una acción gubernamental encaminada a poner fin a un monopolio permitiría afirmar que dicha acción podría dar lugar al tipo de suministro de un producto a precios reducidos, ordenado por un gobierno, que reúne las condiciones de una subvención. No obstante, si se considera desde una perspectiva diferente, podría decirse que los gobiernos no suelen proporcionar subvenciones desarticulando los cárteles y restableciendo las condiciones normales de mercado.

5.271 Por último, la interpretación del Canadá, como la entienden los Estados Unidos, es que esta disposición exige que el gobierno en cuestión haya realizado corrientemente la función que se ordena realizar a la entidad privada.

5.272 Los Estados Unidos alegan que no es infrecuente que las negociaciones multilaterales produzcan documentos jurídicos en términos que no son precisamente los ideales. Con el debido respeto a los redactores, los Estados Unidos pueden admitir que la fórmula "que normalmente incumba" no es un modelo de claridad, lo que hace aún más importante compulsar los antecedentes de su negociación.

5.273 Sin embargo, los Estados Unidos no creen que el Grupo Especial tenga que tomar una resolución acerca del significado preciso de estas fórmulas, porque, incluso con su interpretación, el Canadá saldría perdiendo. El Canadá no ha demostrado, de hecho, que no hay, ni habrá nunca, situaciones en las que un gobierno que ha proporcionado desde siempre un producto directamente, limita las exportaciones de este producto de un modo que causa que una entidad privada empiece a proporcionar el producto.

VI. ARGUMENTOS DE LOS TERCEROS

6.1 Los argumentos de los terceros -las Comunidades Europeas y la India- se exponen en sus comunicaciones y sus declaraciones orales al Grupo Especial, que figuran en el anexo B del presente informe. Australia no hizo ninguna comunicación escrita ni declaración oral (véase la lista de anexos, página v, *supra*).

VII. REEXAMEN INTERMEDIO

7.1 El Grupo Especial publicó su informe provisional a las partes el 27 de abril de 2001. El 11 de mayo las dos partes presentaron solicitudes escritas para el reexamen de ciertos aspectos del informe provisional. El 16 de mayo las partes presentaron sus comentarios sobre las solicitudes recíprocas de reexámenes intermedios. Ninguna de las dos partes solicitó una reunión de reexamen intermedio.

7.2 El **Canadá** alega que hemos dado una versión incorrecta de su posición sobre la distinción entre imperativo y discrecional. Hemos ampliado la cita de la respuesta del Canadá a una pregunta del párrafo 8.6, y hemos recogido su respuesta a otra pregunta en el párrafo 8.8 a fin de situar en un contexto más amplio nuestra versión de la posición del Canadá.

7.3 El Canadá propone ligeros cambios de redacción en los párrafos 8.23 y 8.50, para exponer con más precisión sus argumentos. Los Estados Unidos proponen otro texto del párrafo 8.50. Nosotros hemos ajustado la redacción de estos párrafos.

7.4 El Canadá propone también que se suprima una palabra en el párrafo 8.75, por considerarla innecesaria, y hace un comentario general acerca del modo en que empleamos la frase "condición operacional independiente" en los párrafos 8.85, 8.99, 8.113 y 8.126. No estamos de acuerdo con la primera observación, y por consiguiente no hemos modificado el párrafo 8.75. No creemos que el Canadá haya pedido un cambio específico en los otros párrafos mencionados, ni nos parece necesario. Así pues, tampoco hemos introducido ninguna modificación en estos párrafos.

7.5 Los **Estados Unidos** piden que suprimamos las secciones VIII.B.2 y VIII.B.3 de nuestras constataciones, o sea, las secciones que tratan de las reclamaciones del Canadá al amparo del artículo 1 del Acuerdo SMC. Los Estados Unidos no creen que estas secciones sean necesarias, dada nuestra constatación de la sección VIII.B.4 en el sentido de que la legislación estadounidense no exige que el Departamento de Comercio dé a las limitaciones a la exportación el trato de subvenciones; esto es lo que los Estados Unidos han venido sosteniendo a lo largo de todo el procedimiento del Grupo Especial. Los Estados Unidos sostienen también que este aspecto del informe, si se recoge en los informes de otros grupos especiales, tendrá consecuencias muy graves y desafortunadas para el sistema de solución de diferencias de la OMC. El Canadá disiente, y observa que hemos considerado si el trato objeto de la reclamación constituye una violación de las obligaciones dimanantes de la OMC, y, en tal caso, si las medidas en cuestión imponen dicho trato. Además, señala que el Órgano de Apelación ha criticado a grupos especiales por no completar su análisis cuando se desestimaron las constataciones de un grupo especial sobre ciertas cuestiones. Nosotros hemos explicado los motivos del método adoptado, y sus precedentes. No hemos efectuado ninguna modificación en estas secciones.

7.6 Los Estados Unidos hacen otras observaciones específicas sobre la sección VIII.B.3, para el caso de que decidamos mantenerla. En primer lugar estiman que no hemos entendido su posición acerca del objeto y el fin del Acuerdo SMC, y que no hemos conciliado nuestra interpretación del artículo 1 con estos dos conceptos. A raíz de la respuesta del Canadá a esta observación de los Estados Unidos, hemos completado la cita del artículo 32 de la *Convención de Viena* en el párrafo 8.64. Asimismo hemos introducido algunas modificaciones de forma en los párrafos 8.62

y 8.63, para aclarar la posición de los Estados Unidos y nuestras propias opiniones acerca de la relación existente entre nuestro análisis del artículo 1 y el objeto y fin del Acuerdo.

7.7 Los Estados Unidos indican que hemos interpretado erróneamente sus argumentos acerca de las acepciones del término "ordena", y que en nuestras constataciones sólo nos hemos referido parcialmente a las definiciones de este término, en la particular construcción gramatical que se emplea en el inciso iv) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1. Hemos cambiado la redacción del párrafo 8.27 para plasmar de un modo más completo el argumento de los Estados Unidos, y hemos aclarado la cuestión gramatical del párrafo 8.28. Asimismo hemos modificado ligeramente el párrafo 8.44, para aclarar más nuestra respuesta al argumento estadounidense.

7.8 Los Estados Unidos afirman que hemos dado una imagen inexacta de su posición al decir que no reconocen la "contribución financiera" como elemento jurídico distinto y significativo de una subvención. Nosotros hemos ampliado la cita de las respuestas de los Estados Unidos a las cuestiones para esclarecer su posición a este respecto, y hemos cambiado la redacción del párrafo 8.39 a fin de dejar más claras nuestras opiniones acerca de las consecuencias de la posición estadounidense. Los Estados Unidos cuestionan también la ubicación de la nota 135 de pie de página del informe. No hemos introducido ningún cambio en respuesta a este comentario.

7.9 Los Estados Unidos alegan que hemos dado una versión errónea de sus argumentos respecto de la fórmula "type of functions" de la versión inglesa del Acuerdo SMC, en los párrafos 8.51 y 8.52. Hemos redactado de otro modo nuestra versión de los argumentos estadounidenses en estos párrafos, así como nuestra frase final del párrafo 8.55, para plasmarlos con más precisión, y hemos introducido los consiguientes cambios de redacción en el párrafo 8.53.

7.10 Los Estados Unidos señalan además errores materiales en las notas 177, 186 y 187 de pie de página, que hemos rectificado.

7.11 Asimismo hemos introducido correcciones materiales y técnicas en las secciones IV y V, y cambios de redacción en el párrafo 8.6 y en el encabezamiento de la sección VIII.B.4 a)

VIII. CONSTATAIONES

A. SOLICITUD DE RESOLUCIONES PRELIMINARES

8.1 Como se recordará, los Estados Unidos han pedido al Grupo Especial que desestime las reclamaciones del Canadá, tomando las siguientes resoluciones preliminares (véase la sección IV.A, *supra*):

- a) que, como ni el artículo 771(5), ni la DAA, ni el Preámbulo ni ninguna "práctica" del Departamento de Comercio exigen que las autoridades estadounidenses traten las limitaciones a la exportación como subvenciones, estas supuestas medidas no entrañan de por sí un incumplimiento de las obligaciones de los Estados Unidos en virtud de una cualquiera de las disposiciones citadas por el Canadá en su solicitud de establecimiento de un grupo especial;
- b) que la "práctica" estadounidense -anterior, presente o futura- no constituye una medida que proceda a examinar en este Grupo Especial;
- c) que, como el Canadá no incluyó la "práctica" estadounidense al amparo del artículo 771(5) en su solicitud de consultas, como las partes no celebraron consultas sobre dicha "práctica", y como en su solicitud para el establecimiento de un grupo especial el Canadá no identifica suficientemente la "práctica" en cuestión, las

reclamaciones del Canadá al respecto no son conformes con los artículos 4.7 y 6.2 del ESD, y no es procedente que las examine este Grupo Especial; y

- d) que, como en su solicitud de establecimiento de un grupo especial el Canadá no indicó que la DAA o el Preámbulo fueran medidas, y como en cualquier caso no lo son, el hecho de que el Canadá incluyera a la DAA y el Preámbulo como medidas propiamente dichas, en su primera comunicación escrita no es conforme con el artículo 6.2 del ESD, y las alegaciones del Canadá respecto de la DAA y el Preámbulo no encajan en el mandato del Grupo Especial.

8.2 Nosotros entendemos que las objeciones preliminares de los Estados Unidos, sobre todo en lo referente a lo que constituyen las medidas en cuestión, y a si estas medidas son de carácter imperativo o discrecional respecto del supuesto trato de las limitaciones a la exportación, van al fondo de la cuestión que estamos considerando. No nos parece, pues, que sea pertinente considerar estas objeciones como cuestiones previas, y nos ocuparemos de ellas en nuestro análisis sustantivo de las reclamaciones.

B. RECLAMACIÓN AL AMPARO DEL ARTÍCULO 1 DEL ACUERDO SMC: SI EL TRATO DE LAS LIMITACIONES A LA EXPORTACIÓN COMO CONTRIBUCIONES FINANCIERAS ES INCOMPATIBLE CON EL ACUERDO SMC, Y SI LA LEGISLACIÓN ESTADOUNIDENSE EXIGE DICHO TRATO

8.3 Las medidas que se consideran en este caso son normas legales de los Estados Unidos: legislación, instrumentos para su interpretación y práctica derivada de la legislación. El Canadá no impugna un caso particular en el que una limitación de las exportaciones haya sido objeto de una investigación sobre derechos compensatorios. El Canadá sostiene que las medidas estadounidenses impugnadas surten el efecto, por separado y conjuntamente, de exigir un determinado trato de las limitaciones a la exportación en las investigaciones sobre derechos compensatorios, contrariamente a las obligaciones que impone a los Estados Unidos su pertenencia a la OMC.

1. Tipo de legislación que puede considerarse, como tal, incompatible con las obligaciones derivadas de la OMC

8.4 Hay un considerable número de precedentes en las prácticas de solución de diferencias, tanto en el GATT como en la OMC, favorables al principio de que sólo la legislación que *impone* una violación de las obligaciones derivadas del GATT/OMC puede considerarse, como tal, incompatible con estas obligaciones. Este principio fue señalado y aplicado recientemente por el Órgano de Apelación en el caso *Estados Unidos - Ley Antidumping de 1916* ("*Ley de 1916*"):

"... el concepto de legislación imperativa en contraposición a la legislación discrecional ha sido elaborado por varios grupos especiales del GATT como consideración previa en la determinación de cuándo normas legislativas como tales -y no una aplicación específica de esas normas legislativas- eran incompatibles con las obligaciones de una parte contratante del GATT de 1947".¹⁰⁷

...

"... los grupos especiales elaboraron la teoría de que debía establecerse una distinción entre legislación imperativa y discrecional, y mantuvieron que únicamente podía

¹⁰⁷ *Ley de 1916*, informe del Órgano de Apelación, WT/DS136/AB/R-WT/DS162/AB/R, adoptado el 26 de septiembre de 2000, párrafo 88.

constatarse que fuera incompatible en sí misma con las obligaciones derivadas del GATT la legislación que impone una violación de estas obligaciones".¹⁰⁸

8.5 Antes del caso *Ley de 1916*, el Grupo Especial del caso *Estados Unidos - Medidas que afectan a la importación y a la venta y utilización en el mercado interno de tabaco* ("*Estados Unidos - Tabaco*") resumió en los términos siguientes la práctica de los grupos especiales del GATT a este respecto:

"... los grupos especiales habían declarado sistemáticamente que, en tanto que cabía impugnar la propia legislación que exigía imperativamente medidas incompatibles con el Acuerdo General, no era posible impugnar en sí mismas las disposiciones legislativas que dieran meramente a las autoridades ejecutivas de una parte contratante la posibilidad de adoptar medidas incompatibles con el Acuerdo General, y que sólo podía ser objeto de impugnación la aplicación efectiva de esa legislación incompatible con dicho Acuerdo".¹⁰⁹

8.6 En su solicitud de resoluciones preliminares, los Estados Unidos afirman que la distinción entre legislación imperativa y legislación discrecional -lo que llamaremos en adelante "el criterio clásico"- es aplicable en esta diferencia. El Canadá no impugna la persistente validez del criterio clásico (como tampoco lo hacen las Comunidades Europeas en su condición de terceros en la diferencia). Es decir, el Canadá no afirma que pueda constatarse la incompatibilidad de una legislación discrecional con las obligaciones derivadas de la OMC sino que, por el contrario, afirma explícitamente que en tales casos no puede constatarse la existencia de una violación:

"Como ha indicado en sus comunicaciones, el Canadá cree que las medidas que ha identificado, consideradas en conjunto, *exigen* que los Estados Unidos den a las limitaciones a la exportación el trato de contribuciones financieras en el sentido del artículo 1 del Acuerdo SMC. No obstante, si las medidas se limitaron a *autorizar* este trato, o sea que no obligaban en modo alguno a los Estados Unidos a interpretar el artículo 771(5)(B)(iii) de un modo que llevara aparejado el trato de las limitaciones a la exportación como 'contribuciones financieras', en tal caso no cabe constatar que las medidas que se consideran sean incompatibles con las obligaciones de los Estados Unidos derivadas de su pertenencia a la OMC".¹¹⁰

8.7 Además, los argumentos del Canadá están articulados en torno al criterio clásico. Es decir, el Canadá afirma que las medidas que ha identificado (o sea, la legislación estadounidense) *exigen* un determinado trato de las limitaciones de la exportación en las investigaciones sobre derechos compensatorios, y que, a su juicio, este trato viola el Acuerdo SMC, por lo que la legislación es incompatible con dicho Acuerdo y con el Acuerdo sobre la OMC.

8.8 Por último, el Canadá presenta dos argumentos acerca de la distinción entre legislación imperativa y legislación discrecional: i) que la ley "interpretada por" la DAA y el Preámbulo es *legislación imperativa que exige* que el Departamento de Comercio viole sus obligaciones derivadas del Acuerdo SMC; y ii) que, si bien la ley es de por sí discrecional, en el sentido de que sería posible interpretarla de un modo compatible con la OMC, la DAA y el Preámbulo "limitan las facultades

¹⁰⁸ *Id.*, párrafo 60.

¹⁰⁹ *Estados Unidos - Tabaco*, informe del Grupo Especial adoptado el 4 de octubre de 1994, IBDD 41S/140, párrafo 118.

¹¹⁰ Respuesta del Canadá a la pregunta 5 del Grupo Especial en la primera reunión (sin cursivas en el original).

discrecionales" del Departamento de Comercio para actuar de modo compatible con la OMC. En respuesta a nuestra pregunta sobre si se trataba de dos maneras de exponer un único argumento, o de dos argumentos diferentes o alternativos, el Canadá afirma lo siguiente: "no hay diferencia alguna entre estos argumentos, ya que cualquiera de los dos llevan a la conclusión de que las medidas estadounidenses no son 'discrecionales' en el sentido de la distinción entre legislación imperativa y legislación discrecional de la jurisprudencia del GATT/OMC, o sea, que los Estados Unidos no han demostrado que tengan facultades discrecionales suficientes para cumplir las obligaciones derivadas de su pertenencia a la OMC".¹¹¹

8.9 Como se ha señalado anteriormente, hay antecedentes de larga data que corroboran el criterio clásico, que ha sido empleado recientemente por el Órgano de Apelación en el caso *Ley de 1916*. Lo que es más importante, el objetivo racional de la distinción entre legislación imperativa y legislación discrecional es garantizar la previsibilidad de las condiciones del comercio. Gracias a ella, las partes pueden impugnar las medidas que dan lugar forzosamente a una acción incompatible con las obligaciones derivadas del GATT/OMC, *antes* de que esta acción se lleve a cabo efectivamente. Así pues, en la presente diferencia utilizaremos el criterio clásico para determinar si la legislación estadounidense es de un tipo que se preste, como tal, a la constatación de incompatibilidad con las obligaciones derivadas de la OMC, o sea, si se trata de una legislación imperativa con respecto al trato de las limitaciones a la exportación en las investigaciones sobre medidas compensatorias.¹¹²

2. Orden en el que se examinarán las cuestiones

8.10 Aunque no impugna el criterio clásico el Canadá, entiende que no es procedente considerar que una medida impugnada sea discrecional con respecto a una violación supuesta de las normas de la OMC, o la medida en que lo sea, como una cuestión general de procedimiento o jurisdicción. El Canadá opina más bien que, como confirmó el Órgano de Apelación en el caso *Ley de 1916*, esta cuestión puede plantearse en el examen, por un grupo especial, de las alegaciones de derecho formuladas en un caso determinado. En cambio, los Estados Unidos sostienen que cualquier resolución sustantiva sobre el significado de las disposiciones de la OMC, en la que se constate eventualmente que la legislación es discrecional, constituiría una "opinión consultiva" inadecuada o inadmisibles.¹¹³ En consecuencia, según el Canadá, antes de examinar el significado del artículo 1 debemos considerar si la legislación estadounidense es imperativa o discrecional.

8.11 No conocemos ningún precedente del GATT/OMC que prescriba que un grupo especial ha de considerar si la legislación es imperativa o discrecional *antes* de examinar el fondo de las disposiciones del caso. Por el contrario, hemos observado que varios grupos especiales, en diferencias relativas a la compatibilidad de la legislación, *no* han considerado en abstracto que la cuestión de la distinción entre legislación imperativa y discrecional es necesariamente previa. Lo que hicieron los grupos especiales en estos casos fue resolver primero cualquier controversia en cuanto a las obligaciones derivadas del GATT/OMC, y sólo entonces, *teniendo en cuenta estas constataciones*, consideraron si la parte demandada había demostrado adecuadamente que gozaba de facultades

¹¹¹ Respuesta del Canadá a la pregunta 17 del Grupo Especial, después de la segunda reunión.

¹¹² Observamos que el Grupo Especial del caso *Artículo 301* constató que incluso la legislación discrecional podía violar algunas obligaciones derivadas de la OMC (véase *Estados Unidos - Artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974*, informe del Grupo Especial, WT/DS152/R, adoptado el 27 de enero de 2000, párrafo 7.53). El análisis del Grupo Especial en esta diferencia se centró en la naturaleza de las obligaciones impuestas por el artículo 23.2 a) del ESD. Ninguna de las dos partes ha sugerido que puedan alegarse las mismas consideraciones con respecto a las disposiciones del Acuerdo SMC que, según el Canadá, fueron violadas en esta diferencia.

¹¹³ Solicitud de resoluciones preliminares de los Estados Unidos, párrafo 55.

discrecionales suficientes para cumplir estas normas. Es decir, la distinción entre legislación imperativa y legislación discrecional se aplicó en *un determinado contexto sustantivo*.¹¹⁴

8.12 Nosotros entendemos que este es el planteamiento adecuado en este caso. En particular, identificar primero las obligaciones pertinentes derivadas de la OMC, y examinarlas, facilitará nuestra evaluación del trato que la legislación da a estas obligaciones, y de la eventual existencia de una violación. Es decir, el examen previo del fondo de las reclamaciones con respecto a las disposiciones de la OMC y las disposiciones pertinentes de la legislación que se discute nos dejará en mejores condiciones para determinar si la legislación prescribe un trato de las limitaciones a la exportación que viola estas disposiciones.

8.13 Por último, hemos de señalar que, tanto si un grupo especial considera que la distinción entre la legislación imperativa y discrecional es una necesaria cuestión previa o entiende, como ha sugerido el Canadá, que es una cuestión que puede plantearse en el examen de las alegaciones jurídicas por un grupo especial, no deja de ser cierto -por lo menos con el criterio clásico que aplicaremos- que no es posible constatar la incompatibilidad de una legislación como ésta con las obligaciones de un Miembro de la OMC, salvo que la norma sea de carácter imperativo. Así pues, en todo caso el orden en que se examinan las dos cuestiones -tipo de legislación y fondo del caso- no alterará una constatación eventual de compatibilidad o incompatibilidad.

8.14 Por estas razones, examinaremos en primer lugar si el trato de las limitaciones a la exportación como contribuciones financieras es incompatible con el Acuerdo SMC, y a continuación determinaremos si la legislación estadounidense prescribe este trato.

3. Si el trato de las limitaciones a la exportación como contribuciones financieras es incompatible con el Acuerdo SMC

a) Alcance de las resoluciones

8.15 Antes de considerar si el trato de las limitaciones a la exportación como contribuciones financieras es incompatible con el Acuerdo SMC, es importante explicar lo que entendemos

¹¹⁴ Véase, por ejemplo, *Estados Unidos - Superfund*. Este programa comprendía, entre otras cosas, un gravamen penalizador discriminatorio que se impondría al importador que no comunicara la información necesaria. El Grupo Especial constató en primer lugar que la imposición de semejante gravamen penalizador violaría el párrafo 2 del artículo III; después constató también que, de hecho, la ley relativa al "Superfund" no exigía la imposición del gravamen, ya que preveía la posibilidad de que los Estados Unidos adoptasen reglamentaciones que eliminarían la necesidad de imponerlo (*Estados Unidos - Impuestos sobre el petróleo y sobre determinadas sustancias importadas ("Superfund")*, informe del Grupo Especial adoptado el 17 de junio de 1987, e IBDD 34S/157, párrafo 5.2.9). *Tailandia - Cigarrillos*: después de constatar que los tipos impositivos discriminatorios previstos en la ley violarían las normas del GATT, el Grupo Especial constató también que las autoridades tailandesas tenían suficientes facultades discrecionales en materia de reglamentación para aplicar la ley de manera compatible con el GATT, y en la práctica las habían ejercido (*Tailandia - Restricciones a la importación de cigarrillos e impuestos internos sobre los cigarrillos*, informe del Grupo Especial adoptado el 7 de noviembre de 1990, IBDD 37S/222, párrafo 84). *Estados Unidos - Tabaco*: la legislación estadounidense exigía que el Departamento de Agricultura de los Estados Unidos impusiera derechos de inspección "comparables" para el tabaco importado y el tabaco nacional, y el Grupo Especial consideró en primer lugar el significado de la palabra "comparable" teniendo en cuenta la condición del GATT de que esos derechos fueran "proporcionales" al costo de los servicios prestados para la inspección del tabaco importado. El Grupo Especial llegó a la conclusión de que los Estados Unidos tenían facultades discrecionales para interpretar el término "comparable" en el sentido de "proporcional" (y en la práctica lo habían hecho), esto es, que la legislación no imponía una violación (*Estados Unidos - Medidas que afectan a la importación y a la venta y a la utilización en el mercado interno de tabaco*, informe del Grupo Especial adoptado el 4 de octubre de 1994, IBDD 41S/140, párrafo 123).

exactamente por "limitación de las exportaciones" en esta diferencia. Dicho de otro modo, hemos de examinar primero las características definitorias esenciales de la medida descrita como una "limitación de las exportaciones", que es el objeto de las reclamaciones que estamos considerando, ya que esta medida determina el alcance de las reclamaciones examinadas y de nuestras resoluciones al respecto.

8.16 Según el Canadá, "una limitación de las exportaciones es una medida en frontera que toma la forma de una ley o reglamento estatal que limita expresamente la cantidad de exportaciones o fija condiciones explícitas para las circunstancias en que se autorizan las exportaciones. Estas medidas también pueden tomar la forma de un derecho o gravamen a la exportación del producto, impuesto por el gobierno y calculado de manera que limite la cantidad de las exportaciones".¹¹⁵ Los Estados Unidos, por su parte, indican que el "significado corriente de 'limitación' es la 'acción o acto de limitar algo o alguien'. A su vez, por 'limitar' se entiende 'retener o impedir alguna clase de acción'. Así pues, una 'limitación de las exportaciones' sería una acción o un acto que retiene o impide las exportaciones".¹¹⁶ Observamos que el Canadá y los Estados Unidos no sustentan la misma opinión respecto de los elementos esenciales que componen una limitación de las exportaciones, aunque ambos países parecen contemplar la posibilidad de que las limitaciones a la exportación puedan adoptar varias formas (restricciones cuantitativas, impuestos, etc.). En particular, la definición propuesta por los Estados Unidos es más amplia, y probablemente abarcaría cualquier acción que diese lugar a una limitación de las exportaciones. La definición propuesta por el Canadá, en cambio, contiene elementos complementarios y, por consiguiente, es de menor alcance.

8.17 Estamos totalmente de acuerdo con los Estados Unidos en que "no es factible ni conveniente que el Grupo Especial trate de definir, en abstracto, un término que no aparece en el Acuerdo SMC".¹¹⁷ Por otra parte, es necesario delimitar claramente las cuestiones que nos ocupan. Observamos que, como en cualquier diferencia, el alcance de la reclamación viene determinado por el reclamante. Aplicaremos pues las disposiciones del Acuerdo SMC a la definición del Canadá, o sea, una medida en frontera que toma la forma de una ley o reglamento estatal que limita expresamente la cantidad de exportaciones o fija condiciones explícitas para las circunstancias en que se autorizan las exportaciones, o bien toma la forma de un derecho o gravamen a la exportación del producto, impuesto por el gobierno y calculado de manera que limite la cantidad de esas exportaciones. Son éstas características esenciales -que en adelante llamaremos, para simplificar, "limitación de las exportaciones"-, las que determinan el alcance de las reclamaciones del Canadá y de nuestras resoluciones al respecto.

b) Normas de interpretación de los tratados

8.18 Según el párrafo 2 del artículo 3 del ESD, los Miembros reconocen que el sistema de solución de diferencias sirve para aclarar las disposiciones vigentes de los acuerdos abarcados "de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público". El Órgano de Apelación, en el caso *Estados Unidos - Gasolina*, menciona a este respecto una "norma fundamental de la interpretación de los tratados [que] ha sido plasmada de la forma más autorizada y sucinta en la

¹¹⁵ Respuesta del Canadá a la pregunta 1 del Grupo Especial, dirigida a las dos partes en la primera reunión.

¹¹⁶ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 1 del Grupo Especial, dirigida a las dos partes en la primera reunión (excluidas las notas de pie de página).

¹¹⁷ *Id.*

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (la '*Convención de Viena*')¹¹⁸, y cita el párrafo 1 del artículo 31 de dicha Convención¹¹⁹, que dice lo siguiente:

ARTÍCULO 31

Regla general de interpretación

1. 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 Órgano de Apelación indica que "esta regla general de interpretación se ha elevado a la condición de norma del derecho internacional consuetudinario o general. Como tal, forma parte de las "normas usuales de interpretación del derecho internacional público".¹²⁰ Por consiguiente, iniciaremos nuestro análisis de la reclamación del Canadá al amparo del artículo 1 del Acuerdo SMC, basándonos en el contenido de esta disposición, en su contexto y teniendo en cuenta el objeto y fin del Acuerdo SMC.

c) Definición de "contribución financiera" del Acuerdo SMC

8.19 La reclamación canadiense al amparo del artículo 1 del Acuerdo SMC se basa en la posibilidad de que una limitación de las exportaciones pueda constituir una "contribución financiera" en el sentido del párrafo 1 a) 1) del mencionado artículo. El Canadá alega que los Estados Unidos, con arreglo a su legislación en materia de derechos compensatorios, consideran las limitaciones a la exportación contribuciones financieras en forma de un suministro de bienes encomendado y ordenado por el gobierno a una entidad privada, según lo previsto en los incisos iii) y iv) del párrafo antes citado, y que si las limitaciones a la exportación confieren beneficios, los Estados Unidos los tratan como subvenciones susceptibles de medidas compensatorias. A juicio del Canadá, esta interpretación de las mencionadas disposiciones del Acuerdo SMC no es admisible. Los Estados Unidos sostienen que las limitaciones a la exportación pueden constituir (por lo menos en ciertas circunstancias) un suministro de bienes encomendado u ordenado por un gobierno a una entidad privada. Así pues, el núcleo central de la reclamación del Canadá se encuentra en la definición de "contribución financiera" del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 y, en particular, en las disposiciones de los incisos iii) y iv) de este mismo párrafo.

8.20 El párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC dispone lo siguiente:

- 1.1 A los efectos del presente Acuerdo, se considerará que existe subvención:
 - a) 1) cuando haya una contribución financiera de un gobierno o de cualquier organismo público en el territorio de un Miembro (denominados en el presente Acuerdo "gobierno"), es decir:
 - i) cuando la práctica de un gobierno implique una transferencia directa de fondos (por ejemplo, donaciones, préstamos y

¹¹⁸ *Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional* ("Estados Unidos - Gasolina"), informe del Órgano de Apelación, WT/DS2/AB/R, adoptado el 20 de mayo de 1996, página 19.

¹¹⁹ (1969), 8 *International Legal Materials* 679.

¹²⁰ *Estados Unidos - Gasolina*, informe del Órgano de Apelación, nota 118 de pie de página, *supra*, página 20 (excluida la nota de pie de página).

aportaciones de capital) o posibles transferencias directas de fondos o de pasivos (por ejemplo, garantías de préstamos);

- ii) cuando se condonen o no se recauden ingresos públicos que en otro caso se percibirían (por ejemplo, incentivos tales como bonificaciones fiscales) [excluida la nota de pie de página];
- iii) cuando un gobierno proporcione bienes o servicios -que no sean de infraestructura general- o compre bienes;
- iv) cuando un gobierno realice pagos a un mecanismo de financiación, o encomiende a una entidad privada una o varias de las funciones descritas en los incisos i) a iii) *supra* que normalmente incumbirían al gobierno, o le ordene que las lleve a cabo, y la práctica no difiera, en ningún sentido real, de las prácticas normalmente seguidas por los gobiernos;

o

- a) 2) cuando haya alguna forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios en el sentido del artículo XVI del GATT de 1994;

y

- b) con ello se otorgue un beneficio.

Así pues, el párrafo 1 del artículo 1 establece claramente que la definición de una subvención se compone de dos elementos distintos: i) que haya una contribución financiera (o un apoyo a los ingresos o a los precios), y ii) que se confiera un beneficio. El Órgano de Apelación puso este extremo de relieve en el caso *Brasil - Aeronaves*, al declarar que la contribución financiera y el beneficio constituyen "dos elementos jurídicos independientes en el párrafo 1 del artículo 1 ... que conjuntamente determinan si existe o no una subvención"¹²¹; según el Órgano de Apelación, el Grupo Especial encargado de este caso había mezclado erróneamente ambas nociones, incluyendo el concepto de beneficio en la definición de contribución financiera.

8.21 La cuestión relativa al artículo 1, tal como nos la presentan las partes, se limita a la definición de contribución financiera. No hay ninguna cuestión referente al beneficio, entre otras cosas porque las partes están de acuerdo en que una limitación de las exportaciones puede conferir un beneficio.¹²²

¹²¹ *Brasil - Aeronaves*, informe del Órgano de Apelación, WT/DS46/AB/R, adoptado el 20 de agosto de 1999, párrafo 157 (con cursivas en el original).

¹²² Los Estados Unidos afirman que "los compradores nacionales de un producto objeto de la limitación pueden comprarlo a un precio más bajo del que se habría cotizado si el mercado de ese producto no hubiese estado artificialmente limitado por el gobierno. En tal caso, los compradores nacionales del producto objeto de la limitación recibirán un beneficio en forma de un descenso de los costos de sus insumos" (Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 55). Los Estados Unidos, refiriéndose a la solicitud de establecimiento de un grupo especial del Canadá, sostienen que "el Canadá no afirma que una limitación de las exportaciones no pueda proporcionar un 'beneficio' en el sentido del Acuerdo SMC" (respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 1 del Grupo Especial en la primera reunión; excluida la cita). En su solicitud para el establecimiento de un grupo especial, el Canadá aduce lo siguiente: "... con arreglo al derecho estadounidense en materia de derechos compensatorios, se considera que en una limitación de las exportaciones concurre el

Así pues, nuestro análisis en relación con el párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC se limitará a esclarecer si una limitación de las exportaciones puede constituir una "contribución financiera" en el sentido de esta disposición.

8.22 A este respecto, los Estados Unidos entienden que una limitación de las exportaciones puede constituir una contribución financiera en forma de un suministro de bienes encomendado u ordenado por un gobierno, con arreglo a los incisos iii) y iv) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1, puesto que sólo hay una diferencia semántica entre una limitación o prohibición pura y simple de las exportaciones del producto y una orden afirmativa a una entidad privada para que suministre bienes (en mayor proporción que antes o exclusivamente) a productores nacionales. En otras palabras, los Estados Unidos alegan que una limitación de las exportaciones es "funcionalmente equivalente" a encomendar u ordenar a una entidad privada que suministre bienes al mercado nacional.¹²³

8.23 En cambio, teniendo en cuenta el significado corriente de los términos "encomendar" y "ordenar", el Canadá entiende que, para que se cumpla la condición de un suministro de bienes encomendado u ordenado por el gobierno, éste tiene que dar instrucciones explícitas y afirmativas a la entidad privada de que proporcione los bienes. Al Canadá no le convence el argumento estadounidense de que se trata solamente de una diferencia semántica porque, en el ejemplo ofrecido por los Estados Unidos, los productores de los bienes en cuestión, enfrentados a una limitación de las exportaciones, sólo tendrían una opción, vender a los compradores nacionales; a juicio del Canadá, esto no ocurriría nunca. Lo que ocurriría es que un productor que se enfrentase a una limitación de las exportaciones tendría múltiples opciones, entre las que podría figurar la venta a compradores nacionales, pero también, por ejemplo, la integración vertical o dedicarse a otro negocio.

8.24 Así pues, la cuestión concreta que tenemos que considerar es la de si una limitación de las exportaciones puede constituir una contribución financiera en forma de un suministro de bienes encomendado u ordenado por el gobierno, en el sentido de los incisos iii) y iv) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1. A continuación analizamos detalladamente el texto de estas disposiciones.

d) Texto y contexto de los elementos de la definición de "contribución financiera" del Acuerdo SMC.

8.25 La definición de contribución financiera del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 establece cinco condiciones:

elemento de 'contribución financiera' de la definición de 'subvención' del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC, lo que significa que una limitación de las exportaciones que tenga *un efecto sobre los precios beneficioso para los usuarios del producto objeto de la limitación* en el mercado interno de este último estará sujeto a derechos compensatorios si concurren los demás requisitos de la legislación estadounidense (concretamente, la especificidad y la existencia de daño importante)" (WT/DS194/2, sin cursivas en el original). El Canadá afirma también que "la alegación de los Estados Unidos de que una limitación de las exportaciones de piñas es el 'equivalente funcional' de ordenar a los cultivadores que vendan a la industria de los jugos de fruta por una 'remuneración inferior a la adecuada' es como decir que, si hay un efecto de precios, cabe suponer que una limitación de las exportaciones es una contribución financiera. Dicho en otros términos, es una afirmación en el sentido de que un *beneficio* puede 'conferir' una contribución financiera" (Declaración oral del Canadá en la primera reunión, párrafo 30, sin cursivas en el original).

¹²³ Los Estados Unidos afirman, por ejemplo, que una limitación de las exportaciones y una orden afirmativa de suministrar bienes al mercado nacional "son funcionalmente equivalentes; cuando un productor se encuentra ante dos opciones, prohibir una de ellas es lo mismo que dar una orden afirmativa de aplicar la otra. Prohibir las exportaciones equivale claramente a dar a los productores la orden de no exportar, y por consiguiente imponerles que se dirijan únicamente a los otros compradores disponibles para la venta de sus productos" (Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 38).

- i) que un gobierno "encomiende u ordene"
- ii) "a una entidad privada"
- iii) "una o varias de las funciones descritas en los incisos i) a iii)" del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 (en este caso, el suministro de bienes)
- iv) "que normalmente incumbirían al gobierno" y que
- v) "la práctica no difiera, en ningún sentido real, de las prácticas normalmente seguidas por los gobiernos".

Según el Canadá, si se da a las limitaciones a la exportación el trato de contribuciones financieras no se cumplen estas condiciones. Para los Estados Unidos, es posible que una limitación de las exportaciones reúna todos estos elementos definitorios del inciso iv), y por consiguiente "la extraordinaria solicitud del Canadá de que el Grupo Especial haga una interpretación autorizada del Acuerdo SMC debe desestimarse por falta de fundamento".¹²⁴

i) *Un gobierno "encomienda u ordena"*

8.26 Los Estados Unidos afirman que las limitaciones a la exportación pueden estar comprendidas en la definición de "contribución financiera" del párrafo 1 a) 1) del artículo 1, porque dichas limitaciones constituyen (o pueden constituir) un caso de un gobierno que "encomienda" u "ordena" a una entidad privada, en el sentido del inciso iv) del mencionado párrafo, que "proporcione bienes" en los términos del inciso iii), siempre del mismo párrafo; esto es debido a que los Estados Unidos no ven ninguna diferencia sustantiva -sino sólo semántica- entre la limitación de la exportación de un producto y la orden de vender dicho producto en el mercado nacional: para los Estados Unidos, los dos casos son "funcionalmente equivalentes". El Canadá se opone a esta interpretación por entender que el significado corriente de "encomendar u ordenar" es activo, o sea, que se manda o se encarga a alguien que haga algo. Para el Canadá, la expresión que viene inmediatamente después de las palabras "le ordene" del inciso iv), "que las lleve a cabo", confirma este significado corriente: la expresión "encomiende u ordene que ... lleve a cabo" denota la comunicación de un deber o una instrucción que han de cumplirse o ejecutarse. El Canadá sostiene que una limitación de las exportaciones no responde a esta definición, por cuanto no se encarga a los productores del bien objeto de la limitación que hagan algo, ni se les dan instrucciones autorizadas en este sentido; por el contrario, se limita su capacidad de exportar.

8.27 Los Estados Unidos citan un cierto número de acepciones de las palabras inglesas "entrust or direct" ("encomienda u ordena") (algunas de las cuales son de mayor alcance que las que emplea el Canadá), entre ellas "give responsibility to" ("dar responsabilidad a"); "guide (someone or something)"; ("guiar (a algo o a alguien))"; "instruct (someone or something) with authority" ("dar instrucciones a alguien, o para que se haga algo, con autoridad"), "give authoritative instructions to; to ordain, order (a person) to do (a thing) to be done; order the performance of" ("dar instrucciones autorizadas a; ordenar (a una persona) que haga (una cosa), ordenar que se haga (una cosa), ordenar la realización de"). Para los Estados Unidos, no cabe decir que *ninguna* limitación de las exportaciones puede satisfacer una cualquiera de estas definiciones; como mínimo, una limitación de las exportaciones puede "regular las actividades de" una entidad privada que lleve a cabo una de las funciones enumeradas en los incisos i) a iii), o "ser causa de ello", y proporcionar por consiguiente una contribución financiera. Los Estados Unidos sostienen que "una limitación de las exportaciones es una orden de proporcionar bienes a compradores nacionales cuando puede demostrarse, como una

¹²⁴ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 5.

cuestión de hecho, que existe una relación causal próxima entre la limitación de las exportaciones y el comportamiento de los productores del bien objeto de la limitación. Como es natural, el que exista esta relación causal sólo podrá determinarse caso por caso".¹²⁵ En particular, los Estados Unidos afirman que si la limitación deja al productor sin otra opción práctica o comercial que no sea vender (o aumentar sus ventas) en el mercado nacional, esta limitación equivale a una orden de vender en dicho mercado. Los Estados Unidos complementan su argumentación indicando que "habría que demostrar la relación causal"¹²⁶ existente entre una limitación de las exportaciones y la acción de una entidad privada (por ejemplo, el suministro de un producto) para que haya una contribución financiera.

8.28 A nuestro modo de ver, la condición expresada en la fórmula "encomendar u ordenar" del inciso iv) se refiere a una situación en la que el gobierno pone en práctica una determinada política por conducto de una entidad privada. La presente diferencia guarda relación con las condiciones en que puede considerarse que el gobierno opera por conducto de una entidad privada, según prevé el inciso iv). Según el diccionario inglés, el significado del término "entrust" ("encomendar") es, entre otras cosas "give (a person, etc.) the responsibility for a task ... Commit the ... execution of (a task) to a person ..." ("dar (a una persona, etc.) la responsabilidad de una tarea ... encargar la ... ejecución (de una tarea) a una persona ...").¹²⁷ La palabra "direct" ("ordenar") tiene las siguientes acepciones, entre otras: "[g]ive authoritative instructions to; order (a person) to do ... order the performance of" ("dar instrucciones autorizadas a; ordenar (a una persona) *que haga* ... ordenar la realización de").¹²⁸ A este respecto, nos parece significativo que, según el diccionario inglés, el significado del término "direct" ("ordena"), cuando va seguido de la preposición "to" ("a"), más un verbo en infinitivo, es "give a formal order or command to"¹²⁹ ("dar una orden formal a") y ésta es precisamente la construcción utilizada en la versión inglesa del inciso iv) ("... entrusts or directs a private body to carry out ...") ("... encomiende ... o le ordene que *las lleve a cabo* ...").

8.29 De los significados corrientes de los términos "encomendar" y "ordenar" se desprende que la acción del gobierno debe incluir una noción de delegación (en lo relativo a "encomendar") o de mando (en lo referente a "ordenar"). A nuestro juicio, tanto el acto de encomendar como el de ordenar conllevan necesariamente los tres elementos siguientes: i) una acción explícita y afirmativa de delegación o de mando; ii) dirigida a un destinatario explícito; y iii) cuyo objeto es llevar a cabo una tarea u obligación particular. Dicho de otra manera, el significado corriente de los verbos "encomendar" y "ordenar" comprende estos elementos: *algo* se delega necesariamente, y se delega necesariamente *a alguien*; con arreglo al mismo principio, *alguien* recibe necesariamente una orden, y recibe necesariamente una orden *de hacer algo*. No creemos, por lo tanto, que pueda decirse que se ha encomendado u ordenado algo si no concurren los tres elementos.

8.30 Dicho esto, el primer elemento -una acción explícita y afirmativa de delegación o de mando- es el factor determinante. Los elementos segundo y tercero -dirigida a un destinatario explícito, para que lleve a cabo una tarea determinada- son *aspectos* del primero. Toda estimación de la existencia de una delegación u orden tendrá que referirse necesariamente a lo que se haya delegado u ordenado,

¹²⁵ Comentario de los Estados Unidos en relación con la pregunta 9 del Grupo Especial al Canadá, después de la primera reunión (con cursiva, pero sin subrayar en el original).

¹²⁶ Comentario de los Estados Unidos en relación con la pregunta 11 del Grupo Especial al Canadá, después de la primera reunión.

¹²⁷ *The New Shorter Oxford English Dictionary*, tomo 1, 1993, Clarendon Press, Oxford.

¹²⁸ *Id.*

¹²⁹ *The Concise Oxford Dictionary*, novena edición, 1995, Clarendon Press, Oxford.

y al receptor de la delegación o la orden. Como aspectos derivados del primer elemento de la definición, los otros dos elementos corroboran ulteriormente nuestra opinión de que la acción ha de ser un acto explícito y afirmativo de delegación o de mando. Observamos, a este respecto, que el predicado de los verbos "encomiende" y "ordene" del inciso iv) es "una entidad privada" que tiene que "llevar a cabo" una acción, lo que es una terminología similar a la que nosotros empleamos para describir el segundo y tercer elementos de la definición de "encomendar" u "ordenar". Así pues, la terminología del inciso iv) confirma nuestra opinión respecto de la condición de una acción explícita y afirmativa.

8.31 Por consiguiente, el hecho de que el gobierno encomiende u ordene algo crea una situación muy distinta de la que se produce cuando el gobierno interviene por algún concepto en el mercado, lo que puede dar o no un resultado particular dependiendo de determinadas circunstancias de hecho y del ejercicio de la libertad de elección por los agentes en dicho mercado. Los gobiernos intervienen en los mercados de diversas maneras y con distintos objetivos políticos o lucrativos, y estas intervenciones pueden tener diversos resultados, incluidos algunos que el gobierno no preveía, o incluso no deseaba. No vemos cómo una situación de este tipo puede comprender los tres elementos que, para nosotros, forman parte de la definición de "encomendar" u "ordenar". El hecho de que dos acciones diferentes del gobierno puedan tener un mismo *resultado* en una determinada situación no cambia la *naturaleza* de las acciones, es decir, no significa que las dos acciones sean, en la práctica, una sola y misma acción. Dicho de otro modo, la distinción que hacemos entre encomendar u ordenar y la intervención de un gobierno que puede o no surtir un efecto determinado en un mercado particular en un momento preciso, no es simplemente semántica.

8.32 Los verbos "encomiende ... u ordene" del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 van precedidos de la frase "cuando un gobierno realice pagos a un mecanismo de financiación, o". Nosotros entendemos que estas dos fórmulas tienen por objeto expresar acciones gubernamentales *equivalentes*. Ambas son acciones gubernamentales que, por conducto de un intermediario (un mecanismo de financiación o una entidad privada) hacen una contribución financiera que, de lo contrario, haría directamente el gobierno. En otras palabras, la acción de un gobierno que efectúa pagos a un mecanismo de financiación y encomienda u ordena a una entidad privada que lleve a cabo las funciones enumeradas en los incisos i) a iii) son acciones gubernamentales *equivalentes*. Esto confirma también nuestra opinión de que encomendar u ordenar constituye una acción explícita y afirmativa, comparable a efectuar pagos a un mecanismo de financiación.

8.33 A nuestro entender, los Estados Unidos opinan que, cuando el *efecto* de una limitación de las exportaciones es inducir a los productores nacionales a vender su producto (en mayores cantidades, o exclusivamente) a los compradores/usuarios nacionales de ese producto, esto es equivalente a que el gobierno ordene de manera explícita y afirmativa esta acción a los productores nacionales. Por consiguiente, existe una contribución financiera en forma de un suministro de bienes encomendado u ordenado por el gobierno. Este argumento estadounidense de la "equivalencia funcional" o "conceptual" se basa principalmente en los *efectos* o los *resultados* de una acción del gobierno -y no en la *naturaleza* de la acción- para determinar si esta acción constituye una contribución financiera. Así pues, según los Estados Unidos, en el caso de una limitación de las exportaciones la existencia de una contribución financiera depende por completo de la reacción de los productores del producto sometido a limitación, y más concretamente de la medida en que dichos productores aumenten sus ventas del producto en el mercado nacional, debido a la limitación. Por consiguiente, con el planteamiento de los Estados Unidos la existencia de una contribución financiera en el caso de una limitación de las exportaciones *no puede* en realidad determinarse a partir de la naturaleza de esa acción (la limitación de las exportaciones).

8.34 Nosotros entendemos que no es posible que la naturaleza de la medida adoptada por un gobierno Miembro en el contexto del Acuerdo SMC deba determinarse únicamente con arreglo a la reacción de los afectados por dicha medida. La existencia de una contribución financiera de un

gobierno debe probarse por referencia a la acción del *gobierno*. Determinar si existe una contribución financiera con arreglo al inciso iv) basándose únicamente en la reacción de las entidades afectadas significaría, en la práctica, que con arreglo a esta disposición se aplicaría una norma distinta a la de los incisos i) a iii), que prescribe la consideración previa de la acción del gobierno. Tampoco vemos cómo la reacción de las entidades privadas a una determinada medida gubernamental puede servir de base para determinar si el Miembro ha cumplido las obligaciones derivadas de su pertenencia a la OMC.

8.35 Por otra parte, la aplicación del criterio de los "efectos" a la cuestión de la existencia de una contribución financiera tendría consecuencias de vasto alcance. En particular, ello parecería dar a entender que cualquier medida gubernamental que cree condiciones de mercado favorables a un aumento de la oferta del producto en el mercado nacional, o que dé lugar a dicho aumento, constituiría un suministro de bienes encomendado u ordenado por el gobierno, y por ende una contribución financiera. Aunque los Estados Unidos no parecen afirmar que éste sea el resultado que tratan de alcanzar, tampoco exponen ningún fundamento de derecho para distinguir las limitaciones de la exportación de otras medidas que causan los mismos efectos en el mercado. En respuesta a una pregunta sobre cuál sería este fundamento de derecho con el criterio estadounidense, los Estados Unidos afirman lo siguiente:

"En primer lugar, con el significado corriente del término 'ordenar' tendría que existir la necesaria relación causal entre la medida gubernamental y el comportamiento de agentes privados para que hubiera una contribución financiera ... Por consiguiente, el fundamento de derecho es el propio inciso iv). En segundo lugar ... sería miope concentrarse exclusivamente en la contribución financiera como elemento de una subvención que pudiese dar lugar a una acción ... Hay que tener en cuenta que la aplicación de los conceptos 'beneficio' y 'especificidad' excluiría las medidas gubernamentales que pudieran satisfacer la definición de 'contribución financiera'."¹³⁰

8.36 Así pues, el único "fundamento de derecho" citado por los Estados Unidos es la "relación causal entre la medida gubernamental y el comportamiento de los agentes privados". Considerando que esta relación causal podría darse respecto de una amplia variedad de medidas gubernamentales, con este argumento los Estados Unidos parecen reconocer implícitamente que, con este criterio, cualquier medida gubernamental que *causara* un aumento de la oferta interna de un producto constituiría, por este motivo mismo, un suministro de bienes encomendado u ordenado por el gobierno y, por consiguiente, una contribución financiera.

8.37 Un ejemplo hipotético ilustrará mejor las dificultades del criterio estadounidense basado en los "efectos". Supongamos que un gobierno impone aranceles muy altos a las importaciones de carbón, con la consiguiente alza del precio del carbón importado en el mercado nacional y, quizás, el descenso del suministro. A los usuarios nacionales de carbón en fases más adelantadas de la producción, como son los productores de acero, les resultaría seguramente más económico comprar el carbón a los productores nacionales, cuyo volumen de ventas aumentaría en consecuencia y que conseguirían probablemente mejores condiciones de venta. Una acción gubernamental -la imposición de un elevado arancel al carbón- habría beneficiado así a los productores de carbón haciendo que los usuarios de este producto en una fase más adelantada de producción comprasen a los productores nacionales una proporción del producto mayor que a los productores extranjeros, en comparación con la situación anterior a la imposición de los aranceles. Es evidente que no puede decirse que, en esta situación, el gobierno "encomienda u ordena" a una entidad privada (los usuarios del carbón) que compren productos en el sentido del inciso iii) -ni que "encomienda u ordena" a una entidad privada

¹³⁰ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 36 a) del Grupo Especial, después de la primera reunión.

(productores de carbón) que suministren productos en el sentido del inciso iii))- y que en consecuencia se hace una contribución financiera, aunque este es precisamente el resultado que daría la aplicación del criterio estadounidense de los "efectos". En este caso, los aranceles constituirían contribuciones financieras y, dado que confieren necesariamente un beneficio a algunos agentes del mercado, constituirían también subvenciones en el sentido del artículo 1 del Acuerdo SMC.

8.38 En el ejemplo precedente de imposición de aranceles, cabría preguntarse la compatibilidad de la medida con el artículo II del GATT de 1994, que se ocupa de las listas de concesiones de los Miembros. Es dudoso, no obstante, que con el concepto de contribución financiera previsto en el párrafo 1 a) del artículo 1 del Acuerdo SMC se haya tratado de incluir esta acción gubernamental en el ámbito del Acuerdo. Por el contrario, al introducir la noción de contribución financiera, los redactores excluyeron la posibilidad de dar el trato de subvención a *cualquier* acción gubernamental de la que resultara un beneficio.¹³¹ Es más, éste podría ser el principal significado del concepto de contribución financiera, que puede considerarse una de las "puertas de acceso" al Acuerdo SMC, junto con los conceptos de beneficio y especificidad. Sostener que el concepto de contribución financiera tiene que ver con los efectos de una acción gubernamental, y no con su naturaleza, lo excluiría efectivamente del Acuerdo, dejando los conceptos de beneficio y especificidad como únicos factores determinantes del alcance de éste.

8.39 En este contexto, observamos que en la Ronda Uruguay los Estados Unidos sostuvieron que el beneficio era el factor fundamental para la determinación del tipo de medida que constituiría una subvención.¹³² Asimismo, en la presente diferencia los Estados Unidos afirman, en respuesta a las preguntas del Grupo Especial sobre la determinación del concepto de "encomienda u ordena" y el eventual significado jurídico de los conceptos "beneficio" y "especificidad" para la interpretación del término "contribución financiera", que:

"Con arreglo al significado corriente de 'ordenar', tendría que haber la necesaria relación causal entre la medida gubernamental y el comportamiento de los agentes privados para que existiera una contribución financiera ..."¹³³;

y añaden que:

"Las condiciones relativas al 'beneficio' y a la 'especificidad' son pertinentes [a la cuestión de la interpretación jurídica del concepto 'contribución financiera'] porque el Canadá y las Comunidades Europeas [] están tratando de inducir al Grupo Especial a adoptar una interpretación injustificadamente estricta del inciso iv), basada en alegaciones sin fundamento sobre el 'cúmulo de horrores' que supuestamente se produciría si no se aceptase su interpretación. No obstante, la verdad es que los elementos de 'beneficio' y 'especificidad' harán que muchas de las presuntas subvenciones indirectas no se presten a ninguna acción y, por consiguiente, no den lugar a ningún derecho compensatorio."¹³⁴

¹³¹ Para los antecedentes de la negociación, véanse los párrafos 8.66 a 8.69 *infra*.

¹³² Comunicación de los Estados Unidos, MTN.GNG/NG10/W/29, 22 de noviembre de 1989, párrafo II.1 a) (Canadá - Prueba documental 34).

¹³³ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 36 a) del Grupo Especial, después de la primera reunión.

¹³⁴ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 36 b) del Grupo Especial, después de la primera reunión.

Nosotros entendemos que la respuesta estadounidense a nuestra pregunta sobre la interpretación jurídica es, principalmente, que las consecuencias prácticas de una interpretación amplia del concepto de contribución financiera serían limitadas porque esta interpretación no transformaría un gran número de medidas reglamentarias del gobierno en subvenciones, en vista de la probable ausencia, en muchos casos, de los elementos de beneficio y de especificidad.

8.40 Sin embargo, esta respuesta no es satisfactoria: Las condiciones de "beneficio y "especificidad" son cuestiones jurídicas distintas de la interpretación legal del término "contribución financiera", y *no* son pertinentes a dicho término.¹³⁵ El criterio estadounidense basado en los efectos da a entender que el elemento de "contribución financiera" no es un requisito jurídico significativo y, por consiguiente, tampoco es de por sí un factor de limitación con respecto a la determinación del tipo de medidas que están comprendidas en el Acuerdo SMC, y que los únicos factores de limitación son el "beneficio" y la "especificidad". Esto, desde luego, no puede ser correcto. Es más, como se ha señalado anteriormente, en el caso *Brasil - Aeronaves* el Órgano de Apelación declaró que "las cuestiones de una 'contribución financiera' y de un 'beneficio', así como sus respectivas definiciones, constituyen dos elementos jurídicos independientes en el párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC que *conjuntamente* determinan si *existe* o no una subvención".¹³⁶ Así pues, nosotros creemos que, en la práctica, el criterio estadounidense suprimiría la contribución financiera como "elemento jurídico independiente", y esto es inadmisibile.

8.41 A nuestro entender, la argumentación del Órgano de Apelación en el caso *Canadá - Aeronaves* (apelación de la resolución original del Grupo Especial), confirma ulteriormente nuestra posición según la cual el criterio estadounidense basado en los "efectos" (o sea, un aumento efectivo del suministro nacional del producto objeto de limitación, como resultado de una limitación de las exportaciones) no es admisible como fundamento para la determinación de la existencia de una contribución financiera de conformidad con el inciso iv). En la apelación *Canadá - Aeronaves*, la cuestión definitoria específica en relación con el Acuerdo SMC era el significado de la supeditación *de facto* de las exportaciones en el sentido del párrafo 1 a) del artículo 3 de dicho Acuerdo, y la nota 4 de pie de página. No obstante, el principio general era similar; en particular, en este caso el Canadá alegó que, para que una subvención estuviera supeditada *de facto* a los resultados de exportación, "es necesario que la subvención sea la causa de que el receptor dé preferencia a las exportaciones sobre las ventas en el mercado interno".¹³⁷

8.42 El Órgano de Apelación rechazó este argumento y se declaró esencialmente de acuerdo con el Brasil y los Estados Unidos en que las obligaciones resultantes del tratado se imponen al gobierno otorgante.¹³⁸ El Órgano de Apelación declaró que "*no* basta con demostrar únicamente que el

¹³⁵ Nosotros creemos, en particular, que un modo adecuado de concebir una "contribución financiera" es como una simple transferencia de recursos económicos por parte de un gobierno a entidades privadas en el mercado, independientemente de las *condiciones* en que se haga esa transferencia. La transferencia puede ser efectuada por un gobierno directamente (incisos i) a iii)) o bien indirectamente mediante entidades privadas (inciso iv)). La cuestión de las condiciones en que se haga la transferencia no tiene que ver con la existencia de una contribución financiera, sino más bien con la cuestión, distinta, del beneficio, como se desprende claramente del artículo 14, según el cual para determinar si existe un beneficio hay que comparar las condiciones en que se ha hecho la contribución financiera con las condiciones de mercado.

¹³⁶ *Brasil - Programa de financiación de las exportaciones para aeronaves*, informe del Órgano de Apelación, WT/DS46/AB/R, adoptado el 20 de agosto de 1999, párrafo 157 (en cursivas en el original).

¹³⁷ *Canadá - Medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles*, informe del Órgano de Apelación, WT/DS70/AB/R, adoptado el 20 de agosto de 1999, párrafo 20.

¹³⁸ *Id.*, párrafo 170.

gobierno que otorgó la subvención *previó* que daría lugar a exportaciones"¹³⁹ y añadió que, "una subvención puede muy bien otorgarse sabiendo o previendo que dará lugar a exportaciones. Sin embargo, esto no basta por sí solo porque por sí solo no es prueba de que la concesión de la subvención esté *vinculada a* la previsión de la exportación".¹⁴⁰ Dicho de otro modo, el Órgano de Apelación constató que la existencia de una *relación de causa y efecto* entre la subvención y las tendencias efectivas o previstas de las exportaciones *no* bastaba para satisfacer la norma de condicionalidad expresada en la fórmula "vinculada a", que determinaría la existencia de una supeditación de las exportaciones.¹⁴¹ En el caso que nos ocupa, para que se cumpla la condición expresada en la fórmula "encomienda u ordena", o sea, para que haya una contribución financiera en el sentido del inciso iv), el elemento central ha de ser la *acción* del gobierno y no los posibles *efectos* de la acción en los afectados, ni las reacciones de éstos, aunque se prevean estos efectos o reacciones.

8.43 Tampoco nos convence el paralelo que quieren trazar los Estados Unidos, en apoyo de su argumentación basada en la relación de causa y efecto, entre una declaración que figura en las constataciones del Grupo Especial en el caso *Canadá - Productos lácteos* con respecto al punto d) de la Lista ilustrativa de subvenciones a la exportación¹⁴² (constataciones que, en todo caso, fueron declaradas meramente teóricas por el Órgano de Apelación), y la norma del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del Acuerdo SMC, plasmada en la fórmula "encomienda u ordena".¹⁴³ La declaración del Grupo Especial citada por los Estados Unidos afirmaba que no es necesario que "el gobierno federal o los gobiernos provinciales ordenen directamente un determinado resultado o curso de acción", para que el sistema del Fondo Común de la Leche constituya un suministro de bienes por un gobierno "mediante programas impuestos por las autoridades", en el sentido del punto d) de la Lista ilustrativa. De hecho, esta declaración del Grupo Especial en el caso *Canadá - Productos lácteos*, si se considera en su contexto original, lleva a una conclusión contraria a la propuesta por los Estados Unidos. En primer lugar, el contexto general de la declaración era la constatación del Grupo Especial de que correspondía al gobierno (y no a las juntas de comercialización u otras entidades actuando por cuenta propia) decidir qué cantidad de leche debía venderse a qué clientes y por qué precios, y poner en práctica estas decisiones mediante un sistema de permisos y otras medidas. En segundo lugar, el contexto inmediato de la declaración citada del Grupo Especial era que, incluso si las juntas de comercialización u otras entidades tuvieran ciertas facultades discrecionales para adoptar algunas decisiones de comercialización, estas facultades habían sido *delegadas explícitamente* por el gobierno, y por consiguiente su ejercicio (o sea, la situación en que el gobierno no "ordenó directamente un cierto resultado o curso de acción"), no modificaba la conclusión de que la leche se suministraba mediante "programas impuestos por las autoridades". Esto no es igual ni análogo a lo que plantean los Estados Unidos, y por consiguiente no confirma el argumento estadounidense de que un aumento del suministro de un producto al mercado nacional que resulte, de hecho, de una intervención gubernamental en el mercado de este producto, constituye un suministro del producto encomendado u ordenado por el gobierno.¹⁴⁴ Por el contrario, el Grupo Especial se refería a un mercado cuyo

¹³⁹ *Id.*, párrafo 171.

¹⁴⁰ *Id.*, párrafo 172.

¹⁴¹ *Id.*, párrafos 171-172.

¹⁴² Acuerdo SMC, Anexo I.

¹⁴³ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 62, 65 y 66.

¹⁴⁴ Observamos que los Estados Unidos basan este argumento en su opinión de que el punto d) de la Lista ilustrativa, y la argumentación correlativa del Grupo Especial en el caso *Canadá - Productos lácteos*, constituyen el contexto pertinente para el concepto de suministro de productos encomendado u ordenado por el gobierno en el sentido de los incisos iii) y iv) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC, por cuanto "las subvenciones indirectas correspondientes al punto d) han de incluir contribuciones financieras en el sentido

funcionamiento estaba explícito y rigurosamente controlado y administrado, en todos sus aspectos, por el gobierno.

8.44 En resumidos términos, nosotros entendemos que, en su significado corriente, los términos "encomienda" y "ordena" connotan una acción explícita y afirmativa de delegación o de mando. Entendemos también que el criterio de los "efectos" (es decir, una relación causal próxima)¹⁴⁵, propuesto por los Estados Unidos para definir la fórmula "encomienda u ordena", tiene consecuencias que serían contrarias al alcance y el contenido del Acuerdo SMC, ya que en la práctica excluirían del artículo 1 el requisito de la contribución financiera. En consecuencia, constatamos que una limitación de las exportaciones, en el sentido en que se emplea este término en la presente diferencia, no puede satisfacer la norma del inciso iv) plasmada en la fórmula "encomienda u ordena".

ii) *"Entidad privada"*

8.45 En sus comunicaciones iniciales respecto de esta diferencia, el Canadá critica la idea de que los productores individuales de un producto cuyas exportaciones hayan sido limitadas puedan considerarse una "entidad privada". El argumento del Canadá es, esencialmente, que el término "entidad privada" implica una "colectividad", a diferencia de un grupo no homogéneo de productores. Para el Canadá, una "entidad privada" es un grupo privado organizado, o entidad colectiva, que posee una existencia independiente y distinta. El hecho de que un determinado grupo de personas pueda describirse por referencia a una característica común (por ejemplo, los mineros de oro) no transformará el ámbito en que se mueven estas personas en una "entidad privada".

8.46 Sin embargo, en sus comunicaciones posteriores el Canadá parece indicar que el hecho de que el gobierno encomiende u ordene explícitamente algo a un determinado productor o grupo de productores, individual o colectivamente, e independientemente de cómo se les identifique o defina, transformaría de por sí a esos productores en una "entidad privada" en el sentido del inciso iv). Según el Canadá:

"Para que un gobierno encomiende u ordene a alguien que haga algo, debe haber alguna clase de comunicación entre el gobierno y la persona o grupos destinatarios. Esto puede ocurrir de varias maneras ... sea cual fuere el instrumento existente o elegido, éste identificaría a la persona o personas a las que se haya encomendado u ordenado algo y les impondría la obligación de efectuar una contribución financiera concreta ..."¹⁴⁶

Así pues, el Canadá entiende que el significado del término "entidad privada" se infiere del texto del inciso iv), que incluye la función de encomendar u ordenar por parte del gobierno.¹⁴⁷

8.47 Los Estados Unidos consideran que, en lo esencial, el argumento (original) del Canadá es el siguiente: aunque el gobierno en cuestión ordenase a cada uno de los muchos productores privados de un determinado producto que actuaran de una manera específica, al no estar organizados en forma de una entidad colectiva no podría considerarse que estos productores son "entidades privadas" en el

del inciso iv) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1". Dado que la cita del caso *Canadá - Productos lácteos* no confirma la propuesta de los Estados Unidos, no creemos que sea necesario considerar la relación existente entre el artículo 1 del Acuerdo SMC y la Lista ilustrativa del Anexo I de este mismo Acuerdo.

¹⁴⁵ Véase el párrafo 8.26 *supra*.

¹⁴⁶ Respuesta del Canadá a la pregunta 26 del Grupo Especial, después de la segunda reunión.

¹⁴⁷ *Id.*

sentido del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1. En otras palabras, los Estados Unidos creen que el Canadá parece indicar que sólo una entidad organizada u organismo colectivo con existencia independiente pueden constituir una "entidad privada". Los Estados Unidos afirman que nada en el texto permite deducir esta limitación del término "entidad privada"; en su opinión, toda entidad privada es un organismo privado, esté o no organizado como una "colectividad". En realidad, cualquier característica común de un determinado grupo de individuos *transforma* el ámbito en que se mueven estos individuos en una "entidad privada". Por ejemplo, en el caso de una limitación de las exportaciones, los productores del producto objeto de la limitación constituirían una "entidad privada". Además, los Estados Unidos entienden que, en la medida en que haya *alguna* entidad que pudiera constituir una entidad privada, el Canadá no ha demostrado su argumentación a este respecto.

8.48 Nosotros observamos que, en lo esencial, el argumento original del Canadá ha sido sustituido por el relativo a la naturaleza (o sea, el carácter explícito) de la acción de un gobierno que es necesaria para que dicha acción pueda entenderse en el sentido de que el gobierno "encomienda u ordena" a una entidad privada que haga algo. Así pues, el Canadá parece haber abandonado en la práctica el criterio de que la entidad tiene que estar "organizada". A nuestro modo de ver, la diferencia de opinión entre las partes respecto de la definición de "entidad privada" se debe a que tampoco están de acuerdo en la definición de "encomienda u ordena". Dicho de otro modo, con el criterio propuesto por ambas partes, lo que definiría la composición de la "entidad privada" es la naturaleza del acto de encomendar u ordenar, y sólo en función de este acto podría identificarse la "entidad".

8.49 Nosotros creemos que el término "entidad privada" se emplea en el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 como contrapunto de "gobierno" o de "cualquier organismo público", en condición de agente. Es decir, cualquier entidad que no sea un gobierno ni un organismo público será una entidad privada. Con esta interpretación del término "entidad privada", no hay margen para eludir las disposiciones del inciso iv).¹⁴⁸ Como el que tiene que encomendar u ordenar algo en virtud del inciso iv) es un gobierno u organismo público, cualquier entidad que no fuera un gobierno o un organismo público podría ser destinataria de la encomienda o la orden, y constituir una "entidad privada". Esto es completamente lógico. No nos parece que haya necesidad de definir ulteriormente el término "entidad privada", sea por referencia a la naturaleza del acto de encomendar u ordenar, o a una característica común, o a cualquier otro factor. Por el contrario, si se redujera aún más el alcance del término "entidad privada" en el Acuerdo, en la práctica ello excluiría las acciones de algunas entidades de toda disciplina relativa a las subvenciones, aunque estas entidades hubieran recibido una orden explícita y afirmativa del gobierno de llevar a cabo esas acciones. Por todo ello, llegamos a la conclusión de que las empresas u otras entidades afectadas por una limitación de las exportaciones, o que reaccionen a dicha limitación, serían "entidades privadas" en el sentido del inciso iv).

iii) *"Encomiende a una entidad privada una o varias de las funciones descritas en los incisos i) a iii) supra ... o le ordene que las lleve a cabo"*

8.50 Observamos que, aunque las partes no están de acuerdo en cuanto al significado de la frase "una o varias de las funciones descritas en los incisos i) a iii) *supra*", el desacuerdo no estriba en que la acción física en cuestión sea o no el suministro de productos, función ésta identificada explícitamente en el inciso iii). Ambas partes reconocen, y nosotros también, que una limitación de las exportaciones podría dar lugar a que una entidad o entidades privadas "suministrasen productos", y en este sentido, podría satisfacer esta condición del inciso iv).

8.51 El desacuerdo de las partes en cuanto a esta frase tiene que ver con el significado de la palabra "type" ("tipo") en la versión inglesa que, según los Estados Unidos, debe entenderse en el sentido de que el inciso iv) abarca "una amplia variedad de mecanismos gubernamentales que pueden

¹⁴⁸ Véase el párrafo 8.53, *infra*.

dar lugar a acciones", entre otros las limitaciones a la exportación. En particular, los Estados Unidos interpretan la palabra "type" como "the general form, structure, or character distinguishing a particular group or class of thing" ("la forma, estructura o carácter general que distingue a un grupo determinado o a una clase de cosas"), y afirma en consecuencia que la inclusión de este término hace pensar que las funciones de una misma forma, estructura o carácter general que las indicadas en los incisos i) a iii) constituirían por analogía un suministro indirecto de una contribución financiera. El Canadá considera que la frase de la versión inglesa "one or more of the type of functions illustrated in (i) to (iii)", se refiere solamente a una cualquiera de las funciones enumeradas en los incisos i) a iii), y que una limitación de las exportaciones, o sea una orden de *no exportar*, no es una función del mismo "tipo" que una orden afirmativa de proporcionar productos al mercado nacional.

8.52 El argumento de los Estados Unidos acerca de la palabra "type" no es claro. Como se ha señalado anteriormente, ni las partes ni nosotros disentimos en cuanto a que la función física de que se trata, en el contexto de la limitación de las exportaciones, sería el suministro de productos. No es necesario interpretar ampliamente el término "type" para llegar a esta conclusión. Por otra parte, si lo que afirman los Estados Unidos es que una limitación de las exportaciones, de por sí una función gubernamental, puede considerarse, de conformidad con el inciso iv), una función del mismo tipo que las funciones gubernamentales descritas en los incisos i) a iii), no vemos cómo este argumento puede encajar en el texto del inciso iv). El inciso iv) tiene que ver con el acto de un gobierno de encomendar u ordenar a una *entidad privada* una de las "funciones" *gubernamentales* descritas en los incisos i) a iii): no vemos cómo el empleo del término "type" antes de la palabra "functions" en la versión inglesa del inciso iv) puede transformar el significado y la aplicación de este inciso, de modo que incluya funciones desempeñadas por un *gobierno* que no sean las descritas en los incisos i) a iii).

8.53 Así pues, para nosotros no hay nada en el texto del Acuerdo que confirme la interpretación estadounidense de la palabra "type". A nuestro juicio, la frase "type of functions" se refiere a las funciones físicas descritas en los incisos i) a iii). Nosotros creemos que la intención del inciso iv) es evitar que un gobierno pueda eludir las disposiciones de los incisos i) a iii) actuando por conducto de una entidad privada. Así pues, en último término el alcance de las acciones (las funciones físicas) a que se refiere el inciso iv) ha de ser el mismo que el de los incisos i) a iii): esto es, la diferencia entre los incisos i) a iii) y el inciso iv) se basa en la identidad del *agente*, pero no en la naturaleza de la *acción*. La frase "type of functions" garantiza que ello sea así, o sea, que el artículo 1 abarque los tipos de funciones descritas en los incisos i) a iii), tanto si estas funciones las lleva a cabo el propio gobierno como si las delega a una entidad privada.

8.54 En cuanto al uso concreto de la palabra "type" en la versión inglesa, nos parece que se refiere al hecho de que *cada uno* de los incisos i) a iii) describe un tipo general de funciones que abarca una o más *categorías* de comportamiento. La frase subsiguiente, "descritas en los incisos i) a iii) *supra*", confirma este extremo. En particular, cada uno de estos incisos se refiere a *múltiples* acciones gubernamentales y ofrece ejemplos de ellas. El inciso i), por ejemplo, menciona tres categorías generales (transferencias directas de fondos; posibles transferencias de fondos y posibles transferencias directas de pasivos), del "tipo de función" consistente en la transferencia de fondos y pasivos.

8.55 Constatamos pues que la frase "type of functions" denota las funciones físicas descritas en los incisos i) a iii), y no confiere un mayor alcance al inciso iv) de modo que comprenda otras clases de "mecanismos gubernamentales".

iv) *"Que normalmente incumbirían al gobierno" y "la práctica no difiera, en ningún sentido real, de las prácticas normalmente seguidas por los gobiernos"*

8.56 El Canadá alega que una limitación de las exportaciones, al no constituir un suministro de productos encomendado u ordenado por el gobierno, tampoco cumpliría las condiciones expresadas

en las fórmulas "que normalmente incumbirían" y "no difiera, en ningún sentido real", del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1. El Canadá entiende que esta terminología establece requisitos jurídicos que deben cumplirse para que exista una contribución financiera de conformidad con esta disposición. Es decir, si el gobierno encomienda u ordena a una entidad privada que lleve a cabo una de las funciones enumeradas en los incisos i) a iii), esta función debe ser una de las que normalmente incumbirían al gobierno, y no ha de diferir, en ningún sentido real, de las prácticas normalmente seguidas por los gobiernos. A juicio del Canadá, la redacción de este texto indica que estas condiciones se refieren concretamente a la *práctica habitual* de un gobierno de llevar a cabo una de las funciones indicadas. El Canadá observa que el efecto de limitación de estas condiciones es compatible con la finalidad del inciso iv) de garantizar que un gobierno no pueda evitar disciplinas de subvenciones aplicables por otro concepto, sirviéndose supletoriamente del sector privado para hacer contribuciones financieras que normalmente habría hecho directamente. Así pues, el Canadá sugiere que el alcance de las acciones descritas en el inciso iv) es menor que el de las comprendidas en los incisos i) a iii).

8.57 Los Estados Unidos, por su parte, alegan que las funciones descritas en los incisos i) a iii) son funciones gubernamentales "normales", en el contexto de la concesión de subvenciones por el gobierno.¹⁴⁹ Los Estados Unidos sostienen que los términos "que normalmente incumbirían" y "la práctica no difiera, en ningún sentido real" tienen su origen en el informe de 1960 del Grupo Especial sobre el *Examen general previsto en el apartado 5 del artículo XVI*, que utilizaba una terminología similar con respecto a los gravámenes financiados por los productores, de los que se afirmaba que no se diferencian, en ningún sentido real, de las prácticas gubernamentales de percepción de impuestos y concesión de subvenciones. (Este mismo Grupo Especial mencionó la participación del gobierno "ya sea por medio de abonos al fondo común, ya sea confiando a un organismo privado la misión de percibir las imposiciones y de abonar las subvenciones de tal modo que, en realidad, la práctica seguida no difiera en absoluto de las que aplican normalmente los gobiernos".)¹⁵⁰ Así pues, para los Estados Unidos el significado de estas frases finales del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 es que las funciones en cuestión son las del gobierno que se dedica a la percepción de impuestos y/o la concesión de subvenciones, y podrían incluir la limitación de las exportaciones.

8.58 Nosotros entendemos que, según el argumento estadounidense, el alcance de las acciones comprendidas en el inciso iv) es más amplio que el de las previstas en los incisos i) a iii). Al afirmar que, para cumplir las condiciones expresadas con las fórmulas "que normalmente incumbirían" y "no difiera, en ningún sentido real", el gobierno debe dedicarse a la "concesión de subvenciones", los Estados Unidos parecen recurrir a una argumentación circular, que incluye el concepto de beneficio en el de contribución financiera.¹⁵¹ Creemos que, con este criterio, de cualquier intervención de un gobierno que implicara una reasignación de recursos con la consiguiente creación de un beneficio podría decirse que implica también una "concesión de subvenciones" en el sentido más amplio empleado por los Estados Unidos, con lo que se cumpliría el requisito de la contribución financiera.

¹⁴⁹ Comentario de los Estados Unidos respecto de la pregunta 12 a) del Grupo Especial al Canadá, después de la primera reunión.

¹⁵⁰ *Examen general previsto en el apartado 5 del artículo XVI*, informe del Grupo Especial, L/1160, adoptado el 24 de mayo de 1960 (IBDD 9S/202), párrafo 12.

¹⁵¹ Los Estados Unidos indican que, "al declarar que la expresión 'funciones normales' del gobierno se refiere a la acción gubernamental en el contexto de la concesión de subvenciones, el término 'subvenciones' se utilizaba en sentido corriente, no técnico, de modo análogo a como se empleó en el caso *Examen general previsto en el apartado 5 del artículo XVI*" (respuesta a la pregunta 25 del Grupo Especial después de la primera reunión; excluida la cita). Sin embargo, no estamos convencidos de que esta explicación haga menos circular el argumento estadounidense.

En otros términos, con este criterio las acciones gubernamentales que creasen "beneficios" se considerarían contribuciones financieras de conformidad con el inciso iv), aunque estas acciones no figurasen entre las funciones descritas en los incisos i) a iii).

8.59 Aunque los argumentos de las dos partes nos inspiran serias dudas en cuanto a las consecuencias para el alcance del inciso iv) de los conceptos "que normalmente incumbirían" y "no difiera, en ningún sentido real", no creemos que sea necesario hacer una constatación relativa al significado preciso de estos términos para resolver esta diferencia. En particular, estos argumentos no conciernen directamente a la cuestión básica planteada por el argumento del Canadá, a saber, que una limitación de las exportaciones, al no constituir un caso de un gobierno que encomienda u ordena el suministro de productos, no cumpliría las condiciones expresadas en las fórmulas "que normalmente incumbirían" y "no difiera, en ningún sentido real". Cabe observar que, para que una limitación de las exportaciones no pueda cumplir *nunca* estas condiciones, lo lógico sería que ningún gobierno hubiera proporcionado nunca productos en el sentido del inciso iii) (algo que el Canadá evidentemente no afirma), ya que sólo así podría afirmarse que en ningún caso el suministro de productos "incumbiría normalmente" a un gobierno. Así pues, no vemos cómo el argumento del Canadá, de que las expresiones "que normalmente incumbirían" y "no difiera, en ningún sentido real" *reducen* las circunstancias en las que un gobierno encomendaría u ordenaría el suministro de productos, excluiría la posibilidad de que una limitación de las exportaciones pueda constituir un suministro de productos de esta clase.

e) Objeto y fin

8.60 Como recordaremos, según el artículo 31 de la *Convención de Viena* los términos de un tratado deben interpretarse teniendo en cuenta su objeto y fin.

8.61 Los Estados Unidos citan la declaración del Grupo Especial en el caso *Brasil - Aeronaves*, según la cual "el objeto y el fin del Acuerdo SMC es imponer disciplinas multilaterales a las subvenciones que distorsionan el comercio internacional". También citan la declaración del Grupo Especial en el caso *Canadá - Aeronaves*: "el objeto y fin del Acuerdo SMC podrían resumirse más adecuadamente como el establecimiento de disciplinas multilaterales, 'en el supuesto de que algunas formas de intervención del Gobierno distorsionan el comercio internacional [o] tienen el potencial de distorsionarlo'".¹⁵² Los Estados Unidos alegan que "al recalcar la necesidad de hacer frente a las intervenciones gubernamentales que distorsionan el comercio internacional, independientemente de que el gobierno haya incurrido o no en un costo" el Grupo Especial (en el caso *Canadá - Aeronaves*) confirmó que limitar las intervenciones gubernamentales que distorsionan el mercado es el objetivo central del Acuerdo SMC. Los Estados Unidos sostienen además que "el objeto y fin del Acuerdo SMC deben informar la interpretación de las disposiciones textuales en litigio ... [el significado de estas disposiciones no debe limitarse de un modo inadecuado, excluyendo las medidas que se consideran comúnmente como subvenciones que distorsionan el comercio, cuando el texto no las excluiría y su exclusión frustraría el objeto y fin del Acuerdo]".¹⁵³

8.62 Nosotros estamos de acuerdo con las declaraciones del Grupo Especial en el caso *Brasil - Aeronaves*, y también en el caso *Canadá - Aeronaves*, de que el objeto y fin del Acuerdo SMC es disciplinar ciertas formas de acción del gobierno. Sin embargo, de estas declaraciones no se sigue que todas las intervenciones gubernamentales que, según la teoría económica, puedan considerarse una subvención con potencial para distorsionar el comercio, sean subvenciones en el sentido del

¹⁵² Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 14 y 16.

¹⁵³ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 18 del Grupo Especial, después de la primera reunión.

Acuerdo SMC. Esto significaría que en la práctica el requisito de la "contribución financiera" se sustituiría por la condición de que la acción gubernamental se considere comúnmente una subvención que distorsiona el comercio. No obstante, el significado jurídico del término "subvención" debe derivarse de un análisis del texto y el contexto del artículo 1 del Acuerdo SMC.

8.63 Además, no vemos contradicción alguna entre el objeto y fin del Acuerdo SMC y el que algunas medidas que comúnmente se consideran subvenciones que distorsionan el comercio puedan quedar *excluidas* del alcance del Acuerdo. Es más, si bien el objeto y fin del Acuerdo consisten claramente en disciplinar las subvenciones que distorsionan el comercio, esto sólo se aplica a las "subvenciones" *según la definición* del Acuerdo. Esta definición, que incluye las nociones de "contribución financiera", "beneficio" y "especificidad", se redactó con el objetivo deliberado de asegurar que no todas las intervenciones gubernamentales en el mercado quedaban comprendidas en el alcance del Acuerdo (*véase la sección VIII.B.3 f) sobre los antecedentes de la negociación, infra*).

f) Antecedentes de la negociación

8.64 En el caso *Japón - Bebidas alcohólicas*, el Órgano de Apelación declaró que "no cabe duda de que el artículo 32 de la *Convención de Viena*, en el que se aborda el papel de los medios de interpretación complementarios, se ha elevado también a la misma condición [que el artículo 31, o sea, a la condición de normas del derecho internacional consuetudinario o general]".¹⁵⁴ El artículo 32 de la *Convención de Viena* dice lo siguiente:

ARTÍCULO 32

Medios de interpretación complementarios

Se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

- a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o
- b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

Así pues, de conformidad con el artículo 32 de la *Convención de Viena*, los antecedentes de la negociación pueden servir de medio complementario de interpretación para confirmar una conclusión alcanzada sobre la base de un análisis textual y contextual de un tratado. Por consiguiente, nos parece útil pasar revista a los antecedentes de la negociación del artículo 1 del Acuerdo SMC en general, y del requisito de la "contribución financiera" en particular.

i) *Antecedentes de la negociación relativa a la inclusión del requisito de la "contribución financiera"*

8.65 Los antecedentes de la negociación del artículo 1 confirman nuestra interpretación del término "contribución financiera". Estos antecedentes demuestran, en primer lugar, que los partidarios del requisito de la contribución financiera tenían el propósito, desde un principio, de asegurar que no todas las medidas gubernamentales que confieren beneficios pudieran considerarse subvenciones. Este extremo fue objeto de un amplio debate durante las negociaciones, y muchos

¹⁵⁴ *Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas* ("*Japón - Bebidas alcohólicas*"), informe del Órgano de Apelación, WT/DS8/AB/R-WT/DS10/AB/R-WT/DS11/AB/R, adoptado el 1º de noviembre de 1996, página 13.

participantes sostuvieron consistentemente que sólo las acciones gubernamentales que constituyen contribuciones financieras deben estar sujetas a las normas multilaterales sobre las subvenciones y las medidas compensatorias.¹⁵⁵

8.66 Antes de la Ronda Uruguay, las disciplinas multilaterales relativas a las subvenciones y las medidas compensatorias figuraban en los artículos XVI y VI, respectivamente, del GATT de 1947, y en el Código de Subvenciones de la Ronda de Tokio. Ninguna de estas disposiciones contenía una definición de "subvención", sino sólo referencias a este concepto. A pesar de la existencia de disciplinas multilaterales en materia de subvenciones, en la práctica el GATT debía resolver muy pocas diferencias en relación con estas disciplinas, y en este contexto el significado del término "subvención" no se tenía muy en cuenta. En cambio, un determinado grupo de países (entre ellos los Estados Unidos) recurría con relativa frecuencia a las medidas compensatorias, y cada país que aplicaba estas medidas se atenía a su propia definición de subvención en sus procedimientos internos.

8.67 En particular, los Estados Unidos elaboraron una definición según la cual eran subvenciones susceptibles de compensación las medidas gubernamentales "formales y ejecutorias" que "conducen directamente a la concesión de un beneficio apreciable".¹⁵⁶ Dicho de otro modo, el criterio aplicado por los Estados Unidos antes de la OMC consistía en definir como subvenciones susceptibles de compensación los *beneficios* derivados de una acción gubernamental, independientemente de la naturaleza de esa acción.¹⁵⁷ Este criterio suscitó la oposición de otras partes contratantes del GATT, que consideraban que no todas las medidas gubernamentales que conferían un beneficio podían considerarse una subvención potencial.¹⁵⁸ Durante la Ronda Uruguay, numerosos miembros del Grupo de Negociación sobre las Subvenciones y las Medidas Compensatorias ("el Grupo de Negociación") recalcaron la necesidad de elaborar una definición del término "subvención", porque la

¹⁵⁵ Véase, por ejemplo, lo que dicen el Canadá: "Una condición fundamental para considerar que una determinada medida es susceptible de compensación debería ser la existencia de una contribución financiera del Estado" (MTN.GNG/NG10/W/25); las Comunidades Europeas: "... sólo puede hablarse de subvenciones en el comercio internacional cuando un gobierno o autoridad administrativa ha asumido una carga financiera a favor de un beneficiario" (MTN.GNG/NG10/W/7); Egipto: "... solamente las 'medidas que constituyen una carga para el presupuesto público tales como donaciones, préstamos en condiciones de favor o garantías de préstamos' constituyen una subvención" (MTN.GNG/NG10/W/14); la India: "... la contribución financiera del Estado [es] un requisito previo necesario" (MTN.GNG/NG10/W/16); el Japón: "... la contribución financiera del gobierno tiene que considerarse como un criterio esencial para determinar la existencia de una subvención" (GNG/NG10/W/8); los Países Nórdicos: "... la adopción de medidas compensatorias ... [debe] quedar supeditada a que se trate de prácticas del Estado que entrañen una transferencia neta de fondos públicos al beneficiario" (GNG/NG10/W/30), y Suiza: "Se consideran subvenciones recurribles todas las medidas que se traduzcan directa o indirectamente en una transferencia neta de fondos ... de fuentes oficiales al receptor" (MTN.GNG/NG10/W/26).

¹⁵⁶ DAA, página 926.

¹⁵⁷ Véase, por ejemplo, la determinación del Departamento de Comercio de los Estados Unidos en los casos sobre el acero de 1982 (SCM/36, de 27 de octubre de 1982). Cabe observar que el Departamento de Comercio, para determinar si los demandados habían recibido subvenciones en el sentido de la legislación estadounidense en materia de derechos compensatorios, trataron de establecer "si los demandados habían recibido o no, directa o indirectamente, un beneficio económico".

¹⁵⁸ Por ejemplo, las Comunidades Europeas, en sus comentarios acerca de la citada declaración de los casos sobre el acero de 1982, indicaron, en un documento presentado al Comité SMC de la Ronda de Tokio (G/SCM/35, punto A.2) que "si bien un beneficio es necesario para la determinación de la existencia de una subvención, no es la medida de dicha subvención". A juicio de las Comunidades Europeas, para que exista una subvención es necesario que haya una carga en el presupuesto público, de la cual se derive un beneficio para una rama de producción.

falta de una definición uniforme creaba problemas, sobre todo en el contexto de las medidas compensatorias.¹⁵⁹ Este punto de vista se expuso desde un principio, como se deduce claramente de la primera versión (septiembre de 1987) de la lista de cuestiones para la negociación, que compiló la Secretaría a partir de las comunicaciones de los participantes; sirva de ejemplo la siguiente declaración: "Es necesario revisar el Código a fin de adoptar criterios para la determinación de las subvenciones que dan lugar a la imposición de derechos compensatorios (gastos gubernamentales, ventajas concedidas al beneficiario o especificidad). Esta revisión tendría también por objeto *definir la diferencia entre subvenciones y diversas medidas distorsionadoras del comercio.*"¹⁶⁰

8.68 Durante los debates en el Grupo de Negociación que condujeron a la definición de "subvención" finalmente incluida en el artículo 1, se estableció con cierta precisión la diferencia fundamental entre la definición de una subvención basada únicamente en la existencia de un "beneficio" conferido por la acción de un gobierno (la posición de los Estados Unidos¹⁶¹), y la exigencia de una "contribución financiera del gobierno" como medio de limitar el número de acciones gubernamentales que pudieran considerarse una subvención (que fue esencialmente la posición de los demás participantes). El Canadá, por ejemplo, declaró que, "si bien puede que prácticamente todas las actividades del Estado tengan efectos posibles en la producción y el comercio, *es preciso delimitar de alguna manera el alcance de la actividad del Estado que pueda considerarse como subvención y ser objeto de medidas compensatorias.*"¹⁶² El Canadá añadió que:

"La práctica y las disciplinas del GATT en materia de subvenciones reflejan la opinión general de que existe una subvención cuando el mecanismo de precios resulta afectado por el ejercicio de la autoridad gubernamental en la percepción de impuestos y el gasto de rentas públicas, sea directamente o mediante una delegación de su autoridad. Las normas vigentes se aplican a prácticas que implican una transferencia directa de fondos, una posible transferencia directa de pasivos y la renuencia a percibir determinados ingresos.

...

En consecuencia, sobre la base de las normas vigentes, una condición fundamental para considerar que una determinada medida es susceptible de compensación debería ser la existencia de una contribución financiera del Estado."¹⁶³

¹⁵⁹ Véase, por ejemplo, lo dicho por las Comunidades Europeas: "La cuestión clave sobre la que se basa la solución de las restantes cuestiones pendientes es la definición de subvención" (MTN.GNG/NG10/W/7); el Canadá: las interpretaciones unilaterales debidas a la falta de acuerdo respecto de la noción de subvención "han traído consigo incertidumbre y litigios comerciales" (MTN.GNG/NG10/W/22), y Egipto: "... se han planteado serios problemas ... [entre otras cosas,] al no existir una definición clara de lo que constituye una subvención" (MTN.GNG/NG10/W/14).

¹⁶⁰ MTN.GNG/NG10/W/9, 7 de septiembre de 1987, sección III.1 (sin cursivas en el original).

¹⁶¹ En el curso de las negociaciones los Estados Unidos propusieron que se definiera una "subvención" como "cualquier medida o conjunto de medidas oficiales que conceden un beneficio a la(s) empresa(s) receptora(s)". MTN.GNG/NG10/W/29, "Elementos del marco para las negociaciones - Comunicación de los Estados Unidos", 22 de noviembre de 1989, sección II.1 a).

¹⁶² MTN.GNG/NG10/W/22, Declaración del Canadá en la reunión del Grupo de Negociación de los días 28 y 29 de junio de 1988 (sin cursivas en el original).

¹⁶³ MTN.GNG/NG10/W/25, Comunicación del Canadá, 28 de junio de 1989.

8.69 Es evidente que el artículo 1, con la formulación definitiva, incluye el requisito de una contribución financiera de un gobierno u otra entidad pública como elemento necesario de una subvención. Las comunicaciones de los participantes en las negociaciones hacen pensar que el objetivo de los proponentes de esta inclusión era limitar las *clases* de acciones gubernamentales que pudieran quedar comprendidas en las normas sobre subvenciones y medidas compensatorias. En otras palabras, la definición a la que se llegó finalmente en las negociaciones rechazaba categóricamente el criterio defendido por los Estados Unidos, consistente en definir a las subvenciones como beneficios resultantes de cualquier acción gubernamental, con el requisito de que la acción gubernamental constituyese una "contribución financiera" enumerada en una lista exhaustiva.¹⁶⁴

ii) *Antecedentes de la negociación relativa a la definición de "contribución financiera"*

8.70 Los antecedentes de la negociación confirman también nuestra interpretación del significado del término "contribución financiera", tal y como figura en los incisos i) a iv). En el curso de las negociaciones, los participantes favorables a la introducción del requisito de "contribución financiera" expusieron una serie de opiniones acerca del significado preciso de "contribución financiera", que iban desde considerarla "una carga en el presupuesto público" o un "costo para el gobierno" hasta incluir en el término las transferencias gubernamentales, incluidas las efectuadas por conducto de agentes no gubernamentales.¹⁶⁵

8.71 La definición más amplia propuesta refleja fielmente una opinión expresada, antes del inicio de las negociaciones de la Ronda Uruguay, por el Grupo de Expertos del Cálculo de la Cuantía de una Subvención (establecido por el Comité de Subvenciones y Medidas Compensatorias de la Ronda de Tokio). Esta opinión se reprodujo *in extenso* en uno de los primeros documentos preparados por la Secretaría a solicitud del Grupo de Negociación, que consistía en un resumen, entre otras cosas, de la situación actual del debate sobre las normas del GATT relativas a las medidas compensatorias y las subvenciones. La opinión del Grupo de Expertos dice lo siguiente:

"Se sugiere que no puede existir subvención si no hay una contribución financiera del Estado; dicho de otro modo, una subvención presupone esa contribución. Este enfoque parece ser útil en la medida en que subraya la existencia de un vínculo necesario entre una subvención y la función impositiva del Estado, ejercida

¹⁶⁴ Como demuestran las diversas comunicaciones sobre "promoción selectiva", los propios Estados Unidos parecen haber reconocido que el requisito de una contribución financiera excluiría algunas clases de medidas gubernamentales que podrían proporcionar beneficios. Los Estados Unidos declararon en particular, en una comunicación de junio de 1988, que "la mayor parte de las prácticas de [promoción selectiva] quedan al margen incluso de las más amplias definiciones internacionales de "subvención" y, por consiguiente, no pueden aplicárseles directamente los derechos y recursos previstos en los artículos VI y XVI", y propusieron que el Grupo de Negociación examinase la cuestión de la promoción selectiva "con objeto de determinar si ciertas formas de política industrial de algunos gobiernos, tendentes a la promoción de industrias orientadas hacia la exportación *tienen efectos similares a los de las subvenciones* y causan perjuicios económicos a los intereses legítimos de otros países participantes en el comercio " (MTN.GNG/NG10/W/20, sin cursivas en el original).

¹⁶⁵ Estas posiciones se resumieron en una nota de la Secretaría sobre la reunión del Grupo de Negociación de los días 26 y 27 de septiembre de 1989:

"A juicio de esos participantes, otro criterio importante [para la definición de una subvención recurrible] era el de que la subvención fuera a cargo de los presupuestos públicos, en el sentido de implicar una contribución financiera del Estado (o ingresos fiscales condonados). Se expuso la opinión de que este concepto debería abarcar no sólo las transferencias directas de fondos, sino también *las indirectas (por ejemplo, las transferencias de un gobierno por conducto de organismos no gubernamentales) para prevenir cualquier elusión ...* ." (MTN.GNG/NG10/13, sin cursivas en el original.)

directamente o delegada en otros organismos, de carácter privado, como se da a entender en el informe elaborado por un Grupo Especial sobre la base de un examen del artículo XVI y recogido en el Noveno Suplemento de los IBDD. En el párrafo 12 de dicho informe se considera la cuestión de las subvenciones financiadas con imposiciones de carácter no gubernamental. El Grupo Especial, aunque estimó que no podía fijarse una norma estricta en vista de las múltiples formas que solían revestir las medidas de esta naturaleza, expresó claramente que 'no hay ninguna duda en cuanto a la obligación que incumbe a todo gobierno de notificar cualquier sistema de imposición y de subvención emparejadas que influyan en las importaciones o en las exportaciones, y en el que participe ya sea por medio de abonos al fondo común, ya sea confiando a un organismo privado la misión de percibir las imposiciones y de abonar las subvenciones de tal modo que, en realidad, la práctica seguida no difiera en absoluto de la que aplican normalmente los gobiernos'. (IBDD 9S/206). Pueden darse situaciones similares en las cuales un gobierno opte por encomendar a un organismo privado el desempeño de ciertas funciones relacionadas con el derecho soberano del Estado de recaudar y gastar recursos. El examen de las posibles prácticas de subvención enumeradas en el párrafo 3 del artículo 11 del Código ilustra aún más las diversas formas que pueden adoptar las contribuciones financieras del Estado. Hay prácticas que comportan una *transferencia directa de recursos (por ejemplo, las donaciones y los préstamos)*; *las hay que suponen transferencias directas potenciales u obligaciones (por ejemplo, las garantías de préstamo)*; *otras consisten en no percibir o no recaudar ingresos (incentivos fiscales, como las bonificaciones fiscales sobre las inversiones en favor de determinadas industrias)*. *Esas prácticas parecen ser simplemente ejemplos concretos del principio general sugerido por el Grupo Especial en el informe que recoge el Noveno Suplemento de los IBDD, a saber, que existen subvenciones cuando el Estado ejerce su facultad de percibir gravámenes y gastar recursos, ya sea directamente o mediante la delegación de su facultad impositiva.*"¹⁶⁶

8.72 En la declaración del Grupo de Expertos nos parece especialmente significativo lo mucho que se parece su descripción de las "formas" de la contribución financiera del gobierno al texto de los incisos i) a iii) del párrafo 1 a) del artículo 1 del Acuerdo SMC. También nos parece muy significativa la interpretación del Grupo de Expertos, que entiende que la referencia del Grupo Especial de 1960 a la "práctica ... que no difiere, en ningún sentido real, de las seguidas normalmente por los gobiernos" era una referencia general a la *delegación* en otros organismos de carácter privado de determinadas funciones gubernamentales de percepción de impuestos y gastos de renta pública, y *no* una referencia a las intervenciones del gobierno en los mercados en general, o a sus efectos. Nuestra interpretación del significado de los incisos i) a iv), que hemos expuesto antes detalladamente, es en todo coherente con los antecedentes de la negociación que, por consiguiente, la confirman.

iii) *Resumen*

8.73 En resumen, los antecedentes de la negociación confirman que la adopción de una definición de subvención compuestas de dos elementos, la "contribución financiera" y el "beneficio", tenía por objeto evitar la adopción de medidas compensatorias respecto de los *beneficios* derivados de cualquier clase de medidas gubernamentales (formales y ejecutorias), limitando a una lista específica las *clases* de medidas gubernamentales que, si confirieran beneficios, constituirían subvenciones. Los antecedentes de la negociación confirman que los puntos i) a iii) de esta lista limitan esas clases de

¹⁶⁶ MTN.GNG/NG10/W/4 "Subvenciones y medidas compensatorias - Nota de la Secretaría", 28 de abril de 1987, sección 4.1.A (excluida la nota de pie de página, sin cursivas en el original).

medidas a la transferencia de recursos económicos de un gobierno a una entidad privada. Con arreglo a los incisos i) a iii), un gobierno que actúa por su cuenta efectúa esa transferencia suministrando directamente algo de valor -dinero, productos o servicios- a una entidad privada.¹⁶⁷ El inciso iv) garantiza que las mismas clases de transferencias *gubernamentales* de recursos económicos, cuando se efectúan mediante la *delegación explícita* de esas funciones a una entidad privada, no puedan eludir las disciplinas.

8.74 Recordamos nuestra conclusión de que el inciso iv), al cumplir su función patente de mecanismo contra la elusión, no puede modificar (y sobre todo no puede ir más allá de las acciones descritas en los incisos i) a iii)) la *naturaleza* de las acciones que pueden considerarse contribuciones financieras. Si lo hiciera, al permitir que medidas gubernamentales tales como las limitaciones a la exportación que *no* constituyen transferencias de recursos económicos encomendadas u ordenadas por el gobierno recibieran el trato de contribuciones financieras, sobre la base de sus efectos en entidades privadas, se abriría de nuevo la puerta a la adopción de medidas compensatorias respecto de los *beneficios*, independientemente de la naturaleza de la acción gubernamental que diera lugar a dichas medidas. En la práctica ello privaría de todo significado al requisito de la "contribución financiera", lo que contradeciría no sólo los principios de una interpretación efectiva de los tratados, que se han expuesto en detalle en anteriores secciones, sino también los antecedentes de la negociación de este requisito.

g) Conclusión

8.75 Por todas estas razones, llegamos a la conclusión de que una limitación de las exportaciones, tal y como se define en esta diferencia, no puede constituir un suministro de productos encomendado u ordenado por el gobierno en el sentido del inciso iv) ni, por ende, una contribución financiera en el sentido del párrafo 1 a) del artículo 1 del Acuerdo SMC. Dicho de otro modo, rechazamos el criterio de los Estados Unidos de que, como una limitación de las exportaciones provoca el aumento del suministro nacional del producto objeto de la limitación -o en la medida en que lo provoque-, es lo mismo que si un gobierno hubiera encomendado u ordenado expresamente a una entidad privada que proporcionara el producto al mercado nacional. Los restantes elementos textuales del inciso iv) confirman esta conclusión, como también la confirman los antecedentes de negociación del término "contribución financiera". Por consiguiente, constatamos que el trato de las limitaciones a la exportación como contribuciones financieras es incompatible con el párrafo 1 a) del artículo 1 del Acuerdo SMC.

8.76 Debemos insistir en que hemos interpretado las disposiciones del Acuerdo SMC en su relación con la limitación de las exportaciones definida por el Canadá para los fines de esta diferencia, o sea, una medida en frontera que toma la forma de una legislación o reglamento oficial que limita expresamente la cantidad de las exportaciones o establece condiciones explícitas para las circunstancias en que se autoricen las exportaciones, o bien que toma la forma de un gravamen o impuesto sobre las exportaciones del producto instituido por el gobierno, calculado de manera que limite la cantidad de las exportaciones. En estas características esenciales -que llamamos "limitación de las exportaciones"- se han fundado nuestras resoluciones sobre las reclamaciones del Canadá. No formulamos juicio alguno sobre la coherencia con la OMC de cualquier otra medida que los

¹⁶⁷ Como hemos recalcado en otro lugar, la cuestión de las condiciones en que se haga esta transferencia no tiene que ver con la existencia de una contribución financiera, sino con el tema distinto del "beneficio". Tampoco queremos dar a entender, naturalmente, que la transferencia de recursos económicos por un gobierno, para que sea una contribución financiera, tendría que implicar un costo para el gobierno o una carga para el presupuesto público. Esto se desprende evidentemente del texto del Acuerdo SMC, así como de los antecedentes de la negociación antes mencionados, y ha sido confirmado también en anteriores diferencias (en particular, en el caso *Canadá - Aeronaves*).

Miembros puedan considerar limitaciones a la exportación, o que no esté comprendida en la definición facilitada por el Canadá (véase la sección VIII.B.3 a), *supra*).

4. Si la legislación estadounidense prescribe el trato de las limitaciones a la exportación como contribuciones financieras

a) Aplicación de la distinción entre normas imperativas y normas discrecionales

8.77 Pasamos ahora a considerar la cuestión del trato de las limitaciones de la exportación, con arreglo a la legislación estadounidense en materia de derechos compensatorios. En particular, cabe recordar que ya anunciamos que, al examinar este trato, aplicaríamos el criterio clásico; en efecto, tras haber constatado que el trato de las limitaciones a la exportación como contribuciones financieras es incompatible con el artículo 1 del Acuerdo SMC, pasamos ahora a considerar si la legislación estadounidense prescribe este trato de las limitaciones a la exportación. Si la legislación estadounidense *prescribe* el trato de las limitaciones a la exportación como contribuciones financieras, en algunos casos o en todos ellos, dada nuestra constatación de que este trato constituiría una violación del Acuerdo SMC, los Estados Unidos estarían incumpliendo las obligaciones que se derivan de su pertenencia a la OMC.

8.78 Observamos que este mismo principio fue aplicado por el Órgano de Apelación en el caso *Argentina - Textiles y prendas de vestir*. En este caso, el Órgano de Apelación se mostró de acuerdo con el Grupo Especial (y con los Estados Unidos) en que la imposición de un nivel específico de derechos violaba una vinculación de los derechos *ad valorem*, aunque en algunas circunstancias el nivel específico del derecho fuera igual o inferior al nivel de la vinculación *ad valorem*. A juicio del Órgano de Apelación, cuando un nivel específico de un derecho excedía de la vinculación *ad valorem*, la ley violaba el artículo II¹⁶⁸; en otros términos, se constató que una medida es incompatible con las normas de la OMC si impone una acción incompatible con esas normas en determinadas circunstancias, aunque en otras circunstancias podría no existir esta incompatibilidad. Por consiguiente, habiendo constatado que dar a las limitaciones a la exportación (según las ha definido el Canadá) el trato de contribuciones financieras violaría en todos los casos el Acuerdo SMC, debemos considerar lo que *exige*, eventualmente, la legislación estadounidense con respecto al trato de las limitaciones a la exportación en las investigaciones sobre derechos compensatorios.

8.79 En el caso *Ley de 1916*, el Órgano de Apelación confirmó que "las facultades pertinentes a los efectos de la distinción entre legislación imperativa y discrecional son facultades que hayan sido conferidas al *poder ejecutivo*".¹⁶⁹ Así pues, examinaremos si las medidas identificadas por el Canadá exigen que el Departamento de Comercio de los Estados Unidos dé a las limitaciones a la exportación el trato de contribuciones financieras en las investigaciones sobre derechos compensatorios.

b) Las medidas

8.80 Para los fines del presente caso nos parece innecesario responder a la invitación de los Estados Unidos, que figura en su solicitud de resoluciones preliminares, de que se determine qué "medidas" se prestan al procedimiento de solución de diferencias de la OMC. Como el Órgano de Apelación observó en el caso *Guatemala - Cemento*, con arreglo a la práctica establecida del GATT de 1947, cualquier acto de un Miembro, o una omisión o inacción por parte de un Miembro, puede ser

¹⁶⁸ *Argentina - Medidas que afectan a las importaciones de calzado, textiles, prendas de vestir y otros artículos* ("Argentina - Textiles y prendas de vestir"), informe del Órgano de Apelación, WT/DS56/AB/R, adoptado el 22 de abril de 1998, párrafos 62 y 63.

¹⁶⁹ *Ley de 1916*, informe del Órgano de Apelación, *supra*, párrafo 89 (con cursivas en el original).

una medida.¹⁷⁰ A este respecto, el Órgano de Apelación evocó la constatación del Grupo Especial en el caso *Japón - Semiconductores*, según la cual las medidas podían ser actos vinculantes o no vinculantes, incluida la orientación administrativa no vinculante del gobierno.¹⁷¹ Nosotros estamos de acuerdo, y en particular no vemos que haya motivo ni fundamento alguno para resolver en abstracto que un determinado tipo de instrumento o acción no puede ser objeto de un procedimiento de solución de diferencias de la OMC.

8.81 Esto no significa desde luego que todas las medidas puedan dar lugar, de por sí, a violaciones de las normas de la OMC. Trataremos ahora de esta última cuestión, por cuanto tiene que ver con medidas que se están considerando.

c) Las medidas consideradas "por separado" y "en conjunto"

8.82 El Canadá sostiene que cada uno de los elementos que cita (la ley, la DAA, el Preámbulo y la práctica estadounidense) constituye individualmente una medida susceptible de un procedimiento de solución de diferencias, y que estos elementos, "considerados en conjunto", también constituyen una medida. Además, en su opinión estas medidas, individual y colectivamente, exigen un trato particular de las limitaciones a la exportación. Por consiguiente, la identificación de las medidas que el Canadá considera están en litigio se basa en dos nociones: que los elementos citados son medidas, tanto individualmente como consideradas en conjunto, y que, individualmente y consideradas en conjunto, imponen la obligación de dar un trato particular a las limitaciones a la exportación.

8.83 Los Estados Unidos no están de acuerdo en absoluto. Además de las objeciones preliminares con respecto a la condición jurídica de "medida" de la DAA, el Preámbulo y la "práctica" estadounidense (véase la sección IV.A, *supra*), los Estados Unidos consideran que "es arriesgado que el Grupo Especial trate de analizar una 'medida' mal definida como si fuera un 'conjunto'". Los Estados Unidos alegan lo siguiente:

"No está claro por qué, según la argumentación del Canadá o del Grupo Especial en el caso *Estados Unidos - Artículo 301*, los documentos de esta diferencia 'deben' analizarse conjuntamente. El Canadá sostiene que uno o más de los documentos en cuestión, por sí solos o en conjunto, imponen de cierta manera al Departamento de Comercio la obligación de dar a las limitaciones a la exportación el trato de subvenciones. Sin embargo, no es posible realizar un análisis adecuado de esta presunción sobre la base de nociones abstractas de un 'análisis conjunto' de los documentos citados por la parte demandante, sino que hay que partir de la condición jurídica de los documentos y su relación recíproca, con arreglo a la legislación nacional del Miembro demandado."¹⁷²

8.84 Antes de determinar si la legislación de los Estados Unidos exige que el Departamento de Comercio dé a las limitaciones a la exportación el trato de contribuciones financieras en las investigaciones sobre derechos compensatorios, recordaremos que el Canadá ha afirmado que cada una de las medidas identificadas (la ley, la DAA, el Preámbulo y la práctica de los Estados Unidos) imponen una obligación de dar este trato, y "consideradas en conjunto" también. Analizaremos en primer lugar estas dos alegaciones por separado, con respecto tanto a la condición jurídica como al

¹⁷⁰ *Guatemala - Investigación antidumping sobre el cemento Portland procedente de México*, informe del Órgano de Apelación, WT/DS60/AB/R, adoptado el 25 de noviembre de 1998, nota 47 de pie de página.

¹⁷¹ *Id.*

¹⁷² Comentario de los Estados Unidos respecto de la pregunta 4 del Grupo Especial al Canadá, en la primera reunión.

efecto de cada uno de ellas en virtud de la legislación nacional de los Estados Unidos, y en relación también con las limitaciones a la exportación.

8.85 Cuando se trata de determinar si cada una de las medidas, o todas ellas, consideradas individualmente pueden dar lugar a una violación de las obligaciones dimanantes de la pertenencia a la OMC, lo esencial es saber si cada medida surte algún efecto concreto por sí sola. Con esto queremos decir que cada medida tendría que constituir un instrumento con una vida funcional propia, o sea que, para dar lugar por sí sola a una violación de las obligaciones dimanantes de la OMC, tendría que *hacer* algo concreto, independientemente de cualquier otro instrumento. Para determinar si cada medida surte efecto individualmente, consideraremos la condición jurídica de cada una de ellas en el derecho estadounidense.

8.86 Examinaremos también cómo operan, eventualmente, estas medidas "consideradas en conjunto". El argumento del Canadá a este respecto es el siguiente:

"El artículo 771(5)(B)(iii) puede considerarse 'discrecional' en el sentido limitado de que [el Departamento de Comercio], en su calidad de autoridad investigadora, tiene que determinar si una limitación de las exportaciones, o cualquier otra práctica objeto de investigación [sobre derechos compensatorios] es una contribución financiera. Sin embargo, este artículo no existe aisladamente; como argumento el Grupo Especial en el caso *Estados Unidos - Artículo 301*, el artículo 771(5)(B)(iii) es 'inseparable' de la DAA, el Preámbulo y la práctica estadounidense y, por lo tanto, no puede considerarse aisladamente. Así pues, el carácter imperativo o discrecional de las medidas que se examinan en esta diferencia debe considerarse teniendo en cuenta todos los elementos de la legislación estadounidense [en materia de derechos compensatorios] que guardan relación con el trato de las limitaciones a la exportación."¹⁷³

8.87 Teniendo en cuenta lo que antecede, nosotros creemos que el argumento del Canadá se centra principalmente en las medidas consideradas en conjunto, por lo menos en lo referente a su carácter supuestamente imperativo. En particular, con su afirmación de que la propia ley puede considerarse "discrecional", por lo menos en un sentido limitado, el Canadá parece alegar que sólo cuando la ley se considera conjuntamente con las otras medidas que son objeto de esta diferencia puede decirse que el supuesto trato imperativo de las limitaciones a la exportación es manifiesto.

i) *La Ley*

8.88 Ni la legislación estadounidense anterior a la OMC ni el Código de Subvenciones de la Ronda de Tokio contienen definición alguna de "subvención"; en la legislación estadounidense figuraba una Lista ilustrativa de las subvenciones susceptibles de medidas compensatorias. Esta lista no contenía ninguna referencia al concepto de "contribución financiera" (este concepto no apareció hasta el Código de Subvenciones de la Ronda de Tokio), pero describía ciertos tipos de medidas proporcionadas en términos ventajosos. Con arreglo a esta legislación, los Estados Unidos adoptaron medidas compensatorias de las limitaciones a la exportación en varios casos, alegando que proporcionaban ventajas que no se encontrarían en el mercado (esto es, un beneficio).

8.89 Después de la Ronda Uruguay, los Estados Unidos se comprometieron a aplicar el Acuerdo sobre la OMC en la URAA y, en particular, a incluir la definición de "subvención" del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC, modificando el artículo 771(5) de la *Ley de Aranceles*. En el mencionado artículo, el término "subvención" se define del modo siguiente:

¹⁷³ Segunda comunicación escrita del Canadá, párrafo 10.

"Se considerará que existe una subvención cuando una autoridad:

- i) proporcione una contribución financiera,
- ii) proporcione cualquier forma de apoyo a los ingresos o a los precios, en el sentido del artículo XVI del *GATT de 1994*, o
- iii) haga un pago a un mecanismo de financiación para proporcionar una contribución financiera, o encomiende u ordene a una entidad privada que haga una contribución financiera, si la concesión de esta contribución incumbiera normalmente al gobierno y la práctica no difiriese, en lo esencial, de las prácticas normalmente seguidas por los gobiernos,

a una persona y en consecuencia se confiera un beneficio. A los efectos del presente párrafo y de los párrafos 5 a) y 5 b), por 'autoridad' se entenderá el gobierno de un país o una entidad pública dentro del territorio de un país."¹⁷⁴

8.90 A su vez, el término "contribución financiera" viene definido en el artículo 771(5)(D) del modo siguiente:

- "i) la transferencia directa de fondos, tales como donaciones, préstamos y aportaciones de capital, o la transferencia directa potencial de fondos o pasivos, tales como garantías de préstamos,
 - ii) la renuncia a ingresos o la no recaudación de ingresos adeudados de otra forma, tales como la concesión de créditos fiscales o las deducciones aplicadas a la base imponible de los ingresos,
 - iii) el suministro de bienes o servicios que no sean parte de la infraestructura general, o
 - iv) la adquisición de bienes".¹⁷⁵
- a) Su condición jurídica en la legislación interna de los Estados Unidos

8.91 El artículo 771(5) es la disposición legislativa estadounidense en materia de derechos compensatorios que contiene la definición de "subvención" a los efectos de las correspondientes acciones, y las partes están completamente de acuerdo en que es la base para identificar las subvenciones susceptibles de compensación en las investigaciones sobre derechos compensatorios del Departamento de Comercio. En particular, ésta es la parte de la ley que debe considerar el Departamento de Comercio para demostrar la existencia de elementos definitorios de una "subvención" con miras a determinar si un programa particular es susceptible de medidas compensatorias. El Departamento de Comercio está obligado por ley a asegurarse de que se cumplan los criterios establecidos en la legislación. Teniendo en cuenta esto, es evidente que la ley posee una vida operacional propia, y es el fundamento de las actividades del Departamento de Comercio en materia de medidas compensatorias.

¹⁷⁴ *Ley de Aranceles*, artículo 771(5), codificado en 19 U.S.C., sección 1677(5) (1994) (anexo A de la Primera comunicación escrita del Canadá - Canadá - Prueba documental 1).

¹⁷⁵ *Id.*

b) Disposiciones de la ley respecto de las limitaciones a la exportación

8.92 Sin embargo, dicho esto las disposiciones del artículo 771(5)(B) y (D) de la *Ley de Aranceles* recogen en lo esencial la terminología del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC, y no se ocupan explícitamente de las limitaciones a la exportación ni del trato que debe dárseles si se invocan en una investigación sobre derechos compensatorios. Es más, como se ha indicado anteriormente, el Canadá reconoce también que "el artículo 771(B)(iii) puede considerarse 'discrecional', en el sentido limitado de que [el Departamento de Comercio], en su calidad de autoridad investigadora, tiene que determinar si una limitación de las exportaciones, o cualquier otra práctica sujeta a una investigación sobre derechos compensatorios, es una contribución financiera".¹⁷⁶ Tomando nota, no obstante, del argumento del Canadá según el cual la ley no puede entenderse aisladamente de las otras medidas que se consideran, pasamos ahora a examinar estas medidas.

ii) *La Declaración de Acción Administrativa*

a) Su condición jurídica en la legislación interna de los Estados Unidos

8.93 En lo relativo a la condición operacional de la DAA en el derecho interno estadounidense, cabe señalar que, como han explicado los Estados Unidos, cuando el poder ejecutivo somete al Congreso de los Estados Unidos un proyecto de legislación ejecutoria de un acuerdo comercial que debe examinarse por el procedimiento llamado de "vía rápida", se suele exigir que la ley vaya acompañada de una DAA. Esto es lo que ocurrió en el caso de la *URAA*. Más concretamente, la DAA era un requisito de la Ley General sobre Comercio y Competitividad de 1988, por la que el Congreso concedió autoridad al Presidente para negociar en la Ronda Uruguay y en otros acuerdos comerciales, y previó la aprobación de los acuerdos comerciales por la "vía rápida" en el Congreso. De conformidad con esta legislación, la Administración y el Congreso se pusieron de acuerdo previamente con respecto a la DAA, y a continuación el Presidente la sometió a la aprobación del Congreso, con el proyecto de ley *URAA*.

8.94 El Congreso aprobó la DAA en la *URAA*, que preveía lo siguiente:

"La Declaración de Acción Administrativa aprobada por el Congreso ... se considerará como una expresión autorizada de los Estados Unidos respecto de la interpretación y la aplicación de los Acuerdos de la Ronda Uruguay y de la presente ley en todo procedimiento judicial en el que surja una cuestión acerca de dicha interpretación o aplicación."¹⁷⁷

8.95 La propia DAA se califica a sí misma de expresión autorizada de las opiniones de la Administración acerca de la interpretación de los Acuerdos de la Ronda Uruguay y de las obligaciones de los Estados Unidos con respecto a su aplicación, incluso en el derecho interno, según lo acordado entre la Administración y el Congreso:

"La presente Declaración constituye una expresión autorizada de las opiniones de la Administración sobre la interpretación y aplicación de los Acuerdos de la Ronda Uruguay, a los efectos tanto de las obligaciones internacionales como del derecho interno de los Estados Unidos. Además, la Administración entiende que el Congreso espera que las administraciones futuras observen y apliquen las interpretaciones y

¹⁷⁶ Segunda comunicación escrita del Canadá, párrafo 10.

¹⁷⁷ *URAA*, sección 102, codificada en 19 U.S.C., sección 3512(d) (1994) (Canadá - Prueba documental 7).

compromisos contenidos en la presente Declaración. Asimismo, como esta Declaración será aprobada por el Congreso paralelamente a la ejecución de los Acuerdos de la Ronda Uruguay, las interpretaciones de esos Acuerdos que figuran en la Declaración revisten una autoridad particular."¹⁷⁸

8.96 El Canadá afirma que de las disposiciones de la DAA y de la *URAA* se desprende claramente que la condición jurídica de la Declaración es determinante para la interpretación de la *URAA* en los Estados Unidos. Además, el Canadá opina que la DAA impone el trato de subvenciones a las limitaciones a la exportación, y que la terminología empleada en la DAA y en la *URAA* hace que esta exigencia sea vinculante para el Departamento de Comercio.

8.97 Los Estados Unidos reconocen "la condición jurídica de la DAA como instrumento autorizado de interpretación"¹⁷⁹, y se refieren a la Declaración en los siguientes términos: "[es] el tipo de antecedente legislativo ... [que] en los Estados Unidos se tendrá en cuenta con frecuencia para esclarecer el significado de una ley ...".¹⁸⁰ Aunque según este país la DAA no puede cambiar el significado de la ley correspondiente, ni dejarla sin efecto, "en general, la DAA es el antecedente legislativo supremo".¹⁸¹ Además, los Estados Unidos "no se oponen a una consideración de la DAA y el Preámbulo como fuentes interpretativas para determinar el significado del artículo 771(5), en el derecho estadounidense ..."¹⁸², sino que "al determinar el significado de la legislación estadounidense, sería procedente que el Grupo Especial considerase la DAA, como lo haría un tribunal de los Estados Unidos".¹⁸³

8.98 Parece claro que la *URAA* reconoce a la DAA una condición jurídica única como interpretación autorizada de esta ley, que los tribunales estadounidenses deben tener en cuenta. El texto de la DAA confirma este extremo, al calificarse a sí misma de "interpretación autorizada ... a los efectos tanto de las obligaciones internacionales como del derecho interno de los Estados Unidos". La DAA fue sometida a la aprobación en el Congreso, y de hecho fue aprobada al mismo tiempo que la *URAA*. Los Estados Unidos reconocen que "no hay ningún desacuerdo entre las partes acerca de la condición de la DAA como instrumento interpretativo autorizado".¹⁸⁴ Por último, es evidente que no hay ningún otro antecedente legislativo que esté más autorizado que la DAA para aclarar el significado de la ley. Los Estados Unidos indican que "si, por hipótesis, en una determinada expresión la DAA interpretara 'X' y cualquier otro documento de antecedentes legislativos (por ejemplo, un informe de un comité) interpretara 'Y', la versión correcta sería la primera".¹⁸⁵

¹⁷⁸ DAA, página 656 (anexo B a la Primera comunicación escrita del Canadá - Canadá - Prueba documental 2).

¹⁷⁹ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 6 a) del Grupo Especial, en la primera reunión.

¹⁸⁰ Solicitud de resoluciones preliminares de los Estados Unidos, párrafo 36.

¹⁸¹ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 28 del Grupo Especial, después de la primera reunión.

¹⁸² Solicitud de resoluciones preliminares de los Estados Unidos, nota 134 de pie de página.

¹⁸³ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 1 del Grupo Especial después de la segunda reunión, en la que se cita también la solicitud de resoluciones preliminares de los Estados Unidos, párrafo 124, nota 134 de pie de página.

¹⁸⁴ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 6 a) del Grupo Especial, en la primera reunión.

¹⁸⁵ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 28 del Grupo Especial, después de la primera reunión.

8.99 Sin embargo, la condición jurídica singular de la DAA se debe a que es una *interpretación autorizada* de la ley. Según la URAA "la Declaración de Acción Administrativa aprobada por el Congreso ... se considerará la expresión autorizada de los Estados Unidos respecto de la interpretación y aplicación de los Acuerdos de la Ronda Uruguay, y *de la presente ley*"¹⁸⁶, que es la ley ejecutoria de los acuerdos. No hemos encontrado ninguna prueba, ni en la URAA ni en la DAA ni en ningún otro lugar, de que la DAA tenga una vida operativa o una condición jurídica independiente de la ley que le permita causar, por sí sola, una violación de las normas de la OMC. Al margen de la ley la DAA no *hace* nada, sino que más bien interpreta la ley (o sea, aclara su significado). En otras palabras, un solicitante o un exportador no podría alegar ante un tribunal estadounidense que el Departamento de Comercio había actuado de modo incompatible con las disposiciones de la DAA, sino que tendría que alegar que había actuado de modo incompatible con las disposiciones de la ley, consideradas a la luz de la DAA.

8.100 En consecuencia, a nuestro modo de ver la DAA ofrece una orientación interpretativa autorizada de la ley. En tal condición, dada su autoridad única como instrumento interpretativo, la DAA es de importancia fundamental en esta diferencia, ya que no es posible interpretar adecuadamente la ley si no es por referencia a la DAA. En particular, para entender el trato de las limitaciones a la exportación que estipula la legislación estadounidense en materia de derechos compensatorios, todo lo que diga la DAA con respecto a las limitaciones a la exportación debe tenerse en cuenta. Y, como se ha indicado antes, esto es precisamente lo que proponen las partes. Es más, los Estados Unidos insisten en que no dijeron que la ley pueda o deba examinarse sin tener en cuenta en cierta medida la interpretación dada por la DAA.¹⁸⁷ Por estos motivos, entendemos que la DAA es el principal instrumento de orientación respecto de la interpretación de la ley.

b) Disposiciones de la DAA respecto de las limitaciones a la exportación

8.101 A continuación consideraremos si la DAA dice algo acerca de las subvenciones en general y las limitaciones a la exportación en particular, en el contexto de las investigaciones sobre derechos compensatorios. Lo que hemos de determinar es si la DAA exige que el Departamento de Comercio interprete la ley de modo que las limitaciones a la exportación reciban el trato de contribuciones financieras en las investigaciones sobre derechos compensatorios. De ser así, puesto que la DAA es la interpretación autorizada de la ley, y teniendo en cuenta nuestra constatación en el sentido de que el trato de las limitaciones a la exportación como contribuciones financieras es incompatible con el Acuerdo SMC (véase la sección VIII.B.3, *supra*), aplicando el criterio clásico cabría deducir que la legislación, como tal, es incompatible con las obligaciones de los Estados Unidos en virtud del Acuerdo SMC.

8.102 Refiriéndose a la definición de subvención del Acuerdo SMC, inclusive en su relación con las limitaciones a la exportación, la DAA dice lo siguiente:

"Por lo general, la Administración pretende que la definición de 'subvención' tenga el mismo significado que la práctica administrativa y los tribunales han atribuido al término 'prima o donación', y también a 'subvención' en anteriores versiones de la ley, salvo que la práctica o interpretación sea incompatible con la definición que figura en el proyecto de ley. Excluyendo esta incompatibilidad, y con sujeción a otros cambios previstos en el proyecto de ley ejecutoria (por ejemplo, normas relativas a las subvenciones no compensables y a las subvenciones compensables *de minimis*), las

¹⁸⁶ URAA, nota 177 de pie de página, *supra* (sin cursivas en el original).

¹⁸⁷ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 1 del Grupo Especial, después de la segunda reunión.

prácticas que con la ley vigente son susceptibles de medidas compensatorias también lo serán con la ley revisada.

Definición básica

...

Uno de los elementos definitorios de una subvención con arreglo al Acuerdo sobre Subvenciones es la concesión, por el gobierno o por cualquier organismo público, de una 'contribución financiera' según la definición del Acuerdo, que incluye el suministro de bienes o servicios. Además, el Acuerdo sobre Subvenciones declara concretamente que el término 'contribución financiera' incluye situaciones en las que el gobierno encomiende u ordene a una entidad privada que proporcione la subvención (la Administración opina que el término 'entidad privada' no se limita necesariamente a una sola entidad, sino que puede abarcar un grupo de entidades o personas). Además, en el artículo VI del GATT de 1994 se mantiene la referencia a las subvenciones proporcionadas 'directa o indirectamente' por un gobierno. En consecuencia, la Administración tiene el propósito de interpretar en sentido amplio la fórmula 'encomienda u ordena'. La Administración seguirá haciendo de modo que la concesión indirecta de una subvención no se convierta en una laguna jurídica que permita que importaciones contratadas irregularmente entren en los Estados Unidos y dañen a la rama de producción nacional.

En el pasado [el Departamento de Comercio] ha adoptado medidas compensatorias respecto de una serie de programas en los que el gobierno proporcionaba un beneficio por mediación de entidades privadas (*véanse*, por ejemplo, los casos Ciertos productos de maderas blandas para construcción procedentes del Canadá, Cuero de la Argentina, Carne de cordero de Nueva Zelandia, Artículos tubulares para campos petrolíferos de Corea, Varillas para trefilar de acero al carbono de España, y Ciertos productos de acero procedentes de Corea) ... [El Departamento de Comercio] ha constatado la existencia de una subvención susceptible de compensación cuando el gobierno adoptó o impuso (mediante acción legislativa, reglamentaria o administrativa) una medida formal y ejecutoria que dio lugar directamente a la concesión de un beneficio apreciable a la rama de producción que se estaba investigando.

En los casos en que el gobierno actúa por conducto de una entidad privada, como en el de Ciertos productos de maderas blandas para construcción del Canadá y Cuero de la Argentina (en los cuales las limitaciones a la exportación habían causado directamente un descenso apreciable de los costos de los insumos), la Administración tiene la intención de seguir aplicando la ley caso por caso, en forma coherente con el párrafo anterior. La Administración opina que el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del Acuerdo sobre Subvenciones y el artículo 771(5)(B)(iii) abarcan prácticas de subvención indirecta análogas a aquellas respecto de las cuales [el Departamento de Comercio] ha adoptado medidas compensatorias en el pasado, y que estos tipos de subvenciones indirectas seguirán siendo susceptibles de compensación, a condición de que [el Departamento de Comercio] verifique a su satisfacción que se ha cumplido la norma prevista en el artículo 771(5)(B)(iii)."¹⁸⁸

¹⁸⁸ DAA, páginas 925 y 926 (anexo B a la Primera comunicación escrita del Canadá - Canadá - Prueba documental 2).

8.103 Como se recordará, el texto de la ley no trata de las limitaciones a la exportación propiamente dichas. No ocurre así con la DAA, pero cabe preguntarse si los comentarios relativos a las subvenciones indirectas y a las limitaciones a la exportación que figuran en ese texto son de carácter imperativo, es decir, si equivalen a una *imposición* al Departamento de Comercio para que interprete la ley de modo que las limitaciones a la exportación reciban el trato de contribuciones financieras. Para que esto fuera así, la DAA tendría que crear una obligación vinculante para el Departamento de Comercio de interpretar el artículo 771(5)(B)(iii) de modo que las limitaciones a la exportación satisfagan la condición prevista (que recoge esencialmente los requisitos del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del Acuerdo SMC).

8.104 A este respecto, la DAA parece poner de manifiesto una cierta tensión entre dos propuestas o temas. Por una parte, algunos pasajes hacen pensar que el Departamento de Comercio seguirá ateniéndose a su práctica anterior, consistente en tratar las limitaciones a la exportación como subvenciones susceptibles de compensación si confieren un beneficio y son específicas. En particular, la DAA expresa la opinión de la Administración, según la cual el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del Acuerdo SMC abarca prácticas de subvención indirecta análogas a aquellas respecto de las cuales el Departamento de Comercio adoptó medidas compensatorias en el pasado, en particular en los casos *Cuero procedente de la Argentina* ("Cuero")¹⁸⁹, y *Ciertos productos de maderas blandas para construcción procedentes del Canadá* ("Maderas para construcción").¹⁹⁰ Por otra parte, hay partes de las que se infiere que esto sólo se producirá cuando se cumpla la nueva condición. La práctica anterior no se seguirá si resultara "incompatible con la definición contenida en el proyecto de ley". Esta práctica sólo se seguirá cuando el Departamento de Comercio verifique a su satisfacción que se ha cumplido la norma prevista en el artículo 771(5)(B)(iii). Como el mencionado artículo prescribe una nueva condición, incluido el hecho de encomendar u ordenar a una entidad privada que haga una contribución financiera, es evidente que la práctica del pasado no puede seguir aplicándose sin modificación. En el período posterior a la OMC, el Departamento de Comercio debe preguntarse algo que anteriormente no se preguntaba, a saber, si se cumplen las condiciones del artículo 771(5)(B)(iii). Sólo si la respuesta es afirmativa podrá constatar la existencia de una subvención.

8.105 Tras una lectura detenida llegamos a la conclusión de que la indicación de la DAA de que en el futuro la Administración sólo seguirá su práctica anterior *en la medida en que no haya ninguna incompatibilidad con la definición de subvención de la URAA*, es correcta. La expresión "de no existir esta incompatibilidad" supedita expresamente la continuación de la práctica compensatoria anterior a la OMC, a su compatibilidad con la nueva ley, y concretamente con la definición de subvención de ésta. Con respecto a los casos *Cuero* y *Maderas para construcción*, la DAA indica que "esos tipos de subvenciones indirectas seguirán siendo susceptibles de compensación, a condición de que [el Departamento de Comercio] verifique a su satisfacción que se ha cumplido la norma prevista en el artículo 771(5)(B)(iii)". Estos términos confirman ulteriormente que el Departamento de Comercio ha de aplicar la definición de subvención prevista en la ley.

¹⁸⁹ El caso *Cuero* trataba, entre otras cosas, de un embargo gubernamental sobre las exportaciones de cueros vacunos, del cual se constató que era una subvención a los productores de cuero, susceptible de compensación, porque surtía un "efecto directo y apreciable" en los precios de los cueros y, por consiguiente, beneficiaba a los productores de este material (55 *Federal Register* N° 191, página 40213 - Canadá - Prueba documental 13).

¹⁹⁰ El caso *Maderas para construcción* trataba, entre otras cosas, de ciertas limitaciones a la exportación de trozas, que se constató constituían subvenciones a los productores de maderas para construcción, susceptibles de compensación, porque surtían un "efecto directo y apreciable" en los precios de las trozas, y por consiguiente beneficiaban a los productos de maderas para construcción (57 *Federal Register* N° 103, páginas 22609-22610 - Canadá - Prueba documental 14).

8.106 Por estos motivos, llegamos a la conclusión de que la DAA no impone al Departamento de Comercio que interprete la ley de modo que las limitaciones a la exportación reciban el trato de contribuciones financieras.

iii) *El Preámbulo a la reglamentación estadounidense de los derechos compensatorios*

a) Su condición jurídica en el derecho interno de los Estados Unidos

8.107 Pasamos a considerar ahora la condición jurídica en el derecho interno de los Estados Unidos del Preámbulo de la reglamentación estadounidense de los derechos compensatorios. En particular, consideraremos si el Preámbulo tiene una vida operacional independiente y puede dar lugar, por sí solo, a las violaciones alegadas por el Canadá.

8.108 Los Estados Unidos explican que en 1995, a raíz de la promulgación de la URAA, el Departamento de Comercio inició un proceso de revisión de sus reglamentaciones en materia de derechos antidumping y medidas compensatorias, con objeto de ponerlas en conformidad con la URAA y, en algunos casos, simplificar las disposiciones de la ley. El Departamento publicó su reglamentación definitiva de los derechos compensatorios algunos años después, en 1998, tras haber recibido y analizado los comentarios presentados sobre las reglamentaciones propuestas, que se habían publicado en 1997. El Preámbulo a la reglamentación contiene, entre otras cosas, la respuesta del Departamento de Comercio a esos comentarios, incluidos los relativos a las subvenciones indirectas en general y a las limitaciones a la exportación en particular. El Canadá observa que la reglamentación se promulgó de conformidad con la *Ley de procedimiento administrativo ("LPA")*, que regula la actividad reglamentaria del organismo federal estadounidense, prescribe un procedimiento de aviso y comentarios y dispone que la reglamentación definitiva ha de ir acompañada de un preámbulo que exponga su fundamento y finalidad y del examen razonado, por parte del organismo, de los comentarios recibidos acerca del proyecto de reglamentación.

8.109 El Canadá sostiene que el Preámbulo "forma parte integrante de la reglamentación, y los tribunales estadounidenses lo reconocen y utilizan como tal"¹⁹¹, y cita a este respecto diversas decisiones de los tribunales de los Estados Unidos. El Canadá considera que el Preámbulo es vinculante, y no está de acuerdo con los Estados Unidos en que la condición jurídica de un preámbulo de una reglamentación sea de menor nivel que la propia reglamentación. Según el Canadá, este argumento ignora el marco administrativo en el que los organismos estadounidenses promulgan las reglamentaciones. El Canadá sostiene que la LPA prevé expresamente que "el organismo incorporará a los reglamentos adoptados una declaración general sucinta de su fundamento y finalidad", que suele llamarse preámbulo.¹⁹² El Canadá cita en particular la siguiente declaración del Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos:

"Estas reglamentaciones fueron autorizadas expresamente por el Congreso y, a juicio de la delegación del Congreso, a las reglamentaciones [del Departamento de Justicia] debe reconocérseles 'un peso determinante, salvo [que sean] arbitrarias, caprichosas o manifiestamente contrarias a la ley'. Lo propio puede decirse del preámbulo o el comentario que acompaña a las reglamentaciones, ya que los dos forman parte de la interpretación oficial de la legislación, [por parte del Departamento de Justicia]."¹⁹³

¹⁹¹ Primera comunicación escrita del Canadá, párrafo 43.

¹⁹² Respuesta del Canadá a la solicitud de resoluciones preliminares de los Estados Unidos, párrafo 26.

¹⁹³ *Id.*, párrafo 27.

8.110 Por último, el Canadá estima que el Departamento de Comercio, en sus determinaciones relativas a los derechos compensatorios, considera en todo momento que el Preámbulo es parte integrante de la reglamentación, y le atribuye una autoridad jurídica equivalente a otras secciones de ésta. El Canadá indica que cuando en el Preámbulo se trata una cuestión, el Departamento de Comercio suele aplicar sus disposiciones para resolver cuestiones planteadas en investigaciones sobre derechos compensatorios o exámenes administrativos.

8.111 Los Estados Unidos afirman que sólo la propia reglamentación, y no su Preámbulo, tiene fuerza de ley, lo que significa que aunque el Preámbulo indicase que el Departamento de Comercio está obligado a dar a las limitaciones a la exportación el trato de subvenciones, en el derecho estadounidense esta disposición no sería vinculante para el Departamento. Según los Estados Unidos, el Preámbulo "es prueba de la comprensión contemporánea de sus normas propuestas por parte de un organismo" y "puede consultarse para determinar la interpretación adecuada de las reglamentaciones de un organismo"; a este respecto se citan varias decisiones de los tribunales estadounidenses.¹⁹⁴ Los Estados Unidos sostienen que un tribunal estadounidense ha constatado que "la terminología del preámbulo de una reglamentación no determina la terminología de la propia reglamentación" y, a su juicio, "tampoco determina, ciertamente, una ley".¹⁹⁵ Los Estados Unidos entienden que, como el Departamento de Comercio no promulgó una reglamentación sobre el tema de las subvenciones indirectas en general, o las limitaciones a la exportación en particular, el Preámbulo ni siquiera puede utilizarse como instrumento de interpretación en el caso que nos ocupa, porque no existe ninguna reglamentación que interpretar. Según los Estados Unidos, el Preámbulo es "en el mejor de los casos ... una declaración no vinculante del Departamento de Comercio sobre sus opiniones en aquel momento acerca del alcance del artículo 771(5)(B)(iii)"¹⁹⁶ y "una expresión de las reflexiones aproximativas [del Departamento de Comercio]".¹⁹⁷ En cuanto a las referencias al Preámbulo en las determinaciones del Departamento, los Estados Unidos afirman que "existe una gran diferencia entre citar el Preámbulo como explicación resumida de las razones que han inducido al Departamento de Comercio a hacer una determinación particular, y citarlo como autoridad vinculante".¹⁹⁸

8.112 Recordemos que, como indicó el Canadá, la *LPA* dispone concretamente que "el organismo incorporará a la reglamentación adoptada una declaración general sucinta que indique su fundamento y finalidad"; esta declaración suele llamarse Preámbulo.¹⁹⁹ Podemos concebir, desde luego, una declaración general de este tipo como una indicación del contexto en el que se prepararon determinadas reglamentaciones, como un medio de plasmar las opiniones del organismo promulgador acerca de las interpretaciones y las metodologías previstas en las reglamentaciones, e incluso como una guía para interpretación de éstas. En la medida en que un Preámbulo se refiere a la ley, así como al correspondiente reglamento que acompaña, cabe prever que ofrezca orientaciones para la interpretación de la ley.

8.113 Sin embargo, no nos parece que una "declaración general del fundamento y finalidad" de las reglamentaciones pueda gozar de la misma condición operativa que las propias reglamentaciones, es decir, que el Preámbulo pueda contener reglas *distintas* de las reglamentaciones, que surtan un efecto

¹⁹⁴ Solicitud de resoluciones preliminares de los Estados Unidos, párrafo 81.

¹⁹⁵ *Id.*

¹⁹⁶ *Id.*, párrafo 82.

¹⁹⁷ Declaración oral de los Estados Unidos en la primera reunión del Grupo Especial, párrafo 28.

¹⁹⁸ Declaración oral de los Estados Unidos en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 49.

¹⁹⁹ Respuesta del Canadá a la solicitud de resoluciones preliminares de los Estados Unidos, párrafo 26.

operativo *independiente* en el organismo de que se trate. Sólo en este caso podría la declaración general (el Preámbulo) dar lugar independientemente a una violación de las normas de la OMC. Además, aunque hemos tomado nota de la expresión "incorporar en las reglamentaciones", de la LPA, consideramos que, por su propia naturaleza, una "declaración general del fundamento y finalidad" de la reglamentación, aunque esté "incorporada" a ella, sólo podría informar al lector de la razón de ser de las reglamentaciones y de las interpretaciones y metodologías en ellas contenidas. Es decir, no estamos convencidos de que la indicación según la cual una declaración general de fundamento y finalidad "está incorporada al reglamento" confiera automáticamente a dicha declaración la misma condición operativa y efecto que las propias reglamentaciones. Además, el Preámbulo no fue sometido a un proceso de aprobación comparable al que conoció la DAA, ni al proceso de aviso y comentario del que fueron objeto las propias reglamentaciones. En efecto, diríase que buena parte del Preámbulo no es más que una constancia escrita de este proceso.

8.114 En cuanto a su descripción de dicho proceso, el Preámbulo indica que: i) el Departamento de Comercio ha decidido *no* promulgar una norma con respecto a la fórmula "encomienda u ordena", y ii) el Departamento de Comercio cree, en cambio, que debería atenerse a la directiva de la DAA en el sentido de considerar las subvenciones indirectas (bajo cuyo epígrafe el Departamento de Comercio incluye las limitaciones a la exportación) caso por caso²⁰⁰ (véase el párrafo 8.115, *infra*). Así pues, el Preámbulo establece claramente que no se ha adoptado ninguna reglamentación específica, y a continuación incorpora, por referencia, la directiva de interpretación de la DAA con respecto a las limitaciones a la exportación, y se subordina a ella. Hemos de concluir pues que el Preámbulo no tiene una vida operativa propia: *no hace nada*. Sin embargo, no tenemos razón alguna para excluirlo del examen, en su condición de posible orientación interpretativa del tratamiento de las limitaciones a la exportación en las investigaciones estadounidenses sobre derechos compensatorios que se hagan de conformidad con el artículo 771(5)(B)(iii).

b) Disposiciones del Preámbulo respecto de las limitaciones a la exportación

8.115 En cuanto a la terminología del Preámbulo en relación con el trato de las limitaciones a la exportación, observamos ante todo que el Departamento de Comercio indica en el Preámbulo que prefirió no adoptar una reglamentación acerca de las limitaciones a la exportación, o más en general de los términos "subvenciones indirectas" o "encomienda u ordena". El Preámbulo explica que esto fue debido en parte a que el Departamento de Comercio lo consideró innecesario y porque la DAA ya contenía ejemplos de las clases de "subvenciones indirectas" que podían quedar comprendidas en los términos de la ley, y también a que la DAA "ordena" al Departamento de Comercio que proceda caso por caso:

"En nuestro proyecto de reglamentación de 1997 no nos ocupamos en detalle de las subvenciones indirectas. Observamos, no obstante, que la DAA ordena [al Departamento de Comercio] que proceda caso por caso ...

...

La fórmula 'encomienda u ordena' puede tener muchos significados. Por ello, no creemos que sea adecuado hacer una definición precisa de dicha fórmula a los efectos de esta reglamentación. Creemos más bien que deberíamos atenernos a la directiva de la DAA y examinar las subvenciones indirectas caso por caso.

...

²⁰⁰ *Regulations*, 63 *Federal Register*, página 65349 (anexo C de la Primera comunicación escrita del Canadá - Canadá - Prueba documental 3).

La DAA ... enumera varios casos en los que [el Departamento de Comercio] constató la existencia de subvenciones indirectas, y que sirven de ejemplo de situaciones en las que, a nuestro juicio, la ley permitiría [al Departamento de Comercio] alcanzar el mismo resultado."²⁰¹

Así pues, como hemos señalado anteriormente el Preámbulo incorpora simplemente las disposiciones por referencia, y se subordina a la DAA respecto de la interpretación de los elementos definitorios de una "subvención", en particular el significado de "encomienda u ordena".

8.116 En lo relativo más concretamente a las limitaciones a la exportación, el Preámbulo dice lo siguiente:

"En cuanto a las limitaciones a la exportación, aunque pueden imponerse para limitar la capacidad exportadora de las partes, también pueden inducir a estas partes, en determinadas circunstancias, a suministrar el producto objeto de la limitación a compradores nacionales por una remuneración inferior a la que sería adecuada ... Si en el futuro el Departamento de Comercio investiga situaciones y hechos similares a los de los casos *Maderas para construcción* y *Cuero*, la nueva ley le permitiría alcanzar el mismo resultado."²⁰²

Está claro que la expresión "permitiría" no conlleva una idea de *imposición*. A nosotros nos parece que esta declaración refleja la opinión o creencia del Departamento de Comercio de que, con la nueva ley, *podría* seguir dando a las limitaciones a la exportación el trato de subvenciones susceptibles de compensación, y no que esté *obligado* a hacerlo.

8.117 Es cierto que el Preámbulo expresa la opinión de que hay circunstancias análogas a las de los casos *Cuero* y *Maderas para construcción*, en las que el Departamento de Comercio podría llegar a la conclusión de que una limitación de las exportaciones constituye una contribución financiera. No obstante, según el argumento del caso *Cuero*, que se esgrimió también en el caso *Maderas para construcción*, para que existiera una subvención debían cumplirse dos condiciones: la especificidad y el beneficio.²⁰³ En ninguno de estos casos fue necesario, como lo es hoy, considerar por separado si existía una contribución financiera: ahora esto constituye un elemento esencial de una "subvención", a tenor del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC.

8.118 Sin embargo, nosotros concedemos importancia al hecho de que en el Preámbulo haya referencias a las orientaciones de la DAA para interpretar los conceptos de subvenciones indirectas y limitaciones a la exportación. Por los motivos indicados en el párrafo 8.105, hemos llegado a la conclusión de que la DAA señala correctamente que la norma suprema es el artículo 771(5)(B)(iii), que prevé el criterio de la contribución financiera. Por consiguiente, el Preámbulo, al igual que la DAA, garantiza que el Departamento de Comercio aplicará el criterio de la contribución financiera.

²⁰¹ *Regulations*, 63 *Federal Register*, páginas 65349-65350 (anexo C - Canadá - Prueba documental 3).

²⁰² *Id.*, página 65351.

²⁰³ Como observó el Departamento de Comercio en relación con el caso *Maderas para construcción*: "La argumentación en que se basaba esta determinación [*Cuero*] era que: 1) el embargo sobre los cueros sin curtir 'regía solamente para los cueros vacunos [sin curtir], que se vendían principalmente, si no exclusivamente, a curtidores [y, por consiguiente,] se limitaba a una industria concreta', y 2) el embargo de las exportaciones 'hizo que los precios de los cueros fueran más bajos de lo que hubieran sido de no aplicarse el embargo' y, por consiguiente, permitieron a los curtidores vender el producto acabado -el cuero- a un precio más bajo" (57 *Federal Register*, N° 103, página 22606 - Canadá - Prueba documental 14).

8.119 Hasta ahora la terminología del Preámbulo, lejos de hacernos dudar de nuestra conclusión sobre la interpretación de la ley, es totalmente coherente con esta conclusión, o sea, que la legislación estadounidense no obliga al Departamento de Comercio a dar a las limitaciones a la exportación el trato de contribuciones financieras.

iv) *La "práctica" de los Estados Unidos*

8.120 El Canadá define la "práctica" de los Estados Unidos como "un compromiso institucional de atenerse a interpretaciones o metodologías declaradas, que se refleja en determinaciones acumulativas".²⁰⁴ El Canadá considera que existe una "práctica" administrativa de los Estados Unidos consistente en tratar las limitaciones a la exportación como si cumplieren la condición de "contribución financiera" del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del Acuerdo SMC; según el Canadá, esta "práctica" viene definida en gran parte por la práctica estadounidense anterior a la OMC de compensar las limitaciones a la exportación que "den lugar directamente a un beneficio apreciable". A este respecto, citando los casos *Cuero* y *Maderas para construcción*, el Canadá sostiene que, si bien en estos casos la práctica debería haber sido irrelevante después de la entrada en vigor del Acuerdo SMC, la DAA dispone expresamente que ha de continuar aplicándose con el Acuerdo SMC y con la nueva legislación estadounidense en materia de derechos compensatorios.

8.121 El Canadá considera además que las determinaciones del Departamento de Comercio en los casos *Acero inoxidable*, de Corea, y *Ganado en pie procedente del Canadá*, confirman la opinión del Departamento de que sus reglamentaciones, como la DAA, excluyen toda consideración discrecional de la "contribución financiera" en caso de haber "subvenciones indirectas". No obstante, el Canadá establece claramente que, si bien la práctica está relacionada con el precedente, la "práctica" estadounidense objeto de su reclamación no consiste en determinaciones individuales en casos de derechos compensatorios. Por consiguiente, los argumentos del Canadá con respecto a la "práctica" estadounidense parecen basarse esencialmente en dos elementos -referencias a ciertos casos de derechos compensatorios anteriores a la OMC en la DAA y el Preámbulo, y algunos de estos casos posteriores a la OMC- que juntos constituyen en la práctica el "compromiso institucional" a que hace referencia el Canadá.

8.122 Aunque reconoce que una "práctica" identificada en una determinación [del Departamento de Comercio] se diferencia de una "legislación" en que no es legislativa y no se ha promulgado válidamente como norma legislativa²⁰⁵, el Canadá trata de persuadir al Grupo Especial de que la "práctica" estadounidense tiene una existencia operativa propia, alegando que "los organismos, [entre ellos el Departamento de Comercio] siguen normalmente los precedentes de anteriores determinaciones, y los tribunales estadounidenses les exigen que lo hagan si no se ha dado una explicación razonada".²⁰⁶

8.123 Nosotros creemos que, de cualquier modo que se exprese, la noción canadiense de la "práctica" estadounidense es imprecisa. Dado que el Canadá no ha explicado claramente a qué se refiere cuando utiliza el término "práctica"²⁰⁷, nos resulta muy difícil concebir la "práctica" como una medida en esta diferencia, sea cual fuere la fórmula adoptada por el Canadá.

²⁰⁴ Respuesta del Canadá a la pregunta 16 c) del Grupo Especial, después de la primera reunión.

²⁰⁵ Respuesta del Canadá a la pregunta 14 del Grupo Especial, después de la segunda reunión.

²⁰⁶ Respuesta del Canadá a la pregunta 15 del Grupo Especial, después de la segunda reunión.

²⁰⁷ Mencionemos aquí, a título de ejemplo, la declaración del Canadá de que la práctica es "simplemente lo que el organismo hace de manera sistemática" (respuesta del Canadá a la pregunta 14 del Grupo Especial, después de la segunda reunión).

8.124 En lo relativo a las referencias en la DAA y el Preámbulo a los casos de derechos compensatorios estadounidenses anteriores a la OMC, el Canadá aduce que "la práctica anterior a la OMC se trasladó a la ley y la práctica posteriores a la OMC en virtud de la DAA y el Preámbulo".²⁰⁸ No obstante, nosotros entendemos que estas referencias no constituirían una "práctica" de los Estados Unidos, sino que simplemente formarían parte de la DAA y el Preámbulo. Es decir, no vemos cómo una práctica anterior cualquiera, *incorporada* a la DAA o el Preámbulo, podría constituir una medida con una existencia independiente de la DAA y el Preámbulo.

8.125 En lo referente a la "práctica" derivada de los casos de derechos compensatorios posteriores a la OMC, aunque el Canadá podría tener razón, en principio, cuando dice que "con frecuencia se elaborará una interpretación o metodología en un caso o grupo de casos, que se convertirá en la "práctica" seguida en los casos subsiguientes"²⁰⁹, este principio no es directamente aplicable a la actual diferencia porque no ha habido ningún caso posterior a la OMC en el que los Estados Unidos hayan adoptado una medida compensatoria con respecto a una limitación de las exportaciones. Es más, aunque hubiera habido casos de esta índole, y el Departamento de Comercio hubiera establecido las metodologías de aplicación "normal" en estos casos, el Canadá admite que, con arreglo al derecho estadounidense, el Departamento de Comercio podría dejar de aplicar estas metodologías siempre y cuando explicase por qué lo hace.²¹⁰

8.126 Así pues, aunque el Canadá pueda estar en lo cierto cuando afirma que, en derecho estadounidense, "la práctica debe seguirse normalmente, y por consiguiente los afectados por la legislación estadounidense [en materia de derechos compensatorios] ... tienen razones para esperar que se siga"²¹¹ es posible dejar de aplicar la práctica anterior siempre y cuando se dé una explicación razonada, que impida que esta práctica adquiera una condición operativa independiente en el sentido de *hacer* algo o *exigir* alguna acción en particular. Decir que una práctica particular que el Departamento de Comercio sigue "normalmente" crea expectativas por parte de los gobiernos extranjeros, los exportadores, los consumidores y los peticionarios no basta para atribuir a esta práctica una existencia operativa independiente. Tampoco vemos cómo las referencias a esta práctica en las determinaciones del Departamento de Comercio pueden conferir un "efecto jurídico a esa "práctica" como factor determinante de las interpretaciones y metodologías aplicadas".²¹² Por consiguiente, no parece que la "práctica" estadounidense revista una condición operativa independiente que pueda dar lugar a una violación de la OMC, como afirma el Canadá.

8.127 Además, aunque después de la creación de la OMC no ha habido ningún caso en el que los Estados Unidos hayan compensado una limitación de las exportaciones, el Canadá sostiene que hay una práctica pertinente posterior a la OMC en varios casos concretos. Afirma en particular que la incoación del caso *Ganado en pie* se basó explícitamente en decisiones anteriores a la OMC (en los casos *Cuero* y *Maderas para construcción*) y que, en los casos sobre *Acero inoxidable*, de Corea, el Departamento de Comercio estableció claramente que aplicaría la misma norma que se aplicaba antes de la OMC a las "subvenciones indirectas". A juicio del Canadá, "la decisión de incoar el caso *Ganado en pie* tiene valor como precedente, porque refleja la decisión [del Departamento de Comercio] de que se ha cumplido la norma de que haya "pruebas suficientes" de todos los elementos de una subvención susceptible de medidas compensatorias, incluida la contribución financiera. Así

²⁰⁸ Respuesta del Canadá a la pregunta 15 del Grupo Especial, después de la segunda reunión.

²⁰⁹ Respuesta del Canadá a la pregunta 16 c) del Grupo Especial, después de la primera reunión.

²¹⁰ Respuesta del Canadá a la pregunta 15 del Grupo Especial, después de la segunda reunión.

²¹¹ Respuesta del Canadá a la pregunta 14 del Grupo Especial, después de la segunda reunión.

²¹² Segunda comunicación escrita del Canadá, párrafo 40.

pues, si bien una decisión de iniciar una investigación podría no tener el mismo valor como precedente que una determinación definitiva, al aplicarse una norma diferente, con ambos criterios deben concurrir los mismos elementos jurídicos".²¹³ Nosotros observamos, empero, que en el caso *Ganado en pie* el Departamento de Comercio ni siquiera se refirió a la posibilidad de que la limitación de las exportaciones constituyera una contribución financiera, constatando la inexistencia de beneficio. En cuanto a los casos del *Acero inoxidable*, como la práctica en cuestión no consistía en limitar las exportaciones, sino que tenía que ver con la distribución del crédito, no vemos la relación, de haberla, con el trato de las limitaciones a la exportación. Por consiguiente, no puede considerarse que estos casos reflejen una "práctica" estadounidense posterior a la OMC de tratar las limitaciones a la exportación como contribuciones financieras.

8.128 Por último, observamos que el Canadá sostiene que la "práctica 'se consigna normalmente por escrito', en forma de un 'compromiso institucional'".²¹⁴ Sin embargo, no explica cómo ocurre ello en la presente diferencia, salvo en la vaga declaración de que la "práctica" se "refleja en las reglamentaciones del Departamento de Comercio cuando son promulgadas". No vemos pues cómo o dónde podría expresarse este "compromiso institucional".

8.129 Por todo ello, consideramos que *no* se nos ha sometido una medida en forma de "práctica" estadounidense, en el sentido utilizado por el Canadá, que exija el trato de las limitaciones a la exportación como contribuciones financieras. Tampoco, dado que el Canadá no ha descrito concretamente en qué consiste la "práctica" estadounidense, puede una "práctica" de los Estados Unidos servir de orientación interpretativa en esta diferencia. Así pues, la práctica, en el sentido en que emplea esta palabra el Canadá, no puede exigir ningún trato particular de las limitaciones de la exportación en las investigaciones sobre derechos compensatorios de los Estados Unidos.

v) *Resumen*

8.130 Hemos constatado que, de las medidas a que se refieren las reclamaciones del Canadá, sólo la ley tiene una vida operativa independiente. No obstante, también hemos constatado que la ley debe leerse a la luz de la DAA, y por ello nos hemos basado en este instrumento como principal orientación interpretativa. Hemos llegado a la conclusión de que la ley, leída a la luz de la DAA, no exige el trato de las limitaciones a la exportación como contribuciones financieras en las investigaciones sobre derechos compensatorios. Hemos constatado también que el Preámbulo, aunque podría proporcionar orientación es para interpretar la ley, de hecho aporta poco o nada a este respecto; no obstante, lo que dice en relación con el trato de las limitaciones a la exportación es coherente con nuestra conclusión acerca de la ley, leída a la luz de la DAA. Por último, recordamos que el Canadá no ha descrito de manera clara o concreta lo que entiende por "práctica" estadounidense, ni ha indicado de qué modo una práctica de este tipo puede tener una condición operativa independiente, o proporcionar orientaciones interpretativas (vinculantes o no) sobre el tratamiento de las limitaciones de la exportación en las investigaciones de derechos compensatorios. Así pues, no estando convencidos de que exista una "práctica" en el sentido que da el Canadá a esta palabra, hemos de deducir que la práctica no puede exigir ningún trato particular de las limitaciones a la exportación en las investigaciones sobre derechos compensatorios de los Estados Unidos.²¹⁵

²¹³ Respuesta del Canadá a la pregunta 15 del Grupo Especial, después de la segunda reunión.

²¹⁴ Respuesta del Canadá a la pregunta 14 del Grupo Especial después de la segunda reunión.

²¹⁵ Habida cuenta de nuestras constataciones en esta sección, no necesitamos ocuparnos -y no lo haremos- de la solicitud de resoluciones preliminares de los Estados Unidos, según la cual: 1) la DAA y el Preámbulo no están identificados como "medidas" en la solicitud de establecimiento de un grupo especial, en todo caso ninguna de ellas es una medida, y, por consiguiente, las reclamaciones al respecto no están comprendidas en las atribuciones del Grupo Especial; 2) la "práctica" estadounidense (anterior, presente o

d) Conclusión

8.131 Así pues, en resumidos términos nosotros constatamos que la ley -aunque se lea a la luz de la DAA y el Preámbulo- no impone el trato de las limitaciones a la exportación como contribuciones financieras (trato que, con todo, hemos constatado que violaría el Acuerdo SMC). En consecuencia, constatamos que el artículo 771(5)(B)(iii) de la *Ley de Aranceles* no viola, de por sí, el Acuerdo SMC, y rechazamos las reclamaciones del Canadá al amparo del artículo 1 del mencionado Acuerdo.

C. RECLAMACIONES AL AMPARO DE OTRAS DISPOSICIONES

8.132 Las reclamaciones del Canadá al amparo de los artículos 10 (y de los artículos 11, 17 y 19, en relación con el artículo 10) y 32.1 del Acuerdo SMC, por una parte, y del artículo 32.5 de este mismo Acuerdo y el artículo XVI.4 del Acuerdo sobre la OMC, por la otra, dependen por completo de la alegación de que el trato de las limitaciones a la exportación como contribuciones financieras es incompatible con la OMC, y de que la legislación estadounidense exige este trato, contrariamente a lo dispuesto en el artículo 1 del Acuerdo SMC. Habida cuenta de nuestra constatación de que, si bien este trato de las limitaciones a la exportación es incompatible con la OMC, la legislación estadounidense no lo *exige* y, por consiguiente, *no* se da esta incompatibilidad, no necesitamos considerar las reclamaciones del Canadá al amparo de estas disposiciones, y por consiguiente no lo haremos.

IX. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

9.1 Habida cuenta de las anteriores constataciones, llegamos a la conclusión de que:

- Una limitación de las exportaciones, como se define en la presente diferencia, no puede constituir un suministro de productos encomendado u ordenado por el gobierno en el sentido del inciso iv) y, por lo tanto, no constituye una contribución financiera en el sentido del párrafo 1 a) del artículo 1 del Acuerdo SMC.
- El artículo 771(5)(B)(iii), leído a la luz de la DAA y del Preámbulo de la reglamentación estadounidense de los derechos compensatorios, no es incompatible con el párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC al "exigir la imposición de derechos compensatorios contra prácticas que no son subvenciones en el sentido del párrafo 1 del artículo 1".

9.2 En lo relativo a las reclamaciones del Canadá que no se han tratado anteriormente, hemos llegado a la siguiente conclusión:

Habida cuenta de las consideraciones de economía procesal, no es necesario ni procedente hacer constataciones a este respecto.

9.3 Por consiguiente, no hacemos ninguna recomendación acerca de las obligaciones de los Estados Unidos en virtud del Acuerdo SMC y de los Acuerdos sobre la OMC.

futura) no es una medida que sea adecuada someter al Grupo Especial, y cualquier "práctica" que pueda existir no constituye un precedente vinculante, y 3) la "práctica" no fue descrita en la solicitud de consultas del Canadá, ni se consideró en las consultas; tampoco en la solicitud de establecimiento de un grupo especial se describió suficientemente la "práctica" estadounidense en cuestión, incumpliendo los artículos 4.7 y 6.2 del ESD, lo que significa, por tanto, que no era procedente someter la "práctica" al Grupo Especial.

ANEXO A

Respuestas de las partes a las preguntas escritas

	Contenido	Página
Anexo A-1	Resumen de las respuestas del Canadá a las preguntas del Grupo Especial en la primera reunión sustantiva	A-2
Anexo A-2	Resumen de las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas del Grupo Especial en la primera reunión sustantiva	A-20
Anexo A-3	Resumen de las respuestas del Canadá a las preguntas del Grupo Especial en la segunda reunión sustantiva	A-48
Anexo A-4	Resumen de las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas del Grupo Especial en la segunda reunión sustantiva	A-65
Anexo A-5	Carta de los Estados Unidos, con comentarios sobre las respuestas del Canadá a las preguntas formuladas en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial	A-82
Anexo A-6	Carta dirigida al Grupo especial por el Canadá, con sus comentarios a la carta de los Estados Unidos de 7 de marzo de 2001	A-86

ANEXO A-1

RESUMEN DE LAS RESPUESTAS DEL CANADÁ A LAS PREGUNTAS DEL GRUPO ESPECIAL EN LA PRIMERA REUNIÓN SUSTANTIVA

(28 de febrero de 2001)

PRIMERA REUNIÓN DEL GRUPO ESPECIAL CON LAS PARTES - PREGUNTAS DE FECHA 18 DE ENERO DE 2001

I. PREGUNTAS A LAS DOS PARTES

Pregunta 1

¿Qué entienden ustedes por "limitación de las exportaciones"? Es decir, ¿cuáles son las características esenciales definitorias de una limitación de las exportaciones que sean comunes a todas las "limitaciones" de esta clase, independientemente de la forma concreta que adopten en una situación determinada, y de los otros elementos que puedan formar parte de una determinada medida que incluya una limitación de las exportaciones? ¿Pueden ustedes explicar cómo funciona una limitación de las exportaciones? ¿Pueden dar algún ejemplo de una limitación de las exportaciones de la que pueda decirse que equivale a una subvención en el sentido de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (SMC)?

Respuesta

Una limitación de las exportaciones es una medida en frontera que toma la forma de una ley o reglamento gubernamental que limita expresamente la cantidad de las exportaciones o condiciona las circunstancias en las que pueden autorizarse las exportaciones. Estas medidas también pueden imponerse en forma de una tasa o gravamen sobre la exportación del producto, calculado de manera que limite el volumen de las exportaciones.

El Canadá no puede concebir una limitación de las exportaciones que responda, ni siquiera hipotéticamente, a la definición de "contribución financiera" del párrafo 1 a) del artículo 1 del Acuerdo SMC.

Pregunta 2

¿Están ustedes de acuerdo en que el hecho de otorgar un beneficio con arreglo al párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC no tiene nada que ver con la existencia de una contribución financiera según el párrafo 1 a) de este mismo artículo?

Respuesta

Sí, "beneficio" y "contribuciones financieras" son elementos jurídicos discrecionales de la definición de una subvención. El Canadá se ha remitido, a este respecto, a las declaraciones del Órgano de Apelación en los casos *Canadá y Brasil - Aeronaves*.

II. PREGUNTAS AL CANADÁ

Pregunta 3

¿Están ustedes de acuerdo con la interpretación de los Estados Unidos según la cual lo que piden al Grupo Especial es una resolución en el sentido de que una limitación de las exportaciones no puede constituir nunca, en ninguna circunstancia, una subvención?

Respuesta

El Canadá no puede prever ninguna circunstancia en la que una limitación de las exportaciones responda a la definición de "contribución financiera" del párrafo 1 a) del artículo 1 del Acuerdo SMC. Insistimos en que lo que pide el Canadá a este Grupo Especial es que determine si el trato dado a las limitaciones a la exportación con arreglo a la legislación estadounidense es incompatible con la definición de "contribución financiera" del mencionado párrafo 1 a) del artículo 1.

Pregunta 4

En el párrafo 4 de su primera comunicación por escrito, indican ustedes lo siguiente:

"Estas medidas, *consideradas en conjunto*, son incompatibles con el párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC y, al prescribir la imposición de derechos compensatorios contra prácticas que no son subvenciones en el sentido de lo dispuesto en el mencionado párrafo 1, son incompatibles con el artículo 10 (así como con los artículos 11, 17 y 19, en cuanto están relacionados con los requisitos del artículo 10) y 32.1 del Acuerdo SMC" (sin cursivas en el original).

En el párrafo 15 de su respuesta a la solicitud de resoluciones preliminares de los Estados Unidos afirman ustedes también que:

"... de conformidad con la observación del Grupo Especial en el caso *Estados Unidos - Artículo 301*, los elementos de la legislación estadounidense que se debaten en esta diferencia deben *analizarse conjuntamente*" (sin cursivas en el original).

¿Puede considerarse que el artículo 771(5) de la Ley de Aranceles, la DAA, el Preámbulo y la "práctica" de los Estados Unidos, son "medidas" que pueden prestarse *individualmente* a un procedimiento de solución de diferencias? ¿Alegan ustedes que cualquiera de las cuatro medidas identificadas es, de por sí, incompatible con el Acuerdo SMC? ¿O bien el Grupo Especial debería considerar simplemente que las cuatro medidas identificadas forman un todo? En otras palabras, ¿debería el Grupo Especial considerar estas cuatro medidas solamente "en conjunto"?

Respuesta

El Canadá impugna el trato dado a las limitaciones a la exportación con arreglo a la Ley sobre derechos compensatorios de los Estados Unidos (LDC), que es resultado de las medidas indicadas por el Canadá, consideradas en conjunto. Este trato es incompatible con las obligaciones de los Estados Unidos en virtud del Acuerdo SMC, y del Acuerdo sobre la OMC. Así pues, estas medidas deben analizarse conjuntamente para determinar el trato dado a las limitaciones a la exportación de conformidad con la Ley sobre derechos compensatorios de los Estados Unidos. Esto no significa que las medidas, consideradas individualmente, no se presten a un procedimiento de solución de diferencias. Si el Grupo Especial determinase que una de las medidas identificadas por el Canadá no es una "medida", esto no significaría que las restantes medidas, consideradas en conjunto, no pudieran prestarse a un procedimiento de solución de diferencias.

La DAA prescribe expresamente que los Estados Unidos deben seguir ateniéndose a su práctica anterior a la OMC con respecto a las limitaciones a la exportación, e indica claramente que, a juicio de los Estados Unidos, esta práctica es compatible tanto con el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del Acuerdo SMC como con el artículo 771(5)(B)(iii) de la *Ley de Aranceles de 1930*. El Preámbulo indica lo mismo. A juicio del Canadá, toda medida que sea incompatible con una obligación pertinente se presta a un procedimiento de solución de diferencias. Según lo dispuesto en el párrafo 5 del artículo 32 del Acuerdo SMC, los Miembros deben asegurarse de que sus leyes, reglamentos y procedimientos administrativos están en conformidad con las disposiciones del Acuerdo.

Pregunta 5

Suponiendo, a modo de hipótesis, que las medidas que ustedes impugnan no exijan -pero sí autoricen- que las limitaciones a la exportación sean tratadas como contribuciones financieras en el sentido de lo dispuesto en el artículo 1 del Acuerdo SMC, ¿podría determinarse que estas medidas son incompatibles con las obligaciones de los Estados Unidos en su calidad de Miembro de la OMC? De ser así ¿por qué motivos? De lo contrario, sírvase explicar la razón.

Respuesta

Estas medidas, consideradas en conjunto, exigen que los Estados Unidos den a las limitaciones a la exportación el trato de contribuciones financieras en el sentido de lo dispuesto en el artículo 1 del Acuerdo SMC. Si las medidas se limitasen a autorizar el trato de las limitaciones a la exportación como contribuciones financieras en el sentido de que no obligasen a los Estados Unidos interpretar en este sentido el artículo 771(5)(B)(iii) (tratar las limitaciones de la exportación como "contribuciones financieras") no debería llegarse a la determinación de que estas medidas son incompatibles con las obligaciones de los Estados Unidos dimanantes de la OMC. Esta constatación supondría implícitamente que los Estados Unidos no habrían alterado sustancialmente la previsibilidad de las condiciones del comercio, como se considera en los casos *Estados Unidos - Ley Antidumping de 1916* y *Estados Unidos - Superfund*.

Sin embargo, esta constatación no estaría justificada ya que tanto la DAA como el Preámbulo indican claramente que los Estados Unidos están obligados a interpretar la ley en el sentido de que las limitaciones a la exportación han de tratarse como contribuciones financieras. La incoación del caso *Ganado en pie* y la terminología de los casos *Ganado en pie* y *Acero inoxidable*, de Corea, reflejan la práctica administrativa de atenerse al compromiso estipulado en la DAA y el Preámbulo. En sus comunicaciones, los Estados Unidos han indicado claramente que consideran que las limitaciones a la exportación pueden considerarse "contribuciones financieras" con arreglo a la definición de "subvención". El Canadá amplía estos comentarios en la parte II de su segunda comunicación.

PRIMERA REUNIÓN DEL GRUPO ESPECIAL CON LAS PARTES - PREGUNTAS DE FECHA 19 DE ENERO DE 2001

I. PREGUNTAS A LAS DOS PARTES

Pregunta 1

Afirman ustedes que el sujeto del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 son las "subvenciones indirectas" (en el caso del Canadá que este artículo abarca la totalidad del concepto). ¿En qué medida sus argumentos en base al párrafo 1 del artículo 1 dependen de la equiparación de los subsidios del tipo definido en el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 con las "subvenciones indirectas", en su totalidad o en parte? En otros términos, la medida en que las limitaciones a la exportación encajan o no con lo dispuesto en el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 ¿depende de que esta disposición tenga por objeto las subvenciones indirectas, y no las directas? ¿Qué luz arrojan sobre las cuestiones en litigio sus argumentos según los cuales el sujeto del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 son las subvenciones "indirectas", y no las "directas"?

Respuesta

La posición del Canadá no depende de la equiparación de acciones del gobierno que puedan satisfacer las disposiciones del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 con las "subvenciones indirectas", término éste que no aparece en el Acuerdo SMC ni en el GATT. El párrafo 1 del artículo 1 determina claramente qué acciones del gobierno, y en qué circunstancias, pueden considerarse una concesión indirecta de una contribución financiera que, si otorga un beneficio, constituirá una subvención. El párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 es la parte específica de la definición que trata de la cuestión de la concesión indirecta.

Los Estados Unidos afirman esencialmente que, dado que el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 se refiere a lo que ellos llaman "subvenciones indirectas", la disposición debe interpretarse en sentido lato. El intento de los Estados Unidos, articulado en la DAA y en el Preámbulo, de hacer encajar las limitaciones a la exportación en la definición de "subvención" del párrafo 1 del artículo 1, se basa en el inciso iv), que es donde las limitaciones a la exportación podrían "encajar" con la definición de contribución financiera.

El hecho de que el sujeto del inciso iv) sean las subvenciones "indirectas" y no las "directas" tiene por lo menos tres consecuencias; en primer lugar, la concesión indirecta de una contribución financiera no es una "contribución financiera" si no satisface una cualquiera de las cinco condiciones establecidas en este inciso. Las limitaciones a la exportación no satisfacen estas condiciones.

En segundo lugar, el intento de los Estados Unidos de encajar las limitaciones a la exportación en las disposiciones del inciso iv) altera no sólo el texto de este inciso sino también su objetivo y finalidad. Si se considera que proporcionar un bien es una limitación de las exportaciones porque *podría* dar lugar a una mayor disponibilidad nacional de un producto, *cualquier* medida que pudiera inducir o alentar a los productores nacionales a aumentar la oferta de un producto debería considerarse equivalente a proporcionar un bien y, por consiguiente, una contribución financiera. Ésta es una extensión impensable de la definición de "subvención" del Acuerdo, menoscaba la negociación de la Ronda Uruguay y pone fin a la seguridad y la previsibilidad conseguidas en esta ocasión. El párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 no tiene por objeto abarcar la multitud de acciones regulatorias de los gobiernos que no son "contribuciones financieras" según lo dispuesto en los incisos i) a iii), aunque estas medidas puedan tener algún efecto beneficioso para los agentes privados. Lo que se quería más bien era que un gobierno no pudiera eludir las disciplinas en materia de subvenciones, por lo demás aplicables, encargando a una entidad privada que hiciera una "contribución financiera" que normalmente el gobierno habría hecho directamente.

En tercer lugar, el inciso iv) sólo prevé contribuciones financieras "indirectas" en la medida en que una acción gubernamental responda al significado evidente de ese término. Los Estados Unidos tratan de eludir esta consecuencia redefiniendo la palabra "ordena" de manera que signifique "causa" e incorporando los conceptos de "equivalencia funcional" y similitud "conceptual" a la disposición, con lo que se introduce un segundo nivel, ilimitado, de indirección que no existe en el texto.

Pregunta 2

¿Cuál es el significado corriente, de conformidad con el artículo 31 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, de la palabra "type" que figura en la versión inglesa del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1?

Respuesta

Según el diccionario inglés, por "type" ("tipo") se entiende "a class of things or persons having common characteristics" ("una clase de cosas o personas que tienen características comunes"). En el contexto del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1, las cosas que presentan características comunes

son las funciones o formas de la acción gubernamental enumeradas en los incisos i) a iii). La característica común que las define como "tipo" es que, en el significado corriente de este párrafo, cada una de ellas es una contribución financiera a los efectos del Acuerdo. Sin embargo, el Acuerdo establece explícitamente que se trata de funciones realizadas por los gobiernos. Por consiguiente, si los redactores del texto inglés se hubieran limitado a escribir "one or more of the functions illustrated in (i) through (iii)" ("una o más de las funciones descritas en los incisos i) a iii)'), el texto habría carecido de significado. Para incluir las mismas prácticas *cuando las lleva a cabo una entidad privada*, los redactores no podían referirse únicamente a las "functions" de i) a iii) sino que tenían que especificar "type of functions". La palabra "type" era fundamental para incluir el elemento esencial de cada función en los incisos i) a iii), sin incorporar la referencia al gobierno que aparece explícitamente en el texto. La función que lleva a cabo una entidad privada es de por sí distinta (aunque sólo técnicamente) de la que realiza un gobierno.

El argumento de los Estados Unidos se basa únicamente en una definición de "tipo", y no en el análisis del término en su contexto. Además, es fundamentalmente ilógico y contrario al objetivo y la finalidad del inciso iv), a la definición de subvención y, más en general, al Acuerdo SMC. El argumento estadounidense implica que el inciso iv) se presta a una interpretación mucho más amplia, *no definida*, que comprende toda una serie de acciones, aunque con este argumento no sería posible dar una misma interpretación amplia y no definida de los incisos i) a iii). En otras palabras, una amplia variedad de acciones constituirían contribuciones financieras cuando las efectuase una entidad privada por orden del gobierno según lo dispuesto en iv), pero estas mismas acciones no estarían sujetas a las disciplinas del Acuerdo SMC si las efectuasen los propios gobiernos.

El texto del inciso iv) establece claramente que su finalidad precisa son las contribuciones financieras que, por regla general, hacen los gobiernos. La definición de "subvención" constituye la piedra angular del Acuerdo precisamente porque *define* cuáles acciones del gobierno (tanto si las hace el propio gobierno como si las encomienda u ordena a una entidad privada), están sujetas a las disciplinas del Acuerdo. En el objetivo y finalidad del Acuerdo está incluida la sujeción a sus disciplinas de ciertas acciones de los gobiernos y la aplicación de medidas compensatorias a esas acciones. Los antecedentes de la negociación de la Ronda Uruguay no refrendan la idea de que el inciso iv) transforma el objetivo primordial del Acuerdo, sometiendo a sus disciplinas una amplia variedad de acciones privadas que no están sujetas a estas disciplinas cuando las llevan a cabo los gobiernos.

La frase inglesa "type of functions illustrated in (i) to (iii) above" ("funciones del tipo descrito en los incisos i) a iii) *supra*") no confiere al inciso iv) un alcance mayor que el de los incisos i) a iii), sino que vincula simplemente la acción gubernamental del inciso iv) a las funciones definidas y delimitadas en los incisos i) a iii). El inciso iv) amplía el alcance de la "contribución financiera" sólo en la medida en que incluye en la definición acciones que el gobierno "encomienda a una entidad privada", en vez de hacerlas por su cuenta.

II. PREGUNTAS AL CANADÁ

Pregunta 3

Hemos observado que en el párrafo 29 de la versión escrita de su declaración oral en la primera reunión del Grupo Especial, utilizan ustedes la palabra "may" ("podrán"), pero que en la versión oral de la declaración emplearon la palabra "must" ("deberán"). En respuesta a nuestra pregunta oral sobre este asunto, ustedes afirmaron que la versión escrita ("may") es la correcta. Sírvanse confirmarlo.

Respuesta

El Canadá confirma que la versión escrita de su declaración oral ("may") es la correcta.

Pregunta 4

En el párrafo 18 de su declaración oral en la primera reunión del Grupo Especial, las Comunidades Europeas presentaron un resumen de su opinión sobre las alegaciones y argumentos del Canadá en esta diferencia. ¿Están ustedes de acuerdo con este resumen? De lo contrario, sírvanse explicar en detalle en qué aspectos no están de acuerdo.

Respuesta

El Canadá está de acuerdo en que la práctica anterior a la OMC se ha transferido a la fase posterior a la creación de la Organización (legislación LDC de los Estados Unidos) mediante su incorporación a la DAA y al Preámbulo. El Canadá está de acuerdo también en que la práctica posterior a la OMC en los Estados Unidos demuestra esta incorporación. El Canadá opina que esta última práctica es una manifestación de un compromiso o política administrativa de atenerse a una opinión jurídica particular o aplicar una interpretación o metodología especial en los casos futuros. El resumen de las CE no es completo por cuanto no incluye ninguna referencia a las preocupaciones que la práctica estadounidense suscita en el Canadá, en relación con la reparación que ha solicitado.

Pregunta 5

Supongamos que un gobierno ordena a ciertos bancos privados que reserven el 10 por ciento de los fondos disponibles para créditos a un determinado grupo de prestatarios, o sea que los bancos, aunque no estén obligados a hacer préstamos a estos prestatarios, no puedan prestar los fondos reservados a ningún otro prestatario. A su juicio, ¿constituiría esta situación una contribución financiera en forma de una transferencia directa de fondos, o una transferencia directa potencial de fondos, ordenada por el gobierno en el sentido de los incisos i) y iv) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1? En caso negativo, ¿por qué no? En caso afirmativo, ¿qué distinción puede hacerse, con respecto a la cuestión de la "contribución financiera", entre esta situación y la imposición de una limitación a las exportaciones? Sírvanse dar explicaciones.

Respuesta

En opinión del Canadá la situación descrita no constituiría una "contribución financiera" en el sentido de lo dispuesto en el párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC. Podría considerarse, adecuadamente, que la reserva es un resultado de la orden del gobierno, ya que (supuestamente) la ley obliga a los bancos a hacerla. Sin embargo, no puede decirse que los bancos hayan recibido la "orden" de hacer una "transferencia directa de fondos" al grupo designado de prestatarios, ya que los bancos no están obligados a prestar fondos a este grupo. Es más, los bancos, basándose en consideraciones generalmente aceptadas del riesgo financiero y la necesaria cautela, pueden preferir que los fondos permanezcan inactivos en vez de prestarlos al grupo designado de prestatarios. (En su respuesta completa el Canadá da ejemplos de las razones que pueden justificar este proceder.) Cada banco haría su propia evaluación de la conveniencia de prestar los fondos, con la necesaria prudencia.

La posibilidad de que los bancos opten por prestar los fondos reservados al grupo designado de prestatarios no constituye una orden del gobierno de hacer "posibles transferencias directas de fondos". Las "posibles" transferencias directas de fondos contempladas en el párrafo 1 a) 1) i) del artículo 1, no se hacen "reales" por la decisión del posible receptor sino por la existencia de una relación jurídica que cree una obligación contingente y por un acontecimiento concreto que dé lugar a la transferencia directa de los fondos. La palabra "posible" del párrafo 1 a) 1) i) del artículo 1 es una referencia al acontecimiento concreto que pone en marcha el proceso de la transferencia directa de los fondos.

Pregunta 6

De conformidad con sus argumentos de los párrafos 39 y 40 de su declaración oral en la primera reunión del Grupo Especial, ¿entienden ustedes que no puede haber ninguna circunstancia en la cual un productor no tuviera otra opción que vender sus bienes a los usuarios nacionales de su producto, a raíz de la imposición de una limitación a las exportaciones?

Respuesta

El Canadá no puede concebir una situación en la que la limitación de las exportaciones deje a un productor sin más opción que vender sus bienes a los usuarios nacionales de esos productos. El productor siempre podrá elegir entre varias opciones. Por ejemplo, un productor podría proceder a una integración vertical y, según cuáles sean las circunstancias, vender un producto en una fase anterior o posterior del proceso de producción que no esté sujeta a limitaciones en los mercados internos o de exportación. Asimismo, el productor podría optar por producir o vender un producto totalmente distinto, o utilizar su capital en una actividad económica completamente diferente. Asimismo, un productor puede siempre optar por reducir su producción, o dejar de producir el bien de que se trate.

Pregunta 7

Sírvanse comentar el argumento de los Estados Unidos según el cual la afirmación de que una limitación de las exportaciones no puede constituir nunca, en ninguna circunstancia, una contribución financiera, es simplemente demasiado abstracta para que el Grupo Especial pueda decidir al respecto, es decir, que la gama de posibles medidas de limitación de las exportaciones es demasiado amplia para que el Grupo Especial pueda imaginarlas todas y resolver que ninguna de ellas podrá considerarse nunca una contribución financiera.

Respuesta

Ésta no es la resolución que ha pedido el Canadá, aunque está de acuerdo en que una limitación de las exportaciones no puede constituir nunca una contribución financiera. No es una cuestión abstracta. Una limitación de las exportaciones es una medida en frontera que toma la forma de una ley o reglamento del gobierno que limita expresamente la cantidad de exportaciones o establece condiciones explícitas para las circunstancias en que se autoricen las exportaciones. También puede tomar la forma de una tasa o gravamen del gobierno sobre las exportaciones del producto, calculada de forma que limite el volumen de estas exportaciones. Para los fines de la evaluación de la compatibilidad de las medidas estadounidenses con el Acuerdo SMC, el presente Grupo Especial tiene que determinar si estas acciones del gobierno forman parte de la serie de acciones definidas como "contribuciones financieras" por el párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo.

El nivel de limitación puede variar, pero ello no modifica la naturaleza básica de una limitación de las exportaciones. Estas variaciones no confieren un carácter abstracto a la cuestión ni alteran la naturaleza de las medidas, que sirve para determinar si constituyen una contribución financiera; son acciones del gobierno que limitan las exportaciones.

Al considerar la pertinencia de las variaciones en las restricciones a la exportación, debe hacerse una distinción entre la "acción" y el "efecto". El párrafo 1 a) 1) del artículo 1 delimita una clase de *acciones* del gobierno que se definen como contribuciones financieras, siendo éste el primer elemento de la definición de una subvención. El párrafo 1 b) del artículo 1 expone un segundo elemento ("con ello se otorgue un beneficio") que corresponde al *efecto* de las acciones gubernamentales definidas en el primer elemento. Los Estados Unidos han centrado su argumentación en el efecto.

Pregunta 8

Sírvanse comentar la declaración de las CE que figura en la nota 21 de pie de página de su comunicación escrita, de que una limitación de las exportaciones podría formar parte de una serie de medidas que, consideradas en conjunto, equivalgan a la "orden" del gobierno que prevé el inciso iv). El ejemplo dado por las Comunidades Europeas es el de una prohibición gubernamental de las exportaciones de un producto y una exigencia de que el productor mantenga niveles de producción y venda el producto a un determinado precio a usuarios de una fase posterior del proceso de producción. ¿Cómo debería considerarse una medida (o conjunto de medidas) de esta clase, si se plantease en una investigación sobre derechos compensatorios? ¿Existiría una contribución financiera, y se derivaría de la medida íntegra o sólo de alguna de sus partes?

Respuesta

El Canadá pide a este Grupo Especial que determine si una limitación de las exportaciones satisface de por sí la definición de contribución financiera del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC. No le pide que decida acerca de la coherencia con la OMC de alguna otra medida que implique una limitación de las exportaciones y de otra, u otras, acciones del gobierno cuando éstas puedan constituir de por sí una contribución financiera en el sentido del inciso iv). En el ejemplo facilitado por las CE no es una limitación de las exportaciones lo que determina si existe una contribución financiera. El elemento que contribuiría a esta determinación es la condición concreta de que los productores en cuestión mantengan niveles de producción del producto y vendan el producto a determinados usuarios en las fases posteriores del proceso de producción.

Para emprender una investigación de derechos compensatorios sobre este conjunto de medidas, la autoridad investigadora ha de estar convencida -y explicar por qué- de que la condición concreta de que los productores en cuestión mantengan niveles de producción del producto y lo vendan a ciertos precios a determinados usuarios en una fase posterior del proceso de producción cumple los requisitos estipulados en el párrafo 2 del artículo 11 del Acuerdo SMC y, más en concreto, que esta condición prueba suficientemente la existencia de una "subvención", es decir, que prueba suficientemente la existencia de una "contribución financiera", un "beneficio", y una "especificidad".

Pregunta 9

El Grupo Especial toma nota de la respuesta de ustedes, que figura en los párrafos 26 y 27 de su declaración oral en la primera reunión del Grupo, al argumento de los Estados Unidos según el cual una limitación de las exportaciones puede ser el "equivalente funcional" de una obligación positiva de proporcionar un bien a los compradores nacionales, en la medida en que, al ordenar a los productores que no exporten, se les ordena también que encuentren los únicos compradores a los que pueden vender sus productos. Suponiendo una situación en la que los productores no tengan otra opción que vender a compradores nacionales (o sea, que no pueden ejercer ninguna de las opciones teóricas que según la Comunidad Europea tienen a su alcance), ¿sobre qué base sustantiva podría distinguirse entre una limitación de las exportaciones y una obligación positiva de proporcionar el producto objeto de la limitación a compradores nacionales?

Respuesta

El Canadá ha dicho en sus comunicaciones que no puede concebir que una limitación de las exportaciones ponga de por sí a un productor en una situación que no le deje otra opción económica que vender sus productos a los mismos usuarios nacionales a los que los vendía antes de que se impusiera la limitación. Para los productores, la "opción única" de vender a los usuarios nacionales presupone la existencia de alguna acción gubernamental que no sea una limitación de las

exportaciones. Es esta otra acción gubernamental, y no la limitación de las exportaciones, la que podría constituir una contribución financiera. Es esta otra acción gubernamental la que crea una obligación de proporcionar el bien objeto de la limitación. Una limitación de las exportaciones, como no es más que una prohibición de hacer algo, no puede por sí sola transformarse en una obligación positiva. Los Estados Unidos pasan por alto el texto del Acuerdo SMC en favor de determinaciones económicas de las acciones gubernamentales que pueden surtir efectos similares a las definidas como contribuciones financieras en el Acuerdo.

Pregunta 10

Parecen alegar ustedes que una "entidad privada" en el sentido del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 ha de ser una "colectividad" organizada, y que, por consiguiente, el mero hecho de compartir una característica común (por ejemplo los mineros que se dedican a la extracción del oro) no basta para transformar a un grupo de entidades individuales en una "entidad privada". ¿Aducen ustedes que un productor individual de un bien no puede ser una "entidad privada" porque no forma parte de una "colectividad" organizada? De no ser así, ¿afirman ustedes que cada productor individual de un bien puede ser una "entidad privada", pero que, considerados en conjunto (o sea, desde la perspectiva de sus características comunes) estos productores no podrían ser una "entidad privada"? Sírvanse dar explicaciones.

Respuesta

La interpretación del Canadá se basa tanto en el significado corriente del término "entidad privada" como en su significado contextual, o sea, el de la frase "... un gobierno ... encomiende a una entidad privada ... o le ordene que ... lleve a cabo" una contribución financiera que normalmente incumbiría al gobierno de que se trate, y que constituye una práctica general de los gobiernos. La "entidad privada" es receptora del encargo o la orden del gobierno, y hace las veces de éste cuando realiza la contribución financiera. En este contexto, el simple hecho de que unos individuos compartan una característica común (por ejemplo, los banqueros) que no guarda relación con un encargo u orden de llevar a cabo una contribución financiera, no les transforma en una entidad privada en el sentido del inciso iv).

El Canadá entiende que el significado correcto de "entidad privada" es "un grupo de individuos *organizados con algún fin*". En el contexto del inciso iv), lo que hace que las entidades individuales "se organicen con algún fin" es la circunstancia de que el gobierno les haya encomendado u ordenado hacer una contribución financiera, lo que necesariamente designaría a las personas receptoras del encargo u orden y definiría la finalidad de dicho encargo u orden como la de hacer una contribución financiera. Aunque los individuos puedan ser banqueros, ello no les convierte en una "entidad privada" en el sentido del inciso iv). Así pues, una ley, reglamento o norma administrativa que obligue a "todos los banqueros" a hacer préstamos (en sustitución de los préstamos del gobierno) a la industria X podría convertir a los banqueros en una "entidad privada", pero el simple hecho de que se dediquen al negocio de la banca no hace de ellos una "entidad privada".

De modo análogo, una ley que exija a los productores individuales de un producto (por ejemplo, los cultivadores de cebada) que suministren este producto, o una orden del gobierno que atribuya expresamente a esos productores individuales la responsabilidad de suministrar este producto, podrían hacer de dichos productores una "entidad privada", pero este calificativo no se les aplica por el simple hecho de ser productores de un producto. Si el gobierno no les encomienda u ordena que suministren este producto, no se les podrá considerar una "entidad privada" por razón de cualquier *otra* acción del gobierno (una modificación del régimen fiscal, una limitación de las exportaciones, una imposición o una reducción de derechos) que pueda tener un efecto económico en el mercado del que forman parte.

Un gobierno puede encomendar u ordenar a un individuo o a una entidad que hagan una contribución financiera de conformidad con lo dispuesto en el inciso iv), y en tal caso el individuo o la entidad serían una "entidad privada". Sin embargo, esto no significa que la noción de "entidad privada" pueda aislarse de su contexto y entenderse en el sentido de "cualquier persona (o personas privadas)". El Canadá observa que si los redactores hubiesen querido decir "cualquier persona (o personas privadas)", no habrían utilizado probablemente el término "entidad privada".

Pregunta 11

Aducen ustedes que los Estados Unidos interpretan con excesiva latitud el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1, en lo relativo al hecho de que un gobierno encomiende u ordene a una entidad privada que suministre un producto. A su juicio, la interpretación de los Estados Unidos podría abrir la puerta a la definición de cualquier medida regulatoria del gobierno que aumente la oferta interna de un producto como un suministro de un producto ordenado por el gobierno:

- a) A su entender, ¿en qué medida debe hacerse una interpretación estricta de esta disposición? ¿Considerarían ustedes que si un gobierno ordena a un productor que venda su producto a un determinado cliente (o clientes) sin especificar el precio, cantidad u otras circunstancias, ello constituiría un suministro de un producto ordenado por el gobierno? De lo contrario, ¿por qué no?**

Respuesta

La cuestión que está considerando este Grupo Especial no consiste en interpretar en sentido "estricto" o "lato" el inciso iv), sino en entender la disposición de manera que dé efecto al significado corriente de sus términos. En el ejemplo facilitado, el Canadá considera que el hecho de que un gobierno ordene a un productor vender su producto a determinado(s) cliente(s) constituiría un suministro de un producto ordenado por el gobierno. El que ello fuese también una contribución financiera dependería de que se cumpliesen las otras condiciones del inciso iv).

- b) A su juicio, ¿hay circunstancias que no sean una exigencia *explícita* de un gobierno de proporcionar un determinado producto a determinados compradores que serían constitutivas de un suministro de productos encomendado u ordenado por el gobierno?**

Respuesta

Interpretando las palabras "encomendar" y "ordenar" en su sentido corriente, el Canadá entiende que sólo una exigencia explícita de un gobierno de proporcionar un determinado producto a determinados clientes podría constituir un suministro de productos encomendado u ordenado por el gobierno. En su sentido corriente, las palabras "encomendar" u "ordenar" denotan una acción positiva consistente en ordenar o encargar a alguien que haga algo. Según la definición del *New Shorter Oxford English Dictionary*, "entrust" ("encomendar") significa "invest with a trust; give (a person, etc.) the responsibility for a task ..." ("confiar algo a alguien; asignar (a una persona, etc.) la responsabilidad de una tarea ..."). Así pues, el término "encomendar" tiene una fuerte connotación activa. Esta interpretación de "encomendar" ("entrust") la recoge también el *Concise Oxford Dictionary*, que la define como "give responsibility for (a person or a thing) to a person in whom one has confidence ..." ("asignar la responsabilidad de (una persona o una cosa) a una persona en la que se tenga confianza ... asignar la responsabilidad de una cosa a (una persona) ..."). El significado corriente de la palabra "ordenar" ("direct") es "to give authoritative instructions to; to ordain, order or appoint (a person) to do (a thing) to be done; order the performance of" ("dar instrucciones autorizadas a; ordenar, dar una orden o nombrar a (una persona) para que haga (una cosa); ordenar la realización de").

La naturaleza "explícita" de estas acciones se ve confirmada por el complemento de "encomiende" u "ordene", o sea, "que las lleve a cabo". El significado corriente de "llevar a cabo" es "llevar a su término, poner en práctica" o "poner en ejecución". La frase entera "encomiende ... o le ordene que las lleve a cabo" hace pensar en la comunicación de un deber o instrucción que ha de cumplirse o ejecutarse, o sea, una acción explícita (no implícita).

- c) **Teniendo en cuenta sus respuestas a las preguntas a) y b) *supra*, ¿qué relación de causa y efecto ha de darse entre la acción de un gobierno y la acción de una entidad privada para que se pueda considerar que se ha "encomendado u ordenado" algo, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1?**

Respuesta

La relación de causa y efecto no tiene nada que ver. Se trata de una acción del gobierno que encomienda u ordena a una entidad privada, por ejemplo, que suministre un producto. Es esta acción del gobierno la que da lugar, en potencia, a una contribución financiera, siempre y cuando se reúnan todas las demás condiciones.

Pregunta 12

Según afirman ustedes, cuando el gobierno encomienda u ordena a una entidad privada que lleve a cabo una de las funciones de los tipos descritos en los incisos i) a iii) del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1, el inciso iv) exige que esta función sea una de las que normalmente incumbiría al gobierno, y añade que no ha de diferir, en ningún sentido real, de las prácticas normalmente seguidas por los gobiernos:

- a) **Sírvanse explicar cómo, a su juicio, estos conceptos o prescripciones encajan en el contexto de las funciones enumeradas en los incisos i) a iii). ¿No podría afirmarse también que muchas de estas funciones las lleva a cabo "normalmente" el sector privado (por ejemplo, inversión del capital social, préstamo de dinero, suministro o adquisición de bienes, etc.)? ¿En qué condiciones o circunstancias podría decirse que estas funciones las lleva a cabo "normalmente" un gobierno?**

Respuesta

Ante todo es necesario aclarar el significado de las expresiones "que normalmente incumbirían al gobierno" y "la práctica no difiera, en ningún sentido real, de las prácticas normalmente seguidas por los gobiernos". En la frase "un gobierno ... encomiende ... o le ordene" por "un gobierno" se entiende el gobierno que se está investigando de conformidad con el inciso iv). La frase "que normalmente incumbirían al gobierno" se refiere a este mismo gobierno, y "prácticas normalmente seguidas por los gobiernos" atañe a los gobiernos en sentido genérico. Por consiguiente, el inciso iv) no abarca todas las funciones de los tipos definidos en los incisos i) a iii), porque la frase "que normalmente incumbirían al gobierno" impone una limitación fundamental al alcance del primero. Cualquier otra interpretación privaría de todo significado o efecto a la frase "que normalmente incumbirían al gobierno".

En la frase "la práctica no difiera, en ningún sentido real, de las prácticas normalmente seguidas por los gobiernos", esta "práctica" consiste en llevar a cabo "una o varias de las funciones descritas en los incisos i) a iii)" por parte de una entidad privada, o sea, que la entidad privada haga una contribución financiera. Esta práctica no ha de diferir, en ningún sentido real, de las prácticas normalmente seguidas por los gobiernos. Así pues, la contribución financiera debería ser una de las que realiza normalmente el gobierno de que se trate, y una de las que hacen los gobiernos en general.

El Canadá cree que las frases "normalmente incumbirían" y "normalmente seguidas" del inciso iv) son de carácter expresamente restrictivo y establecen de modo inequívoco que una función de las descritas en los incisos i) a iii), cuando la lleve a cabo una entidad privada por orden del gobierno, sólo constituirá una contribución financiera cuando la entidad privada esté realizando una función normal del gobierno en lugar del gobierno en cuestión.

Si bien es frecuente que un cierto número de funciones descritas en i) a iii) las lleve a cabo "normalmente" el sector privado, la redacción del artículo contempla evidentemente la posibilidad de que haya circunstancias en las que podría decirse que estas funciones son "normalmente" realizadas por un gobierno determinado, y normalmente practicadas por los gobiernos en general. Así pues, aunque estas condiciones limitan el alcance del inciso iv), no lo anulan por completo. Sin prejuzgar cuáles circunstancias podrían ser suficientes en un caso determinado, el Canadá observa, por ejemplo, que los servicios de eliminación de desechos pueden normalmente correr a cargo de un gobierno determinado, y son proporcionados comúnmente por los gobiernos en general. Sin embargo, no puede ser que la simple capacidad o facultad de un gobierno de encomendar u ordenar algo a una entidad privada signifique que la función "incumbe al gobierno", o es una práctica "normalmente seguida por los gobiernos". Esta interpretación haría que estos términos fueran redundantes con "encomiende u ordene".

- b) Los Estados Unidos afirman que estas funciones son funciones "normales" del gobierno en el contexto de la concesión de subvenciones. Teniendo en cuenta que en sus argumentos ustedes hacen hincapié en que los conceptos de contribución financiera y beneficio son distintos y no deben confundirse ni mezclarse, ¿es correcto que no estén ustedes de acuerdo con esta declaración de los Estados Unidos? Si no están ustedes de acuerdo con los Estados Unidos a este respecto, ¿por qué otra razón, o en qué otras circunstancias, consideran ustedes que estas funciones estarían comprendidas en el ámbito de las actividades "normales" del gobierno, y por consiguiente cumplirían las condiciones del inciso iv)?**

Respuesta

Las "funciones" del inciso iv) (es decir, las que normalmente incumbirían al gobierno, o las prácticas normalmente seguidas por los gobiernos) son las formas de la acción gubernamental que constituyen una "contribución financiera" con arreglo a las restantes disposiciones del párrafo 1 a) 1) del artículo 1, independientemente de cuáles sean sus "efectos". Como no puede haber una "subvención" si la contribución financiera de que se trata no confiere un beneficio, el argumento de los Estados Unidos equivaldría a incluir en el inciso iv) una frase ("en el contexto de la concesión de una subvención"), que no figura en él. Además, el argumento de los Estados Unidos es circular: para determinar si ha habido una "contribución financiera" de conformidad con el inciso iv), habría que determinar primero si se ha concedido una subvención, aunque la contribución financiera es un requisito previo de la existencia de una subvención. Asimismo, para determinar si ha existido una "contribución financiera" habría que determinar antes si hubo un "beneficio", aunque, como expresa claramente el párrafo 1 del artículo 1, es la contribución financiera la que tiene que conferir el beneficio, y no lo contrario.

En respuesta a la pregunta a), el Canadá ha tratado de describir las circunstancias en las que las funciones descritas en i) a iii) podrían cumplir las condiciones del inciso iv).

- c) **El proyecto Cartland I¹ combinaba en cada uno de los incisos i) a iv) los conceptos de contribución financiera y beneficio. Además, el inciso iv) contenía las expresiones "normalmente incumbirían al gobierno" y "no difiera, en ningún sentido real". Los posteriores proyectos separaron el concepto de contribución financiera del concepto de beneficio, pero en el inciso iv) seguían figurando las expresiones "normalmente incumbirían" y "no difiera, en ningún sentido real". ¿Qué importancia tienen, en su caso, estos antecedentes de la redacción del texto para entender las fórmulas "normalmente incumbirían" y "no difiera, en ningún sentido real", del inciso iv)?**

Respuesta

Estos antecedentes de la redacción del texto confirman que las expresiones "normalmente incumbirían" y "no difiera, en ningún sentido real" son condiciones que limitan el alcance del término "contribuciones financieras" (o funciones) que figura en el inciso iv), y que estas condiciones no guardan ninguna relación con los "beneficios" ni con las "subvenciones". Como el proyecto Cartland I combinaba los conceptos de contribución financiera y beneficio en cada uno de los incisos, podría haberse afirmado que los términos "normalmente incumbirían" y "no difiera, en ningún sentido real" eran igualmente aplicables a "beneficios" y a "contribución financiera". La separación del concepto de "beneficio" en los proyectos subsiguientes, y la retención en el inciso iv) de las expresiones "normalmente incumbirían" y "no difiera, en ningún sentido real", revelan claramente que el propósito de los redactores era que esos términos se aplicasen solamente a la "contribución financiera".

- d) **Considerando el caso específico del suministro de bienes, ¿qué constituye un suministro "normal" de bienes por un gobierno? ¿En qué circunstancias podría decirse que un suministro de bienes por parte de una entidad privada por orden de un gobierno respondería a los criterios plasmados en las fórmulas "normalmente incumbirían al gobierno" y "no difiera, en ningún sentido real, de las prácticas normalmente seguidas por los gobiernos", del inciso iv)?**

Respuesta

Quizá es relativamente infrecuente que el suministro de bienes por un gobierno sea "normal". Sin embargo, puede suceder que un gobierno produzca o venda un producto. A juicio del Canadá, el suministro de un producto por un gobierno sería "normal" cuando el gobierno se hubiera dedicado antes a esa actividad.

"Normalmente incumbirían" significa que el suministro de bienes por una entidad privada por orden de un gobierno debe hacerse materialmente del mismo modo que lo haría el gobierno en cuestión. Si la entidad privada, al suministrar los bienes, no hace más que reaccionar a las fuerzas de mercado como un participante privado en éste, estará llevando a cabo una función de mercado puramente *privada*. (Aunque a veces los gobiernos puedan actuar como participantes privados en el mercado, cabe preguntarse si la entidad privada, obedeciendo órdenes del gobierno, actúa como el gobierno, o sea, por cuenta de éste.) "Normalmente seguidas" significa simplemente que el suministro de bienes por la entidad privada por orden del gobierno debe ser materialmente el mismo que el que normalmente realizan los gobiernos. Por ejemplo, si un gobierno diese a una entidad privada la orden de abastecer de agua a particulares y empresas en vez de efectuar este abastecimiento por medio de un servicio público, habría que determinar si el suministro es materialmente el mismo que el efectuado por el servicio público.

¹ Canadá - Prueba documental 36.

Pregunta 13

¿Están ustedes de acuerdo con el argumento de las Comunidades Europeas según el cual, en caso de que el suministro de bienes haya sido encomendado u ordenado por el gobierno, para que sean funciones que "normalmente incumbirían al gobierno" no sólo debería existir una orden concreta a los productores para que suministrasen los bienes, sino que además esta disposición debería haberse dictado en "ciertas condiciones predeterminadas"? Si están de acuerdo, ¿por qué deberían existir "condiciones predeterminadas" para que una entidad privada llevase a cabo una función que normalmente incumbiría al gobierno (por ejemplo, para que exista una *contribución financiera*)? Es decir, ¿no son las "condiciones" en las que se suministran los bienes el factor determinante de la existencia de un beneficio? Si es así, ¿de qué modo las "condiciones", predeterminadas o no, serían pertinentes para la cuestión de la contribución financiera?

Respuesta

El Canadá está de acuerdo, en general, con la posición de las Comunidades Europeas. Cuando un gobierno ha encomendado u ordenado el suministro de bienes, todavía deben reunirse las demás condiciones del inciso iv). Para que la función sea una de las que "normalmente incumbirían" al gobierno, y se trate de una práctica "normalmente seguida por los gobiernos", la entidad privada, al realizar la función por orden del gobierno, deberá actuar en sustitución de éste y no comportarse como un participante en el mercado privado. Por consiguiente, algunas condiciones predeterminadas serán un elemento necesario de la contribución financiera, a fin de garantizar que la función realizada por la entidad privada refleja la función gubernamental. Si bien el Canadá está de acuerdo en que algunas de las condiciones pertinentes para que exista una contribución financiera podrían ser también pertinentes para que exista un beneficio, los dos elementos de la subvención han de ser objeto de investigaciones distintas.

Pregunta 14

Sírvanse comentar los párrafos 17 a 31 de la declaración oral de los Estados Unidos en la primera reunión del Grupo Especial con las partes.

Respuesta

Los comentarios del Canadá figuran en la parte III de su segunda comunicación.

Pregunta 15

Sírvanse explicar por qué consideran ustedes (en el párrafo 45 de su primera comunicación escrita y en el párrafo 56 de su respuesta a la solicitud de resoluciones preliminares de los Estados Unidos, opinión expresada también por las Comunidades Europeas en el párrafo 27 de su declaración oral en la primera reunión del Grupo Especial), que la cláusula de la DAA limita cualquier facultad discrecional de que pueda gozar el Departamento de Comercio para "verificar a su satisfacción que una presunta subvención implica una medida formal aplicable". La cláusula establece, en particular, que las subvenciones indirectas respecto de las cuales el Departamento de Comercio ha adoptado medidas compensatorias en el pasado seguirán siendo objeto de estas medidas "a condición de que el Departamento de Comercio verifique a su satisfacción que se ha cumplido la norma del artículo 771(5)(B)(iii)". ¿No quiere decir esto que el Departamento de Comercio ha de verificar que concurren todos los elementos del mencionado artículo?

Respuesta

Esta cláusula debe leerse en el contexto de los tres párrafos que la preceden. Aunque se precisa que el Departamento de Comercio debe haber verificado a su satisfacción que concurren todos los elementos del artículo 771(5)(B)(iii), los párrafos precedentes ya contienen instrucciones autorizadas para el Departamento de Comercio sobre cuándo se puede considerar que concurren estas condiciones y, como mínimo, dan instrucciones autorizadas al Departamento en el sentido de que esta concurrencia debe registrarse en circunstancias similares a los casos *Cuero y Maderas para construcción*.

El primer párrafo establece inequívocamente que "debe entenderse en sentido lato" que la norma expresada por la fórmula "encomiende u ordene" del artículo 771(5)(B)(iii) "continúa la política [de la administración] de no permitir que la concesión indirecta de una subvención abra una brecha en la aplicación del derecho compensatorio". Del segundo párrafo de los casos *Cuero y Maderas para construcción* se desprende claramente que una "medida formal aplicable" es el requisito único para determinar si una limitación de las exportaciones es una "contribución financiera". El tercer párrafo -el más importante- declara que estas limitaciones a la exportación cumplen la norma del artículo 771(5)(B)(iii) expresada en la fórmula "encomiende u ordene" y que, en tales casos, la ley enmendada deberá "aplicarse caso por caso de manera coherente con" la práctica anterior a la OMC. Cualquier duda que pudiera subsistir acerca de las instrucciones autorizadas de la DAA con respecto a la interpretación del citado artículo queda aclarada por el texto que precede a la cláusula, en el que la DAA hace constar lo siguiente:

La opinión de la Administración de que el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del Acuerdo sobre Subvenciones y el artículo 771(5)(B)(iii) abarcan las prácticas indirectas de subvención como las que fueron objeto de las medidas compensatorias decididas por el Departamento de Comercio en el pasado, y que estos tipos de subvenciones indirectas seguirán siendo susceptibles de la aplicación de medidas compensatorias, a condición de que el Departamento de Comercio verifique a su satisfacción que se ha cumplido la norma prevista en el artículo 771(5)(B)(iii).

Como señaló anteriormente el Canadá, la declaración no dice "pueden o podrían abarcar", sino que afirma taxativamente "abarcan". Así pues, la DAA da una orden explícita al Departamento de Comercio en cuanto a la determinación prevista en la disposición relativa a las limitaciones a la exportación.

Pregunta 16

En el párrafo 39 de su respuesta a la solicitud de resoluciones preliminares de los Estados Unidos, declaran ustedes que:

"... La 'práctica' en cuestión no son las determinaciones individuales en los casos de derechos compensatorios, como sugieren los Estados Unidos. El Canadá ya ha dejado bien claro que no desea una resolución que anule las determinaciones de ciertos casos anteriores. La práctica es, más bien, un compromiso o política administrativa de atenerse a una opinión jurídica particular y aplicar una interpretación o metodología especial: en este caso, entender que la limitación de las exportaciones puede considerarse una contribución financiera de conformidad con el Acuerdo SMC cuando las autoridades estadounidenses constatan la existencia de un beneficio" (no se incluyen las notas de pie de página).

- a) **A su juicio, ¿cómo se presta semejante "compromiso o política administrativa" a un procedimiento de solución de diferencias propiamente dicho? ¿Cómo puede considerarse una medida este "compromiso o política administrativa", que por lo demás podría describirse como un "comportamiento" de los Estados Unidos?**

Respuesta

Un compromiso o política administrativa se presta de por sí a la solución de diferencias porque es una "medida", en el sentido del ESD y del GATT de 1994, incompatible con las obligaciones de los Estados Unidos en virtud de los Acuerdos SMC y OMC.

El significado corriente de la palabra "medida" es "un plan o curso de acción para alcanzar algún objetivo, una acción idónea", o "un acto planeado o cumplido como medio de alcanzar un fin". La noción de "medida" abarca claramente un compromiso o política administrativa de atenerse a una opinión jurídica particular y aplicar una interpretación o metodología especial. En el caso *Guatemala - Cemento* el Órgano de Apelación confirmó que "una medida" puede ser *cualquier* acto de un Miembro, sea o no jurídicamente vinculante, y puede abarcar incluso las directivas administrativas no vinculantes de un gobierno".

El contexto del término "medida" confirma su vasto alcance. El párrafo 3 del artículo 3 del ESD menciona la "pronta solución de las situaciones en las cuales un Miembro considere que cualesquiera ventajas resultantes para él directa o indirectamente de los acuerdos abarcados se hallan menoscabadas por medidas adoptadas por otro Miembro". Limitar el alcance del término "medidas", como sugieren los Estados Unidos, surtiría el mismo efecto en el procedimiento de solución de diferencias y excluiría ciertas acciones gubernamentales, como las políticas y la práctica administrativa, que podrían menoscabar las ventajas resultantes de los acuerdos abarcados. Dada la importancia de la política y la práctica administrativa en los ordenamientos jurídicos de muchos Miembros, esta limitación podría tener consecuencias perjudiciales importantes. El Grupo Especial del caso *Estados Unidos - Artículo 301* reconoció la importancia de que se tuvieran en cuenta todos los elementos de las legislaciones de los Miembros al interpretar las disciplinas de los Acuerdos de la OMC.

Además, el párrafo 2 del artículo 3 del ESD establece en términos inequívocos que "el sistema de solución de diferencias de la OMC es un elemento esencial para aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio". Si las medidas que estamos considerando no pudieran someterse al procedimiento de solución de diferencias, la seguridad y la previsibilidad deseadas serían inalcanzables.

La importancia de incluir prácticas administrativas en la definición de una medida se pone de manifiesto en la recomendación del párrafo 8.2 del informe del Grupo Especial en el caso *Estados Unidos - Imposición de derechos compensatorios a ciertos productos de acero al carbono aleado con plomo y bismuto laminados en caliente originarios del Reino Unido*, según la cual los Estados Unidos debían reconsiderar su práctica administrativa actual, que es incompatible con la OMC. El compromiso o política administrativa de atenerse a una opinión jurídica particular y aplicar una interpretación o metodología especial, que se examina en esta diferencia, es una práctica administrativa análoga a la mencionada por ese Grupo Especial.

- b) **¿En qué se diferencia la "práctica" de los Estados Unidos, en el sentido de la cita anterior, de las referencias a las limitaciones a la exportación en la DAA y en el Preámbulo, tal y como ustedes las califican? Es decir, si el Grupo Especial resolviese, como piden ustedes, que la DAA y el Preámbulo son declaraciones de política vinculantes para el Departamento de Comercio con respecto al trato de las limitaciones a la exportación, ¿qué agregaría otra resolución sobre la "práctica" de los Estados Unidos?**

Respuesta

La práctica de los Estados Unidos consiste en tratar las limitaciones a la exportación como contribuciones financieras de conformidad con la Ley sobre derechos compensatorios de los Estados Unidos. El cumplimiento de las normas de la OMC obligará a los Estados Unidos a abandonar el trato de la limitación de las exportaciones, incompatible con la OMC, en las investigaciones actuales o subsiguientes sobre derechos compensatorios.

- c) **Si la práctica "no son las determinaciones individuales en los casos relativos a los derechos compensatorios", ni tampoco las declaraciones previstas en la DAA y el Preámbulo, que son de menor alcance, ¿qué es precisamente?**

Respuesta

La práctica es un compromiso o política administrativa de atenerse a una opinión jurídica particular y aplicar una interpretación o metodología especial. La práctica depende de los precedentes y se convierte en la "práctica" seguida en los casos ulteriores. La práctica es un compromiso institucional de atenerse a interpretaciones y metodologías declaradas, que se refleja en determinaciones acumulativas. Este compromiso causa incertidumbre e imprevisibilidad para las exportaciones de productos canadienses al mercado de los Estados Unidos, lo que contradice el objeto y fin de los Acuerdos SMC y OMC. El Canadá admite que este compromiso está expresado también en la DAA y en el Preámbulo, que figuran entre las medidas que el Canadá impugna en esta diferencia.

- d) **¿Creen ustedes que la "práctica" de los Estados Unidos como "compromiso o política administrativa" constituye una legislación obligatoria en el sentido de la distinción imperativo/discrecional? Y, si esta "práctica" no constituye una legislación imperativa -que exige que los Estados Unidos hagan algo- ¿sobre qué base puede constatarse que es incompatible con las obligaciones que la OMC impone a los Estados Unidos?**

Respuesta

Sí. Véase la parte IV de la segunda comunicación del Canadá.

Pregunta 17

Sírvanse responder en detalle a los argumentos de los Estados Unidos que figuran en los párrafos 43 a 55 de su declaración oral en la primera reunión del Grupo Especial, respecto de la aplicabilidad de las disposiciones de los *Acuerdos OMC y SMC* citadas por el Canadá, a las medidas identificadas por este país. (A este respecto, téngase en cuenta que, en la respuesta a una pregunta oral del Grupo Especial en su primera reunión, los Estados Unidos indicaron que estos argumentos son aplicables a la DAA y al Preámbulo, además de la práctica, y que aparecen bajo este epígrafe en la declaración oral de los Estados Unidos en esta reunión.)

Respuesta

La impugnación del Canadá se basa en la definición de "subvención" del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC. Las medidas que se consideran tratan una limitación de la exportación como una contribución financiera. Como una limitación de las exportaciones no es una contribución financiera de conformidad con el párrafo 1 a) 1) del artículo 1, este trato es incompatible con las disposiciones del mencionado artículo.

El artículo 10 impone una obligación positiva a los Miembros de tomar "todas las medidas necesarias" para hacer que la imposición de derechos compensatorios sea compatible con el Acuerdo SMC y el artículo VI del GATT de 1994. En consecuencia, hay que verificar si el fundamento de la legislación LDC de los Estados Unidos -la definición de una subvención- es conforme con el Acuerdo. De no ser así, podrían abrirse investigaciones contra medidas que claramente no pertenecen al ámbito de los derechos compensatorios.

Las infracciones de los artículos 11, 17, 19 y 32.1 se derivan de la violación del artículo 10. El párrafo 5 del artículo 32 del Acuerdo SMC impone a los Estados Unidos la obligación de tomar todas las medidas necesarias para garantizar la conformidad de sus leyes, reglamentos y procedimientos administrativos con las disposiciones del Acuerdo. Por consiguiente, la incompatibilidad de la Ley sobre derechos compensatorios de los Estados Unidos con las mencionadas disposiciones constituye también un incumplimiento de la obligación positiva del mencionado párrafo 5. Lo propio cabe decir de los argumentos estadounidenses acerca de la impugnación del Canadá al amparo del párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo de la OMC.

ANEXO A-2

RESUMEN DE LAS RESPUESTAS DE LOS ESTADOS UNIDOS A LAS PREGUNTAS DEL GRUPO ESPECIAL EN LA PRIMERA REUNIÓN SUSTANTIVA

(28 de febrero de 2001)

PRIMERA REUNIÓN DEL GRUPO ESPECIAL CON LAS PARTES - PREGUNTAS DE FECHA 18 DE ENERO DE 2001

El Departamento de Comercio no ha adoptado una posición definitiva acerca de la condición jurídica de las limitaciones a la exportación, aunque ha expresado la opinión de que, en las circunstancias adecuadas, una limitación de las exportaciones puede responder a la definición de subvención que figura en la legislación estadounidense y en el Acuerdo SMC. Así pues, con respecto a muchas de las preguntas formuladas por el Grupo Especial no hay una posición del Departamento de Comercio ni de los Estados Unidos, ni puede haberla si no se da un caso real. Por consiguiente, las respuestas que figuran a continuación no reflejan necesariamente la actitud del Departamento de Comercio si se viera confrontado con hechos reales en un caso real.

I. PREGUNTAS A LAS DOS PARTES

Pregunta 1

¿Qué es, a su juicio, una "limitación de las exportaciones"? O sea, ¿cuáles son las características esenciales definitorias de una limitación de las exportaciones que se aplicarían a todas las "limitaciones a la exportación", independientemente de la forma concreta que adopten en una situación determinada y de los otros elementos que puedan estar presentes en una medida que incluya una limitación de las exportaciones? ¿Pueden describir cómo funciona una limitación de las exportaciones? ¿Pueden ustedes dar un ejemplo de una limitación de las exportaciones de la que pueda afirmarse que equivale a una subvención en el sentido de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC?

Respuesta

Esta pregunta pone de manifiesto la naturaleza problemática de esta diferencia. Aunque no es viable ni conveniente que el Grupo Especial trate de definir, en abstracto, un término que no aparece en el Acuerdo SMC, el significado corriente de "limitación de las exportaciones" sería una acción o acto que retiene o impide las exportaciones. El Canadá concede que una limitación de las exportaciones puede dar lugar a un "efecto de precios beneficioso para los usuarios del producto objeto de la limitación", y no sostiene que una limitación a la exportación no pueda proporcionar un "beneficio". Como ejemplos de limitaciones a la exportación, los Estados Unidos remiten el Grupo Especial a los documentos WT/TPR/S/51, página 105; Canadá - Pruebas documentales 12 y 13; Canadá - Prueba documental 14; Canadá - Prueba documental 22; EE.UU. - Prueba documental 30, y WT/TPR/S/81, páginas 65 a 67. Los Estados Unidos se abstienen de especular sobre si una cualquiera de estas limitaciones a la exportación constituiría una subvención con arreglo a la nueva definición de este término que figura en el párrafo 1 del artículo 1. Los Estados Unidos observan que, con arreglo a la legislación LDC anterior a la OMC, el Departamento de Comercio constató que las limitaciones a la exportación existentes en aquella época en Alberta, Ontario y Quebec no constituían subvenciones.

Pregunta 2

¿Están ustedes de acuerdo en que la concesión de un beneficio de conformidad con el párrafo 1 b) del artículo 1 del *Acuerdo SMC* no guarda relación alguna con la cuestión de la existencia de una contribución financiera en virtud del párrafo 1 a) de este mismo artículo?

Respuesta

Los Estados Unidos están de acuerdo en que los conceptos de "contribución financiera", del párrafo 1 a) del artículo 1, y "beneficio", del párrafo 1 b) del mismo artículo, representan condiciones separadas y distintas cuyo cumplimiento es necesario para llegar a una constatación de "subvención" de conformidad con el Acuerdo SMC. En el caso de una limitación de las exportaciones, este mismo tipo de pruebas podrían ser pertinentes para determinar si se cumplen ambas condiciones, y puede ocurrir que estas condiciones no estén totalmente desvinculadas entre sí.

II. PREGUNTAS A LOS ESTADOS UNIDOS

Pregunta 6

En el párrafo 36 de su solicitud de resoluciones preliminares dicen ustedes lo siguiente:

"En otras palabras, la DAA es un antecedente legislativo. En los Estados Unidos los antecedentes legislativos se compulsan frecuentemente para determinar el significado de una ley, pero no pueden cambiar este significado ni invalidar la ley."

Sin embargo, en el caso *Artículo 301* ustedes indicaron, en respuesta a una pregunta del Grupo Especial, que:

"La DAA debe considerarse, por ley, la expresión autorizada de la posición oficial en lo que se refiere a la interpretación de la legislación en cualesquier actuaciones judiciales."¹

a) Sírvanse conciliar estas dos declaraciones.

Respuesta

Los Estados Unidos no consideran que las dos declaraciones sean contradictorias. Si el significado de una disposición legislativa está claro, un significado contrario expresado en la DAA no puede anular la ley.

b) Sírvanse aclarar si la DAA es vinculante con respecto a la legislación que acompaña. En particular, sírvanse explicar el significado de las palabras "la expresión autorizada" de la cita anterior.

Respuesta

Con arreglo al ordenamiento jurídico de los Estados Unidos, el objeto de la interpretación de una ley es determinar con precisión el propósito de los legisladores. En los casos de leyes ambiguas o cuando se desea confirmar un significado claro de una ley, los intérpretes pueden recurrir a los antecedentes legislativos para determinar el propósito del legislador. Un intérprete podría recurrir

¹ *Artículo 301*, informe del Grupo Especial, WT/DS152/R, adoptado el 27 de enero de 2000, nota 683 de pie de página.

adecuadamente a la DAA para determinar la intención del Congreso de los Estados Unidos. En su condición de "expresión autorizada" de la intención del Congreso, la DAA prevalecería sobre otros textos legislativos que también pudieran esclarecer esta intención.

Pregunta 7

La DAA que acompaña a la URAA indica, en la página 926, que:

"Cuando el gobierno actúa por mediación de una parte privada, como en los casos de Ciertos productos de maderas blandas para construcción, del Canadá, y Cuero de la Argentina (que se referían a limitaciones a la exportación que provocaban directamente un descenso patente de los costos de los insumos) la administración pretende que la ley siga aplicándose caso por caso, de conformidad con el párrafo precedente. La opinión de la administración es que el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del Acuerdo sobre Subvenciones y el artículo 771(5)(B)(iii) abarcan prácticas indirectas de subvención como las que fueron objeto de medidas compensatorias por parte del Departamento de Comercio en el pasado, y que estos tipos de subvenciones indirectas seguirán siendo objeto de medidas compensatorias, siempre y cuando el Departamento de Comercio esté persuadido de que se han cumplido las condiciones previstas en el artículo 771(5)(B)(iii)."

- a) ¿Qué significa, en su opinión, que la ley deba aplicarse "caso por caso"? En particular, ¿en qué circunstancias el Departamento de Comercio constataría que las limitaciones a la exportación no cumplen la condición prevista en el artículo 771(5)(B)(iii)?**

Respuesta

Con respecto a la primera pregunta, el Congreso se vio confrontado a una situación en la que el Departamento de Comercio había previsto medidas compensatorias para diversos programas gubernamentales -entre otros de limitación de las exportaciones- que correspondían a la categoría de las llamadas "subvenciones indirectas". La norma que había aplicado el Departamento de Comercio en esta situación era distinta de la contemplada en el Acuerdo SMC. El Congreso optó por dejar que el Departamento de Comercio decidiese, sobre la base de los hechos de un caso y la aplicación de estos hechos a la nueva definición de subvención, si un determinado programa gubernamental en un caso concreto constituiría una subvención indirecta. En lo relativo a las limitaciones a la exportación, el Congreso se abstuvo de pronunciarse al respecto en un sentido u otro. Los Estados Unidos no están en condiciones de especular sobre las circunstancias precisas en las que el Departamento de Comercio podría constatar que una limitación de las exportaciones no satisface las condiciones del artículo 771(5)(B)(iii). El Departamento de Comercio aplicaría las normas de esta disposición a las pruebas que se le hubiesen presentado.

- b) ¿Qué significa, a su juicio, la expresión "para que estos tipos de subvenciones indirectas puedan seguir siendo objeto de medidas compensatorias", en vista de la entrada en vigor del Acuerdo SMC? En particular, ¿cómo se ha modificado su concepción de las limitaciones a la exportación en el contexto de las investigaciones sobre medidas compensatorias, con la introducción de las nuevas nociones de "contribución financiera" y "beneficio", mencionadas en el Acuerdo e incorporadas a la legislación estadounidense?**

Respuesta

Los términos mencionados no pueden considerarse aisladamente de la cláusula que viene a continuación. Estos términos, leídos conjuntamente, constituyen una declaración del Congreso en la que se desestima la interpretación de, como consecuencia de que la promulgación de la URAA, los tipos de programas gubernamentales descritos en la DAA ya no podrán ser objeto de medidas compensatorias. Lo que hizo el Congreso fue abstenerse de pronunciar un juicio previo sobre la cuestión. "Beneficio" no es un concepto nuevo. En lo tocante a la "contribución financiera", tampoco es un concepto enteramente nuevo por cuanto la legislación LDC de los Estados Unidos siempre ha contemplado alguna forma de acción gubernamental para que se pueda determinar la existencia de una subvención. En cuanto al concepto de "contribución financiera" del inciso iv) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC, los Estados Unidos no están en condiciones de explicar cómo este concepto puede haber cambiado el enfoque del Departamento de Comercio respecto de las limitaciones a la exportación.

Pregunta 8

Cuando la legislación estadounidense adopta términos tales como "contribución financiera" y "encomienda u ordena", procedentes del Acuerdo SMC, ¿puede la DAA pronunciarse autorizadamente sobre el significado de estos términos? En otras palabras, ¿puede la DAA influir en el significado que se dé a los términos de un tratado que se incorpore a la legislación estadounidense?

Respuesta

En la medida en que los términos de un tratado estén sujetos a interpretación, la DAA, en términos generales, expresa la opinión autorizada del Congreso y de la Administración sobre el eventual significado de esos términos para los efectos de la legislación interna. En cuanto a la fórmula "encomienda u ordena", la DAA no se pronuncia sobre su significado preciso, sino que expresa el deseo general del Congreso y de la Administración de que la frase sea objeto de la interpretación más amplia que permita la ley.

PRIMERA REUNIÓN DEL GRUPO ESPECIAL CON LAS PARTES - PREGUNTAS DE FECHA 19 DE ENERO DE 2001

I. PREGUNTAS A LAS DOS PARTES

Pregunta 1

Afirman ustedes que el sujeto del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 son las "subvenciones indirectas" (en el caso del Canadá, que este artículo se ocupa globalmente de este concepto). ¿En qué medida sus argumentos en relación con el párrafo 1 del artículo 1 dependen de que se equiparen las subvenciones del tipo previsto en el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 con las "subvenciones indirectas", en su totalidad o en parte? En otras palabras, la medida en que las limitaciones a la exportación encajen o no con las disposiciones del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1, ¿depende de que esta disposición tenga que ver con las subvenciones indirectas, y no con las directas? ¿Qué luz arrojan sobre las cuestiones en litigio sus argumentos según los cuales el sujeto del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 son las subvenciones "indirectas", y no las "directas"?

Respuesta

La fórmula "subvenciones indirectas" no es más que una expresión abreviada que las partes han autorizado para describir los tipos de prácticas que pueden estar incluidas en las disposiciones del

inciso iv). Lo importante es que el inciso iv) existe para impedir a los gobiernos que eludan las disciplinas relativas a las subvenciones recurriendo a agentes privados como vehículos para transmitir una subvención.

Pregunta 2

¿Cuál es el significado corriente, según el artículo 31 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, de la palabra "type", que figura en la versión inglesa del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1?

Respuesta

Véase el párrafo 25 de la *primera comunicación de los Estados Unidos*. El hecho de que el gobierno encomiende u ordene el suministro de un bien, función que está expresamente indicada en el inciso iii), podría constituir una limitación de las exportaciones.

II. PREGUNTAS A LOS ESTADOS UNIDOS

Pregunta 18

Afirman ustedes que, en la medida en que el objeto y fin del *Acuerdo SMC* es "imponer disciplinas multilaterales sobre las subvenciones que distorsionan el comercio internacional", excluir la posibilidad de que las limitaciones a la exportación puedan constituir subvenciones sería incoherente con este objeto y fin. Suponiendo que esta sea una interpretación correcta del objeto y fin del *Acuerdo SMC*, ¿cómo condiciona esta interpretación, que incluye el término "subvenciones", la definición de una "subvención" de conformidad con el Acuerdo?

Respuesta

La frase mencionada utiliza el término "subvenciones" en su sentido corriente, o sea, no técnico. Los Estados Unidos no han afirmado que el objeto y fin del Acuerdo SMC sea solamente de control, ni que todas las medidas gubernamentales que distorsionen el comercio sean subvenciones. Lo que han afirmado es que sería impropio limitar el significado de estas disposiciones de modo que queden excluidas de ellas medidas que comúnmente se consideran subvenciones que distorsionan el comercio, siendo así que en el texto no están excluidas, y su exclusión frustraría el objeto y fin del Acuerdo.

Pregunta 19

¿Aceptan ustedes el argumento del Canadá, que figura en el párrafo 33 de su declaración oral en la primera reunión del Grupo Especial, de que la imposición de disciplinas multilaterales a las subvenciones que distorsionan el comercio internacional no es sino uno de los objetivos del *Acuerdo SMC*?

Respuesta

Éste es el objetivo primordial del Acuerdo SMC, como han reconocido anteriores grupos especiales de la OMC. Como señaló el Órgano de Apelación, las interpretaciones que facilitan la elusión de las obligaciones previstas en el Acuerdo SMC son contrarias al objeto y fin de dicho Acuerdo. Otro objetivo del Acuerdo SMC es regular las medidas compensatorias pero, como ha observado el Canadá, ello no debería hacerse de manera que permita a los gobiernos montar estructuras complejas para eludir las disciplinas en materia de subvenciones, al tiempo que promueven artificialmente la producción nacional.

Pregunta 20

Hacen ustedes referencia al punto d) de la Lista ilustrativa de subvenciones a la exportación ("el suministro por los gobiernos, directamente o mediante programas delegados, de productos o servicios importados o nacionales"), como corroboración textual de su argumento según el cual el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 puede abarcar las limitaciones a la exportación. Así pues, a su modo de ver las subvenciones "indirectas" contempladas en el punto d) (o sea, el suministro de bienes o servicios mediante programas delegados por el gobierno) deben cumplir, por definición, los requisitos del párrafo 1 del artículo 1 del *Acuerdo SMC*, incluso en lo relativo a la contribución financiera implícita:

- a) Suponiendo que sea ésta una interpretación correcta de la Lista ilustrativa, ¿qué luz arroja el punto d) sobre la cuestión central de determinar si una limitación de las exportaciones constituye una contribución financiera en forma de un suministro de bienes ordenado por el gobierno? En particular, ¿no se desprende claramente del propio párrafo 1 del artículo 1, sin mencionar la Lista ilustrativa, que el suministro de bienes y servicios ordenado por el gobierno es una contribución financiera?

Respuesta

Los Estados Unidos convienen en que está claro que el suministro de bienes y servicios ordenado por el gobierno es una contribución financiera, y en que no es necesario hacer referencia al punto d). Sin embargo, este punto ofrece un apoyo contextual útil para la conclusión derivada del significado corriente del texto. El punto d) confirma que hay una contribución financiera cuando partes privadas suministran bienes de resultados de un "programa delegado por el gobierno".

- b) El Canadá y las Comunidades Europeas afirman que, en todo caso, interpretan ustedes mal las constataciones del Grupo Especial en el caso *Canadá - Productos lácteos* con respecto al punto d) (que, como señalaron las Comunidades Europeas, el Órgano de Apelación consideró teórico). En particular, sostienen que el Grupo Especial señaló las siguientes condiciones para la aplicación del punto d): primera, que los bienes se suministren en condiciones favorables para la exportación; segunda, que sea el gobierno el que los suministre, bien directamente, o bien indirectamente mediante un programa delegado, y tercera, que se confiera un beneficio. En otras palabras, según el Canadá y las Comunidades Europeas el Grupo Especial no consideró que el punto d) abarcara todos los planes delegados por el gobierno que favorecen las exportaciones y confieren beneficios, sino sólo aquéllos en los que se "suministren" bienes. Sírvanse comentar la interpretación del Canadá y las Comunidades Europeas de su argumento, y de las constataciones del Grupo Especial del caso *Canadá - Productos lácteos*.

Respuesta

Los Estados Unidos no discuten que el Órgano de Apelación dijera que las constataciones del Grupo Especial eran meramente teóricas. Sin embargo, el que las constataciones del Grupo Especial sean teóricas no significa necesariamente que no puedan servir de útil orientación para el presente Grupo Especial. Los Estados Unidos no disienten de la afirmación de que no todos los "programas delegados por los gobiernos" hayan de violar necesariamente el punto d). Sin embargo, hay dos puntos fundamentales que distinguen la interpretación estadounidense del asunto *Canadá - Productos lácteos*. En primer lugar, el párrafo 1 del artículo 1 y el punto d) no limitan el concepto de "subvención" a los casos en que es el propio gobierno el que suministra el bien. En segundo lugar, el Grupo Especial constató que los bienes se "suministraban", directa o indirectamente, en una situación

de precios negociados, o sea, no determinados previamente, como el Canadá y las CE sostienen que está prescrito.

- c) **Sírvanse comentar los términos en los que el Canadá califica la resolución del Órgano de Apelación en el caso *Estados Unidos - Trato fiscal aplicado a las "empresas de ventas en el extranjero"*, que figuran en el párrafo 31 de su declaración oral en la primera reunión del Grupo Especial.**

Respuesta

Nada de lo dicho en el párrafo 93 del informe del Órgano de Apelación en el caso *Empresas de ventas en el extranjero* es incompatible con la posición de los Estados Unidos. El Órgano de Apelación se limitó a rechazar el argumento estadounidense según el cual la nota 59 de pie de página de la Lista ilustrativa constituía una excepción a la definición general de "subvención" que figura en el artículo 1.

Pregunta 21

Las Comunidades Europeas afirman que, contrariamente a la posición de los Estados Unidos, una limitación de las exportaciones de un producto particular no es esencialmente lo mismo que una orden del gobierno que imponga a los productores de este producto la obligación de suministrarlo a determinados compradores. En particular, las Comunidades Europeas afirman que, cuando se encuentran frente a una limitación de las exportaciones, los productores de los bienes objeto de la limitación tienen toda una serie de opciones, y no sólo la de seguir simplemente vendiendo el producto a los compradores nacionales. Estas opciones son: reducir la producción, diversificar la producción, o participar en una fase más adelantada del proceso de producción en la que las exportaciones no estén limitadas:

- a) **¿Están ustedes o no de acuerdo con las Comunidades Europeas en que la imposición de una limitación de las exportaciones abre toda una serie de posibilidades a los productores nacionales de los bienes objeto de la limitación? Sírvanse dar explicaciones.**

Respuesta

Los Estados Unidos no están de acuerdo en que la limitación de las exportaciones vaya a abrir una serie de posibilidades al productor de un bien objeto de la limitación. Los Estados Unidos creen más bien que la limitación de las exportaciones *restringe* las oportunidades de que dispone el productor del bien objeto de la limitación. Además, impugnan la afirmación de las CE de que la existencia de opciones en respuesta a una limitación de las exportaciones dejaría en cierto modo sin fundamento una constatación en el sentido de que la limitación de las exportaciones constituye una "orden". Afirmar que una limitación de las exportaciones no constituye una orden porque el productor del bien objeto de la limitación tiene opciones que de lo contrario no tendría, no aclara si la limitación de las exportaciones constituiría una contribución financiera cuando el productor optase por suministrar los productos a la rama de producción nacional, de resultas de la limitación de las exportaciones.

Supongamos que en un mercado donde el gobierno no haya impuesto limitaciones a la exportación, el productor de un insumo prefiere exportarlo a otro mercado donde se transformará en un producto más elaborado, porque le resulta financieramente más ventajoso. Sin embargo, debido a la limitación de las exportaciones, el productor del insumo -que de lo contrario no tendría ninguna justificación económica para ello- empieza a producir el producto más elaborado, aumentando así artificialmente la producción nacional a expensas de los productores extranjeros del producto de la fase más adelantada de producción. Ninguna de estas posibilidades encaja con la declaración del

Canadá de que "las subvenciones ... pueden negar a los países los beneficios que de lo contrario podrían esperar de la ventaja comparativa, y por consiguiente obstaculizar la asignación eficiente de los recursos".

- b) Si están ustedes de acuerdo, ¿considerarían que una limitación de las exportaciones constituye un suministro de bienes encomendado u ordenado por el gobierno en todas las circunstancias en que los productores del bien objeto de la limitación lo continuasen vendiendo a los compradores nacionales, o habría circunstancias en las que la venta continuada del bien objeto de la limitación a los compradores nacionales no constituyese un suministro de bienes encomendado u ordenado por el gobierno? Sírvanse dar explicaciones y describir las mencionadas circunstancias, en su caso.

Respuesta

Los Estados Unidos están de acuerdo en que podría haber circunstancias en las que la venta continuada de un bien objeto de limitación no constituyese un caso de suministro de bienes encomendado u ordenado por el gobierno.

- c) ¿Sostienen ustedes en cambio, como parece inferirse del párrafo 81 de su declaración oral en la primera reunión del Grupo Especial, que sólo en el caso de que no hubiera otra opción que vender a los compradores nacionales se darían las circunstancias de un suministro encomendado u ordenado?

Respuesta

No, del párrafo 81 no puede hacerse esta deducción. La relación causal es algo que debe examinarse caso por caso. El párrafo 81 (el quinto de una serie de argumentos refutatorios) decía simplemente que puede haber situaciones en las que las opciones *teóricas* del Canadá y las CE no se den en la práctica, en cuyo caso sus argumentos serían irrelevantes.

Pregunta 22

En el párrafo 78 de su declaración oral en la primera reunión del Grupo Especial, argumentan ustedes lo siguiente:

"No hay ninguna disposición (en el texto o fuera de él) que exija que los beneficiarios de la práctica de subvención que se considera hayan de ser 'clientes seleccionados', aunque muy bien podría ocurrir que una determinada práctica de limitación de las exportaciones cumpliera este requisito. En la medida en que debe identificarse una clase de beneficiarios, esto guarda relación con la exigencia de especificidad del párrafo 2 del artículo 1."

¿Qué relación guarda este argumento con lo que parece ser el núcleo central de su argumentación (y cómo se concilia con él), a saber, que una limitación de las exportaciones *puede* constituir una contribución financiera puesto que una prohibición por el gobierno de las ventas a un determinado grupo de clientes (o sea, los de los mercados de exportación) equivaldría (o podría equivaler) a una *orden* a los productores del bien objeto de la limitación de que "suministren" el producto exclusivamente o en una elevada proporción a un grupo diferente y particular de clientes (es decir, los del mercado nacional)? Esto es, si suponen ustedes que la frase "clientes seleccionados" en los argumentos de la cita anterior se refiere simplemente a los compradores nacionales del producto en general, y no está relacionada, como sugieren, a la cuestión de la especificidad, ¿no es cierto que su argumento es que la "selección"

en estas proporciones es una condición necesaria para que exista una contribución financiera en el caso de una limitación de las exportaciones? Sírvanse dar explicaciones.

Respuesta

En lo esencial, la descripción que hace el Grupo Especial de la posición de los Estados Unidos es correcta. En el sentido que lo utiliza el Grupo Especial, "selección" es un concepto muy amplio. No obstante, los Estados Unidos creen que las CE utilizaron el término en un sentido mucho más limitado, que hace pensar en un requisito de que los beneficiarios previstos de una subvención concedida con arreglo al inciso iv) deban especificarse *de jure*, en cierto modo, anticipadamente. En el texto del inciso iv) no hay ningún requisito relativo a la "selección".

Pregunta 23

¿Pueden ustedes confirmar que el párrafo 69 de su declaración oral en la primera reunión del Grupo se refiere al párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC, y no al párrafo 1 a) 1) de este mismo artículo?

Respuesta

Sí.

Pregunta 24

En el párrafo 36 de su primera comunicación escrita aducen ustedes que si un aumento del suministro de un producto en el mercado nacional hace bajar el precio de este producto, el resultado será el mismo que si el gobierno hubiese ordenado a los productores vender a un *precio inferior al precio del mercado*, y que, por consiguiente, imponer una limitación de las exportaciones *puede* ser el equivalente funcional de ordenar a los productores que vendan su producto en el mercado nacional *por una remuneración inferior a la que sería adecuada*. Según ustedes, ambos tipos de funciones "encajan en las disposiciones del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1". ¿Entienden ustedes que el hecho de que se reciba una remuneración inferior a la que sería adecuada, o que se perciba un precio inferior al de mercado, es lo que hace que estas funciones (ejercidas por orden de un gobierno) estén comprendidas en las disposiciones del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1? En otras palabras, ¿sostienen ustedes que una remuneración inferior a la que sería adecuada o un precio inferior al de mercado es una condición necesaria para que el suministro de un bien ordenado por el gobierno quede comprendido en las disposiciones del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1? Sírvanse explicar qué relación existe entre el nivel de la remuneración y la existencia de una contribución financiera.

Respuesta

No; la posición de los Estados Unidos es que la insuficiencia de la remuneración o el precio inferior al de mercado no son condiciones necesarias para la constatación de la existencia de una contribución financiera en forma de un suministro de un bien ordenado por el gobierno según lo dispuesto en el inciso iv). No obstante, la prueba de una contribución financiera y la prueba del beneficio podrían muy bien coincidir. En el párrafo 36, los Estados Unidos se limitaron a señalar que los gobiernos podrían conseguir el mismo efecto de precios deseado: a) ordenando a los productores que vendieran a precios fijos (más bajos) (cosa que el Canadá parece reconocer que constituiría una subvención en el sentido del inciso iv)); o b) mediante acciones encaminadas a que los productores vendan en el mercado nacional bienes que de lo contrario habrían exportado, aumentando así la oferta y haciendo bajar los precios.

Pregunta 25

En el párrafo 77 de su declaración oral en la primera reunión del Grupo Especial afirman ustedes que, en lo que se refiere al elemento de la contribución financiera, no hay ningún requisito en el texto de los incisos iii) o iv) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 de que se deba especificar el precio o la cantidad de los productos que hayan de suministrarse a la parte subvencionada. Creen ustedes más bien que la cuestión de determinar si el precio o la cantidad están condicionados por la acción del gobierno en medida suficiente para que el suministro del bien devengue una remuneración inferior a la que sería adecuada es pertinente a la medición del *beneficio*, no a la existencia de una contribución financiera. Sin embargo, en el párrafo 54 de su primera comunicación escrita alegaban también que, en el contexto de la concesión de *subvenciones* por el gobierno -concepto que abarca tanto la contribución financiera como el beneficio-, las funciones descritas en los incisos i) a iii) son funciones "normales" del gobierno en el sentido del inciso iv). Sírvanse conciliar estos dos argumentos; es decir, si el precio y la cantidad están relacionados con el beneficio, y por consiguiente no lo están con la contribución financiera en el caso del suministro de bienes, ¿por qué la referencia en el párrafo 1 del artículo 1 del *Acuerdo SMC* a las funciones que "normalmente" incumbirían al gobierno, incluido el contexto exclusivo de la contribución financiera, correspondería a la concesión de "subvenciones", noción ésta que implícitamente abarca tanto la contribución financiera como el beneficio?

Respuesta

Como se ha señalado antes, las pruebas del beneficio y de la contribución financiera podrían muy bien coincidir, porque el inciso iv) dispone que tiene que haber una relación causal entre la acción del gobierno y el comportamiento de los agentes privados, y que la actividad emprendida por el agente privado ha de ser una de las que normalmente incumbirían al gobierno cuando otorgue una contribución financiera. Al declarar que las funciones "normales" del gobierno se refieren a la acción gubernamental en el contexto de la concesión de subvenciones, los Estados Unidos utilizaban el término "subvenciones" en sentido corriente, no técnico, análogo al utilizado en el *Informe previsto en el apartado 5 del artículo XVI*.

Pregunta 26

En lo relativo a las referencias del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 a las funciones "que normalmente incumbirían al gobierno" o a las prácticas que no difieran, "en ningún sentido real, de las prácticas normalmente seguidas por los gobiernos", ustedes sostienen que hay por lo menos *algunos* casos en los que los gobiernos suministran "normalmente" ciertos bienes y servicios (por ejemplo, el acceso a recursos naturales limitados). También sostienen que lo importante es que, cuando un gobierno se dedique al suministro de un bien o un servicio y en vez de hacerlo por su cuenta delegue esta función a una entidad privada, "podría" existir una contribución financiera:

- a) ¿Alegan ustedes que un gobierno tendría que dedicarse primero al suministro de un bien y a continuación delegarlo a una entidad privada para que se cumpliera esta condición? Es decir, ¿afirman que los Estados Unidos no considerarían que el suministro de bienes o servicios ordenado por un gobierno es una contribución financiera, salvo que el gobierno en cuestión suministrase "normalmente" estos bienes y servicios en razón de una acción anterior? ¿Qué criterios determinarían que un gobierno se "dedique" al suministro de bienes o servicios, o suministre "normalmente" estos bienes o servicios?

Respuesta

Los Estados Unidos repiten que no afirman nada acerca de lo que pudiera considerar el Departamento de Comercio, porque éste todavía no ha tomado una posición sobre este asunto. En este caso los Estados Unidos no hacen más que responder a la alegación del Canadá de que una limitación de las exportaciones no puede constituir nunca una subvención, en ninguna circunstancia. Los Estados Unidos no afirman que el inciso iv) exige que un gobierno haya tenido que dedicarse anteriormente al suministro de los bienes o servicios. En cambio, sería más apropiado investigar si la acción de la entidad privada es el tipo de acción que un gobierno efectuaría habitualmente, o podría efectuar, cuando deseara asignar recursos mediante la percepción de impuestos o la concesión de subvenciones.

- b) **¿O bien afirman ustedes que, al intervenir en cualquier momento en el mercado de un producto por conducto de un intermediario privado, un gobierno se estaría "dedicando" al suministro de bienes o servicios, con lo que se cumplirían los criterios plasmados en las expresiones "normalmente incumbirían" y "la práctica no difiera, en ningún sentido real"? Si éste es su argumento, ¿no quedarían estos criterios desprovistos de significado?**

Respuesta

No, no es esto lo que alegan los Estados Unidos. Los Estados Unidos sostienen simplemente que cuando el alcance y la efectividad de la intervención de un gobierno son tales que hacen que agentes privados suministren a los compradores nacionales bienes que de lo contrario se habrían destinado a la exportación, el comportamiento de estos agentes privados no difiere, en ningún sentido real, de la práctica de un gobierno que suministre directamente estos bienes.

- c) **Sírvanse explicar el sentido que dan al verbo "podría", en el argumento resumido anteriormente (que figura en el párrafo 53 de su primera comunicación). Es decir, ¿afirman ustedes que si un gobierno se "dedica" al suministro de bienes o servicios y en vez de hacerlo por su cuenta delega esta función a una entidad privada, "podría" existir una contribución financiera? Esto hace pensar que, a su entender, incluso con esta serie de hechos hay circunstancias en las que *no* existiría una contribución financiera. Léidos conjuntamente, los incisos iii) y iv) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 parecen indicar no obstante que el suministro de bienes o servicios por orden de un gobierno es una contribución financiera. Sírvanse explicar su posición y dar ejemplos de las circunstancias en las que un suministro de bienes o servicios ordenado por el gobierno constituiría o no una contribución financiera en el sentido del párrafo 1 a) 1) del artículo 1.**

Respuesta

No se pretendió dar ningún significado especial al verbo "podría". Por regla general, los Estados Unidos están de acuerdo con el Grupo Especial en que, si el grado de actividad gubernamental es insuficiente para cumplir la norma del inciso iv), la subvención no existe.

- d) **En el párrafo 54 de su primera comunicación, afirman ustedes que el inciso iv) se refiere a las funciones que normalmente incumbirían a los gobiernos, "*en el contexto de la concesión de un subsidio*", y que cualquier otro significado privaría completamente de contenido al inciso iv). No obstante, si el adverbio "normalmente" utilizado en el inciso iv) se refiere a las funciones en el contexto de la concesión de un subsidio, ¿no incluye ello implícitamente el concepto de "beneficio", que se trata por separado en el párrafo 1 b) del artículo 1, en el**

concepto de "contribución financiera", que es el sujeto exclusivo del párrafo 1 a) 1) del artículo 1? Sírvanse dar explicaciones.

Respuesta

Aunque son requisitos distintos, los conceptos de contribución financiera y beneficio no están totalmente desvinculados.

- e) **El proyecto Cartland I² combinaba en cada uno de los incisos i) a iv) los conceptos de contribución financiera y beneficios. Además, el inciso iv) contenía también las expresiones "normalmente incumbirían" y "no difiera, en ningún sentido real". Posteriores proyectos separaron el concepto de contribución financiera del de beneficio, pero reteniendo en el inciso iv) las fórmulas "normalmente incumbiría" y "no difiera, en ningún sentido real". ¿Qué pertenencia tienen, en su caso, estos antecedentes de redacción para entender las fórmulas "normalmente incumbirían" y "no difiera, en ningún sentido real" del inciso iv)?**

Respuesta

A juicio de los Estados Unidos, las fórmulas "normalmente incumbirían" y "no difiera, en ningún sentido real" se refieren a las funciones de percepción de impuestos y concesión de subvenciones del gobierno. Véase la *primera comunicación de los Estados Unidos*, párrafos 51 a 54. El único antecedente de negociación -el *Informe previsto en el apartado 5 del artículo XVI*- corrobora esta interpretación.

Pregunta 27

En su declaración oral en la primera reunión del Grupo Especial (párrafos 3 a 5) afirman ustedes que lo que el Canadá desea impugnar y prohibir en este caso son simples "opiniones aproximativas". Califican el Preámbulo de "reflexiones" o "pensamientos" "aproximativos" (párrafo 27 de su declaración oral en la mencionada reunión). ¿Entienden asimismo que la DAA, en la medida en que sea pertinente, expresa solamente "opiniones aproximativas", y que la "práctica" de los Estados Unidos en que se basa el Canadá también es en cierto modo "aproximativa"?

Respuesta

A la DAA no se le puede aplicar el calificativo de "aproximativa", pero tampoco expresa ninguna posición acerca de las subvenciones indirectas, salvo que pueden recibir el trato de subvenciones si reúnen los requisitos del artículo 771(5)(B)(iii). No hay, simplemente, ninguna práctica posterior a la OMC que merezca la pena mencionar.

Pregunta 28

En el párrafo 35 de su solicitud de resoluciones preliminares, afirman ustedes que la DAA es "una" expresión autorizada del significado de la ley, mientras que en la diferencia sobre el *Artículo 301* declararon que la DAA es "la" expresión autorizada de este significado. ¿Debe entenderse, de su empleo del artículo "una", que la DAA es una de varias expresiones autorizadas del significado de la ley, esto es, que un tribunal podría no estar obligado a atenerse a ella si hubiera otros textos autorizados relevantes?

² Canadá - Prueba documental 36.

Respuesta

En términos generales, los antecedentes legislativos dan preeminencia a la DAA.

Pregunta 29

El Canadá cita la siguiente declaración del Departamento de Comercio en dos casos de 1999 relativos a productos de acero inoxidable de Corea, en la que se menciona a la DAA y el Preámbulo:

"... de la terminología clara e inequívoca de la DAA se desprende que el Congreso tenía la intención de que los tipos concretos de subvenciones indirectas que en el caso *Productos de acero de Corea* se había determinado que eran susceptibles de medidas compensatorias siguieran estando comprendidos en la ley, enmendada por la URAA. Los reglamentos finales del Departamento en materia de derechos compensatorios son igualmente claros a este respecto: el Preámbulo confirma que la norma para constatar la existencia de subvenciones indirectas que pueden ser objeto de medidas compensatorias en virtud de la ley enmendada por la URAA 'no es más estricta que la anterior norma de los Estados Unidos para constatar la existencia de una subvención indirecta, que se describe en el caso *Productos de acero de Corea*'.

¿Cómo explican ustedes estas afirmaciones del Departamento de Comercio respecto de la DAA y el Preámbulo y sus efectos legales, siendo así que han alegado que estos instrumentos no exigen que el Departamento de Comercio haga algo, sino que simplemente autorizan al Departamento a aplicar derechos compensatorios con respecto a ciertas medidas, a condición de que se determine, caso por caso, que estas medidas cumplen la(s) nueva(s) norma(s) legal(es) enunciada(s) en la ley?

Respuesta

Las determinaciones del Departamento de Comercio en estos casos se basaron en varios volúmenes de análisis fácticos, con inclusión de largos memorandos que detallan la manera en que se cumplieron las condiciones para aplicar medidas compensatorias. Nada en el texto citado hace pensar que el Departamento de Comercio se considerase facultado a ignorar la nueva norma contenida en el artículo 771(5)(B)(iii) o en el inciso iv).

Pregunta 30

En lo relativo a las limitaciones a la exportación, el Preámbulo declara lo siguiente:

"Con respecto a las limitaciones a la exportación, aunque estas limitaciones pueden imponerse para restringir la capacidad de exportar de las partes, también pueden inducir a estas partes, en determinadas circunstancias, a proporcionar el bien objeto de limitación a los compradores nacionales por una remuneración inferior a la que sería adecuada ... Si en el futuro el Departamento tuviera que investigar situaciones y hechos análogos a los examinados en los casos *Maderas para construcción* y *Cuero*, la nueva ley permitiría que el Departamento llegara al mismo resultado."³

³ *Regulations*, 63 *Federal Register*, páginas 65 y 351 (anexo C, Canadá - Prueba documental 3).

Tomamos nota de la precedente declaración según la cual, si en el futuro el Departamento de Comercio "tuviera que investigar situaciones y hechos similares a los examinados" en los casos *Ciertos productos de maderas blandas para construcción del Canadá* y *Cuero de la Argentina*, "la nueva ley permitiría que el Departamento llegase al mismo resultado" que esas investigaciones. Considerando por separado cada uno de estos dos casos, y suponiendo que se den exactamente las mismas circunstancias que en las investigaciones sobre maderas y cuero ¿podrían indicar los Estados Unidos cómo aplicarían hoy cada una de las condiciones del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC para determinar la existencia o inexistencia de una contribución financiera? Es decir, ¿existiría una contribución financiera, y cuál sería el análisis de los hechos en cada caso que llevaría a la conclusión de que hubo o no una contribución financiera en el sentido del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC? Tengan en cuenta que no es menester que hagan ninguna referencia al concepto de "beneficio", del párrafo 1 b) del artículo 1.

Respuesta

Los Estados Unidos no están en condiciones de responder a esta pregunta porque hacerlo sería inadecuado, poco práctico y posiblemente ilegal. Además, una declaración del Departamento de Comercio sobre lo que podría hacer -y no lo que la legislación estadounidense le obliga a hacer- no sería pertinente para el caso que se considera.

Pregunta 31

Según la DAA:

"Uno de los elementos definitorios de una subvención en virtud del Acuerdo sobre Subvenciones es que un gobierno o una entidad pública haya proporcionado una 'contribución financiera' según la definición del Acuerdo, incluido el suministro de bienes o servicios. Además, el Acuerdo sobre Subvenciones declara expresamente que el término 'contribución financiera' comprende situaciones en las que el gobierno encomienda u ordena a una entidad privada que proporcione la subvención. (La administración opina que el término 'entidad privada' no se limita necesariamente a una sola entidad, sino que puede incluir a un grupo de entidades o personas.) Además, el artículo VI del GATT de 1994 sigue refiriéndose a las subvenciones proporcionadas 'directa o indirectamente' por un gobierno. Por consiguiente, *la administración se propone interpretar en términos amplios la norma plasmada en la fórmula 'encomiende u ordene'*. La administración proyecta mantener su política de no permitir que la concesión indirecta de una subvención se convierta en una laguna jurídica gracias a la cual entren en el país importaciones irregulares que perjudiquen a la industria nacional."

La DAA parece indicar que, con arreglo al artículo 771(5)(B)(iii) (que contiene la norma plasmada en la fórmula "encomiende u ordene"), las limitaciones a la exportación que surtan el efecto de disminuir los costos de los insumos serán susceptibles de medidas compensatorias por entenderse que el gobierno ha "encomendado u ordenado" el suministro de los bienes, a condición de que el Departamento de Comercio verifique a su satisfacción que se ha cumplido la norma plasmada en la fórmula "encomiende u ordene". Sírvanse aclarar si ésta es una interpretación correcta del mencionado artículo de la DAA.

Respuesta

La interpretación no es correcta. El párrafo citado ni siquiera menciona las limitaciones a la exportación, sino que se limita a describir algunos aspectos de la nueva definición de subvención y del

artículo VI del GATT. El tercer párrafo indica claramente que una subvención indirecta sólo podrá ser objeto de una medida compensatoria si el Departamento de Comercio verifica a su satisfacción que se han reunido todas las condiciones del artículo 771(5)(B)(iii).

Pregunta 32

Sírvanse comentar el argumento expuesto en el párrafo 27 de la declaración oral de las Comunidades Europeas en la primera reunión del Grupo Especial, acerca de la interpretación de las "cláusulas" de la DAA con respecto a la ley, en su relación con las "subvenciones indirectas".

Respuesta

La norma que, según las CE, la DAA incorporó en el nuevo texto legislativo, se examina en el segundo de los tres párrafos de la DAA en debate, que se limita a describir, como cuestión de hecho, lo que hizo el Departamento de Comercio en virtud de las disposiciones anteriores a la OMC. El tercer párrafo indica claramente que los programas que el Departamento de Comercio considere subvenciones con arreglo a la norma anterior a la OMC sólo seguirán siendo susceptibles de medidas compensatorias si el Departamento determina, caso por caso, que se cumplen las condiciones de la nueva OMC.

Pregunta 33

¿Autoriza o exige la DAA a la Administración que interprete el artículo 771(5)(B)(iii) en el sentido de que comprende prácticas de subvención indirecta distintas de aquellas en las que una autoridad efectúe un pago a un mecanismo de financiación para proporcionar una contribución financiera, o encomiende u ordene a una entidad privada que haga una contribución financiera?

Respuesta

La DAA no autoriza ni ordena al Departamento de Comercio que interprete el artículo 771(5)(B)(iii) en el sentido indicado. Sería inexacto afirmar que la DAA "autoriza" una acción del Departamento de Comercio. La DAA no surte ningún efecto jurídico independiente de la ley (y, por consiguiente, no es una medida), sino que ofrece una expresión autorizada de la interpretación correcta de la ley. En lo relativo a la interpretación del artículo 771(5)(B)(iii), la DAA expresó la opinión de que el Departamento de Comercio sólo tenía que adoptar medidas compensatorias para las prácticas gubernamentales que reuniesen todos los requisitos de la ley.

Pregunta 34

Ustedes afirman que la significación de la DAA y el Preámbulo es que establecen que el Departamento de Comercio tiene que determinar caso por caso si una limitación de la exportación cumple la norma de la ley estadounidense plasmada en la fórmula "encomienda u ordena". ¿A qué normas y criterios jurídicos se remite el Departamento de Comercio para hacer esta determinación?

Respuesta

Para los efectos de una determinación definitiva del Departamento de Comercio, la norma jurídica interna es la del artículo 516A(b)(1)(B)(i) de la Ley de Aranceles de 1930, en su forma enmendada, 19 U.S.C. § 1516A(b)(1)(B)(i), que establece la norma de examen aplicable a las determinaciones del Departamento de Comercio. Como el Departamento de Comercio todavía no ha

tenido que aplicar la norma "encomienda u ordena" a una limitación de las exportaciones, no ha elaborado ningún criterio para hacer esta determinación.

Pregunta 35

En el caso *Ganado en pie*, el Departamento de Comercio constató que no existía una subvención porque no se había obtenido ningún beneficio de la medida en examen. En su respuesta a una pregunta oral del Grupo Especial en su primera reunión, ustedes afirmaron que, al no haber beneficio, el Departamento de Comercio "ejerció la economía procesal" y no hizo ninguna determinación respecto a la contribución financiera. ¿Significa esto que el Departamento de Comercio no consideró en modo alguno esta cuestión? Sírvanse indicar las partes de la determinación del Departamento de Comercio que son pertinentes para esta investigación.

Respuesta

En el caso *Ganado en pie* (Canadá - Prueba documental 22), el principal análisis del Departamento de Comercio respecto de la Junta Canadiense del Trigo se encuentra en las páginas 57.047 a 57.052. En este examen, el Departamento constató simplemente que no había ningún "beneficio" (véase, por ejemplo, la página 57.048 (columna de la izquierda, segundo párrafo) y la página 57.052 (columna del medio, segundo párrafo)). El Departamento de Comercio nunca hizo una determinación, porque no era esto lo que se le pedía, de que las acciones de la Junta constituyeran una "contribución financiera".

Pregunta 36

Sírvase explicar su respuesta, que figura en el párrafo 57 de su primera comunicación, al que llaman ustedes el argumento "de la pendiente resbaladiza" del Canadá, es decir que si se considera que el suministro de un bien constituye una limitación de las exportaciones porque podría dar lugar a una mayor disponibilidad nacional de un producto, cualquier medida que pudiera inducir o alentar a los productores nacionales a aumentar la oferta de un producto debería considerarse *suministro de un bien* y, por consiguiente, *contribución financiera*. Su respuesta es que, como cuestión de hecho, no es probable que pueda determinarse que *todas* estas medidas constituyen una contribución financiera que da lugar a un beneficio.

- a) Aunque en su respuesta se mencionan tanto la contribución financiera como el beneficio, el argumento del Canadá no cita el beneficio sino solamente la contribución financiera. Limitándonos a la cuestión de la contribución financiera, ¿conviene a ustedes en que toda medida que pudiera inducir o alentar a los productores nacionales a aumentar la oferta de un producto debería considerarse -en términos jurídicos- un suministro de un bien encomendado u ordenado por el gobierno y, por consiguiente, una contribución financiera? De no ser así, ¿sobre qué base jurídica podría estimarse, con su interpretación, que algunas de estas medidas *no* constituyen un suministro de un bien, y por consiguiente *tampoco* constituyen una contribución financiera? En otras palabras, ¿cuáles son los límites legales de las clases de medidas que alientan a los productores nacionales a aumentar el suministro nacional de un producto, que pueden considerarse un suministro de un bien encomendado u ordenado por el gobierno y, por consiguiente, una *contribución financiera*?

Respuesta

Según el significado corriente de "ordenar", la existencia de una relación causal entre la medida gubernamental y el comportamiento de agentes privados es necesaria para que exista una

contribución financiera. Así pues, la base jurídica se encuentra en el propio inciso iv). Sería miope, al analizar el argumento "resbaladizo", centrarse únicamente en el elemento de contribución financiera de una subvención susceptible de medidas compensatorias. Hay que tener en cuenta que la aplicación de los conceptos de "beneficios" y "especificidad" excluiría medidas del gobierno que quizás pudieran satisfacer la definición de "contribución financiera". Por último, la posibilidad teórica de que algún Miembro pueda aplicar de un modo demasiado amplio el inciso iv) no justifica la imposición en abstracto de la estricta interpretación del Canadá, que anularía el inciso iv) y dejaría una vasta laguna, con la consiguiente posibilidad de abusos.

- b) **¿Por qué considera usted pertinente para esta cuestión de interpretación jurídica del concepto "contribución financiera" que, como cuestión de hecho, "no todas" las medidas de este tipo se consideren en último término subvenciones, debido a la falta de un beneficio.**

Respuesta

Los requisitos de "beneficio" y "especificidad" son pertinentes porque el Canadá y las CE están tratando de que el Grupo Especial adopte una interpretación injustificadamente estricta del inciso iv). Los elementos "beneficio" y "especificidad" hacen que muchas subvenciones supuestamente indirectas no puedan ser objeto de medidas compensatorias ni de ningún otro tipo.

Pregunta 37

Suponiendo, a título de hipótesis, que las medidas impugnadas por el Canadá no *exijan* -pero autoricen- el trato de las limitaciones a la exportación como contribuciones financieras en el sentido del artículo 1 del *Acuerdo SMC*, ¿podría determinarse que las medidas, como tales, son incompatibles con las obligaciones de los Estados Unidos derivadas de los Acuerdos de la OMC? De ser así, ¿sobre qué base? De no ser así, sírvase explicar por qué.

Respuesta

Esta diferencia versa sobre una medida (la disposición legislativa) que no excluye expresamente el trato de las limitaciones a la exportación como contribuciones financieras. Esta medida no puede considerarse, de por sí, incompatible con las obligaciones de los Estados Unidos derivadas de la OMC, por razón de la doctrina de la distinción imperativo/discrecional. Ninguna de las otras "medidas" en examen "autorizan" una acción del Gobierno de los Estados Unidos. La doctrina se ha aplicado incluso en los casos (entre los que no figura el presente) en que ha habido una autorización explícita para efectuar un acto incompatible con la OMC. El párrafo 5 del artículo 32 y el párrafo 4 del artículo XVI obligan a asegurar que las leyes, reglamentos y procedimientos administrativos permitan que las autoridades nacionales actúen de un modo compatible con las disposiciones de la OMC. Como ha observado el Órgano de Apelación, la garantía de la conformidad no puede significar una seguridad absoluta o una garantía estricta de la aplicación *futura* de una medida, porque esta norma sería "muy difícil, si no imposible, de cumplir, ya que nadie puede predecir cómo unos administradores desconocidos aplicarán, en un futuro imprevisible, incluso la medida de cumplimiento más concienzudamente redactada".

Pregunta 38

En el párrafo 100 de su solicitud de resoluciones preliminares citan ustedes el informe del Grupo Especial en el caso *CE - Casetes de audio*, según el cual "no sería apropiado llegar a una constatación sobre una 'práctica' en abstracto cuando se haya determinado que las medidas adoptadas en una investigación particular no eran incompatibles con el Acuerdo y que la 'práctica' no se aplicaba de conformidad con una legislación vinculante". ¿Entienden ustedes que, cuando la legislación autoriza una acción contraria al *Acuerdo sobre la OMC*, pero no la

impone obligatoriamente, el Grupo Especial no puede determinar que esta legislación es incompatible con dicho Acuerdo?

Respuesta

Sí, ésta es la posición de los Estados Unidos, y ni el Canadá ni las CE la impugnan. Uno de los informes de grupos especiales de la OMC en el que se ha aplicado la doctrina de la obligatoriedad/discrecionalidad es el del caso *Canadá - Aeronaves*. Sería extraño que, en virtud del mismo Acuerdo, una medida que se limitase a autorizar la concesión de subvenciones prohibidas se considerase compatible con la OMC, mientras que otra que se limitase a no excluir expresamente el trato de las limitaciones a la exportación como subvenciones se considerase incompatible con la OMC.

Pregunta 39

Alegan ustedes que el Canadá quiere obtener una interpretación autorizada del Grupo Especial sobre ciertos aspectos del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC, función ésta que, a su juicio, está reservada a la Conferencia Ministerial y al Consejo General, y que el Grupo Especial debería desestimar la diferencia alegando que, sean cuales fueren las obligaciones sustantivas en virtud de los Acuerdos SMC y OMC, la legislación estadounidense es discrecional. En cambio, el Canadá sostiene que el Grupo Especial debe evaluar primero la obligación sustantiva de conformidad con el párrafo 1 del artículo 1, antes de que pueda determinar si la legislación estadounidense exige que haya habido un incumplimiento de la obligación. ¿Afirmar ustedes que, en todos los casos en que se debata un instrumento legislativo como el mencionado, un Grupo Especial *no puede* considerar las obligaciones sustantivas de la OMC implicadas en el caso salvo que haya determinado que la legislación es vinculante, y hasta el momento en que lo haya determinado? Sírvanse dar explicaciones.

Respuesta

En la hipótesis que da pie a la pregunta, no habría ningún principio que justificase el examen de una cuestión cuya solución es innecesaria para resolver la diferencia. El Órgano de Apelación ha declarado ya que no es adecuado que los grupos especiales, en el marco del ESD, se ocupen de la prevención de las diferencias dictando resoluciones abstractas. Canadá no cita a ninguna autoridad en apoyo de su afirmación según la cual hay que abordar la cuestión teórica de la compatibilidad con la OMC en un caso que deba desestimarse por otros motivos. Además, en los casos que cita el Canadá, la naturaleza de las obligaciones en virtud del GATT o de la OMC parece haber sido más complicada que las consideradas en el asunto presente. En estos casos es posible que los grupos especiales hayan estimado necesario definir la obligación precisamente antes de considerar si la medida de la parte demandada llevaba aparejado un incumplimiento de esta obligación. El Canadá parece sugerir que, como los Estados Unidos no están de acuerdo con su interpretación del Acuerdo SMC, la existencia de este desacuerdo justifica que el Grupo Especial decida sobre la cuestión de fondo. Sin embargo, los redactores del ESD no podían pretender de ningún modo que la existencia de un desacuerdo en abstracto requiriese una resolución de un grupo de solución de diferencias de la OMC en forma de una opinión consultiva. Si este Grupo Especial emitiese una opinión consultiva como desea el Canadá, no habría límite alguno al número de peticiones de opiniones consultivas similares que deberían considerarse en el sistema de solución de diferencias. Las posibilidades de cometer abusos son infinitas, y son mucho más reales que los argumentos "resbaladizos" del Canadá. Los párrafos 3 y 4 del artículo 24 del Acuerdo SMC establecen un mecanismo para emitir opiniones consultivas. Esto hace pensar que los redactores conocían bien el concepto de opinión consultiva y sabían cómo establecer un mecanismo para obtener dichas opiniones. En segundo lugar, la existencia de un mecanismo de GPE para la emisión de opiniones consultivas significa que el Canadá tiene otras opciones si necesita asistencia para decidir sus preferencias. Además de basarse en el asesoramiento especializado de su consultor privado, el

Canadá puede pedir al GPE -o puede pedir al Comité que pida al GPE- una opinión consultiva. No es necesario malgastar el tiempo y los recursos del sistema de solución de diferencias de la OMC.

Pregunta 40

En el párrafo 15 de su declaración oral en la primera reunión del Grupo Especial, las Comunidades Europeas alegaron, sobre la base de la resolución del Órgano de Apelación en el caso *Guatemala - Cemento*, que una "medida" puede ser *cualquier* acto de un Miembro, sea o no jurídicamente vinculante, y que el concepto puede abarcar incluso una simple directiva administrativa de un gobierno. Sírvanse comentar este argumento de las Comunidades Europeas, incluida su consideración de la resolución del Órgano de Apelación en el caso *Guatemala - Cemento*.

Respuesta

Las CE dan una versión inexacta de las resoluciones del Órgano de Apelación. Los argumentos de las CE no prueban que la DAA y el Preámbulo sean medidas. El Órgano de Apelación no decidió lo que constituye una "medida" para los fines del procedimiento de solución de diferencia de la OMC; lo que hizo fue, simplemente, constatar que una "medida" y una "alegación" son dos cosas distintas. En la nota 47 de pie de página del informe (que es un caso claro de *obiter dicta*), el Órgano de Apelación no dijo que "todos" los actos "sean" medidas. La breve referencia al caso *Japón - Semiconductores* no revela sus circunstancias particulares. Cuando se consideran las partes pertinentes de ese informe, se ve claramente que la resolución del Grupo Especial en ese caso fue de mucho menor alcance de lo que pretenden las CE. Además, los otros casos citados en la nota 47 de pie de página del informe *Guatemala - Cemento* se referían a situaciones en los que el Acuerdo pertinente de la OMC establecía una obligación positiva de actuar, cosa que no ocurre en el presente caso. Incluso las CE conceden que el Preámbulo sólo puede constituir una medida de conformidad con el párrafo 2 del artículo 6 de la ESD "en la medida en que este acto [el Preámbulo] contenga una directiva autorizada para la administración competente". Las CE no explican lo que entienden por "directiva autorizada", sino que basan simplemente su argumentación en la interpretación errónea de la condición jurídica de los preámbulos reglamentarios por parte del Canadá. Sin embargo, el Preámbulo no es vinculante para el Departamento de Comercio ni le encomienda o exige que haga algo. Además, en el Preámbulo no se estima que la ley requiera que el Departamento de Comercio considere las limitaciones a la exportación como subvenciones, sino que se expresa la opinión aproximativa de que la ley "permitiría" al Departamento de Comercio tratar las limitaciones de exportación como subvenciones.

RESPUESTAS DE LOS ESTADOS UNIDOS A ALGUNAS DE LAS PREGUNTAS HECHAS AL CANADÁ (PREGUNTAS DE FECHA 18 DE ENERO DE 2001)

Pregunta 3

¿Están ustedes de acuerdo con la interpretación de los Estados Unidos según la cual lo que ustedes piden al Grupo Especial es que resuelva que una limitación de las exportaciones no puede constituir nunca una subvención, en ninguna circunstancia?

Respuesta

Esto es exactamente lo que el Canadá pide al Grupo Especial que decida.

Pregunta 4

En el párrafo 4 de su primera comunicación escrita afirman ustedes lo siguiente:

"Estas medidas, *consideradas en conjunto*, son incompatibles con el párrafo 1 del artículo 1 del *Acuerdo SMC* y, al prescribir la imposición de derechos compensatorios contra prácticas que no son subvenciones en el sentido de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 1, son incompatibles con el artículo 10 (así como con los artículos 11, 17 y 19, en su relación con las disposiciones del artículo 10) y 32.1 del *Acuerdo SMC*" (sin cursivas en el original).

Asimismo, en el párrafo 15 de su respuesta a la solicitud de resoluciones preliminares de los Estados Unidos, afirman ustedes lo siguiente:

"... De conformidad con la observación del Grupo Especial en el caso *Estados Unidos - Artículo 301*, los elementos de la legislación estadounidense que se debaten en esta diferencia deben *analizarse conjuntamente*" (sin cursivas en el original).

¿Son el artículo 771(5) de la *Ley de Aranceles*, la DAA, el Preámbulo y la "práctica" de los Estados Unidos "medidas" que puedan someterse *individualmente* a un procedimiento de solución de diferencias? ¿Afirman ustedes que cualquiera de las cuatro medidas identificadas es, de por sí, incompatible con el *Acuerdo SMC*? ¿O bien el Grupo Especial debería limitarse a considerar como un todo las cuatro medidas identificadas? En otras palabras, ¿debería el Grupo Especial considerar únicamente estas cuatro medidas "en conjunto"?

Respuesta

Es arriesgado que el Grupo Especial trate de analizar una "medida" mal definida, identificada como un "conjunto". El análisis de esta alegación no puede basarse en nociones abstractas de la conveniencia de "analizar conjuntamente" los documentos citados por una parte reclamante, sino en la condición de los citados documentos con arreglo a la legislación interna del Miembro demandado. Ni la DAA ni el Preámbulo obligan al Departamento de Comercio a considerar las limitaciones a la exportación como subvenciones. Además, no existe ninguna "práctica" en este sentido, y, aunque existiera, no podría imponer el tratamiento de subvención a una limitación de las exportaciones con arreglo a los principios básicos (no impugnados) del derecho administrativo de los Estados Unidos. Al no existir un reglamento al respecto del Departamento de Comercio, la única autoridad vinculante para determinar la condición de las limitaciones a la exportación es la ley, que incorpora las normas del *Acuerdo SMC*.

RESPUESTAS DE LOS ESTADOS UNIDOS A CIERTAS PREGUNTAS HECHAS AL CANADÁ (PREGUNTAS DE FECHA 19 DE ENERO DE 2001)

Pregunta 5

Supongamos que un gobierno ordena a ciertos bancos de propiedad privada que el 10 por ciento de los fondos que destinan al crédito se reserven para un determinado grupo de prestatarios, en el sentido de que dichos bancos, aunque no estén obligados a conceder préstamos a estos prestatarios, tampoco podrán dedicar los fondos reservados a la concesión de créditos a otros prestatarios. A su juicio, ¿constituiría dicha situación una contribución financiera en forma de una transferencia directa de fondos -o una transferencia directa potencial de fondos- ordenada por el gobierno, en el sentido del párrafo 1 a) 1) i) y iv) del artículo 1? De no ser así, ¿por qué no? En caso afirmativo, ¿qué distinción puede hacerse, con

respecto a la cuestión de la "contribución financiera", entre esta situación y la imposición de una limitación de las exportaciones? Sírvanse dar explicaciones.

Respuesta

Evidentemente cada situación debería evaluarse en función de sus propias características, y, para constatar que el gobierno ha encomendado u ordenado la medida, debería existir una relación o nexo causal entre la acción del gobierno y la transferencia directa de fondos. Es de suponer que el Canadá (y las CE) alegarán que una contribución financiera no existiría porque el banco "no necesita" prestar los fondos. Sin embargo, esta aseveración parece más bien un juego semántico.

Pregunta 6

Partiendo de sus argumentos expuestos en los párrafos 39 y 40 de su declaración oral en la primera reunión del Grupo Especial, ¿sostienen ustedes que no puede haber ninguna circunstancia en la cual el productor no tendría más opción que vender sus productos a los usuarios nacionales de dichos productos, a raíz de la imposición de una limitación de las exportaciones?

Respuesta

Si el Canadá hace la afirmación descrita en la pregunta del Grupo Especial, no ha aportado ninguna prueba que la corrobore. Además, por "opción" debe entenderse una opción comercial real.

Pregunta 8

Sírvanse comentar la declaración de las CE que figura en la nota 21 de pie de página de su comunicación escrita, según la cual una limitación de las exportaciones puede formar parte de una serie de medidas que, consideradas en conjunto, equivalgan a una "orden" del gobierno de conformidad con el inciso iv). El ejemplo dado por las Comunidades Europeas es el de una prohibición gubernamental de las exportaciones de un producto y una exigencia de que el productor mantenga niveles de producción y venda el producto, a un precio determinado, a usuarios en fases más adelantadas del proceso de producción. ¿Cómo debería abordarse una medida (o conjunto de medidas) de este tipo, si apareciera en el curso de una investigación sobre una medida compensatoria? ¿Existiría una contribución financiera, y se derivaría dicha contribución de la medida en conjunto, o solamente de alguna de sus partes?

Respuesta

Los Estados Unidos no están en desacuerdo con la afirmación de las CE de que una limitación de las exportaciones podría formar parte de un conjunto de medidas que equivaliese a una subvención con arreglo al inciso iv). Sin embargo, no descartan la posibilidad de que una limitación de las exportaciones pueda constituir una subvención por sí sola, según cuáles sean las circunstancias. La indicación de las CE demuestra por qué el Grupo Especial debe abstenerse de hacer constataciones en abstracto. ¿En qué tendría que consistir precisamente el "conjunto de medidas" para que se considere que el gobierno las ha encomendado u ordenado? Las CE no ofrece ningún ejemplo de la práctica.

Pregunta 9

El Grupo Especial toma nota de su respuesta de los párrafos 26 y 27 de su declaración oral en la primera reunión del Grupo Especial, al argumento de los Estados Unidos según el cual una limitación de las exportaciones puede ser el "equivalente funcional" de una obligación positiva de suministrar un producto a compradores nacionales, en la medida en que, al ordenar a los productores que no exporten el producto, se les ordena al mismo tiempo que se dirijan a

los otros compradores, que son los únicos a los que pueden vender sus mercancías. Suponiendo una situación en la que los productores no tengan más opción que vender a los compradores nacionales (o sea, que no puedan ejercer ninguna de las opciones teóricas que las Comunidades Europeas dicen que se les ofrecen), ¿sobre qué base sustantiva podría distinguirse una limitación de las exportaciones de una obligación positiva de suministrar el producto objeto de la limitación a los compradores nacionales?

Respuesta

No existe una base sustantiva para hacer esta distinción. En el caso hipotético planteado, ordenar a los productores que no exporten equivale prácticamente a ordenarles que vendan solamente a los compradores nacionales. Una limitación de las exportaciones es una orden de suministrar productos a compradores nacionales si puede demostrarse, como cuestión de hecho, que existe una relación causal aproximada entre la limitación de las exportaciones y el comportamiento de los productores del bien objeto de la limitación. Como es natural, el que exista o no esta relación causal sólo puede determinarse caso por caso. El Canadá no ha podido demostrar que no existe, ni existirá nunca, una limitación de las exportaciones que surta el efecto indicado. Además, si la limitación da lugar a que el productor no tenga otra opción práctica o comercial que vender en el mercado nacional, esta limitación será la misma cosa que una orden de vender en el mercado nacional. Los esfuerzos del Canadá para no debatir el objeto y la finalidad del Acuerdo SMC, que resumió graciosamente en su Prueba documental 106, son manifiestos.

Pregunta 10

Parecen ustedes alegar que una "entidad privada" en el sentido del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 ha de ser una "colectividad" organizada, y que por consiguiente el hecho de compartir una característica común (por ejemplo, los mineros de las minas de oro) no es suficiente para transformar a un grupo de entidades individuales en una "entidad privada". ¿Afirman ustedes que un productor individual de un producto no puede ser una "entidad privada" porque no forma parte de una "colectividad organizada"? De no ser así, ¿sostienen ustedes que cada productor individual de un producto podría ser una "entidad privada", pero que considerados en conjunto (esto es, desde la perspectiva de sus características comunes) estos productores no podrían ser una "entidad privada"? Sírvanse dar explicaciones.

Respuesta

Véase la *primera comunicación de los Estados Unidos*, párrafos 40 a 44. Ni siquiera las CE están de acuerdo con la interpretación que da el Canadá a esta frase.

Pregunta 11

Ustedes alegan que los Estados Unidos interpretan de una manera demasiado amplia el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 con respecto a la posibilidad de que el gobierno encomiende u ordene el suministro de un producto a una entidad privada. A su juicio, la interpretación de los Estados Unidos podría abrir la puerta a la definición de cualquier medida regulatoria del gobierno que aumente el suministro nacional de un producto, como suministro de dicho producto ordenado por el gobierno.

Respuesta

Las interpretaciones mencionadas se han expuesto en relación exclusivamente con la presente diferencia, para refutar la afirmación del Canadá según la cual una limitación de las exportaciones no puede constituir nunca una subvención, en ninguna circunstancia. El Departamento de Comercio todavía no ha aplicado la norma del artículo 771(5)(B)(iii) y del inciso iv), en relación con un

procedimiento efectivo de LDC, a nada que no sea una concesión de créditos ordenada por el gobierno. Sin embargo, sobre la base únicamente del inciso iv), los Estados Unidos dudan seriamente de que todas las medidas regulatorias, como afirma el Canadá, satisfagan los criterios para la existencia de una subvención de conformidad con el inciso iv). Entre otras cosas, sería necesario demostrar una relación causal que haga que una entidad privada tome una medida del tipo indicado en los incisos i) a iii).

- a) **A su juicio, ¿hasta qué punto debe interpretarse estrictamente esta disposición? ¿Considerarían ustedes que si un gobierno ordena a un productor que venda su producto a un determinado cliente (o clientes) sin especificar el precio, la cantidad u otras condiciones, ello constituiría un suministro de un producto ordenado por el gobierno? De no ser así, ¿por qué no?**

Respuesta

En ausencia de otros hechos que pudieran imponer una conclusión diferente, los Estados Unidos no ven de qué manera esto podría no constituir el suministro de un producto ordenado por el gobierno, con arreglo al significado corriente de "ordenar". No hay ningún apoyo textual para la condición de que deban especificarse el precio o la cantidad (o cualquier otra condición). En cuanto a la medida en que deba interpretarse estrictamente esta disposición, la fórmula "encomienda u ordena", junto con los requisitos de "beneficios" y "especificidad", son suficientes para responder al argumento "resbaladizo" del Canadá.

- b) **¿Hay alguna circunstancia, que no sea una exigencia *explícita* de un gobierno de proporcionar un determinado producto a determinados compradores que, a su juicio, constituiría un caso de suministro de bienes encomendado u ordenado por el gobierno?**

Respuesta

Sobre la base del significado corriente del texto, no es necesario que haya una "exigencia explícita" como la indicada. Además, esta interpretación daría preferencia a la forma sobre el fondo.

- c) **Teniendo en cuenta sus respuestas a las preguntas a) y b) *supra*, ¿cuán aproximada ha de ser la relación de causa y efecto entre la acción de un gobierno y la acción de una entidad privada para que se cumpla la fórmula "encomienda u ordena" del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1?**

Respuesta

En la medida en que el Grupo Especial prefiera considerar en abstracto la condición jurídica de las limitaciones a la exportación, ésta es la cuestión fundamental. Los Estados Unidos coinciden con la premisa subyacente de la cuestión de que, partiendo del significado corriente de la palabra "ordenar", tendría que haber una relación causal demostrada entre una limitación de las exportaciones y la acción de una entidad privada (por ejemplo, el suministro de un producto) para que se cumpliera la condición del inciso iv). Como el Departamento de Comercio no ha tenido que ocuparse de esta cuestión en la legislación posterior a la OMC, los Estados Unidos no están en condiciones de opinar sobre la solidez que ha de tener esta relación causal. En virtud de la legislación vigente antes de la OMC, el Departamento de Comercio aplicó la norma del "efecto directo y apreciable" para determinar la relación causal entre una limitación de las exportaciones y los precios internos del producto objeto de la limitación. Los Estados Unidos no quieren decir con ello que éste sería el criterio aplicado por el Departamento de Comercio con la legislación posterior a la OMC, en un caso real de LDC. No obstante, el Departamento de Comercio ha constatado que a veces una limitación de

las exportaciones surte un efecto apreciable en los precios, mientras que otras veces no es así. Simplemente, el Departamento de Comercio no asumió la existencia de un vínculo causal.

Pregunta 12

Afirman ustedes que, cuando el gobierno encomienda u ordena a una entidad privada que realice una de las funciones de los tipos descritos en los incisos i) a iii) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1, el inciso iv) prescribe que esta función ha de ser una de las que normalmente incumbirían al gobierno y no debe diferir, en ningún sentido real, de las prácticas normalmente seguidas por los gobiernos:

- a) **Sírvanse explicar cómo, a su entender, estos conceptos o prescripciones encajan en el contexto de las funciones enumeradas en los incisos i) a iii). ¿No podría sostenerse que muchas de estas funciones (por ejemplo, inversión de capital en acciones, préstamo de dinero, suministro o compra de productos, etc.) son realizadas "normalmente" por el sector privado? ¿En qué condiciones o circunstancias podría afirmarse que estas funciones son realizadas "normalmente" por un gobierno?**

Respuesta

La interpretación del Canadá es demasiado restrictiva y privaría de todo efecto al inciso iv). Los únicos antecedentes de negociación sobre el inciso iv) indican claramente que las funciones gubernamentales mencionadas en este inciso guardan relación con las acciones del gobierno en el contexto de la concesión de una subvención. Esto limita también, en la práctica, el argumento "resbaladizo" del Canadá. La acción privada inducida debe entrañar una reasignación de recursos mediante la imposición o la concesión de subvenciones, porque de lo contrario no sería el tipo de acción gubernamental que normalmente está incluida en las disposiciones de los incisos i) a iii).

- b) **Los Estados Unidos afirman que estas funciones son funciones "normales" de los gobiernos, en el contexto de la concesión de subvenciones. Dado que en su argumentación ustedes ponen de relieve que los conceptos de contribución financiera y beneficio son distintos y no deben confundirse ni mezclarse, ¿es correcto que no estén ustedes de acuerdo con esta declaración de los Estados Unidos? Si no están ustedes de acuerdo con los Estados Unidos en este punto, ¿sobre qué otra base o en qué otras circunstancias considerarían ustedes que estas funciones quedarían comprendidas en las actividades "normales" de un gobierno y satisfarían por consiguiente el criterio del inciso iv)?**

Respuesta

A los efectos del inciso iv) existe una diferencia entre beneficio y contribución financiera. La contribución financiera depende de: 1) una relación causal aproximada entre la acción del gobierno y la acción privada; y 2) que la acción privada sea una forma de imposición o concesión de subvenciones (es decir, el tipo de acción que un gobierno haría "normalmente"). Aunque las pruebas de la existencia de este segundo aspecto y de un "beneficio" pueden coincidir, no son la misma cosa. En lo tocante al argumento "resbaladizo" del Canadá, no es especialmente importante que unas reglamentaciones inocuas del gobierno se excluyan del alcance del concepto "subvención susceptible de medida compensatoria" porque no son contribuciones financieras, no confieren un beneficio y no son específicas.

- d) **Considerando el caso concreto del suministro de bienes, ¿qué constituye un suministro "normal" de bienes por un gobierno? ¿En qué circunstancias puede decirse que el suministro de bienes por una entidad privada por orden de un gobierno satisfaría los criterios expresados por las fórmulas "que normalmente incumbirían al gobierno" y "no difiera, en ningún sentido real, de las prácticas normalmente seguidas por los gobiernos", del inciso iv)?**

Respuesta

El suministro de un producto por una entidad privada por orden del gobierno podría satisfacer los criterios expresados en las fórmulas "que normalmente incumbirían al gobierno" y "no difiera, en ningún sentido real, de las prácticas normalmente seguidas por los gobiernos", cuando de ello resulte una subvención.

Pregunta 13

¿Están ustedes de acuerdo con el argumento de las Comunidades Europeas de que, en el caso de un suministro de bienes encomendado u ordenado por un gobierno, para que se cumpla la condición expresada en la fórmula "las funciones ... que normalmente incumbirían al gobierno", no sólo debería existir una orden concreta a los productores para que suministren los bienes, sino que además este suministro debería hacerse en "ciertas condiciones predeterminadas"? Si están ustedes de acuerdo, ¿por qué tendrían que darse "ciertas condiciones predeterminadas" para que una entidad privada lleve a cabo una función que normalmente incumbiría al gobierno (o sea, para que exista una *contribución financiera*)? Es decir, ¿no son las "condiciones" en las que se suministra un producto el factor determinante de la existencia de un beneficio? De ser así, ¿por qué concepto las "condiciones", predeterminadas o no, serían pertinentes a la cuestión de la contribución financiera?

Respuesta

En ninguno de los incisos del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 se dice que tengan que haber "ciertas condiciones predeterminadas". Mientras que las CE acusan erróneamente a los Estados Unidos de centrarse únicamente en el objeto y fin del Acuerdo SMC (que corroboran ciertamente la posición de los Estados Unidos), la *comunicación de las CE* no contiene ningún análisis del sentido corriente de las palabras utilizadas en el inciso iv). Si el Grupo Especial examina detenidamente la *comunicación de las CE*, comprobará que *no hay ni una sola* referencia a una definición de uno cualquiera de los términos que se debaten.

Pregunta 14

Sírvanse comentar los párrafos 17 a 31 de la declaración oral de los Estados Unidos en la primera reunión del Grupo Especial con las partes.

Respuesta

Por el momento los Estados Unidos se limitarán a recordar el principio establecido en el párrafo 7.19 del informe del Grupo Especial *Estados Unidos - Artículo 301*. Según este principio, que se menciona en el párrafo 71 de la *Solicitud de los Estados Unidos*, aunque el Grupo Especial no está obligado a aceptar la interpretación de los Estados Unidos, éstos pueden esperar razonablemente que el Grupo acoja con considerable deferencia las opiniones estadounidenses sobre el significado de sus propias leyes. Contrariamente a la imagen que el Canadá pretende dar en el párrafo 16 de la *Respuesta del Canadá a la solicitud de los Estados Unidos de una resolución preliminar* ("*Respuesta del Canadá*"), este principio no se lo han inventado los Estados Unidos, sino que lo articuló el Grupo Especial en el caso *Estados Unidos - Artículo 301*.

Pregunta 15

Sírvanse explicar por qué consideran ustedes (en el párrafo 45 de su primera comunicación escrita y en el párrafo 56 de su respuesta a la solicitud de resoluciones preliminares de los Estados Unidos, opinión que expresan también las Comunidades Europeas en el párrafo 27 de su declaración oral en la primera reunión del Grupo Especial) que la disposición de la DAA limita toda capacidad discrecional de que pueda gozar el Departamento de Comercio para "verificar a su satisfacción que una presunta subvención implica una medida formal aplicable". Esta cláusula establece, en particular, que el tipo de subvenciones indirectas respecto de las cuales el Departamento de Comercio ha adoptado medidas compensatorias en el pasado seguirán siendo susceptibles de este tipo de medidas "a condición de que el Departamento de Comercio verifique a su satisfacción que se ha cumplido el criterio del artículo 771(5)(B)(iii)". ¿No es ello una prescripción en el sentido de que el Departamento de Comercio ha de verificar a su satisfacción que se han cumplido todas las condiciones del artículo 771(5)(B)(iii)?

Respuesta

La interpretación de la DAA propuesta por el Canadá y las CE excluiría esta disposición de la DAA. Un tribunal u organismo de los Estados Unidos no privaría de efecto a la disposición por el hecho de ignorarla.

Pregunta 16

En el párrafo 39 de su respuesta a la solicitud de resoluciones preliminares de los Estados Unidos declaran ustedes lo siguiente:

"... la 'práctica' en cuestión no es una determinación individual en un caso sobre derechos compensatorios, como sugieren los Estados Unidos. Como ha indicado claramente, el Canadá no trata de conseguir una resolución que anule las determinaciones de algunos casos anteriores. Se trata más bien de un compromiso o política administrativa de adherirse a una opinión jurídica particular y aplicar una interpretación o metodología determinada, en este caso considerar que una limitación de las exportaciones cumplirá el criterio de contribución financiera del *Acuerdo SMC* cuando las autoridades estadounidenses determinen la existencia de un beneficio" (excluidas las notas de pie de página).

- a) A su juicio, ¿cómo podrá ser objeto semejante "compromiso o política administrativa" de una solución de diferencias propiamente dicha? ¿Cómo puede concebirse que este "compromiso o política administrativa" -que podría describirse también como un "comportamiento" de los Estados Unidos- sea una medida?

Respuesta

La pregunta misma demuestra lo absurdo de las alegaciones del Canadá. Si se considerase que el tipo de "compromiso administrativo" aducido por el Canadá en este caso es una "medida", las consecuencias para el sistema de solución de diferencias de la OMC serían mucho más temibles y reales que los imaginarios argumentos "resbaladizos" del Canadá.

- b) **¿De qué manera la "práctica" de los Estados Unidos, en el sentido de la cita anterior, se distingue de las referencias a las limitaciones de la exportación en la DAA y en el Preámbulo, como ustedes las interpretan? Es decir, si el Grupo Especial adoptase una resolución sobre la DAA y el Preámbulo, como piden ustedes, determinando que son declaraciones de política obligatorias para el Departamento de Comercio con respecto al trato de las limitaciones a la exportación ¿qué añadiría otra resolución con respecto a la "práctica" de los Estados Unidos?**

Respuesta

Como la DAA no prescribe que el Departamento de Comercio haya de tratar las limitaciones a la exportación como subvenciones, y como el Preámbulo es, en el mejor de los casos, una opinión provisional no vinculante del Departamento de Comercio en el sentido de que una limitación de las exportaciones podría constituir una subvención con arreglo a la nueva definición del término, el Canadá necesita una cosa llamada "práctica" para llevar a buen puerto su reclamación. Sin embargo, no existe simplemente una práctica que el Canadá pueda impugnar, o sea que no hay determinaciones reales posteriores a la OMC por parte del Departamento de Comercio de que una limitación de las exportaciones constituye una subvención (o ni siquiera una contribución financiera).

- c) **Si la práctica no consiste en hacer "determinaciones individuales en casos de derechos compensatorios", y tampoco es lo indicado en la DAA y en el Preámbulo, puesto que es de mayor alcance, ¿qué es precisamente?**

Respuesta

Esta pregunta demuestra la validez de la posición de los Estados Unidos, que sostienen que no compete al Grupo Especial examinar las alegaciones del Canadá respecto de la "práctica de los Estados Unidos". Incluso después de una ronda completa de sesiones de información y una reunión de las partes con el Grupo Especial, es difícil saber exactamente lo que Canadá entiende por "práctica". Si esto no constituye un perjuicio para los Estados Unidos (suponiendo, a efectos del debate, que deba demostrarse la existencia de perjuicios), en tal caso las prescripciones del ESD sobre lo que debe alegarse carecen de sentido.

- d) **¿Creen ustedes que la "práctica" de los Estados Unidos, en su condición de "compromiso o política administrativa", es una legislación vinculante en el sentido en que se utiliza el término en la distinción entre imperativo/discrecional? Y si la "práctica" de los Estados Unidos no es una legislación vinculante -que obliga a los Estados Unidos a hacer algo- ¿sobre qué base puede determinarse que es incompatible con las obligaciones de los Estados Unidos dimanantes de la OMC?**

Respuesta

El Canadá no ha puesto en duda el principio de que el Departamento de Comercio no está vinculado por sus anteriores determinaciones. Aunque la frase "compromiso o política administrativa" parece ser un derivado canadiense, es evidente que si el Departamento de Comercio no está obligado por sus determinaciones en casos reales, tampoco lo estará por un "compromiso o política administrativa" articulado en abstracto y fuera del contexto de los casos reales. El Canadá no ha impugnado la validez permanente de la doctrina que distingue entre imperativo/discrecional. Por consiguiente, no puede constatar que el supuesto "compromiso o política administrativa" del Canadá sea incompatible, de por sí, con las obligaciones de los Estados Unidos dimanantes de la OMC. Si en un caso real el Departamento de Comercio llegase a constatar que una limitación impuesta por el Canadá a las exportaciones es una subvención, o si el Departamento promulgase un

reglamento vinculante que obligase a adoptar una acción incompatible con la OMC, el Canadá estaría autorizado a someter la diferencia a la Organización. No obstante, hasta este momento los derechos del Canadá en virtud de los Acuerdos de la OMC no resultarían afectados.

Pregunta 17

Sírvanse responder en detalle a los argumentos de los Estados Unidos que figuran en los párrafos 43 a 55 de su declaración oral en la primera reunión del Grupo Especial, acerca de la aplicabilidad a las medidas identificadas por el Canadá de las disposiciones del *Acuerdo sobre la OMC* y el *Acuerdo SMC*, citadas por este país. (A este respecto, sírvanse tomar nota de que, en respuesta a una pregunta oral del Grupo Especial en su primera reunión, los Estados Unidos señalaron que estos argumentos son aplicables a la DAA y al Preámbulo, además de la práctica, bajo cuyo epígrafe aparecen en la declaración oral de los Estados Unidos efectuada en dicha reunión.)

Respuesta

Los Estados Unidos confirman la mencionada declaración, que se formuló en la primera reunión del Grupo Especial. Aunque los Estados Unidos no creen que la DAA y el Preámbulo sean medidas, suponiendo a título hipotético que lo fueran se les aplicaría igualmente los argumentos expuestos en los párrafos 43 a 55 de la *declaración oral de los Estados Unidos*.

RESPUESTA DE LOS ESTADOS UNIDOS A UNA PREGUNTA HECHA A LAS COMUNIDADES EUROPEAS

2. c) **Invirtiendo el argumento, sostienen ustedes que no habría ninguna "contribución financiera" en el sentido del párrafo 1 a) 1) iii) del artículo 1 si una empresa de propiedad estatal determinara su volumen de producción y los términos y condiciones de la venta como creyera conveniente, en vez de ser el gobierno el que estableciese "condiciones predeterminadas" para ello?**

Respuesta

Esto parecería una derivación del argumento de las CE. En este punto, los Estados Unidos se limitarán a observar que el párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC menciona una contribución financiera "de un gobierno o de cualquier organismo público" (sin cursivas en el original). Las partes en este caso parecen estar de acuerdo en que una empresa constituiría un "organismo". Por consiguiente, es difícil ver cómo una "empresa de propiedad estatal" sería incapaz de proporcionar una contribución financiera en forma de un suministro de bienes.

ANEXO A-3

RESUMEN DE LAS RESPUESTAS DEL CANADÁ A LAS PREGUNTAS DEL GRUPO ESPECIAL EN LA SEGUNDA REUNIÓN SUSTANTIVA

(8 de marzo de 2001)

PREGUNTAS AL CANADÁ

Pregunta 13

¿Ha habido casos en los que el Preámbulo se haya utilizado como "norma legislativa" en el sentido a que se refieren los Estados Unidos en los párrafos 30 a 43 de su segunda declaración oral? En caso afirmativo, sírvanse dar detalles.

Respuesta

Los tribunales estadounidenses se han visto llamados con frecuencia a determinar si una declaración de un organismo particular es una norma legislativa, y se ha ideado toda una serie de criterios adaptados a las diferentes situaciones de hecho. Los Estados Unidos han alegado uno de estos criterios, a saber, el aplicado por el Tribunal de Apelaciones del Distrito de Columbia en su decisión de 1994 sobre el caso *American Mining Congress*. Tres años después este mismo Tribunal, en el caso *Troy Corporation v. Browner*¹, aplicó un criterio más sencillo -ideado por él mismo en el caso *National Family Planning and Reproductive Health Ass'n v. Sullivan*²- para determinar si el preámbulo del reglamento final de un organismo tiene carácter legislativo.

Con ambos criterios, el Preámbulo es una norma legislativa respecto de las limitaciones a la exportación. Aplicando el criterio del caso *Troy*, el Preámbulo: 1) "complementa" una ley anunciando una interpretación respecto de las limitaciones a la exportación, que no está prevista en la ley; 2) "introduce un cambio en la ley o la política existentes", al establecer la interpretación legal de la ley recién enmendada por el Departamento de Comercio, respecto de las limitaciones a la exportación, y 3) produce "efectos jurídicos importantes en los intereses privados", por cuanto el Departamento de Comercio aplicó el Preámbulo con efectos concluyentes en sus determinaciones sobre derechos compensatorios, como se describe en los párrafos 33 a 39 de la segunda comunicación escrita del Canadá. Con arreglo al caso *Troy*, cualquiera de estos factores demuestra el carácter de norma legislativa del Preámbulo.

El Preámbulo cumple también el criterio del caso *American Mining Congress*. En primer lugar, el Preámbulo establece una base legislativa, que de lo contrario no existiría, para la acción del Departamento de Comercio con respecto a la norma de las "subvenciones indirectas" y la fórmula "encomiende u ordene", declarando que la norma no es de menor alcance que la norma anterior a la OMC y estableciendo que el Departamento aplica sus criterios anteriores a la OMC a las limitaciones a la exportación. De ahí que la base para la acción del Departamento de Comercio respecto de las limitaciones a la exportación sea el Preámbulo, al que el Departamento se limita a atenerse y que

¹ *Troy Corp. v. Browner*, 120 F.3d 277, 287 (DC circular 1997) (constatar que una declaración de un organismo no es una norma cuando se limita a declarar de nuevo una política ya existente). (Canadá - Prueba documental 138.)

² 979 F.2d 227, 236-40 (DC circular 1992) (sostener que las directivas de un organismo son normas legislativas cuando no se limitan a aclarar un término legislativo sino que complementan o cambian la ley o la política, y tienen un efecto importante en los intereses privados). (Canadá - Prueba documental 137.)

aplica como elemento dispositivo en sus determinaciones. En segundo lugar, el Departamento de Comercio publicó el Preámbulo con el resto de las reglamentaciones en el *Federal Register* lo que, como ha demostrado ya el Canadá, le confiere efecto jurídico pleno. En tercer lugar, el Departamento de Comercio invocó explícitamente su autoridad legislativa; el Preámbulo declara que el Departamento tenía la intención de " plasmar los principios de las leyes de ejecución en normas específicas y predecibles". A continuación el Departamento hizo valer su autoridad legislativa, tomando una resolución explícita sobre las limitaciones a la exportación. En cuarto lugar, el Preámbulo, aunque no enmienda específicamente ninguna norma legislativa preexistente (porque el Departamento de Comercio nunca promulgó reglamentaciones finales sustantivas en materia de derechos compensatorios), estableció la norma legislativa relativa a las limitaciones a la exportación. Cualquiera de estos factores demuestra que el Preámbulo es una norma legislativa, con arreglo al criterio del caso *American Mining Congress*.

Hay numerosos ejemplos de la utilización del Preámbulo como norma legislativa en el sentido descrito por los Estados Unidos en los párrafos 30 a 43 de su segunda declaración oral. Los casos *Acero inoxidable* de Corea, así como *Ganado en pie*, son algunos de los ejemplos pertinentes que ha facilitado ya el Canadá. En los párrafos 14 a 20 de las respuestas del Canadá a las preguntas del Grupo Especial de los días 21 y 22 de febrero ("respuestas de febrero"), se ofrecen otros muchos ejemplos.

Con respecto a la referencia estadounidense al tratado Davis, que figura en los párrafos 31 a 33 de su declaración oral, los Estados Unidos afirman que el Canadá ha intentado sustituir las decisiones del Tribunal de Apelaciones del Distrito de Columbia por las opiniones de académicos relativas a la publicación en el CFR. El Canadá ha demostrado, desde luego, que es este mismo Tribunal el que sostuvo que la publicación en el CFR no era significativa. Lo que es más importante, los Estados Unidos sólo presentaron las partes relativas a la "norma interpretativa" de la exposición del Profesor Davis sobre las distinciones entre las normas legislativas y las interpretativas. Sin embargo, inmediatamente después de las páginas a que se refieren los Estados Unidos, el Profesor Davis ofrece una aclaración crítica: una norma que "anuncia la interpretación por un organismo de una ley que tiene la responsabilidad de aplicar" es una "norma legislativa" y no una "norma interpretativa" si el organismo tiene la autoridad de promulgar una norma legislativa, y la ejerce.³ Esto es precisamente lo que hizo el Departamento de Comercio -mediante el Preámbulo- con respecto a las limitaciones a la exportación, y esta norma legislativa es vinculante para los tribunales, los ciudadanos y el propio organismo.⁴

Pregunta 14

En su respuesta a la pregunta 16 c) del Grupo Especial, el Canadá alega que "la práctica no es una determinación individual en un caso sobre derechos compensatorios (aunque una determinación reflejaría normalmente la "práctica"), sino más bien un compromiso institucional de atenerse a interpretaciones y metodologías declaradas, que se refleja en determinaciones acumulativas". En opinión del Canadá, ¿cómo se expresa el "compromiso institucional"? Es decir, para que algo pudiera identificarse como un "compromiso", ¿tendría que reflejarse por escrito, por ejemplo, en una determinación el Departamento de Comercio e identificarse en términos generales como la "práctica" o la "política de un organismo"? De no ser así, ¿cómo se expresaría (es decir, en qué forma)? En la medida en que haya una identificación explícita de una "práctica" en una determinación del Departamento de Comercio o en otro documento, ¿en qué cree el Canadá que se diferencia de una "legislación"?

³ Davis, volumen I, § 6.3, páginas 234 y 235. (Canadá - Prueba documental 140.)

⁴ *Id.*, § 6.5, páginas 250 y 251.

Respuesta

El "compromiso institucional" suele reflejarse por escrito. Una "práctica" identificada en una determinación del Departamento de Comercio se diferencia de una "legislación" en que no es de carácter legislativo ni ha sido promulgada válidamente como una norma legislativa. Simplemente, es algo que el organismo hace de modo sistemático. En el contexto de la legislación estadounidense, una práctica se diferencia también de la legislación (en el sentido de la ley) en que la práctica que fuera incompatible con una ley no se aceptaría en un tribunal estadounidense. Sin embargo, como se señala en la respuesta a la pregunta 15, la práctica es algo que debe seguirse normalmente y, por consiguiente, los afectados por la Ley sobre derechos compensatorios de los Estados Unidos tienen razones para esperar que lo sea.

Pregunta 15

En respuesta a esta misma pregunta 16 c) del Grupo Especial, el Canadá indica que "en el contexto de esta diferencia, la práctica está relacionada con el precedente, por cuanto a menudo se establece una interpretación o metodología en un único caso o grupo de casos, que se convierte en la "práctica seguida en los casos posteriores". A juicio del Canadá, ¿por qué este principio es aplicable a la presente diferencia, si no hay casos posteriores a la OMC en los que los Estados Unidos hayan adoptado medidas compensatorias en relación con limitaciones a la exportación? Además, aunque se hubieran dado casos de este tipo, y el Departamento de Comercio hubiera establecido las metodologías que aplica "normalmente" en ellos, ¿no están ustedes de acuerdo con la declaración estadounidense de que, con arreglo a la legislación de ese país, el Departamento de Comercio podría dejar de aplicar estas metodologías a condición de que explicase por qué lo hace? ¿Cómo afectaría ello a la identificación, en términos concretos, de la "práctica" en el sentido en que el Canadá utiliza este término, o sea, en su relación con el "precedente"? Respecto del caso *Ganado en pie*, ¿sostiene el Canadá que una decisión de iniciar una investigación tiene un valor igual como precedente al de una determinación positiva final?

Respuesta

En primer lugar, en virtud de la DAA y el Preámbulo la práctica anterior a la OMC se transfirió a la legislación y a la práctica posteriores. En segundo lugar, la incoación del caso *Ganado en pie* se basó expresamente en las decisiones anteriores a la OMC de los casos *Cuero* y *Maderas para construcción* y, en su determinación definitiva, el Departamento de Comercio rechazó explícitamente los argumentos del Canadá respecto de las razones de que una limitación de las exportaciones no pudiera cumplir el requisito de contribución financiera del artículo 771(5)(B)(iii). En tercer lugar, en los casos de *Acero inoxidable*, de Corea, el Departamento de Comercio indicó claramente que aplicaría a las subvenciones indirectas la misma norma anterior a la OMC, y que, como se desprende de las medidas aplicadas en este caso, en el concepto de "subvenciones indirectas" están comprendidas las limitaciones a la exportación.

Las entidades, incluido el Departamento de Comercio, suelen seguir el precedente de anteriores determinaciones, y los tribunales estadounidenses les exigen que lo hagan cuando no puedan dar razones fundamentales que justifiquen no hacerlo, en función de los hechos del caso o de una modificación de la ley, ni explicar cómo el incumplimiento es compatible con la ley y está corroborado por pruebas sustanciales. Las entidades no pueden tratar de modo diferente circunstancias análogas, o simplemente cambiar de parecer entre un caso y otro. Así pues, mientras que el Departamento de Comercio podría apartarse teóricamente de su práctica en materia de limitaciones a la exportación en estas reducidísimas circunstancias, todas las pruebas existentes respecto de las limitaciones a la exportación indican lo contrario. Es decir, todas las pruebas de este caso reflejan el claro compromiso del Departamento de Comercio de seguir ateniéndose a su práctica.

La decisión de incoar el caso *Ganado en pie* tiene valor de precedente porque refleja la determinación del Departamento de Comercio en cuanto al cumplimiento del criterio de "prueba suficiente" de la existencia de todos los elementos de una subvención susceptible de medidas compensatorias, incluidas las contribuciones financieras. Así pues, mientras que una decisión de abrir una investigación podría no tener el mismo valor de precedente que una determinación definitiva porque en ella se aplica un criterio distinto, en los dos criterios tienen que estar presentes los mismos elementos jurídicos. Además, el caso *Ganado en pie* sirve de precedente para incoar otro caso alegando la existencia de una "subvención" en forma de limitación de las exportaciones. Como ha señalado el Canadá, al incoar el caso *Ganado en pie* el Departamento de Comercio tuvo que llegar necesariamente a la conclusión de que, si se demostrase que había habido "control" de las exportaciones de cebada por parte de la Junta Canadiense del Trigo, se cumpliría la condición de contribución financiera prevista en el artículo 771(5)(B)(iii) y, por consiguiente, las limitaciones a la exportación son contribuciones financieras.

Pregunta 16

Supongamos a título de hipótesis que el Grupo Especial tomase una resolución favorable a las alegaciones del Canadá con respecto a todas las "medidas" identificadas por este país, excepto la relativa a la "práctica". A juicio del Canadá, ¿qué acciones deberían emprender los Estados Unidos para "poner sus medidas en conformidad" con arreglo a esta resolución? ¿En qué se diferenciarían estas acciones de las que deberían emprender los Estados Unidos si el Grupo Especial resolviera también a favor de la reclamación del Canadá con respecto a la "práctica"? Es decir, ¿cuáles cree el Canadá que serían las consecuencias específicas y prácticas de la inclusión o la exclusión de la "práctica" en cualquier resolución hipotética del Grupo Especial a favor de las alegaciones del Canadá? En su respuesta, sírvanse comentar la declaración del Grupo Especial en el caso *Comunidades Europeas - Piezas y componentes*, después de la constatación según la cual las disposiciones legislativas en cuestión no eran imperativas, y, aunque sería de desear que la CE derogara las disposiciones legislativas de referencia, con dejar de aplicarlas a las partes contratantes ya cumpliría las obligaciones que le impone el GATT.⁵ ¿Ocurriría lo mismo en este caso, suponiendo que fuera realidad la resolución hipotética antes indicada? De no ser así, ¿por qué no? En su respuesta oral a esta pregunta, ustedes indicaron que, suponiendo que se tomara esta resolución, no sería necesario que los Estados Unidos revisaran la DAA. ¿Cómo relacionan ustedes esta afirmación con su afirmación anterior en el sentido de que la DAA obliga al Departamento de Comercio a dar a las limitaciones a la exportación el trato de contribuciones financieras?

Respuesta

Como dijo el Canadá en su respuesta a las preguntas complementarias del Grupo Especial, esta cuestión la tienen que resolver esencialmente los Estados Unidos determinando cómo aplicarían la decisión hipotética, y el Canadá no puede prejuzgar el modo en que los Estados Unidos decidan hacerlo. Dicho esto, el Canadá responderá haciendo observaciones generales acerca de cada una de las medidas.

En lo relativo a la ley, el Canadá no cree que haga falta ninguna enmienda. Como ha señalado antes, la ley no tiene en cuenta específicamente las limitaciones a la exportación. Sin embargo, como con arreglo a la Ley sobre derechos compensatorios de los Estados Unidos que es objeto de esta diferencia, el artículo 771(5)(B)(iii) constituye la base o autoridad legislativa para la aplicación del trato de las limitaciones a la exportación, la ley debe incluirse en toda consideración de este trato como un elemento esencial del mismo.

⁵ Comunidad Económica Europea - Reglamento relativo a la importación de piezas y componentes, informe del Grupo Especial, IBDD 37S/147, adoptado el 16 de mayo de 1990, párrafo 5.26.

Con respecto a la DAA, cualquier acción que emprendiesen los Estados Unidos debería hacerse con suficiente autoridad jurídica para que este país puedan dar a las limitaciones a la exportación un trato compatible con la resolución del OSD, de modo que el trato de las limitaciones a la exportación exigido por la DAA y las otras medidas en cuestión no tuvieran ya ninguna fuerza ni efecto en virtud de la Ley sobre derechos compensatorios de los Estados Unidos.

Con respecto al Preámbulo, la aplicación debería incluir, de algún modo, la desautorización por parte del Departamento de Comercio de la terminología relativa a las limitaciones a la exportación en el propio Preámbulo, mediante, por ejemplo, un aviso en el *Federal Register* en el que se diera una nueva interpretación de la ley que fuera compatible con la resolución del OSD y dejase en claro que el Departamento de Comercio ya no va a seguir su práctica y precedentes anteriores a la OMC en este caso.

Por último, con respecto a la práctica, el Canadá piensa que el Departamento de Comercio tendrá que poner su práctica en conformidad con la resolución del OSD y dejar de considerar las limitaciones a la exportación como una contribución financiera. Esto debería reflejarse en cualquier iniciación, determinación preliminar y final y resultados preliminares y finales del examen (en su caso). Además, es importante tener en cuenta que, si los Estados Unidos modificasen el Preámbulo de manera que dejase de mencionar las limitaciones a la exportación, todavía subsistiría la práctica estadounidense de tratar las limitaciones a la exportación como contribuciones financieras; esta práctica no estaría en conformidad con la resolución del OSD, y tendría que suspenderse.

El caso *CEE - Piezas y componentes* se distinguía del caso presente en que la legislación era de carácter inequívocamente discrecional, por cuanto se basaba en el término "podrán", mientras que en este caso el Canadá ha demostrado que la Ley sobre derechos compensatorios de los Estados Unidos exige el trato objeto de su reclamación.

Pregunta 17

Entendemos que el Canadá ha expuesto los dos siguientes argumentos respecto de la legislación que se examina: i) que la ley, "en la interpretación" de la DAA y el Preámbulo, es una legislación imperativa que exige que el Departamento de Comercio incumpla sus obligaciones derivadas del Acuerdo SMC; y ii) que, si bien la ley es, de por sí, discrecional, en el sentido de que sería posible interpretarla de un modo compatible con la OMC, la DAA y el Preámbulo "limitan la discrecionalidad" del Departamento de Comercio de actuar de manera conforme con la OMC. ¿Es ésta una interpretación correcta de los argumentos del Canadá? ¿Son estas dos fórmulas simplemente dos modos distintos de decir la misma cosa, o es el segundo argumento alternativo del primero, o distinto del primero por algún concepto? Sírvanse dar explicaciones.

Respuesta

El Grupo Especial ha entendido correctamente los argumentos del Canadá. No hay ninguna diferencia entre ellos, por cuanto los dos llevan a la conclusión de que las medidas estadounidenses no son "discrecionales" en el sentido de la distinción imperativo/discrecional de la jurisprudencia del GATT/OMC, es decir, que los Estados Unidos no han demostrado que dispongan de suficiente capacidad discrecional para cumplir sus obligaciones de conformidad con la OMC. Como el Canadá ha explicado en relación con la segunda fórmula, la distinción imperativo/discrecional no significa que una discrecionalidad de cualquier tipo o grado permita a una parte demandada esgrimir con éxito este argumento. En este caso, la DAA y el Preámbulo limitan las facultades discrecionales de la autoridad ejecutiva en el contexto de la diferencia, de modo que la legislación será interpretada y aplicada de modo incompatible con la OMC. Así pues, estas medidas demuestran que los Estados Unidos no pueden alegar con éxito la distinción imperativo/discrecional, incluso suponiendo que las medidas permitan un cierto grado de discreción al Departamento de Comercio. Además, la alegación

de los Estados Unidos de que podría evitar una interpretación de su legislación a fin de que una limitación de las exportaciones no se considere una contribución financiera, es decir, interpretar su legislación de un modo distinto a la interpretación a la que están obligados, tampoco es una discrecionalidad de naturaleza o alcance suficientes para que los Estados Unidos puedan alegar en su favor la distinción imperativo/discrecional.

Pregunta 18

¿Podría conciliar el Canadá su declaración de que la ley no prescribe el tratamiento de las limitaciones a la exportación como contribuciones financieras, con su otra declaración en el sentido de que cada una de las medidas, consideradas individualmente, prescriben este trato?

Respuesta

Como ha señalado el Canadá, la ley no aborda específicamente las limitaciones a la exportación. Sin embargo, como con arreglo a la Ley sobre derechos compensatorios de los Estados Unidos que se está considerando, el artículo 771(5)(B)(iii) establece la base o autoridad legislativa para la aplicación del trato de las limitaciones a la exportación, la ley debe incluirse en cualquier consideración de ese trato como un factor esencial del mismo. Así pues, puede decirse que, si bien la ley forma parte de las medidas que, consideradas en conjunto, hacen que el trato que la Ley sobre derechos compensatorios de los Estados Unidos reserva a las limitaciones a la exportación sea incompatible con la OMC, la ley no prescribe este trato independientemente de una o más de las restantes medidas.

Pregunta 19

¿Podría explicar el Canadá la aparente incoherencia entre su calificación de la cláusula de la DAA en esta diferencia y sus argumentos relativos a esta misma cláusula en la investigación sobre el *Ganado en pie*, a que se refiere el párrafo 24 de la segunda declaración oral de los Estados Unidos?

Respuesta

En lo tocante a la referencia de los Estados Unidos a las comunicaciones canadienses en el caso *Ganado en pie*, el Canadá se reconoce culpable de haber tratado de persuadir al Departamento de Comercio de que interpretase la Ley sobre derechos compensatorios de los Estados Unidos de un modo compatible con la OMC. En la causa *Ganado en pie*, el Canadá abrigaba aún la esperanza de que los Estados Unidos podrían hacerlo, o lo harían. Uno de los motivos de que el Canadá esté hoy ante el Grupo Especial es que en el caso *Ganado en pie*, el Departamento de Comercio expresó claramente, tanto mediante el fundamento de la incoación de la causa como en sus motivos de desacuerdo con los argumentos del Canadá acerca de la contribución financiera en su determinación definitiva, que se considera obligado a tratar las limitaciones a la exportación de un modo incompatible con la OMC.

Pregunta 20

¿Qué significado tiene la siguiente frase del párrafo del informe conjunto del Senado sobre la URAA (Canadá - Prueba documental 134), un pasaje del cual citan ustedes en el párrafo 19 de su segunda declaración oral?:

"El Comité espera también que estos tipos de subvenciones indirectas seguirán siendo objeto de medidas compensatorias cuando se cumplan las condiciones previstas en el artículo 771(5)(B)(iii)."

¿Tiene esta frase, a juicio del Canadá, el mismo significado que la cláusula de la DAA?

Respuesta

No. La frase no tiene el mismo significado que la cláusula. A nuestro juicio, la declaración refleja el entendimiento del Comité de que la norma ya ha sido definida en las declaraciones precedentes que ha citado el Canadá. Estas declaraciones son compatibles con la interpretación de la DAA por parte del Canadá. Más concretamente, la última frase del párrafo del informe no se aplica a la declaración inmediatamente precedente que citó el Canadá. A diferencia de la DAA, esta frase no se aplica a la declaración del Comité en el sentido de que el Departamento de Comercio debería aplicar la Ley sobre derechos compensatorios de los Estados Unidos de un modo compatible con los casos *Cuero* y *Maderas para construcción*.

Pregunta 21

¿Podría aclarar el Canadá si, a su entender, el Grupo Especial debería considerar el informe conjunto del Senado sobre la URAA como una nueva directiva de interpretación, o como algo obligatorio por algún concepto para el Departamento de Comercio? En otras palabras, ¿cuál es la condición jurídica de este informe con respecto al artículo 771(5)(B)(iii) y la DAA?

Respuesta

Según los precedentes legislativos estadounidenses, el informe conjunto del Senado ocupa la categoría inmediatamente siguiente a la DAA, porque no ha sido aprobado por todo el Congreso. El Canadá citó el informe para dar una prueba más del compromiso de los Estados Unidos de considerar las limitaciones a la exportación como contribuciones financieras y reforzar el texto y el significado de la DAA, o sea, para demostrar que la DAA no es letra muerta.

Pregunta 22

¿Podría responder el Canadá al argumento de los Estados Unidos que figura en el párrafo 63 de la segunda declaración oral de este país?

Respuesta

La premisa en que se basa el argumento estadounidense es falsa, porque, según indicó ya el Canadá en sus comentarios a la pregunta 18, relativa a la ley, cada medida exige que las limitaciones a la exportación reciban el trato de contribuciones financieras. Lo que sostiene el Canadá es que para entender plenamente el trato que la Ley sobre derechos compensatorios de los Estados Unidos reserva a las limitaciones a la exportación, es necesario considerar conjuntamente todos los elementos de la legislación que conciernen a este trato.

Pregunta 23

El Canadá parece sostener, en sus respuestas a las preguntas 11 y 12 a) del Grupo Especial, que el alcance de los incisos i) a iii) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 es mayor que el del inciso iv). Es decir, el Canadá afirma que cualquier acción de un gobierno del tipo descrito en los incisos i) a iii) sería, por definición y sin ninguna condición complementaria, una "contribución financiera". Sin embargo, el Canadá afirma también que si un gobierno efectuase la misma acción, pero esta vez actuando *por conducto* de una entidad privada, esta acción sólo sería una "contribución financiera" si el gobierno llevase a cabo esa función "normalmente". Este argumento parece implicar que la intervención de un gobierno en el mercado por mediación de una entidad privada (aunque se repita a lo largo de un mismo período) no reuniría las condiciones del inciso iv) salvo que el gobierno ya tuviera antecedentes (o una práctica "normal" anterior) de intervención directa. Por ejemplo, si un gobierno no se

ha dedicado nunca al préstamo directo de dinero a empresas privadas con cargo a sus propios fondos, y empieza a ordenar a bancos privados que hagan ciertos préstamos a determinadas empresas, el argumento del Canadá parece dar a entender que estos préstamos, a pesar de haberse hecho por orden explícita del gobierno, no constituirían contribuciones financieras de dicho gobierno *al no haber* una práctica anterior de concesión directa de préstamos por parte de éste. ¿Es ésta una interpretación correcta del argumento del Canadá? Sírvanse dar explicaciones y describir la razón de ser o la finalidad, según el artículo 1, de lo que el Canadá considera dos normas jurídicas diferentes, en párrafos distintos, de la misma cláusula sobre la "contribución financiera", es decir, la primera norma en los incisos i) a iii) y la segunda norma, más estricta, en el inciso iv).

Respuesta

El Canadá cree que las condiciones expresadas con las formulas "normalmente incumbirían" y "normalmente seguidas" son factores expresos de limitación del inciso iv), y reconoce que los futuros grupos especiales tendrán que hacer una interpretación más amplia de estos requisitos. El Canadá ha ofrecido una interpretación de buena fe que se basa en el significado corriente de estos términos en el contexto de la disposición, teniendo en cuenta su objetivo y finalidad. Dicho esto, el Canadá no propone una lectura "amplia" ni "estricta" del inciso iv). Lo que propone es una lectura de esta disposición que sea compatible con la Convención de Viena y con el objeto y fin del tratado, que establece una serie concreta de acciones gubernamentales que deben disciplinarse de conformidad con el Acuerdo. Estas acciones se limitan a los términos empleados en la definición, incluidos los que figuran en el inciso iv). En lo relativo a estas disposiciones, el Canadá observa que el inciso iv) implica necesariamente limitaciones.

Pregunta 24

¿Podría responder el Canadá al argumento de los Estados Unidos que figura en la última frase del párrafo 46 de su segunda declaración oral?

Respuesta

En los párrafos 45 y 46 de su segunda declaración oral los Estados Unidos sostienen que el propio Preámbulo demuestra que el Departamento de Comercio no tenía la intención de que el texto del Preámbulo fuera vinculante: esto es incorrecto. Lo que dijo el Departamento de Comercio en el Preámbulo es que no consideraba apropiado elaborar una *definición precisa de "encomienda u ordena"*. El Departamento de Comercio *no* dijo que no tuviera la intención de obligarse por las interpretaciones de "subvenciones indirectas" y de "encomienda u ordena" que figuran en el Preámbulo. Como señaló el Canadá en su segunda comunicación escrita, con arreglo a la legislación estadounidense la entidad que publica un aviso en el *Federal Register* tiene la obligación de comunicar claramente cualquier otro intento si no está previsto que la publicación tenga el efecto vinculante de un reglamento debidamente promulgado. Ni el Preámbulo ni ninguna otra comunicación contemporánea del Departamento de Comercio afirmaban la intención de éste de no considerarse vinculado por sus declaraciones, y la afirmación *post hoc* de los Estados Unidos en este procedimiento acerca de su intención de publicar el Preámbulo no puede, con arreglo al derecho estadounidense, reemplazar a aquella comunicación. Además, el hecho mismo de que el Departamento de Comercio no definiera con precisión la formula "encomienda u ordena" prueba que, si hubiera tenido la intención de no publicar ninguna interpretación vinculante de esta fórmula o de "subvenciones indirectas", lo habría dicho.

Asimismo, aunque el Departamento de Comercio no definió con precisión la fórmula "encomienda u ordena", sí la interpretó en el Preámbulo (así como el concepto de "subvenciones indirectas"), de varias formas importantes: 1) el Departamento de Comercio confirmó que el "criterio actual no es más estricto que el anterior criterio de los Estados Unidos para constatar la existencia de

una subvención indirecta, como se describe en el caso ... *Maderas para construcción*"; 2) el Departamento de Comercio declaró que "la fórmula 'encomienda u ordena' subsume muchos elementos de la definiciones propuestas por los comentaristas", siendo así que en todos los comentarios se había propuesto definir esta fórmula con arreglo únicamente a la relación de causalidad o a sus efectos, y ninguno de ellos se había referido a la naturaleza de la acción requerida del gobierno, y iii) el Departamento de Comercio no consideró necesario ofrecer una lista ilustrativa de situaciones en las que el criterio de "encomienda u ordena" sería válido, porque en la DAA había ya una lista de casos (incluidos *Cuero* y *Maderas para construcción*) en los que el Departamento había determinado la existencia de subvenciones indirectas en el pasado, que proponían "ejemplos de situaciones en las que el Departamento de Comercio creía que la ley le permitiría llegar al mismo resultado".

Así pues, de hecho la declaración del Departamento de Comercio en el Preámbulo define, hasta cierto punto, la condición plasmada en la fórmula "encomienda u ordena", al señalar que la norma consiste en una relación de causalidad por lo menos tan amplia como la exigida antes de la OMC (véanse los casos *Cuero* y *Maderas para construcción*). Desde que se publicó el Preámbulo, el Departamento de Comercio ha aplicado en todo momento estas interpretaciones, como expresiones concluyentes de los derechos de las partes en virtud de la legislación sobre derechos compensatorios.

Pregunta 25

¿Podría responder el Canadá al argumento de los Estados Unidos que figura en el párrafo 56 de su segunda declaración oral?

Respuesta

El argumento estadounidense respecto del *Apéndice de subvenciones* es muy esclarecedor, porque demuestra que el Departamento de Comercio ha considerado el Preámbulo como una norma legislativa. En el párrafo 55, los Estados Unidos afirman que "el Departamento de Comercio, no obstante, empezó a tratar el *Apéndice de subvenciones* como si fuera una norma legislativa", y explican que dos decisiones del Tribunal de Comercio Internacional (TCI) estimaron inválido este criterio. La importancia de esta declaración estriba en que ahora el Departamento de Comercio concede al Preámbulo el mismo tratamiento que concedía al *Apéndice de subvenciones*, que, como admiten los Estados Unidos, consideraban equivalente a una norma legislativa.⁶ En otras palabras, en los casos criticados por el Tribunal de Comercio Internacional, el Departamento de Comercio no dijo expresamente que estuviera "vinculado por el *Apéndice de subvenciones*". Lo que hizo el Departamento de Comercio fue más bien citar el *Apéndice de subvenciones* en apoyo de su posición.⁷ Lo propio puede decirse, exactamente, de la práctica del Departamento de Comercio con respecto al Preámbulo. Así pues, si el Departamento de Comercio utilizó el *Apéndice de subvenciones* como si fuera una norma legislativa, de igual modo ha utilizado el Preámbulo. Como se indica en la respuesta a la pregunta 13 *supra*, no se trata de saber si el Preámbulo puede tener un efecto jurídico con arreglo a la legislación estadounidense: esto es evidente. Lo que se quiere saber es si las declaraciones sustantivas efectuadas en el Preámbulo obligan al Departamento de Comercio a considerar las limitaciones a la exportación como contribuciones financieras (cosa que el Canadá ha demostrado).

Contrariamente a lo afirmado por los Estados Unidos, las decisiones del Tribunal de Comercio Internacional en las que se critica la utilización del *Apéndice de subvenciones* por el

⁶ El Preámbulo, a diferencia del *Apéndice de subvenciones*, fue promulgado desde luego con arreglo al procedimiento de aviso, recepción y examen de observaciones, y por consiguiente el Departamento de Comercio está autorizado a considerarlo una norma legislativa (lo que no ocurría en el caso del *Apéndice de subvenciones*).

⁷ Véase *Ipsco*, 687 F. Supp. 614, 627 (1988). (Canadá - Prueba documental 139.)

Departamento de Comercio no significan que la práctica administrativa del Departamento no sea vinculante. Esta práctica es vinculante en la medida de lo establecido en los párrafos 40 a 43 de la segunda comunicación escrita del Canadá y de su respuesta a la pregunta 15 *supra*. Como señaló el Canadá en la reunión con el Grupo Especial, las citadas decisiones del Tribunal de Comercio Internacional se tomaron en parte como respuesta al hecho de que el Departamento de Comercio nunca promulgó reglamentos sustantivos que fueran objeto de las disposiciones de aviso y recepción y examen de las observaciones, de la *Ley de procedimiento administrativo*. Además, a pesar de estas decisiones de los tribunales, posteriormente el Departamento de Comercio publicó y aplicó el *Apéndice de cuestiones generales* como había hecho con el *Apéndice de subvenciones*, y recurre expresamente a esta "práctica" para fundamentar sus determinaciones en los casos de derechos compensatorios.

Pregunta 26

¿Podría responder el Canadá a la aparente connotación del argumento de los Estados Unidos que figura en el párrafo 72 de su segunda declaración oral, de que, en los argumentos más recientes del Canadá, las "entidades privadas" en el sentido del inciso iv) funcionan exclusivamente según lo que les haya "encomendado u ordenado" el gobierno?

Respuesta

El término "entidad privada" no viene definido en el Acuerdo. El Canadá cree que, en el contexto del inciso iv), este término denota claramente un grupo organizado con alguna finalidad. En consecuencia, hay que saber cómo está organizado este grupo. Para ello debe interpretarse el término en el contexto más amplio de la frase, o sea: "un gobierno ... encomiende a una entidad privada una o varias de las funciones ... que normalmente incumbirían al gobierno, o le ordene que las lleve a cabo, y la práctica no difiera, en ningún sentido real, de las prácticas normalmente seguidas por los gobiernos". Para que un gobierno encomiende u ordene algo a alguien, tiene que haber alguna clase de comunicación entre este gobierno y la persona o grupo destinatarios del encargo o la orden. Sea cual fuere el medio disponible o elegido para hacer esta comunicación, con él se identifica a la persona o personas destinatarias del encargo o la orden y se les impone la obligación de efectuar una contribución financiera específica. Además, la entidad privada debe ser capaz de llevar a cabo una práctica que no difiera, en ningún sentido real, de las prácticas normalmente seguidas por los gobiernos.

Pregunta 27

¿Está de acuerdo el Canadá con lo que se dice en el párrafo 67 de la segunda declaración oral de los Estados Unidos, de que una limitación a las exportaciones sería lo mismo que una orden de "vender solamente a clientes nacionales"? ¿Podría confirmar el Canadá que, a su juicio, no hay circunstancias hipotéticas en las cuales el productor de un producto sujeto a una limitación de las exportaciones no tuviera otra opción que vender ese producto en el mercado nacional?

Respuesta

El Canadá no está de acuerdo con lo que se dice en el párrafo 67 de la segunda declaración oral de los Estados Unidos, de que una limitación de las exportaciones sería lo mismo que una orden de "vender solamente a clientes nacionales". Como el Canadá ha indicado anteriormente, una limitación de las exportaciones no reduce a una sola las opciones al alcance del productor. El Canadá no puede concebir una situación en la que una limitación de las exportaciones deje al productor sin otra opción que la de vender sus productos a usuarios nacionales de esos productos, y ha indicado otras varias opciones al alcance del productor.

OTRAS PREGUNTAS DE LOS ESTADOS UNIDOS AL CANADÁ

Pregunta 1

En las páginas 233 y 234 de EE.UU. - Prueba documental 34, los Profesores Davis y Pierce afirman que "una norma legislativa tiene el mismo efecto vinculante que una ley. Obliga a los miembros del público, al organismo e incluso a los tribunales, en el sentido de que éstos tienen que afirmar una norma legislativa en cuanto representa un ejercicio válido de la autoridad". En la página 252 de esta misma Prueba, Davis y Pierce afirman que "de ordinario, las normas de interpretación no vinculan a un organismo", y añaden, en la página 253, que "los casos ocasionales en que un organismo esté vinculado por su propias normas interpretativas pueden explicarse por razones constitucionales". El Canadá ha afirmado que el Departamento de Comercio está vinculado por las partes del Preámbulo que el Canadá ha impugnado en esta diferencia (63 *Federal Register* 65.348, 65.349-51 (25 de noviembre de 1998)); cabe suponer, pues, que el Canadá afirma que esta parte del Preámbulo constituye una norma legislativa, más que interpretativa.

- a) Aunque los Estados Unidos no conceden que las partes impugnadas constituyan una "norma" en modo alguno, ¿confirmaría el Canadá su alegación de que las partes impugnadas constituyen una norma legislativa? En caso afirmativo, ¿podría señalar el Canadá las decisiones de los tribunales de revisión del Departamento de Comercio (es decir, el Tribunal de Comercio Internacional, el Tribunal de Apelaciones para el Circuito Federal y el Tribunal Supremo, de los Estados Unidos), en las que se sostenga la fuerza vinculante para el tribunal de un preámbulo reglamentario del Departamento de Comercio que, al igual que las partes del Preámbulo que se consideran, no guarda relación con ninguna reglamentación? Sírvanse identificar la parte precisa de cada decisión en la que el tribunal sostiene la existencia de esta vinculación, y facilitar el texto de la misma.

Respuesta

Sí. Véanse las respuestas del Canadá a las preguntas 13 y 25 del Grupo Especial. En cuanto a la segunda parte de la cuestión, el Canadá no conoce ninguna decisión de los tribunales a este efecto, en relación con una reglamentación cualquiera del Departamento de Comercio (esté o no en el Preámbulo). Esto no es sorprendente, ya que las reglamentaciones del Departamento de Comercio pocas veces, o ninguna, se impugnan como tales. De ordinario se pide a los tribunales que consideren si una determinación del Departamento de Comercio está corroborada con pruebas sustanciales, y si es conforme a la ley por todos los demás conceptos. Asimismo, como las reglamentaciones del Departamento de Comercio sólo están en vigor desde 1997 (antidumping) y 1998 (derechos compensatorios), no ha habido tiempo suficiente para que haya un gran número de decisiones de los tribunales que consideren la aplicación de las reglamentaciones del Departamento de Comercio, en casos incoados después de estas fechas.

- b) Si el Canadá no alega que las partes impugnadas del Preámbulo constituyen una norma legislativa, ¿sobre qué base afirma que, de conformidad con la legislación estadounidense, el Departamento de Comercio está vinculado por las partes impugnadas?

Respuesta

Véase la respuesta a a) *supra*.

Pregunta 2

Sírvanse identificar las determinaciones en las que el Departamento de Comercio haya declarado expresamente que aplica un preámbulo reglamentario que no tiene ninguna relación con una reglamentación, porque está jurídicamente obligado a hacerlo. Sírvanse identificar la parte precisa de cada determinación en la que el Departamento de Comercio afirme la existencia de esta obligación, y facilitar su texto. (A este respecto, los Estados Unidos entienden que el Canadá ha afirmado que en numerosas determinaciones el Departamento de Comercio se ha atenido al razonamiento expuesto en el Preámbulo, o citado en él. Esta cuestión no se considera en las mencionadas determinaciones, sino más bien en aquellas en las que el Departamento de Comercio declara expresamente que no tenía otra opción jurídica que atenerse al Preámbulo.)

Respuesta

"Declarar expresamente" que se atiene a un preámbulo reglamentario que no guarda ninguna relación con una reglamentación, porque está jurídicamente obligado a ello, no constituiría una práctica normal del Departamento de Comercio ni de ningún otro organismo. Como demuestran los casos citados en anteriores comunicaciones del Canadá y en su respuesta a las preguntas 13 y 25 del Grupo Especial, el Departamento de Comercio y otros organismos se limitan normalmente a aplicar las interpretaciones que anuncian en sus reglamentaciones, incluidos los preámbulos, sin considerar en particular si están jurídicamente obligados a ello. Es decir, cuando un organismo considera que una interpretación es concluyente con respecto a una cuestión jurídica, como hizo el Departamento de Comercio en los casos *Ganado en pie* y *Acero inoxidable* de Corea, por ejemplo, se entiende que el organismo se considera vinculado por sus reglamentaciones debidamente promulgadas.

Pregunta 3

Dado que el Canadá sigue una "práctica", definida como un "compromiso administrativo", de dar a las limitaciones a la exportación el trato de contribuciones financieras, ¿cuántos precedentes hacen falta para que se produzca este tipo de "práctica"? Si, como indicó en su respuesta oral preliminar a una cuestión similar, el Canadá opina que un solo precedente puede dar lugar a una "práctica" de un organismo, ¿entiende el Canadá que un solo precedente crea una obligación para el Departamento de Comercio?

Respuesta

Las interpretaciones jurídicas de cuestiones particulares del Departamento de Comercio que se elaboran, declaran y aplican en determinaciones individuales establecen ciertamente precedentes que el Departamento sigue y aplica en procedimientos posteriores. Una determinación individual del Departamento de Comercio, sobre todo si se refiere a una cuestión jurídica que se aborda por primera vez, puede dar lugar a una práctica del organismo a este respecto. Una vez ha establecido su interpretación jurídica de un caso determinado, el Departamento está obligado a atenerse a este precedente en casos futuros, salvo que encuentre un argumento bien razonado y defendible para desviarse de estos precedentes. Aunque la práctica establecida por el Departamento de Comercio mediante sus interpretaciones jurídicas de casos determinados no es "vinculante" como norma legislativa, mientras que el Preámbulo de las reglamentaciones, sí lo es, la práctica establecida mediante determinaciones individuales impone al Departamento de Comercio la obligación de atenerse a ella, salvo que encuentre un argumento bien razonado y defendible para desviarse de la mencionada práctica.

RESPUESTAS DEL CANADÁ A CIERTAS PREGUNTAS HECHAS A LOS ESTADOS UNIDOS

Pregunta 2

Con respecto a la acción penal prevista en la Ley de 1916, el Órgano de Apelación constató que "las facultades discrecionales del Departamento de Justicia de los Estados Unidos no son de tal naturaleza o amplitud que transformen a la Ley de 1916 en una norma de legislación discrecional ...".⁸ Sírvanse comentar las consecuencias, de haberlas, de esta constatación del Órgano de Apelación para el orden en el que un grupo especial podría considerar las dos cuestiones planteadas, a saber, si una legislación en particular es imperativa o discrecional, y si esta legislación incumple las obligaciones de un Miembro en virtud de su pertinencia a la OMC.

Respuesta

El Canadá tiene dos observaciones iniciales que hacer con respecto a esta declaración. En primer lugar, el Canadá observa que la declaración refleja la conclusión del Órgano de Apelación que figura en el párrafo 97 del mismo informe, en el sentido de que la distinción imperativo/discrecional es una defensa que correspondía a los Estados Unidos demostrar. Esto obedece a que el debate sobre la distinción imperativo/discrecional se apoya en las constataciones positivas del Grupo Especial acerca de la aplicabilidad del artículo VI del GATT de 1947. En segundo lugar, la declaración refleja también la aprobación del Órgano de Apelación por el sentido común de que ha hecho gala el Grupo Especial al evaluar la compatibilidad de la Ley de 1916 con las obligaciones estadounidenses derivadas de las disposiciones pertinentes del GATT de 1947. En efecto, el Grupo Especial interpretó primero el artículo VI para determinar si la Ley de 1916 estaba incluida en el alcance de esta disposición; para ello fue necesario establecer con precisión este alcance. Sólo después de haber establecido el alcance del artículo VI, determinó el Grupo Especial si los Estados Unidos podían evitar la aplicación incompatible de la Ley de 1916, interpretándola de manera que no quedase comprendida en el alcance del artículo VI. O, dicho de otro modo, sólo entonces pudo el Grupo Especial evaluar si la legislación interna de los Estados Unidos era suficientemente discrecional para permitirle no adoptar una acción que fuera incompatible. Este criterio es igualmente aplicable a la presente diferencia.

Como señaló el Canadá en sus comentarios de la segunda audiencia, el hecho de que en el párrafo 12 de su declaración los Estados Unidos se remitan al caso *CEE - Piezas* es compatible en este contexto, y los Estados Unidos no han demostrado que las facultades discrecionales de que goza el Departamento de Comercio sean de naturaleza o alcance suficientes para transformar las medidas en una legislación discrecional.

Pregunta 3

En el caso *Ley de 1916*, los Estados Unidos alegaron ante el Órgano de Apelación que el Grupo Especial había considerado incorrectamente la distinción imperativo/discrecional como una defensa por parte de los Estados Unidos, que correspondía a éstos demostrar. El Órgano de Apelación no constató que el Grupo Especial hubiese cometido error alguno al articular y aplicar la carga de la prueba.⁹ ¿Creen los Estados Unidos que, en este caso, las cuestiones relativas a la carga de la prueba son diferentes de las del caso *Ley de 1916*? En particular, el

⁸ *Ley de 1916*, informe del Órgano de Apelación, WT/DS136/AB/R-WT/DS162/AB/R, adoptado el 26 de septiembre de 2000, párrafo 91 (excluida la nota de pie de página).

⁹ *Ibid.*, párrafos 93-97.

hecho de que los Estados Unidos hayan planteado la cuestión del dilema imperativo/discrecional en forma de una solicitud de resolución preliminar, ¿cambia de alguna manera la asignación de la carga de la prueba en este caso? Sírvanse dar explicaciones detalladas, citando los precedentes del caso.

Respuesta

A juicio del Canadá, el Órgano de Apelación constató que en el caso *Ley de 1916* el Grupo Especial había articulado correctamente la carga de la prueba. En particular, el Órgano de Apelación citó favorablemente los argumentos que figuran en el párrafo 6.38 del informe del Grupo Especial de la CE y en el párrafo 6.25 del informe del Grupo Especial del Japón. El hecho de que los Estados Unidos planteasen primero la distinción imperativo/discrecional en el contexto de su solicitud de resoluciones preliminares no cambia nada en esta argumentación.

El Canadá opina que, como declaró el Órgano de Apelación en el caso *Estados Unidos - Ley Antidumping de 1916* (con referencia a los informes del Órgano de Apelación en los casos *Camisas de lana y Hormonas*), un Miembro demandante asume la carga de demostrar, *prima facie*, que la medida adoptada por otro Miembro es incompatible con las obligaciones de este Miembro derivadas del acuerdo de que se trate. Una vez la parte demandante haya hecho esta demostración, corresponde a la parte demandada refutar la presunción *prima facie*. Como ha declarado constantemente desde que se inició el caso, y más recientemente en el párrafo 8 de su segunda comunicación escrita, el Canadá cree haber demostrado que las medidas impugnadas exigen que las limitaciones a la exportación se consideren una "contribución financiera" en virtud de la Ley sobre derechos compensatorios de los Estados Unidos, y también las razones por las que este trato es incompatible con las obligaciones de los Estados Unidos en virtud de los Acuerdos SMC y OMC. En otras palabras, el Canadá ha presentado una presunción *prima facie*, y, por consiguiente, ha satisfecho la carga de la prueba.

El Canadá aprovecha la oportunidad para repetir los comentarios que hizo en la segunda audiencia respecto de la invocación, por los Estados Unidos, de la causa *Canadá - Aeronaves*. A juicio del Canadá, esta invocación está fuera de lugar. Además de sus comentarios anteriores en respuesta a la solicitud de resoluciones preliminares de los Estados Unidos, el Canadá observa que en el caso *Aeronaves* las circunstancias eran distintas de las del caso presente, porque el Brasil no fue capaz de demostrar la existencia de una presunción *prima facie*. Es decir, el Brasil no demostró la intención del Canadá de que el mandato de la Corporación de Fomento de las Exportaciones tuviera que interpretarse de un modo incompatible con la OMC. La incompatibilidad con la OMC se desprendía más bien de la propia interpretación de su mandato por parte de la Corporación, y no era resultado de ninguna orden autorizada a ésta, en virtud de la ley canadiense. En este caso, la DAA da una orden autorizada al Departamento de Comercio respecto del modo de interpretar y aplicar el artículo 771(5)(B)(iii), en el contexto de las limitaciones a la exportación. Así pues, en el caso presente el acto de "exigir" es resultado de una orden autorizada al Departamento de Comercio, que figura en la legislación estadounidense y no, en primer lugar, de una interpretación de dicha legislación por parte del Departamento. De hecho, la práctica del Departamento de Comercio establece claramente su entendimiento de haber recibido una orden en este sentido.¹⁰

¹⁰ De modo análogo, la cuestión planteada en el caso *Canadá - Aeronaves*, relativa al Programa de Colaboración Tecnológica del Canadá (TPC), era saber si el Canadá tenía que demostrar que su ley revisada del TPC no podía utilizarse para proporcionar subvenciones supeditadas a los resultados de exportación, aunque no se hubiera presentado ninguna prueba de que la ley o cualquier otra interpretación subsiguiente de la misma comprometiese al Canadá a proporcionar estas subvenciones. Ésta es la cuestión que consideró el Órgano de Apelación, y no si la legislación canadiense podía impugnarse en caso de que las acciones del Canadá demostrasen que la ley le obligaba a proporcionar subvenciones supeditadas a los resultados de exportación. Por consiguiente, los Estados Unidos, en el párrafo 17 de su Segunda declaración oral, tratan de crear una incompatibilidad donde no hay ninguna.

Pregunta 7

En lo relativo a las circunstancias en las que una subvención está "vinculada" (en los términos de la nota 4 de pie de página del Acuerdo SMC) a una exportación real o prevista, el Órgano de Apelación, en el caso *Canadá - Aeronaves*, hizo la siguiente constatación:

"No basta con demostrar únicamente que el gobierno que otorgó la subvención *previó* que daría lugar a exportaciones. La prohibición ... se aplica a las subvenciones que están *supeditadas* a los resultados de exportación ... Una subvención puede muy bien otorgarse sabiendo o previendo que dará lugar a exportaciones. Sin embargo, esto no basta por sí solo porque por sí solo no es prueba de que la concesión de la subvención esté *vinculada* a la previsión de la exportación."¹¹

¿Qué consecuencias tendría esta declaración del Órgano de Apelación, de tenerlas, para el argumento estadounidense según el cual una limitación de las exportaciones puede satisfacer la definición de contribución financiera del Acuerdo SMC si surte el *efecto* de aumentar la oferta interna del producto objeto de la limitación?

Respuesta

El empleo del término "vinculada" en la nota 4 de pie de página del Acuerdo SMC confirma ulteriormente la interpretación canadiense de la voz "ordena", del inciso iv) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1. "Ordenar" tiene un significado de más peso que "causar". Connota instrucciones autorizadas de un gobierno, una orden de un gobierno, u otra forma de control positivo. El mero hecho de que la acción de un gobierno tenga un efecto incidental no significa que el gobierno haya "ordenado" una acción que surta ese efecto.

Pregunta 8

¿Entienden los Estados Unidos que a un comerciante se le "encomienda u ordena" que proporcione bienes (porque se "causan" las condiciones para ello) cuando hace frente a una limitación de las exportaciones a la que puede responder con una cualquiera de varias opciones comerciales viables, entre ellas la de suministrar al mercado nacional, y elige esta opción? El Grupo Especial hace referencia a los párrafos 47 y 48 por una parte, y al párrafo 125 por la otra, de la respuestas de los Estados Unidos a las preguntas de 7 de febrero de 2001.

Respuesta

El Canadá ha expuesto sus comentarios respecto de los elementos de esta cuestión en su respuesta a la pregunta 23 del Grupo Especial. Como declaró el Canadá, el productor tendrá ante sí varias opciones. Todas estas opciones son reales y el productor elegirá entre ellas basándose en lo que, a su juicio, le interese más desde el punto de vista económico. Además, la elección entre una u otra opción no ha de ser algo inalterable, una decisión que se tome de una vez por todas. Como cualquier otro comerciante, un productor que produzca un bien sujeto a una limitación de las exportaciones estará reconsiderando constantemente sus operaciones comerciales para determinar qué planes y procedimientos debe aplicar con objeto de obtener un máximo rendimiento. En otras palabras, el efecto de una limitación de las exportaciones -según se evidencie en las acciones de las partes privadas- será incidental y estará influenciado por una multitud de factores que son independientes o externos a la acción gubernamental en cuestión (es decir, la limitación de las exportaciones).

¹¹ *Canadá - Medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles*, informe del Órgano de Apelación, WT/DS70/AB/R, adoptado el 20 de agosto de 1999, párrafos 171 y 172.

Según la teoría estadounidense, en un determinado conjunto de circunstancias económicas propias de ciertos productores se cumplirá la condición de que se haya encomendado u ordenado el suministro de bienes. Sin embargo, los Estados Unidos afirman también que dicha condición no se cumplirá en estas mismas circunstancias cuando los productores decidan no suministrar los bienes al mercado nacional. De hecho, la teoría estadounidense es que, siempre que un productor decida no suministrar los bienes al mercado nacional, no se dará la condición de que el suministro se haya encomendado u ordenado. Ni que decir tiene que la mayoría de estas circunstancias económicas estarán fuera del control del productor, y muchas de ellas escaparán también al control del gobierno. Así pues, la teoría de los Estados Unidos demuestra que el efecto de una limitación de las exportaciones para partes privadas es incidental. En ningún caso se "ordena" a las partes privadas que vendan a los clientes nacionales, mediante una limitación de las exportaciones.

Pregunta 10

En su respuesta a la pregunta 12 b) del Grupo Especial, los Estados Unidos indican lo siguiente:

"Existe una diferencia entre beneficio y contribución financiera para los fines del inciso iv). La contribución financiera dependería de la existencia de: 1) una relación causal aproximada entre la acción del gobierno y la acción privada; y 2) que la acción privada sea una forma de percepción de imposiciones o concesión de subvenciones (es decir, el tipo de acción que un gobierno haría 'normalmente')."

A juicio de los Estados Unidos, ¿cómo puede determinarse, en la práctica y sin considerar la cuestión del beneficio, que el hecho de que un determinado gobierno "encomiende" u "ordene" algo en el sentido del inciso iv) constituye o no una "forma de percepción de imposiciones o concesión de subvenciones"?

Respuesta

El concepto "percepción de imposiciones o concesión de subvenciones" aparece por primera vez en el informe del Grupo Especial adoptado el 24 de mayo de 1960, que lleva el título "Examen general previsto en el apartado 5 del artículo XVI"¹². Este informe señaló por primera vez que el GATT no se ocupaba de las acciones de partes privadas que actuaran independientemente de sus gobiernos, salvo en la medida en que ello permitiese que los países importadores tomaran medidas al amparo de otras disposiciones del Acuerdo. Así pues, el Grupo Especial llegaba a la conclusión de que no había ninguna obligación de notificar a otras partes contratantes cuando un grupo de productores se impusieran voluntariamente contribuciones destinadas a subvencionar las exportaciones. No obstante, el Grupo creía que podría haber consecuencias para el GATT en tales circunstancias, según cuales fueran la fuente de los fondos y el grado de participación del gobierno. Por consiguiente, estimó que los gobiernos tienen la obligación de notificar su participación, bien en forma de pagos a un fondo común o confiando a un organismo privado las funciones de percepción de imposiciones y concesión de subvenciones, de tal modo que, en realidad, la práctica seguida no difiera de las que siguen normalmente los gobiernos.

Sigamos la evolución de la terminología hasta la nota de 1987 de la Secretaría¹³ que formaba parte de los antecedentes de la negociación del Acuerdo SMC. A principios de la nota se reconocía

¹² IBDD 9S/202 (L/1160).

¹³ Véase la nota 50 de pie de página de la Primera comunicación de los Estados Unidos; Grupo de Negociación sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias; Subvenciones y Medidas Compensatorias; nota de la Secretaría, MTN.GNG/NG10/W/4 (28 de abril de 1987).

que el problema se debía en parte a la definición de subvención y de la cuantía de una subvención a los efectos de la imposición de medidas compensatorias. En lo relativo a las llamadas "subvenciones indirectas", la nota hacía referencia a una opinión expuesta en el Grupo de Expertos sobre el cálculo de la cuantía de una subvención. Según esta opinión, el informe del Grupo Especial de 1960 era útil en términos generales, y el ejemplo de los gravámenes a los productores demostraba el vínculo necesario entre una subvención y la función impositiva. La nota consideraba que podían producirse situaciones similares en las que un gobierno optase por ordenar a una entidad privada que llevase a cabo ciertas funciones relacionadas con el derecho soberano de los Estados a recaudar contribuciones y gastarlas. A continuación se exponían las prácticas que incluían transferencias directas o débitos, y las que incluían ingresos fiscales condonados o no recaudados. En la conclusión se decía que estas prácticas eran ejemplos concretos de los principios generales del informe del Grupo Especial, según los cuales existen subvenciones cuando el gobierno ejerce su autoridad para imponer gravámenes y decidir desembolsos, bien directamente o bien delegando sus facultades en materia de tributación y [desembolso de ingresos fiscales].¹⁴

Así pues, no se trata de determinar la existencia de una contribución financiera estableciendo si el gobierno delega su función de percepción de imposiciones y/o su función (circular) de concesión de subvenciones. Se trata de determinar si el gobierno ha encomendado u ordenado a una entidad privada que lleve a cabo funciones del tipo expuesto en los incisos i) a iii) que normalmente incumben al gobierno, y si la práctica no se diferencia en ningún sentido real de las que normalmente seguirían los gobiernos.

¹⁴ El Canadá observa que los términos entre corchetes no figuran en la nota. Dado el debate en torno a estos términos, y la sintaxis utilizada, el Canadá ha llegado a la conclusión de que la omisión no es deliberada.

ANEXO A-4

RESUMEN DE LAS RESPUESTAS DE LOS ESTADOS UNIDOS A LAS PREGUNTAS DEL GRUPO ESPECIAL EN LA SEGUNDA REUNIÓN SUSTANTIVA

(9 de marzo de 2001)

PREGUNTAS A LOS ESTADOS UNIDOS

Pregunta 1

En el párrafo 63 de su segunda declaración oral, los Estados Unidos formulan objeciones al criterio consistente en "considerar en conjunto" las "medidas" identificadas por el Canadá. ¿Estiman los Estados Unidos que el Grupo Especial podría examinar la ley sin tener en cuenta su interpretación, tal y como se refleja en la DAA? ¿Entendemos bien el argumento del Canadá si decimos que las "medidas" que individualmente *no* exigen que un organismo haga algo en particular ... *sí* lo exigen cuando se consideran en conjunto"? Diríase más bien que el argumento del Canadá es, que las "medidas" que han identificado prescriben, individual y colectivamente, el trato de las limitaciones a la exportación como contribuciones financieras.

Respuesta

Los Estados Unidos no sostienen que la ley pueda o deba examinarse sin tener en cuenta la interpretación recogida en la DAA. Véase, por ejemplo, *Solicitud de los Estados Unidos*, párrafo 124, nota 134. Al determinar el significado de la legislación estadounidense convendría que el Grupo Especial considerase, como lo haría un tribunal de los Estados Unidos, que las disposiciones de la DAA pueden aclarar la ley, pero no invalidarla. La ley que se considera en esta diferencia, por sí sola junto con la DAA, no prescribe ninguna acción incompatible con las obligaciones de los Estados Unidos derivadas de su pertenencia a la OMC.

El Canadá ha expuesto nominalmente argumentos subsidiarios, alegando que las medidas deberían considerarse individualmente y en conjunto. Sin embargo, los Estados Unidos creen que el fundamento real del argumento del Canadá estriba en la consideración conjunta de las llamadas "medidas". Véanse, por ejemplo, *primera comunicación del Canadá*, párrafo 4; *respuesta del Canadá*, párrafo 8, y *primera declaración oral del Canadá*, párrafo 8. En sus respuestas a las 18 preguntas del Grupo Especial del mes de enero (7 de febrero de 2001), el Canadá hizo la siguiente declaración en respuesta a la pregunta 4:

Fundamentalmente, y desde el comienzo mismo de esta diferencia, el Canadá ha impugnado el trato de las limitaciones a la exportación previsto en la Ley sobre derechos compensatorios de los Estados Unidos. *Este "trato" es consecuencia de las medidas identificadas por el Canadá, consideradas en conjunto.* A juicio del Canadá, este trato es incompatible con las obligaciones que incumben a los Estados Unidos en virtud de los Acuerdos SMC y OMC. *Así pues, en opinión del Canadá estas medidas deberían analizarse conjuntamente para determinar el trato de las limitaciones a la exportación con arreglo a la Ley sobre derechos compensatorios de los Estados Unidos.* En sus comunicaciones, el Canadá ha descrito la función que desempeña cada una de estas medidas en la determinación del trato. El Canadá cree que las medidas deben analizarse conjuntamente, aunque esto no significa que las medidas consideradas por separado no se presten a un procedimiento de solución de diferencias. Además, si el Grupo Especial determinase que una de las medidas

identificadas por el Canadá no es una "medida", esto no significaría que las restantes medidas, consideradas en conjunto, no se presten a un procedimiento de solución de diferencias (sin cursivas en el original).

A pesar de la breve indicación del Canadá ("esto no significa que las medidas consideradas por separado no se presten a un procedimiento de solución de diferencias"), su argumento no se centra en las "medidas" consideradas individualmente. Es más, sería difícil para el Canadá alegar que las "medidas" consideradas individualmente requieren una acción que entrañaría una violación de las obligaciones de los Estados Unidos derivadas de su pertenencia a la OMC, dado que el Canadá ha admitido en numerosas ocasiones que la ley, considerada aisladamente, es compatible con la OMC y que, hasta que presentó esta reclamación, el Canadá tenía una opinión similar con respecto a la DAA. Asimismo, en sus comentarios de 1995 sobre el procedimiento de adopción de resoluciones del Departamento de Comercio, el Canadá reconoció que el Departamento ha preservado su "flexibilidad y discrecionalidad" absteniéndose de promulgar una reglamentación sobre el tema de las "subvenciones indirectas".

Si, como sugiere a veces el Canadá, las "medidas" consideradas individualmente requieren que el Departamento de Comercio dé el trato de subvenciones (o contribuciones financieras) a las limitaciones a la exportación, no será necesario considerarlas en conjunto, o como un "todo", para que el Canadá obtenga reparación. Sin embargo, sabiendo que no puede demostrar que una cualquiera de las "medidas" consideradas individualmente requiere que el Departamento de Comercio dé el trato de subvenciones (o contribuciones financieras) a las limitaciones a la exportación, el Canadá recurre al trato conjunto de las "medidas" bajo un concepto amorfo, denominado vagamente "compromiso administrativo". No obstante, el problema con este argumento es que el Canadá no ha mencionado a ninguna autoridad jurídica estadounidense en apoyo de la teoría de que las "medidas" que individualmente no son imperativas, sí lo son de alguna manera cuando se consideran en conjunto. Como han explicado anteriormente los Estados Unidos, ello se debe a que semejante autoridad no existe.

Pregunta 2

Con respecto a la acción penal prevista en la Ley de 1916, el Órgano de Apelación constató que "las facultades discrecionales del Departamento de Justicia de los Estados Unidos no son de tal naturaleza o amplitud que transformen a la Ley de 1916 en una norma de legislación discrecional ...".¹ Sírvanse comentar las consecuencias, de haberlas, de esta constatación del Órgano de Apelación para el orden en el cual un grupo especial podría considerar las dos cuestiones, a saber, si una legislación particular es imperativa o discrecional y si esta legislación viola las obligaciones de un Miembro derivadas de su pertenencia a la OMC.

Respuesta

En el caso *Ley de 1916*, el Grupo Especial constató que la legislación era imperativa en el sentido de que, al aplicarse, requería una acción incompatible con las obligaciones de los Estados Unidos derivadas de su pertenencia a la OMC. El Grupo Especial constató también -y el Órgano de Apelación lo confirmó- que la facultad discrecional de la fiscalía de abstenerse de aplicar la ley no bastaba para transformar la Ley de 1916 en una legislación discrecional. En la diferencia que nos ocupa, la cuestión consiste en saber si las llamadas "medidas" son legislación imperativa en el sentido de que, al aplicarse, requieren una acción supuestamente incompatible con la OMC. En opinión de los Estados Unidos, el Canadá no ha demostrado que lo sean; es decir, no ha establecido que estas "medidas" requieran que el Departamento de Comercio dé el trato de subvenciones (o contribuciones financieras) a las limitaciones a la exportación.

¹ *Ley de 1916*, informe del Órgano de Apelación, WT/DS136/AB/R-WT/DS162/AB/R, adoptado el 26 de septiembre de 2000, párrafo 91 (excluida la nota de pie de página).

En cuanto a las consecuencias para la presente diferencia, teniendo en cuenta que no atañe a cuestiones de discrecionalidad fiscal o judicial, y que la aplicabilidad de la doctrina de la distinción imperativo/discrecional no se discute, la única consecuencia clara es que una ley debe *exigir* un incumplimiento del Acuerdo OMC para que se considere incompatible con dicho Acuerdo. A este respecto, los Estados Unidos señalan a la atención del Grupo Especial el informe recientemente distribuido sobre el caso *Estados Unidos - Medidas antidumping sobre determinados productos de acero laminado en caliente procedentes del Japón*, WT/DS184/R, en el que el Grupo Especial declaraba lo siguiente (párrafo 7.192):

Conforme a la práctica establecida del GATT/OMC, sólo puede impugnarse el propio texto de una norma legal, independientemente de cualquier forma de aplicación de la misma, *en la medida en que la norma sea imperativa y no dispositiva*. Dicho de otra forma, sólo puede impugnarse la legislación en sí misma en un procedimiento de solución de diferencias *cuando la ley imponga actos incompatibles con la OMC o prohíba actos compatibles con ella* (sin cursivas en el original).

En lo referente al análisis requerido por la disposición sobre producción cautiva, el Grupo Especial añadió, en el párrafo 7.197, que "aunque nada garantiza que ese análisis dé lugar a una determinación compatible con las obligaciones que impone a los Estados Unidos el Acuerdo Antidumping, la disposición no exige ningún acto incompatible con esas obligaciones".²

Pregunta 3

En el caso *Ley de 1916*, los Estados Unidos sostuvieron ante el Órgano de Apelación que el Grupo Especial había considerado incorrectamente la distinción entre imperativo y discrecional como una defensa de los Estados Unidos, que correspondía a éstos probar. El Órgano de Apelación no constató la existencia de ningún error del Grupo Especial en su articulación y aplicación de la carga de la prueba.³ ¿Creen los Estados Unidos que en este caso las cuestiones relativas a la carga de la prueba son diferentes de las del caso *Ley de 1916*? En particular, el hecho de que los Estados Unidos hayan planteado la cuestión de la distinción entre imperativo y discrecional en forma de una solicitud de resolución preliminar, ¿cambia de algún modo la asignación de la carga de la prueba? Sírvanse dar explicaciones detalladas, citando los precedentes del caso.

Respuesta

El Órgano de Apelación no calificó la doctrina de la distinción entre imperativo y discrecional de "defensa afirmativa". Lo que hizo el Órgano de Apelación fue constatar que el Grupo Especial había articulado y aplicado adecuadamente las normas de la carga de la prueba, como se establece en los casos *India - Camisas de lana* y *CE - Hormonas*. El Grupo Especial constató que las CE y el

² El Grupo Especial llegó a una conclusión similar respecto de la impugnación, por parte del Japón, de las disposiciones sobre circunstancias críticas de la Ley Antidumping de los Estados Unidos, remitiéndose a la decisión del Órgano de Apelación en el caso *Ley de 1916* respecto de la permanente validez de la doctrina referente a la legislación imperativa/discrecional. *Id.*, párrafo 7.141.

El Grupo Especial consideró también que "era muy importante" que la parte de la DAA relativa a la disposición sobre "producción cautiva" indicase que la disposición no obligaba a la autoridad competente de los Estados Unidos a ignorar las condiciones para la determinación válida de la existencia de daño con arreglo al Acuerdo Antidumping. *Id.*, párrafo 7.198. En este mismo orden de ideas, la cláusula de la DAA que hemos examinado en este caso establece claramente que el Departamento de Comercio debe aplicar las normas del inciso iv) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC.

³ *Id.*, párrafos 93 a 97.

Japón habían establecido una presunción *prima facie* de que la Ley de 1916 era una legislación imperativa que exigía, en su aplicación, un acto incompatible con la OMC, y que los Estados Unidos no habían rebatido este argumento. Los Estados Unidos no creen que las cuestiones relativas a la carga de la prueba sean distintas de las del caso *Ley de 1916*. Al igual que las CE y el Japón, al Canadá le corresponde probar, tanto en forma de una presunción *prima facie* como aportando la demostración definitiva, que las "medidas" constituyen una legislación imperativa que exige, en su aplicación, que el Departamento de Comercio dé a las limitaciones a la exportación el trato de subvenciones. Los Estados Unidos no creen que el Canadá haya establecido una presunción *prima facie*, pero suponiendo, a efectos de la argumentación, que lo hayan hecho, los Estados Unidos la han rebatido sobradamente.

En cuanto a las consecuencias de su solicitud de resoluciones preliminares, los Estados Unidos no ven cómo esta solicitud puede afectar a la asignación de la carga de la prueba. En la solicitud los Estados Unidos se limitaban simplemente a pedir al Grupo Especial que desestimase el argumento del Canadá lo antes posible, porque el Canadá no había demostrado que las "medidas" en cuestión constituyesen una legislación imperativa. A este respecto, los Estados Unidos observan que el hecho de que fueran ellos los que plantearon por primera vez la doctrina de la distinción entre legislación imperativa y discrecional en su solicitud de resoluciones preliminares no limita la aplicabilidad de esta doctrina. Con arreglo a la mencionada doctrina, para imponer su argumentación el Canadá tiene que probar que las medidas exigen que el Departamento de Comercio dé a las limitaciones a la exportación el trato de subvenciones (o contribuciones financieras). El Canadá habría debido asumir esta carga de la prueba aunque los Estados Unidos no hubieran solicitado nunca resoluciones preliminares del Grupo Especial.

Pregunta 4

En su respuesta a la pregunta 34 del Grupo Especial, los Estados Unidos indican lo siguiente:

"Evidentemente, el significado corriente de la norma plasmada en la fórmula 'encomienda u ordena' requiere *alguna relación causal* entre la acción del gobierno y el comportamiento de los agentes privados ..." (sin cursivas en el original).

Según el planteamiento estadounidense, la existencia de una contribución financiera en el caso de una limitación de las exportaciones dependería por completo de la reacción de los productores del bien objeto de la limitación, concretamente de la medida en que dichos productores aumentasen sus ventas nacionales del producto afectado, y no puede estar determinada por la naturaleza de la acción (la limitación de las exportaciones) propiamente dicha. ¿Da a entender este argumento de los Estados Unidos que la norma jurídica del inciso iv) es más amplia que la de los incisos i) a iii), en el sentido de que las disposiciones de estos últimos tienen que ver con acciones concretas de un gobierno y no con sus resultados y efectos, mientras que con el inciso iv), según los Estados Unidos, los resultados o los efectos son *determinantes*? ¿O bien sostienen los Estados Unidos que los efectos serían pertinentes y determinantes con los cuatro incisos?

Respuesta

Está por ver la validez de una afirmación en el sentido de que el inciso iv) es más amplio o más estricto que los otros incisos. Sí puede decirse, no obstante, que la norma prevista en el inciso iv) es distinta de las contempladas en los incisos i) a iii). Con arreglo al inciso iv), para que exista una contribución financiera debe constatare: a) una acción del gobierno que b) haya encomendado u ordenado c) a una entidad privada d) llevar a cabo una de las funciones descritas en los incisos i) a iii)

que e) normalmente incumbirían al gobierno y que no difieran, en ningún sentido real, de las prácticas normalmente seguidas por los gobiernos.

Los Estados Unidos no sugieren que un aumento cuantitativo de los productos suministrados al mercado nacional después de la imposición de una limitación de las exportaciones sea determinante, de por sí, de la cuestión de la contribución financiera. Más bien debería demostrarse, como mínimo, la existencia de una relación causal suficiente entre la acción del gobierno y el comportamiento de una entidad privada.

Pregunta 5

Si el Departamento de Comercio tuviera que considerar hoy los casos *Maderas para construcción* y *Cuero*, ¿determinaría la existencia de una contribución financiera sobre la base de las pruebas de hecho relativas a los cambios en el suministro nacional del producto objeto de la limitación? ¿Hay otros elementos analíticos (con carácter opcional o adicional), además de la existencia de la limitación de las exportaciones propiamente dicha, que el Departamento de Comercio examinaría al hacer esta determinación? En caso afirmativo, sírvanse identificarlos.

Respuesta

Si bien los Estados Unidos no están en condiciones de indicar definitivamente lo que haría el Departamento de Comercio si tuviera que considerar los casos *Maderas para construcción* y *Cuero* con arreglo a la legislación en materia de derechos compensatorios posterior a la OMC, es muy probable que el Departamento examinase las pruebas de hecho relacionadas con los cambios en el suministro nacional del producto objeto de la limitación. Aunque esta lista no pretende ser definitiva, otros tipos de pruebas que el Departamento de Comercio podría considerar serían los siguientes: análisis econométricos; la terminología concreta de la medida de limitación de las exportaciones de que se trate; la existencia y naturaleza de sanciones por incumplimiento; la finalidad con que se impuso la limitación de las exportaciones; si existe una demanda del producto objeto de la limitación en otros ámbitos jurisdiccionales; si hay exportaciones suficientes para satisfacer esa demanda, independientemente de la existencia de una limitación de las exportaciones; el margen diferencial de precios, de haberlo, entre los mercados nacionales y los mercados de exportación, y si los productores del bien objeto de la limitación deseaban exportar sus productos. Más en general, el Departamento de Comercio exigiría pruebas de la concurrencia de todos los elementos del inciso iv).

Pregunta 6

En respuesta a la pregunta 36 b) del Grupo Especial, los Estados Unidos afirman que "los elementos de 'beneficio' y 'especificidad' harán que muchas de las presuntas subvenciones indirectas no se presten a ninguna acción y, por consiguiente, no puedan ser objeto de medidas compensatorias". Sírvanse comentar las eventuales consecuencias para este argumento de la declaración del Órgano de Apelación, que figura en el caso *Brasil - Aeronaves*, según la cual "las cuestiones de una 'contribución financiera' y de un 'beneficio', así como sus respectivas definiciones, constituyen dos elementos jurídicos independientes en el párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC, que conjuntamente determinan si existe o no una subvención".⁴ En particular, ¿es correcto ver en el comentario de los Estados Unidos la implicación de que un elemento de "contribución financiera" no actuaría de por sí como un factor de limitación con respecto a la determinación de los tipos de medidas que quedan incluidas en el Acuerdo SMC, y que los únicos factores de limitación son el "beneficio" y la "especificidad"?

⁴ *Brasil - Programa de financiación de las exportaciones para aeronaves*, informe del Órgano de Apelación, WT/DS46/AB/R, adoptado el 20 de agosto de 1999, párrafo 157 (con cursivas en el original).

Respuesta

Los Estados Unidos no discuten que "contribución financiera" y "beneficio" sean elementos distintos, y la inferencia que se hace de la respuesta estadounidense es incorrecta. No todas las medidas gubernamentales satisfarían la norma del inciso iv) de manera que una "contribución financiera" fuera un factor de limitación. No obstante, sería miope centrarse únicamente en el elemento de contribución financiera para analizar el argumento de la "pendiente resbaladiza" del Canadá, porque es un hecho que los elementos de "beneficio" y "especificidad" servirán también para expurgar las medidas gubernamentales que pudieran satisfacer la definición de "contribución financiera". De hecho, la segunda parte de la declaración antes citada del Órgano de Apelación confirma el argumento de los Estados Unidos: la "contribución financiera" y el "beneficio" determinan conjuntamente la existencia de una "subvención".

Además, como el "beneficio" es otro elemento de la constatación de una "subvención", en algunos casos podría excusarse al Departamento de Comercio de emprender un análisis de la "contribución financiera" para determinar que una medida particular de un gobierno *no* constituye una subvención en el sentido del párrafo 1 del artículo 1. Contrariamente a las falsas afirmaciones del Canadá, esta situación se planteó en el caso *Ganado en pie*, y el Departamento de Comercio constató que no había ningún beneficio y que, por consiguiente, no tenía que hacer una determinación definitiva respecto de las reclamaciones de la rama de producción estadounidense sobre la "contribución financiera".

Pregunta 7

En lo relativo a las circunstancias en las que una subvención, según la terminología empleada en la nota 4 de pie de página del Acuerdo SMC, "está vinculada" a una exportación real o prevista, el Órgano de Apelación, en el caso *Canadá - Aeronaves*, constató lo siguiente:

"No basta con demostrar únicamente que el gobierno que otorgó la subvención previó que daría lugar a exportaciones. La prohibición ... se aplica a las subvenciones que están supeditadas a los resultados de la exportación ... Una subvención puede muy bien otorgarse sabiendo o previendo que dará lugar a exportaciones. Sin embargo, esto no basta por sí solo porque por sí solo no es prueba de que la concesión de la subvención esté vinculada a la previsión de la exportación."⁵

¿Qué consecuencias tendría esta declaración del Órgano de Apelación, de tener alguna, para el argumento de los Estados Unidos de que una limitación de las exportaciones puede satisfacer la definición de contribución financiera del Acuerdo SMC, si surge el efecto de aumentar el suministro nacional del producto objeto de la limitación?

Respuesta

A juicio de los Estados Unidos, la mencionada declaración tiene poco que ver con las cuestiones en litigio, porque el Órgano de Apelación se refería a términos ("supeditado" y "vinculado a") que tienen significados distintos de los que se consideran en este caso. En la medida en que se aplican por analogía al presente caso, las indicaciones del Órgano de Apelación corroboran la posición de los Estados Unidos. Los Estados Unidos no afirman que una simple previsión o expectativa de un resultado sea suficiente para constatar la existencia de una contribución financiera de conformidad con el inciso iv). Como mínimo tendría que haber una constatación en el sentido de que una limitación de las exportaciones causó el suministro de un producto.

⁵ *Canadá - Medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles*, informe del Órgano de Apelación, WT/DS70/AB/R, adoptado el 20 de agosto de 1999, párrafos 171 y 172.

Pregunta 8

¿Entienden los Estados Unidos que a un comerciante "se le encomienda u ordena" que proporcione bienes (porque se ha "causado" este suministro) cuando hace frente a una limitación de las exportaciones a la que podría responder con varias opciones comercialmente viables, entre ellas el suministro al mercado nacional, y elige esta opción? El Grupo Especial hace referencia a los párrafos 47 y 48, por una parte, y al párrafo 125, por la otra, de las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas de fecha 7 de febrero de 2001.

Respuesta

Si por "encomienda u ordena" debe comprenderse que "se causa", los Estados Unidos no entienden que el simple hecho de que un productor opte por suministrar productos al mercado nacional en una situación de limitación de las exportaciones signifique que se le ha "ordenado" hacerlo, en el sentido del inciso iv). Tendría que haber alguna relación causal demostrada entre el comportamiento del productor y la acción del gobierno, aunque el Departamento de Comercio todavía no ha tenido que ocuparse de la cuestión de la solidez que ha de tener el nexo causal. Asimismo, si bien las normas pueden ser distintas según se trate de "encomendar" o de "ordenar", los Estados Unidos reiteran que en todos los diccionarios citados por las distintas partes en esta diferencia, la definición de "ordenar" conlleva elementos causales.

En lo relativo a la cuestión de las supuestas "opciones", ninguna de las opciones presentadas por el Canadá son "comercialmente viables" en este contexto. El Canadá sostiene que un productor tiene esencialmente cuatro opciones: exportar, vender a elaboradores nacionales, dedicarse él mismo a la elaboración o producir otra cosa. Si se demuestra, sobre la base de los hechos, que ha habido una limitación jurídico/comercial de las exportaciones y que vender a los elaboradores nacionales es la única opción comercialmente viable, y esta clase de ventas van en aumento, este resultado no parece justificar caracterización distinta a los efectos del Acuerdo SMC que si el gobierno se hubiera limitado a decir "tienen ustedes que vender solamente a los elaboradores nacionales". En opinión de los Estados Unidos, cuando la acción de un gobierno deja una sola opción comercialmente viable a las entidades privadas, decir que esta acción no constituye una "orden" a un agente comercial para que ejerza la opción sería abrir una enorme laguna en el Acuerdo SMC, a partir solamente de una distinción semántica.

Los intentos del Canadá de explicar sus "opciones" sólo llevan a nuevas contradicciones. El Canadá sostiene que, cuando se prohíben las exportaciones, el productor del insumo puede convertirse a una fase más adelantada de la producción. Si esto ocurriera, la reglamentación gubernamental habría creado una nueva producción en una fase posterior de elaboración en el país que impone la limitación de las exportaciones (cosa que, de no existir la limitación, sería antieconómica) a expensas de la rama de producción de terceros países, lo que representan exactamente el tipo de subvención gubernamental que debería dar lugar a ciertas acciones, según documentos canadienses no relacionados con esta diferencia. Véase *Respuestas de los Estados Unidos*, párrafo 44, citando Canadá - Prueba documental 106.

Ahora el Canadá alega que el productor del insumo podría optar por cambiar de actividad, vendiendo su empresa. En el mejor de los casos, esta opción es quimérica. Después de todo, ¿qué hará el comprador? Se encontrará con la misma limitación de las exportaciones que elimina la opción económicamente viable de exportar, con la consiguiente necesidad de aumentar las ventas en el mercado nacional o dedicarse a una fase posterior de elaboración, cosa que no hubiera ocurrido de no haberse impuesto la limitación de las exportaciones. ¿O pretende el Canadá que el nuevo comprador tendrá opciones porque, a su vez, podrá vender el negocio a otra persona? ¿Y el nuevo comprador también podrá vender su empresa, etc., etc.?

A lo largo de esta diferencia, los Estados Unidos han expuesto varios razonamientos, además del anterior, para explicar por qué la interpretación del Canadá de la fórmula "encomienda u ordena" es incorrecta. Dada la actitud equívoca del Canadá, un breve resumen de estos argumentos parece necesario. En primer lugar, los Estados Unidos han citado múltiples textos que establecen claramente que la fórmula "encomienda u ordena" incluye circunstancias en las que una parte (el gobierno) emprende una acción que causa la acción de la entidad privada o da lugar a ella. *Primera comunicación de los Estados Unidos*, párrafos 30 y 31. Ahora el Canadá ofrece otro texto que, según sostiene, confirma su interpretación de "encomienda u ordena" en el sentido de un "mandato". El Canadá cita muy selectivamente esta fuente, porque en inglés el término "direct" ("dirigir, ordenar") tiene varios significados, a saber: "control, guide; govern the movements of" ("controlar, guiar; gobernar los movimientos de"); "give a formal order or command to" ("dar una orden formal o un mandato a"); "tell or show ... the way to a destination" ("decir o mostrar ... el camino a un lugar de destino"); "point, aim, or cause ... to move in a certain direction" ("señalar, orientar o causar ... el desplazamiento en una determinada dirección"); "guide as an adviser, as a principle, etc." ("guiar en condición de asesor, orientar como un principio, etc."); "supervise the performing, staging, etc. of ..." ("supervisar la actuación, escenificación, etc. de ..."); "guide the performance of" ("dirigir la realización de"). Véase Canadá - Prueba documental 136.

Aunque aceptemos el argumento del Canadá de que "ordenar" sólo puede significar "dar una orden formal a", una limitación de las exportaciones puede responder a esta definición. Una limitación de las exportaciones puede considerarse una "orden formal" de no exportar. Aunque el Canadá discute si una instrucción de no exportar equivale o no a una instrucción de proporcionar los productos, es decir, a la función indicada en el inciso iii), debe observarse que lo que se trata de determinar es si una orden del gobierno es una función *del tipo* de las que se describen en los incisos i) a iii). Además, basándose en los argumentos de este caso, los Estados Unidos entienden que el Canadá ha concedido que, tanto si se considera como si no una limitación de las exportaciones, una "orden formal" de utilizar o vender un producto en el mercado nacional cumple la condición del inciso iv).

En segundo lugar, los antecedentes de la negociación corroboran claramente la interpretación de los Estados Unidos. El Canadá (y las CE) defendió durante toda la Ronda Uruguay una definición estricta de subvención que incluiría solamente las subvenciones que representaran un costo para el gobierno. El Canadá expresó claramente que, a su juicio, las limitaciones a la exportación y otras subvenciones indirectas no serían susceptibles de medidas compensatorias porque no implicaban un "costo para el gobierno". Sólo después de haber visto desestimado este erróneo argumento en el caso *Canadá - Aeronaves*, el Canadá ha decidido centrar su argumentación en la fórmula "encomienda u ordena".

En tercer lugar, otros casos -en particular *Canadá - Productos lácteos*- y un análisis de la Lista ilustrativa de subvenciones a la exportación, confirman la posición de los Estados Unidos. *Primera comunicación de los Estados Unidos*, párrafos 61 a 66.

Por último, el objeto y fin del Acuerdo SMC confirman también claramente el punto de vista de los Estados Unidos. Es más, en general se entiende que las limitaciones a la exportación proporcionan una subvención. Los Estados Unidos están francamente confundidos por el argumento canadiense de que, el hecho de que los Estados Unidos se remitan al significado normal del término subvención tal y como lo utilizan la OMC, las Naciones Unidas y funcionarios y economistas canadienses, debilita en cierto modo la argumentación estadounidense.

Pregunta 9

¿Cómo concilian los Estados Unidos su argumento de que, en la medida en que el efecto de una limitación de las exportaciones es aumentar el suministro nacional del producto objeto de la limitación, esta limitación constituye una contribución financiera en forma de un suministro de productos encomendado u ordenado por el gobierno en el sentido del inciso iv), con las fórmulas "que normalmente incumbirían" y "no difiera, en ningún sentido real" de esta disposición? En particular, ¿podría considerarse que, como mínimo, estas condiciones connotan (independientemente de los otros significados que puedan tener) un control *positivo, directo y explícito* por parte del gobierno de la acción de la entidad privada de que se trate? En caso afirmativo, ¿cómo podría reflejarse esto en el planteamiento que ustedes proponen, basado en los efectos? En caso negativo, ¿por qué no?

Respuesta

Además de un examen de la relación causal entre la acción del gobierno (la limitación de las exportaciones) y la acción privada (el suministro de un producto en el mercado nacional), para que exista una contribución financiera todavía deberán cumplirse las otras condiciones del inciso iv), incluidas las que se expresan con las fórmulas "que normalmente incumbirían" y "la práctica no difiera, en ningún sentido real". No obstante, estas dos fórmulas se refieren al tipo de función realizada y al modo en que la ha realizado la entidad privada, y no a la relación causal entre la acción del gobierno y el comportamiento de la entidad.

Los Estados Unidos siguen sosteniendo que esta terminología procede del *Informe previsto en el apartado 5 del artículo XVI*, que mencionaba las funciones gubernamentales de percepción de impuestos y concesión de subvenciones. Es decir, para cumplir las condiciones del inciso iv), el tipo de función que se encomienda u ordena a una entidad privada ha de ser la clase de acción a la que se dedica un gobierno cuando concede una subvención, o sea, un comportamiento que reasigna los recursos.⁶

Podrían darse situaciones en las que se cumpla la condición expresada por la fórmula "encomienda u ordena", pero no concurren otros elementos. Uno de esos ejemplos figura en el párrafo 75 de la *segunda declaración oral de los Estados Unidos*.

Por último, los Estados Unidos reiteran que en ningún lugar del inciso iv) hay una indicación de que las fórmulas "encomienda u ordena" o "que normalmente incumbirían al gobierno/no difiera, en ningún sentido real" requieran un "control positivo, directo y explícito". Estos términos no se utilizaron en el texto, ni habría tenido sentido que se utilizaran. Si la norma fuera el "control directo y positivo" del gobierno, sería muy fácil eludir el inciso iv), y en consecuencia, sus disposiciones quedarían desprovistas de significado.

⁶ Como han indicado anteriormente los Estados Unidos (véase *Primera comunicación de los Estados Unidos*, párrafo 36, nota 32), el Órgano de Apelación declaró que "una 'subvención' implica una transferencia de recursos económicos del otorgante al receptor por una cantidad inferior a la prestación total". *Canadá - Medidas que afectan a la importación de leche y a las exportaciones de productos lácteos*, WT/DS103/AB/R, WT/DS113/AB/R, informe del Órgano de Apelación adoptado el 27 de octubre de 1999, párrafo 87. El Canadá había convenido previamente en que el inciso iv) se refiere a las funciones gubernamentales de percepción de impuestos y concesión de subsidios. Véase *Primera comunicación de los Estados Unidos*, párrafo 52, nota 51, que cita el caso "*Canadá - Medidas que afectan a la importación de leche y a las exportaciones de productos lácteos*", WT/DS103/R, WT/DS113/R, informe del Grupo Especial modificado por el Órgano de Apelación, adoptado el 27 de octubre de 1999, párrafo 4.342.

Pregunta 10

En su respuesta a la pregunta 12 b) del Grupo Especial, los Estados Unidos indican lo siguiente:

"Hay una diferencia entre beneficio y contribución financiera a los efectos del inciso iv). Diríase que la contribución financiera requiere lo siguiente: 1) una relación causal aproximada entre la acción del gobierno y la acción privada; y 2) que la acción privada sea una forma de percepción de impuestos o concesión de subvenciones (es decir, el tipo de acción que un gobierno llevaría a cabo 'normalmente')."

¿Cómo creen los Estados Unidos que puede determinarse en la práctica, y sin considerar la cuestión del beneficio, que un acto de "encomendar" u "ordenar" por parte de un determinado gobierno, en el sentido del inciso iv), constituye o no una "forma de percepción de impuestos o concesión de subvenciones"?

Respuesta

Dado que una subvención lleva consigo una reasignación de recursos, podría determinarse, sin entrar en la cuestión del beneficio, si se está ordenando a una entidad privada que proporcione recursos (por ejemplo, un producto) a otra parte mediante una transferencia que de lo contrario no se haría. Por ejemplo, en el caso de una limitación de las exportaciones, la cuestión es si los agentes privados reciben la orden de proporcionar bienes en el mercado nacional cuando, sin una orden del gobierno, no lo harían. Otra cosa sería saber si este suministro de bienes ordenado por el gobierno ha dado lugar en la práctica a la concesión de un beneficio. En teoría, la orden del gobierno podría no causar ninguna modificación en los precios que de lo contrario se habrían cotizado, en cuyo caso no existiría un beneficio.

Pregunta 11

También en su respuesta a la pregunta 12 b) del Grupo Especial, los Estados Unidos afirman que:

"Aunque las pruebas relativas a este segundo aspecto [la acción privada es una forma de percepción de impuestos o concesión de subvenciones] y el 'beneficio', puedan coincidir, *no son la misma cosa*" (sin cursivas en el original).

Sírvanse explicar en términos concretos la naturaleza de la prueba a que hacen ustedes referencia, y cómo esta prueba podría "coincidir" con la contribución financiera y el beneficio, sin ser "la misma cosa". ¿Quieren decir con ello los Estados Unidos que la prueba no sería una misma cosa en los dos contextos, o que los dos contextos no son la misma cosa?

Respuesta

La coincidencia entre la prueba de que la acción privada es el mismo tipo de actividad funcional que lleva a cabo un gobierno cuando percibe impuestos o concede subvenciones y la prueba del "beneficio" se debe a que los dos conceptos se derivan de una misma transacción y pueden o no demostrar que la acción privada no se habría producido de no ser por la intervención del gobierno. La prueba de la contribución financiera está basada en la existencia de una transacción que satisface los requisitos del inciso iv), mientras que para la prueba del beneficio hay que determinar si las circunstancias de esta transacción reúnen las condiciones del artículo 14 del Acuerdo SMC.

Por ejemplo, en el caso de un préstamo del gobierno, hay que comprobar la transacción del préstamo para determinar si se ha producido una contribución financiera, y a continuación examinar las condiciones de esta misma transacción para establecer la existencia de un beneficio. Lo propio puede decirse de un préstamo ordenado por el gobierno, aunque en este caso habría que probar también si el gobierno, había ordenado de hecho, la concesión del préstamo.

Pregunta 12

¿Se limitarían las funciones "que normalmente incumben" a un gobierno en el sentido del inciso iv) a "la percepción de impuestos y la concesión de subvenciones"? ¿Consistirían necesariamente las otras funciones del gobierno que incluyen la ejecución de varias políticas oficiales (por ejemplo, las políticas sociales) en "la percepción de impuestos o la concesión de subvenciones"? De no ser así, ¿quedan excluidas estas funciones del alcance del inciso iv), aunque correspondan las descritas en los incisos i) a iii)?

Respuesta

Como se indicó en la *segunda declaración oral de los Estados Unidos*, párrafos 73 a 78, hay varias interpretaciones posibles de la expresión "que normalmente incumbirían", y los Estados Unidos ofrecieron por lo menos un ejemplo de una situación que probablemente no estaría comprendida en las disposiciones del inciso iv), aunque podría sostenerse que sí lo estaría en las de los incisos i) a iii). La expresión "que normalmente incumbirían" es un requisito independiente del inciso iv), aunque la función corresponda a los incisos i) a iii).

RESPUESTAS DE LOS ESTADOS UNIDOS A CIERTAS PREGUNTAS HECHAS AL CANADÁ

Pregunta 13

¿Ha habido casos en los que el Preámbulo se haya utilizado como "norma legislativa" en el sentido descrito por los Estados Unidos en los párrafos 30 a 43 de su segunda declaración oral? De ser así, sírvanse dar detalles.

Respuesta

El Canadá parece afirmar que el Departamento de Comercio considera la parte del Preámbulo que se discute como una reglamentación sin tener en cuenta los diversos principios del derecho administrativo estadounidense que guardan relación con las normas legislativas y el carácter no vinculante del precedente administrativo. A juicio de los Estados Unidos, esta afirmación no resulta corroborada por la parte correspondiente del Preámbulo ni por el modo en que la citó después el Departamento de Comercio. Sin embargo, si examinamos todo el Preámbulo -y no solamente las partes impugnadas por el Canadá- veremos aún más claramente que el Departamento de Comercio sabía muy bien lo que tenía que hacer para vincularse, y que, si optó por no hacerlo, fue una opción deliberada.

Por ejemplo, en la página 65.349 del *Aviso de Reglamento Definitivo del Departamento de Comercio*, Canadá - Prueba documental 3, el Departamento facilita la siguiente explicación del motivo por el que prefirió no vincularse a los llamados "instrumentos híbridos":

En este contexto, el Departamento consideró la codificación de su planteamiento con respecto a los llamados "instrumentos híbridos", o sea, contribuciones financieras que no encajan fácilmente en las categorías básicas de donación, préstamo o capital en acciones. En las determinaciones sobre los casos del acero de 1993 (véase *Certain Steel products from Austria (General Issues*

Appendix)), 58 FR 37062, 37254 (9 de julio de 1993) ("GIA"), el Departamento articuló un sistema jerárquico para la clasificación de los instrumentos híbridos, sistema que fue confirmado en el caso *Geneva Steel v. United States*, 914 F. Supp. 563 (CIT 1996). No obstante, independientemente de esta aprobación judicial, el Departamento no posee mucha experiencia en materia de instrumentos híbridos. Por consiguiente, aunque por ahora el Departamento no tiene la intención de dejar de aplicar el sistema adoptado en el GIA, la codificación de este sistema en forma de reglamento sería prematura.

En la página 65.355 de Canadá - Prueba documental 3, el Departamento de Comercio facilitó la siguiente explicación del motivo de que hubiera preferido no vincularse a la llamada "metodología de la privatización":

Si bien en los cinco últimos años hemos adquirido algunos conocimientos acerca de la cuestión de los cambios de propiedad, y los comentarios presentados en relación con los reglamentos propuestos en 1997 nos han proporcionado nuevas ideas que considerar, no creemos adecuado por ahora promulgar un reglamento sobre esta cuestión. Como se ha señalado anteriormente, muchas de las ideas expuestas por las personas que han hecho comentarios nos inducirían a adoptar posiciones extremas. Otro factor de peso contra la codificación de cualquier metodología de privatización en este momento es que los tribunales, en su examen de la metodología actual, podrían adoptar una interpretación de la ley que validase, o bien anulase, algunas de las opciones que hemos considerado, incluidas las propuestas de los comentaristas. Por último, dada la situación económica mundial en rápida mutación, sobre todo con respecto a la cuestión de la propiedad estatal, nosotros creemos que debemos seguir elaborando nuestra política en este sector mediante la resolución de casos individuales. Este cambio de la situación económica complica aún más el establecimiento de un marco unificado para analizar las transacciones del cambio de propiedad. En los reglamentos propuestos de 1997 identificamos muchas de estas cuestiones adicionales y nuevos desafíos que podrían justificar el examen en este contexto, e hicimos preguntas al respecto. No obstante, nosotros creemos que los comentarios que recibimos no se ocupaban suficientemente de muchos de estos problemas.

...

Nuestra decisión de no incluir una disposición sobre los cambios de la propiedad en este Reglamento Definitivo no nos impedirá promulgar una reglamentación al respecto más adelante. Seguiremos examinando esta cuestión y considerando si puede articularse un marco analítico subsidiario que tenga en cuenta las diversas situaciones posibles de cambio en la propiedad y que, al igual que la presente metodología, cumpla las instrucciones del Congreso según las cuales hemos de examinar los cambios en la propiedad caso por caso. Entretanto seguiremos aplicando nuestra metodología actual a los casos de derechos compensatorios, y estudiaremos detenidamente los hechos de cada caso. Sin embargo, consideraremos si procede introducir modificaciones en la metodología.

En otro lugar del Preámbulo, el Departamento de Comercio explicaba por qué no habría promulgado reglamentos con criterios detallados que incluyesen el concepto de "infraestructura general" (Canadá - Prueba documental 3, página 65.378), reglamentos acerca de la compra de productos por el gobierno (Canadá - Prueba documental 3, página 65.379), reglamentos de codificación de la práctica del Departamento de Comercio respecto de las subvenciones relativas a los trabajadores (Canadá - Prueba documental 3, página 65.380), y reglamentos sobre las subvenciones de sustitución de las importaciones (Canadá - Prueba documental 3, página 65.385).

Respecto de cada uno de estos temas, el examen del Preámbulo revela que el Departamento de Comercio no consideró que tuviera suficiente experiencia para promulgar una reglamentación vinculante, y prefirió mantener su flexibilidad a fin de adoptar las políticas pertinentes en cada caso. A la luz de estos ejemplos, no es admisible alegar, como hace el Canadá, que el Departamento de Comercio se considera vinculado por la parte del Preámbulo que este país impugna.

La respuesta del Canadá es que si estos tipos de declaraciones preliminares no son vinculantes, "carecen de significado". Los Estados Unidos no pueden hablar de la situación prevaleciente bajo la legislación canadiense, pero para ellos mismos consideran muy conveniente que un organismo administrativo, funcionando en el marco de un sistema democrático de gobierno, mantenga al público informado acerca de la filosofía del organismo mediante instrumentos no vinculantes como son las declaraciones de política general o las normas de interpretación. Así pues, las partes antes mencionadas del Preámbulo no eran declaraciones "carentes de significado", porque ponían en conocimiento del público la filosofía del Departamento de Comercio respecto de los temas que se referían.

En términos más generales, merece la pena mencionar las opciones que tienen ante sí una entidad cuando ha de decidir si utilizar una norma legislativa o un instrumento no vinculante, como una norma de interpretación o una declaración de política general. Desde el punto de vista de la entidad, una norma legislativa ofrece considerables ventajas de eficiencia. Si se promulga de un modo válido, la norma legislativa tiene fuerza de ley, y la entidad no se verá obligada más adelante a justificarla repetidamente, como ocurre en cambio con una norma de interpretación, que debe justificarse caso por caso. Además, una reciente decisión del Tribunal Supremo de los Estados Unidos hace pensar que una norma legislativa puede ser objeto de una mayor deferencia judicial que una norma de interpretación. Véase EE.UU. - Prueba documental 33, página 171, examen de la decisión en el caso *Christensen v. Harris County*, 120 S.Ct. 1655 (2000).

El aspecto desfavorable de la norma legislativa es que, al ser vinculante para la entidad, la obliga a asumir las consecuencias de las opciones de políticas que se reflejan en la norma. Por ejemplo, si en un procedimiento relativo a un derecho compensatorio el Departamento de Comercio considerase que la aplicación de una norma a los hechos del caso daría un resultado desfavorable, el Departamento tendría que asumir estos resultados hasta tanto se revocase o enmendase la norma. Por otra parte, en el caso de una norma de interpretación, la entidad que decidiera que la norma daba resultados desfavorables estaría en libertad para anularla.

El Preámbulo, si se considera en conjunto, indica que el Departamento de Comercio tuvo en cuenta estas opciones. Con respecto a los temas acerca de los cuales estimó que disponía de suficiente experiencia, el Departamento promulgó reglamentaciones, a las que por consiguiente quedó vinculado. En los temas acerca de los cuales estimó que no tenía suficiente experiencia -como las nuevas normas aplicables a las "subvenciones indirectas" con arreglo al artículo 771(5)(B)(iii) de la Ley de Aranceles- el Departamento de Comercio renunció a promulgar reglamentaciones, preservando así su flexibilidad y sus facultades discrecionales.

Pregunta 14

En su respuesta a la pregunta 16 c) del Grupo Especial, el Canadá alega que "la práctica no es una determinación individual en un caso de derechos compensatorios (aunque una determinación reflejará normalmente una 'práctica') sino más bien un compromiso institucional de atenerse a interpretaciones y metodologías declaradas, que se refleja en determinaciones acumulativas". A juicio del Canadá, ¿cómo se expresa el "compromiso institucional"? Esto es, para que pudiera identificarse un "compromiso" de esta clase ¿tendría que recogerse por escrito, es decir, en una determinación del Departamento de Comercio, y definirse en términos generales como la "práctica" o la "política" de la entidad? De no ser así, ¿cómo (o sea en qué forma) se haría esta expresión? En la medida en que haya una

identificación explícita de una "práctica" en una determinación del Departamento de Comercio o en otro documento, ¿en qué cree el Canadá que se diferencia de la "legislación"?

Respuesta

Los Estados Unidos no entienden muy bien en qué consiste exactamente el "compromiso institucional" del Canadá y cómo encaja en el marco jurídico en el que opera el Departamento de Comercio. Dejando aparte la cuestión de la forma de expresión de este supuesto "compromiso institucional", lo fundamental es saber si el "compromiso" -sea lo que fuere- vincula al Departamento de Comercio hasta el punto de que le obliga a tratar las limitaciones a la exportación como contribuciones financieras. En opinión de los Estados Unidos, sólo hay dos instrumentos de este tipo que serían imperativos en este sentido, una ley o un reglamento. El Canadá no ha discutido el hecho de que no existe ninguna reglamentación del Departamento de Comercio relativa a las subvenciones indirectas en general ni a las limitaciones a la exportación en particular, y ha reconocido que la ley no obliga al Departamento a tratar las limitaciones a la exportación como subvenciones. Además, la consideración de la DAA no modifica esta conclusión relativa a la ley.

Pregunta 16

Suponiendo que el Grupo Especial resolviera en favor del Canadá las reclamaciones relativas a todas las "medidas" identificadas por este país, salvo la "práctica" ¿qué acciones deberían emprender los Estados Unidos, en opinión del Canadá, para "poner estas medidas en conformidad", con arreglo a esta resolución? ¿En qué se diferenciarían estas acciones de las que deberían adoptar los Estados Unidos si el Grupo Especial resolviese también en favor del Canadá la reclamación relativa a la "práctica"? Es decir, ¿cuáles cree el Canadá que serían las consecuencias específicas y prácticas para la inclusión o la exclusión de la "práctica", de una resolución hipotética del Grupo Especial en favor de sus reclamaciones? En su respuesta, sírvanse comentar la declaración del Grupo Especial en el caso *Comunidades Europeas - Piezas y componentes* -después de haberse constatado que las disposiciones legislativas en cuestión no eran imperativas- según la cual, aunque sería conveniente que las Comunidades Europeas retirasen las mencionadas disposiciones legislativas, las Comunidades cumplirían sus obligaciones dimanantes del GATT si dejaran de aplicar estas disposiciones a las Partes Contratantes.⁷ ¿Podría decirse lo mismo en este caso, suponiendo que se tomase la resolución indicada? De no ser así, ¿por qué no? En su respuesta oral a esta pregunta, ustedes señalaron que, en el supuesto de que se adoptase la resolución hipotética, no sería necesario que los Estados Unidos revisasen la DAA. ¿Qué relación existe entre esta declaración y su afirmación anterior de que la DAA obliga al Departamento de Comercio a tratar las limitaciones a la exportación como contribuciones financieras?

Respuesta

Los Estados Unidos entienden que la respuesta oral del Canadá a esta pregunta priva de toda credibilidad a las alegaciones de este país. Según las notas tomadas por la delegación estadounidense, el Canadá hizo las siguientes declaraciones significativas:

- a) no hace falta ninguna enmienda de la ley porque, a primera vista, no es incompatible con el Acuerdo SMC;
- b) los Estados Unidos podrían "aprovechar" la cláusula de la DAA, ajustando su interpretación de la ley;

⁷ Comunidad Económica Europea - Reglamento sobre las importaciones de piezas y componentes, informe del Grupo Especial, IBDD 37S/132, adoptado el 16 de mayo de 1990, párrafo 5.26.

- c) el Departamento de Comercio podría: i) publicar un aviso en el *Federal Register* desautorizando la parte del Preámbulo que se considera en esta diferencia; o ii) mediante una determinación en un caso particular, dejar de tratar las limitaciones a la exportación como subvenciones (es decir, negarse a reclamar contra una presunta limitación de las exportaciones en un caso real, o emitir una determinación negativa en un caso real, argumentando que las limitaciones a la exportación no constituyen subvenciones).

Estas declaraciones son fundamentalmente contrarias a la posición que ha adoptado el Canadá a lo largo de toda esta diferencia. El Canadá ha insistido en que la DAA exige que el Departamento de Comercio interprete la ley de modo que las limitaciones a la exportación se consideren subvenciones (o contribuciones financieras). Más concretamente, como sabe muy bien el Grupo Especial, el Canadá ha afirmado durante toda esta diferencia que la cláusula de la DAA carece de significado. Es más, en su *segunda declaración oral*, párrafos 15 a 17, el Canadá siguió insistiendo en que la DAA obliga al Departamento de Comercio a tratar las limitaciones a la exportación como subvenciones (o contribuciones financieras). Y sin embargo, sólo unas pocas horas después el Canadá, en respuesta a esta pregunta, admitió que en realidad la DAA no exige nada de eso.

El hecho de que el Canadá haya adoptado posiciones incoherentes durante esta diferencia no es sorprendente. Como se demostraba en EE.UU. - Prueba documental 32, aún en septiembre de 1999, en el caso *Ganado en pie*, el Canadá opinaba que la DAA *no* exigía que el Departamento de Comercio tratase las limitaciones a la exportación como subvenciones.

El Canadá ha insistido en todo momento en que el Preámbulo tiene la misma condición jurídica que una reglamentación, es decir, que es una norma legislativa vinculante para el Departamento de Comercio. No obstante, si ello fuera así el Departamento de Comercio no podría limitarse a desautorizar al Preámbulo publicando un aviso en el *Federal Register* o aplicando un nuevo procedimiento en un caso de derechos compensatorios. En su condición de norma legislativa el Preámbulo sería "ley", es decir, sería vinculante para el Departamento de Comercio hasta tanto no se revocase o enmendase. El único medio adecuado de revocar o enmendar una norma legislativa es seguir el mismo procedimiento de notificación y comentario con el que fue promulgada. Así pues, los métodos de ejecución propuestos por el Canadá contradicen en todo punto su caracterización de la condición jurídica del Preámbulo.

Pregunta 17

Tenemos entendido que el Canadá adujo los dos argumentos siguientes respecto de la legislación que se considera: i) que la ley "interpretada" por la DAA y el Preámbulo es una legislación imperativa que exige que el Departamento de Comercio incumpla sus obligaciones previstas en el Acuerdo SMC; y ii) que, aunque la ley es de por sí discrecional en el sentido de que podría interpretarse de un modo compatible con la OMC, la DAA y el Preámbulo "limitan las facultades discrecionales" del Departamento de Comercio de actuar de manera compatible con la OMC. ¿Es ésta una interpretación correcta de los argumentos del Canadá? ¿Son estas dos fórmulas simplemente dos modos distintos de decir lo mismo? ¿O bien es la segunda fórmula subsidiaria de la primera, o se trata de un argumento diferente del primero por cualquier otro concepto? Sirvanse dar explicaciones.

Respuesta

Los Estados Unidos observan que una "limitación de las facultades discrecionales" no es lo mismo que una "legislación imperativa". De cualquier autoridad -un artículo de una revista jurídica, un informe de un comité del Congreso, un precedente administrativo, una determinación de las autoridades de otro Miembro- puede decirse que "limita las facultades discrecionales" por cuanto, en la medida en que la autoridad es persuasiva, hace que un criterio sea más aceptable que otro, y una

instancia decisoria que tiene que tomar una decisión racional y defendible puede optar por remitirse a la autoridad, explicarla o atenerse a ella. Sin embargo, esto no es lo mismo que una legislación imperativa.

Consideremos, por ejemplo, el trato dado a la Cuenta del Canadá en el caso *Canadá - Aeronaves*. La existencia de la Cuenta del Canadá hacía que el suministro de subvenciones prohibidas a la exportación fuera más probable que en el caso contrario. No obstante, el Grupo Especial constató que la Cuenta del Canadá, como tal, no era incompatible con la OMC porque no imponía la concesión de subvenciones a la exportación. El Grupo Especial llegó a esta resolución a pesar de que simultáneamente constató que la financiación de la deuda con cargo a la Cuenta del Canadá sí constituía una subvención prohibida a la exportación.

Pregunta 19

¿Podría explicar el Canadá la aparente incoherencia entre su caracterización de la cláusula de la DAA en esta diferencia y sus argumentos acerca de esta misma cláusula en la investigación del caso *Ganado en pie*, a que hace referencia el párrafo 24 de la segunda declaración oral de los Estados Unidos?

Respuesta

En opinión de los Estados Unidos, la incoherencia y la presunta racionalización del Canadá se pasan de comentarios. Los Estados Unidos observan que cuando el Canadá expuso su alegato en el caso *Ganado en pie*, probablemente estaba convencido, y así se reflejó en su argumentación, de que el Departamento de Comercio no estaba obligado por la ley, la DAA o cualquier otra "medida" a tratar las limitaciones a la exportación como subvenciones (o contribuciones financieras).

Pregunta 20

¿Qué significado tiene la siguiente frase del informe conjunto del Senado sobre la URAA (Canadá - Prueba documental 134), que citan ustedes parcialmente en el párrafo 19 de la segunda declaración oral del Canadá?

"El Comité espera además que estos tipos de subvenciones indirectas seguirán siendo objeto de medidas compensatorias cuando se haya cumplido la norma prevista en el nuevo artículo 771(5)(B)(iii)."

A juicio del Canadá, ¿tiene esta frase el mismo significado que la cláusula de la DAA?

Respuesta

Dejando aparte la evidente inferencia a que se presta la cita selectiva que hace el Canadá del informe conjunto del Senado en su *segunda declaración oral*, en opinión de los Estados Unidos esta frase tiene el mismo significado que la cláusula de la DAA, o sea, que las "subvenciones indirectas" como las que han sido objeto de medidas compensatorias en el pasado sólo seguirán siendo susceptibles de estas medidas si el Departamento de Comercio determina que se ha cumplido la condición del inciso iv).

El Canadá pretende haber identificado todas las "medidas" que constituyen el "trato de las limitaciones a la exportación" en virtud de la Ley sobre derechos compensatorios de los Estados Unidos, pero hasta el último minuto ignoró el informe conjunto del Senado. Ésta es otra razón de que las resoluciones de los grupos especiales se basen en acciones reales de los Miembros o en una legislación claramente imperativa, y no en especulaciones acerca del modo en que un organismo administrativo podría llegar a una resolución, ante la plétora de autoridades y hechos posibles.

Pregunta 23

El Canadá parece aducir, en sus respuestas a las preguntas 11 y 12 a) del Grupo Especial, que los incisos i) a iii) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 son de mayor alcance que el inciso iv). Es decir, el Canadá afirma que cualquier acción de un gobierno del tipo descrito en los incisos i) a iii) sería por definición, y sin ninguna otra condición, una "contribución financiera". Sin embargo, el Canadá afirma también que si un gobierno emprendiese esta misma acción, pero *por conducto* de una entidad privada, la acción sólo sería una "contribución financiera" si el gobierno la llevase a cabo "de ordinario". De este argumento parece deducirse que la intervención del gobierno en el mercado por conducto de una entidad privada (aunque se haya repetido durante un cierto tiempo) no cumpliría las condiciones del inciso iv), salvo que el gobierno tuviera antecedentes (o una práctica anterior "ordinaria") de hacerlo directamente. Por ejemplo, si un gobierno no tuviera antecedentes de prestar dinero a empresas privadas con cargo a sus propios fondos, y ordenase a los bancos privados que hicieran ciertos préstamos a determinadas empresas, del argumento del Canadá parece inferirse que estos préstamos, a pesar de haberse concedido por orden explícita del gobierno, no constituirían contribuciones financieras de dicho gobierno al no haber una práctica anterior de éste en materia de préstamos directos. ¿Es ésta una interpretación correcta del argumento del Canadá? Sírvanse dar aclaraciones, y explicar por qué razón o finalidad en el artículo 1 se prevé lo que el Canadá considera dos normas jurídicas distintas, en diferentes incisos, para una misma disposición sobre la "contribución financiera", a saber, una en los incisos i) a iii), y otra, más estricta, en el inciso iv)?

Respuesta

Por los motivos antes expuestos, los Estados Unidos consideran que el argumento del Canadá (que el Grupo Especial ha recogido con precisión) carece de fundamento lógico. Al término de la segunda reunión con el Grupo Especial, incluso el Canadá parecía reconocer los resultados perversos que tendría esta interpretación.

En este punto, los Estados Unidos se limitarán a añadir que la interpretación del Canadá es incompatible con el objeto y fin del Acuerdo sobre la OMC que, como se expresa en su preámbulo, incluye "la celebración de acuerdos encaminados a obtener, sobre la base de la reciprocidad y de mutuas ventajas, la reducción sustancial de los aranceles aduaneros y de los demás obstáculos al comercio ...". Según la interpretación del Canadá, la actividad del Miembro A podría constituir una contribución financiera en el sentido del inciso iv), mientras que la misma actividad del Miembro B no lo sería. Esta conclusión no sólo carece de sentido, sino que difícilmente puede considerarse "recíproca y mutuamente ventajosa".

Pregunta 24

Podría responder el Canadá al argumento de los Estados Unidos que figura en la última frase del párrafo 46 de su segunda declaración oral?

Respuesta

Véase la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 13 al Canadá, *supra*.

ANEXO A-5

CARTA DE LOS ESTADOS UNIDOS, CON COMENTARIOS SOBRE LAS RESPUESTAS DEL CANADÁ A LAS PREGUNTAS FORMULADAS EN LA SEGUNDA REUNIÓN SUSTANTIVA DEL GRUPO ESPECIAL

(7 de marzo de 2001)

Mis superiores me han encargado que presente los siguientes comentarios sobre las *respuestas del Canadá a las preguntas formuladas en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial ("segundas respuestas del Canadá")*, de fecha 2 de marzo de 2001. Por los motivos indicados más adelante, los Estados Unidos solicitan respetuosamente que el Grupo Especial tome en consideración estos comentarios.

Los Estados Unidos están en desacuerdo, en general, con los argumentos jurídicos expuestos en las *segundas respuestas del Canadá*, que en su mayor parte no hacen más que repetir anteriores argumentos de este país; por este último motivo los Estados Unidos no desean abrir otra serie de debates, rebatiendo de nuevo esos argumentos. Así pues, los comentarios que figuran a continuación están relacionados en gran parte con tres nuevas informaciones que acompañaban a las *segundas respuestas del Canadá*, y se examinaban en ese documento; concretamente, se trata de Canadá - Pruebas documentales 137, 138 y 140 en relación con el concepto de "norma legislativa" en el derecho administrativo estadounidense. Es ésta una nueva información fáctica que los Estados Unidos no han tenido aún la oportunidad de comentar. Los Estados Unidos creen que es importante señalar los extremos siguientes a la atención del Grupo Especial.

El otro sector que los Estados Unidos quisieran comentar brevemente está relacionado con la respuesta del Canadá a la pregunta 1 a) de los Estados Unidos. Aunque el Canadá no presenta nuevas informaciones en su respuesta a esa pregunta, hace una afirmación errónea que, a juicio de los Estados Unidos, debe rectificarse.

La pregunta 13 del Grupo Especial y las normas legislativas

En su respuesta a la pregunta 13 del Grupo Especial, el Canadá presenta como prueba dos decisiones de los tribunales estadounidenses, a saber, *National Family Planning and Reproductive Health Ass'n v. Sullivan*, 979 F.2d 227 (D.C. Cir. 1992) (Canadá - Prueba documental 137), y *Troy Corporation v. Browner*, 120 F.3d 277 (D.C. Cir. 1997) (Canadá - Prueba documental 138). El Canadá parece sostener que estos casos establecen una norma nueva y diferente para la identificación de una norma legislativa. Sin embargo, en realidad estos casos no son incompatibles con los casos anteriormente citados por los Estados Unidos. Dicho esto, hay algunos elementos importantes de estos casos que el Canadá no menciona en su exposición.

En el caso *Troy*, el demandante, como el Canadá en el litigio que nos ocupa, afirmó que el preámbulo de una reglamentación constituye una norma legislativa. El Canadá resume adecuadamente el debate en el tribunal sobre los criterios para determinar la existencia de una norma legislativa, pero omite referirse a los criterios para determinar la existencia de una declaración de política general. Según el tribunal, "en primer lugar, una declaración general 'no impone ningún derecho ni obligación' y, en segundo lugar, una declaración de política suele dejar en libertad al organismo y a sus decisores para ejercer sus facultades discrecionales" (120 F.3d en 287 (excluidas las citas)). El Canadá tampoco hizo referencia a la declaración del tribunal según la cual "consideraremos también la manera en que un organismo caracteriza sus propias acciones, aunque esta caracterización no tiene carácter dispositivo". *Id.* (excluidas las citas).

Por último, el Canadá no mencionó el debate en el tribunal sobre las razones de que no creyera que el preámbulo en cuestión constituía una norma legislativa. El tribunal dijo lo siguiente:

Aplicando estos principios, llegamos a la conclusión de que la política de riesgos de la EPA no incluía los requisitos de notificación y comentario de la sección 553. La política seguida por la EPA consistía simplemente en informar al público de que el organismo ejercería sus facultades discrecionales, y solo se tenían en cuenta los riesgos de exposición a los productos químicos de baja toxicidad. Por consiguiente, la EPA no limitó sus facultades discrecionales; lo único que hizo fue aclarar su posición. La política no impone derechos u obligaciones ni vincula al organismo a un resultado en particular; permite añadir productos químicos de baja toxicidad, y no obliga a añadir los productos químicos de moderada o alta toxicidad. *Id.*

Esta declaración podría aplicarse fácilmente a la parte del Preámbulo del Departamento de Comercio que se considera en este litigio. En el mejor de los casos, el Preámbulo del Departamento de Comercio se limitaba a informar al público de las ideas aproximativas del Departamento acerca de la interpretación del nuevo artículo 771(5)(B)(iii) de la Ley de Aranceles. Esta aclaración de la posición del Departamento no imponía derechos u obligaciones ni vinculaba al Departamento a un resultado en particular. A este respecto, en sus respuestas a las preguntas 1 y 2 de los Estados Unidos el Canadá no pudo citar un solo caso -judicial o administrativo- en que un tribunal o el Departamento de Comercio, hubieran afirmado que el Departamento está legalmente vinculado por el tipo de declaración preliminar que se considera en esta diferencia. Además, el Canadá admite en la práctica que el Departamento de Comercio no está vinculado, en su respuesta a la pregunta 16 del Grupo Especial. En esta respuesta el Canadá afirma que el Departamento de Comercio podría simplemente dejar de aplicar la supuesta "norma legislativa" del Preámbulo en los casos futuros. No obstante, si el Preámbulo es una "norma legislativa", es vinculante, y el Departamento de Comercio no puede decidir simplemente que lo va a ignorar.

Este último punto se expresó claramente en el caso *National Family Planning*. En ese caso, el organismo de referencia promulgó "directivas" que a juicio del tribunal surtían el efecto de modificar una anterior norma legislativa promulgada en forma de reglamento. El tribunal declaró nulas las directivas, afirmando que "un organismo que promulgue una norma legislativa está vinculado por esa norma hasta que sea modificada o derogada" (979 F.2d en 234 (excluidas las citas)). El tribunal añadió: "una máxima del derecho administrativo es que, si una segunda norma anula a [una norma legislativa anterior] o es inconciliable con ella, la segunda norma deberá ser una enmienda de la primera; y, como es natural, una enmienda de una norma legislativa ha de tener también carácter legislativo". *Id., citando a Michael Asimow, Nonlegislative Rulemaking and Regulatory Reform*, 1985 Duke L.J. 381, 396.

Así pues, según la legislación estadounidense si el Preámbulo fuera una norma legislativa podría enmendarse o aprobarse con el simple procedimiento de notificación y comentario. La afirmación del Canadá de que el Departamento de Comercio podría desautorizar el Preámbulo, simplemente mediante la publicación de un aviso a este efecto en el *Federal Register* o el anuncio de una acción en un caso real de derechos compensatorios, es incompatible con su pretensión de que el Preámbulo es una norma legislativa vinculante.¹

¹ Otro aspecto interesante del caso *National Family Planning* puede verse en la página 239 de la decisión. En esta página figura una cita de una decisión anterior del tribunal en el caso *Fertilizer Institute*, en el que la Agencia de Protección del Medio Ambiente de los Estados Unidos incluyó en el preámbulo de una reglamentación una interpretación detallada de un término legislativo. Según el tribunal del caso *National Family Planning*, en el caso *Fertilizer Institute* se sostuvo que el preámbulo no constituía una norma legislativa, independientemente de la detallada interpretación de la Agencia.

Por último, el Canadá cita las páginas 234 y 235 del tomo I del Tratado de Derecho Administrativo de Davis y Pierce (Canadá - Prueba documental 140). Los Estados Unidos no discrepan de Davis y Pierce en que muchas normas legislativas llevan a cabo una función interpretativa. Es más, aunque no se ha elaborado nunca una taxonomía precisa, podría considerarse que un buen número de reglamentaciones del Departamento de Comercio desempeñan una función interpretativa.

No obstante, el Canadá extrae una conclusión falsa de la declaración, por lo demás inobjetable, de estos académicos. Davis y Pierce afirman que algunas normas legislativas desempeñan una función de interpretación, pero no dicen, como sostiene el Canadá, que cualquier norma que desempeñe una función de interpretación es, por ello mismo, una norma legislativa. De lo contrario, no habría ninguna diferencia entre una norma legislativa y una norma interpretativa. En realidad, una norma legislativa ha de reunir más elementos, y en particular el propósito del organismo de vincularse a ella.

Respuesta del Canadá a la pregunta 1 a) de los Estados Unidos

En el párrafo 52 de sus *segundas respuestas*, el Canadá no es capaz de proporcionar un solo ejemplo de un tribunal de revisión del Departamento de Comercio que haya sostenido que el Departamento está vinculado por un preámbulo reglamentario que, al igual que las partes del Preámbulo que se examinan en esta diferencia, no guarda ninguna relación con una reglamentación. Esta ausencia es notoria, pero el Canadá trata de disimularla recordando que los reglamentos del Departamento de Comercio sólo están en vigor desde 1997.

Como es natural, la cuestión no se limita a los reglamentos vigentes del Departamento de Comercio, y el Canadá trata de crear la falsa impresión de que sólo hay reglamentaciones del Departamento de Comercio desde 1997. De hecho, la primera serie inicial de reglamentos del Departamento de Comercio se publicó en 1980, cuando el Departamento asumió la responsabilidad de la aplicación de las leyes estadounidenses en materia de derechos antidumping y derechos compensatorios. El Departamento de Comercio publicó avisos de reglamento definitivo en 45 *Federal Register* 4.932 (22 de enero de 1980) (derechos compensatorios) y en 45 *Federal Register* 8.182 (6 de febrero de 1980) (derechos antidumping). Estas reglamentaciones se revisaron a fondo en 1988-89, con la publicación de avisos de reglamento definitivo en 53 *Federal Register* 52.306 (27 de diciembre de 1988) (derechos compensatorios) y 54 *Federal Register* 12.742 (28 de marzo de 1989) (derechos antidumping). Durante este período, y después de él, hubo otros procedimientos legislativos más modestos de enmienda de los reglamentos en vigor. En cada uno de estos procedimientos -los importantes y los menos importantes- se publicaron preámbulos que explicaban los reglamentos que se estaban promulgando. Así pues, no es que no haya habido tiempo suficiente para que se acumulase un número considerable de decisiones de los tribunales, como afirma el Canadá en el párrafo 52. Los Estados Unidos no conocen el número exacto de decisiones de los tribunales que se han promulgado respecto de las determinaciones del Departamento de Comercio en materia de medidas antidumping y derechos compensatorios, pero creen que, por lo menos, exceden del millar.

De modo análogo, la afirmación del Canadá en el párrafo 52 de que "las reglamentaciones del Departamento de Comercio pocas veces o nunca se impugnan como tales" induce también a error, porque la condición jurídica de estas reglamentaciones ha sido ciertamente objeto de litigio. El propio Canadá citó decisiones de los tribunales en apoyo de su afirmación de que el Departamento de Comercio está vinculado por sus propias *reglamentaciones* (véase Canadá - Pruebas documentales 33 y 122). Podría pensarse que, si como afirma el Canadá, el Departamento de Comercio hubiera dado a los preámbulos reglamentarios del tipo que se considera en esta diferencia el trato de normas legislativas vinculantes, los tribunales estadounidenses habrían opinado alguna vez respecto de esta práctica. No obstante, pese a que las reglamentaciones del Departamento de Comercio están en vigor en una forma u otra desde hace más de 20 años, el Canadá no ha podido identificar un solo caso

-judicial o administrativo- que corrobore su afirmación de que el Departamento de Comercio está vinculado por el tipo de preámbulo reglamentario que se considera en esta diferencia.

Esta ausencia de referencias autorizadas no es sorprendente, porque lo que ocurre en realidad es que, simplemente, el Departamento de Comercio no está vinculado por este concepto. Como se ha comentado anteriormente, el Canadá incluso admite este hecho en su respuesta a la pregunta 16 del Grupo Especial.

ANEXO A-6

CARTA DIRIGIDA AL GRUPO ESPECIAL POR EL CANADÁ, CON SUS COMENTARIOS A LA CARTA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE 7 DE MARZO DE 2001

(9 de marzo de 2001)

En relación con la carta que recibimos de los Estados Unidos, de fecha 7 de marzo de 2001, mis autoridades me han encargado que presente los siguientes comentarios.

Independientemente de la afirmación de los Estados Unidos de que sus comentarios respecto a su pregunta 1 a) constituyen una rectificación de una "afirmación factualmente errónea", a juicio del Canadá estos comentarios no son de carácter "fáctico" sino que tratan de exponer argumentos sustantivos. En tal condición, son inadecuados y no deberían tenerse en cuenta. Además, en opinión del Canadá, es evidente que su objetivo no era discutir si ha habido otros preámbulos, además del Preámbulo que consideramos, a las reglamentaciones sustantivas en materia de derechos compensatorios promulgadas en 1998, o qué número de decisiones de los tribunales se han registrado a lo largo de los años. Sin embargo, es aleccionador ver que los Estados Unidos no han mencionado un solo caso, de los miles que afirman que existen, en el que un tribunal haya constatado que el Departamento de Comercio no se atuvo a las disposiciones de un preámbulo.

En lo relativo a la pregunta 13 del Grupo Especial, el Canadá quisiera señalar que estas referencias autorizadas suplementarias las facilitó, íntegramente, atendiendo a la solicitud específica del Grupo Especial de que el Canadá "diera detalles" en su respuesta. Asimismo, la respuesta del Canadá se ajusta a los requisitos del párrafo 14 de los procedimientos de trabajo del Grupo Especial. Aunque en sus comentarios a la pregunta 13 los Estados Unidos dan una versión errónea de la posición del Canadá con respecto al Preámbulo, y del análisis canadiense de las normas en los casos *Troy* y *National Family Planning*, el Canadá no cree que sea necesario agregar nada a su respuesta. En cuanto a los comentarios de los Estados Unidos sobre cómo podría llevarse a término, con respecto al Preámbulo, el proceso por el cual se asegura el cumplimiento de la norma hipotética a la que se refiere la pregunta 16 del Grupo Especial, el Canadá entiende que el proceso descrito por los Estados Unidos se terminaría con la notificación en el *Federal Register*, que el Canadá ya propuso como parte de dicho proceso.

ANEXO B

Comunicaciones de terceros

Contenido		Página
Anexo B-1	Resumen de la comunicación escrita de las Comunidades Europeas en calidad de terceros	B-2
Anexo B-2	Presentación oral de las Comunidades Europeas en calidad de terceros	B-7
Anexo B-3	Respuestas de las Comunidades Europeas, en calidad de terceros, a las preguntas del Grupo Especial	B-15
Anexo B-4	Presentación oral de la India, en calidad de tercero	B-21

ANEXO B-1

RESUMEN DE LA COMUNICACIÓN ESCRITA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS EN CALIDAD DE TERCEROS

(9 de enero de 2001)

I. INTRODUCCIÓN

1. Las Comunidades Europeas (en adelante "las CE") presentan esta comunicación en calidad de terceros porque están interesadas, desde el punto de vista sistémico, en que se interprete correctamente el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias ("el Acuerdo SMC").

2. Muchas de las cuestiones en litigio comprenden elementos de hecho que las CE no están en condiciones de comentar. Además, a raíz de la solicitud de resoluciones preliminares de los Estados Unidos, de fecha 12 de diciembre de 2000, el Canadá pidió que se le permitiera presentar su respuesta a dicha solicitud el 11 de enero de 2001, y fue autorizado a ello. Por consiguiente, las CE se reservan el derecho a responder en la audiencia oral a las diversas cuestiones planteadas en la solicitud de los Estados Unidos, teniendo en cuenta la respuesta del Canadá.

3. Así pues, en la sección II de la presente comunicación se considerará únicamente la principal cuestión de fondo planteada a este Grupo Especial, a saber, la interpretación jurídica de la definición de "subvención" del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC y, en particular, si las limitaciones a la exportación están incluidas en la categoría de medidas a que se refiere el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del mencionado Acuerdo.

II. INTERPRETACIÓN DEL PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO 1 DEL ACUERDO SMC

A. NORMA APLICABLE DE INTERPRETACIÓN CONVENCIONAL Y OBJETO Y FIN DEL ACUERDO SMC

4. La norma aplicable para interpretar el párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC es el párrafo 1) del artículo 31 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*. Aunque este artículo puede considerarse "*una sola norma holística de interpretación*"¹, esto no significa que el objeto y el fin de un tratado puedan determinar por sí solos el "significado corriente" de sus términos, tanto más cuanto que estos "objeto y fin" se interpretan en abstracto a partir del texto mismo del tratado.

5. En el caso *Estados Unidos - Artículo 301*², el Grupo Especial confirmó la metodología básica de la interpretación de textos. Además, el objeto y el fin del Acuerdo SMC no consisten en reducir todas las intervenciones gubernamentales que distorsionan el comercio internacional. El Acuerdo SMC dispone simplemente que ciertas formas de intervención del gobierno deben considerarse "subvenciones". Por consiguiente, aunque es un hecho generalmente aceptado que las subvenciones pueden dar lugar a distorsiones del comercio internacional, no todas las distorsiones del comercio internacional, ni siquiera cuando están inducidas por el gobierno (y proporcionan un beneficio), pueden considerarse subvenciones.

¹ Véase *Estados Unidos - Artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974* ("Estados Unidos - Artículo 301"), WT/DS152/R, informe del Grupo Especial adoptado el 20 de enero de 2000, párrafo 7.22.

² *Estados Unidos - Artículo 301*, párrafo 7.22 y nota 639 de pie de página (sin cursivas en el original).

6. El caso *Canadá - Aeronaves*³ confirma esta misma norma. La amplia interpretación propuesta por los Estados Unidos haría extensivo el concepto de "subvención" a toda clase de medidas gubernamentales que tengan efectos de distorsión del comercio, con el consiguiente solapamiento con las disciplinas multilaterales previstas en otras partes del Acuerdo de la OMC y el menoscabo (o incluso la anulación) de sus mismos objeto y fin (*effet utile*). Un derecho de aduanas no puede considerarse una "subvención" aunque sea una "medida gubernamental" que distorsiona el comercio y confiere un "beneficio" a los productores nacionales.

B. EL PÁRRAFO 1 A) 1) DEL ARTÍCULO 1 Y EL CONCEPTO DE "CONTRIBUCIÓN FINANCIERA"

7. Las CE comparten plenamente el análisis sistemático del Canadá respecto de la definición de "subvención" que figura en el Acuerdo SMC, que presupone la existencia de dos elementos jurídicamente distintos, una "contribución financiera" y la concesión de un "beneficio". En lo relativo al primero de estos elementos, sólo las prácticas enumeradas exhaustivamente en los incisos i) a iv) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 constituyen "contribuciones financieras" en el sentido del Acuerdo SMC.

8. Esto no quiere decir que una subvención sólo pueda existir si hay un "costo (neto) para el gobierno". No obstante, en la parte introductoria del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 se establece de modo inequívoco que tiene que haber una "contribución financiera". Si los redactores del Acuerdo SMC hubieran querido que todas las medidas del gobierno, incluidas las de carácter puramente reglamentario, pudieran considerarse subvenciones, habrían utilizado ciertamente un término diferente en la parte introductoria, como por ejemplo "acción" o "medida". Por consiguiente, si no se quiere privar de cualquier significado real (*effet utile*) a la parte introductoria del párrafo 1 a) 1) del artículo 1, el concepto de "contribución financiera" deberá servir para diferenciar una clase concreta de acciones gubernamentales -o sea, las "contribuciones financieras"-, de "otras acciones del gobierno que modifiquen las condiciones del mercado por medios reglamentarios".

9. A este respecto, un ejemplo sería el de un país que rebajase el nivel de ciertas normas de producción. El resultado de esta "medida" sería con casi toda seguridad el de reducir los costos de producción de los productores nacionales, consiguiéndose así un "beneficio" patente. No obstante, la medida no constituiría una "contribución financiera" en el sentido del Acuerdo SMC, porque se limitaría a modificar el proceso de producción y, por consiguiente, las condiciones del mercado del producto afectado. Esta conclusión es válida, independientemente del "beneficio" patente conferido a los productores nacionales, y aunque otros países puedan considerar que la "medida" causa un efecto de "distorsión del comercio".

10. Este ejemplo pone de relieve uno de los principales defectos del planteamiento estadounidense en el caso de los "cultivadores de piña".⁴ Si el gobierno impone una limitación de las exportaciones, no se ha producido ninguna "contribución financiera"; el gobierno se ha limitado a modificar las condiciones de mercado por medios reglamentarios. Esta "medida" podría surtir un "efecto de distorsión del comercio". No obstante, la suma de una "medida", un "efecto de distorsión del comercio" y un "beneficio" no arroja de por sí una "subvención" en el sentido del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC; todo depende de la naturaleza de las "medidas" que han de constituir una "contribución financiera".

³ *Canadá - Medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles ("Canadá - Aeronaves")*, WT/DS70/R, informe del Grupo Especial de fecha 14 de abril de 1999, modificado por el Órgano de Apelación y adoptado el 20 de agosto de 1999, párrafo 9.119.

⁴ Primera comunicación de los Estados Unidos, párrafos 33 a 36.

11. Esta conclusión no puede invalidarse alegando que equivaldría a "dar preferencia a la forma con respecto al fondo" (*Canadá - Productos lácteos*)⁵ lo que haría "demasiado fácil la elusión de sus obligaciones por los Miembros" (*Canadá - Automóviles*).⁶ La distinción entre "contribuciones financieras" y "otras medidas que afectan a las condiciones del mercado por medios reglamentarios", se encuentra en la propia introducción del párrafo 1 a) 1) del artículo 1. Esta distinción sirve para diferenciar las prácticas gubernamentales que son objeto del Acuerdo SMC de las reguladas por otras disposiciones del Acuerdo sobre la OMC. Se trata pues de una distinción de fondo, y no de simple "forma".

12. Además, esta distinción no surte el efecto de "hacer demasiado fácil la elusión de sus obligaciones por los Miembros". Si se determina la existencia de una limitación de las exportaciones, nada impide al Miembro afectado impugnar esta medida con arreglo a lo dispuesto en el artículo XI del GATT. La constatación del Órgano de Apelación en el caso *Canadá - Automóviles*⁷ se hizo en un contexto muy distinto del presente caso. La parte introductoria del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 menciona explícitamente una "contribución financiera". Para no dejar sin efecto el texto del Acuerdo SMC (y su significado), ese término debería interpretarse así a fin de preservar el *effet utile* de la parte introductoria.

C. EL INCISO IV) DEL PÁRRAFO 1 A) 1) DEL ARTÍCULO 1 Y EL CONCEPTO DE "ORDEN"

13. Las CE están de acuerdo, en términos generales, con los argumentos expuestos por el Canadá en su análisis del inciso iv) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1, a saber: a) que este inciso debe interpretarse estrictamente en el sentido de que se limita a los tipos de prácticas previstos en los incisos i) a iii), y b) que una limitación de las exportaciones no reúne todas las condiciones del inciso iv).

14. En lo relativo al argumento a), la estricta interpretación que debe darse al inciso iv) no queda invalidada por la referencia de este inciso a los tipos de "funciones descritas en los incisos i) a iii)". Como demuestra, por ejemplo, el término "acuerdo de préstamo" (que no es más que uno de los ejemplos citados en el inciso i)), un análisis textual de los incisos i) a iii) revela que estas disposiciones enumeran "tipos" de funciones que un gobierno puede ejercer para proporcionar una "contribución financiera".

15. El significado corriente de las expresiones no corrobora la afirmación de los Estados Unidos de que el inciso iv) está redactado en "términos expansivos" y que, por consiguiente, debe interpretarse "con amplitud".⁸ Esta disposición, por el modo en que está redactada, no abarca otros tipos de prácticas que los enumerados en los incisos i) a iii). Así pues, una práctica que si hubiese sido efectuada directamente por el gobierno no estaría incluida en una de estas categorías y, por ende, no constituiría una "contribución financiera directa", no puede transformarse en una "contribución financiera indirecta" simplemente porque la haya llevado a cabo una "entidad privada". El inciso iv)

⁵ Primera comunicación de los Estados Unidos, párrafos 22 y 38; *Canadá - Medidas que afectan a la importación de leche y a la exportación de productos lácteos* ("Canadá - Productos lácteos"), WT/DS103/AB/R, WT/DS113/AB/R, informe del Órgano de Apelación adoptado el 27 de octubre de 1999, párrafo 110.

⁶ Primera comunicación de los Estados Unidos, párrafos 19, 22 y 39; *Canadá - Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil* ("Canadá - Automóviles"), WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R, informe del Órgano de Apelación adoptado el 19 de junio de 2000, párrafo 142.

⁷ *Canadá - Automóviles*, párrafos 135 a 142.

⁸ *Id.*, párrafo 26.

no añade nada a los tipos de funciones enumerados en los incisos i) a iii), sino que se refiere al conducto por el que deben hacerse llegar a los beneficiarios.

16. En lo relativo al argumento b) -el hecho de que una limitación de las exportaciones no reúna todas las condiciones estipuladas en el inciso iv)- los dos factores esenciales que deben tenerse en cuenta son los plasmados en las fórmulas "orden del gobierno" y "una entidad privada que lleve a cabo ... las funciones ... que normalmente incumbirían al gobierno ... y la práctica no difiera, en ningún sentido real, de las prácticas normalmente seguidas por los gobiernos".

17. En lo relativo a la "orden del gobierno", si bien es cierto que una limitación de las exportaciones reduce las oportunidades de exportación de los productores nacionales, no les "obliga" a vender sus productos a "determinados clientes" del mercado nacional a precios más bajos. Los productores siguen siendo libres de adaptarse a las nuevas condiciones del mercado. En consecuencia, mientras que en el caso del "suministro directo de bienes" el gobierno está en condiciones de determinar exactamente el alcance y amplitud del beneficio que desea conferir y la clase de beneficiarios a los que se propone llegar, de una limitación de las exportaciones no puede decirse lo mismo. En este último caso, la libertad de acción del productor es limitada, pero no por completo: el productor todavía tiene opciones a su alcance. Así pues, una limitación de las exportaciones no es lo mismo que un "suministro indirecto de bienes" y, por consiguiente, no está comprendida en el Acuerdo SMC.

18. Este hecho está reconocido implícitamente en el ejemplo de los "cultivadores de piña".⁹ La única opción que reuniría la condición de "orden del gobierno" es que el gobierno ordenase a los productores de piña que suministraran sus productos a la industria de los jugos de fruta a precio fijo. Sólo esta medida reglamentaria equivaldría realmente a la compra directa de piñas por el gobierno y su venta a la industria de los jugos de fruta a un precio determinado, ya que privaría a los productores de sus facultades discrecionales frente a una limitación de las exportaciones.

19. El anterior análisis se ve confirmado por un segundo elemento fundamental del inciso iv), expresado en la fórmula "una entidad privada [que lleve a cabo] ... las funciones ... que normalmente incumbirían al gobierno (etc.)". Lo importante a este respecto es que la entidad privada reciba la orden de llevar a cabo materialmente la misma función que, de lo contrario, efectuaría el propio gobierno. En otras palabras, la "entidad privada que recibe la orden del gobierno" debe convertirse en "casi una emanación del gobierno".

20. Por ejemplo, una empresa de electricidad privada proporcionará una "contribución financiera indirecta" a los productores nacionales de aluminio si el gobierno le ordena expresamente que suministre electricidad a esos productores a un precio fijo. En cambio, si el gobierno decide prohibir (o limitar) las exportaciones de electricidad, no existirá ninguna "contribución financiera indirecta", ya que la empresa eléctrica seguirá siendo libre de modificar sus actividades en función de las nuevas condiciones del mercado, y, por consiguiente, no llevará a cabo la misma función que el gobierno desempeñaría normalmente si decidiera suministrar electricidad a un precio fijo a los productores de aluminio.

21. El informe del Grupo Especial de 1961 confirma también este extremo.¹⁰ Si la "orden del gobierno" es de tales proporciones que la práctica de la entidad privada no difiere, en ningún sentido real, de una "contribución financiera" normalmente concedida por un gobierno, dicha práctica quedará

⁹ Primera comunicación de los Estados Unidos, párrafos 32 a 34 y en particular nota 31 de pie de página.

¹⁰ Primera comunicación de los Estados Unidos, párrafo 51 y nota 50 de pie de página; *Examen general previsto en el párrafo 5 del artículo XVI*, L/1160, informe del Grupo Especial adoptado el 24 de mayo de 1960, IBDD 9S/202, 207 (1961).

incluida en el ámbito del Acuerdo SMC. En cambio, si la acción reglamentaria del gobierno es tal que el comportamiento resultante de las partes privadas se diferencia de una "contribución financiera" concedida normalmente por un gobierno, esta acción no quedará comprendida en el alcance del Acuerdo SMC.

22. Por último, la anterior interpretación no resulta invalidada por el punto d) de la Lista ilustrativa de subvenciones a la exportación, del Anexo I del Acuerdo SMC, ni por los argumentos del Grupo Especial en el caso *Canadá - Productos lácteos*.¹¹ Una práctica sólo forma parte de la Lista ilustrativa del Anexo I si es una "subvención". Por consiguiente, el punto d) del Anexo I no establece que todos los programas impuestos por el gobierno sean "subvenciones a la exportación", sino sólo aquellos que reúnan las condiciones establecidas en los incisos iii) y iv) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1, y constituyan por tanto "contribuciones financieras indirectas".

23. Asimismo, la cita que hacen los Estados Unidos de la argumentación del Grupo Especial en el caso *Canadá - Productos lácteos* es, en el mejor de los casos, incompleta e induce a error.¹² Cuando determinó las condiciones para la aplicabilidad del punto d) del Anexo I, el Grupo Especial no consideró que todos los programas impuestos por el gobierno estuvieran comprendidos en este punto, sino sólo aquellos en los que los productos se "proporcionaban" en el sentido de los incisos iii) y iv) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC. Por lo tanto, el Grupo Especial no "rechazó de plano" la posición del Canadá.¹³ Así pues, además de resultar "superfluo y, por consiguiente, carecer de efecto jurídico"¹⁴, este informe del Grupo Especial parece desprovisto de toda pertinencia para los fines del presente litigio.

¹¹ Primera comunicación de los Estados Unidos, párrafos 61 a 66; *Canadá - Medidas que afectan a la importación de leche y a la exportación de productos lácteos* ("*Canadá - Productos lácteos*"), WT/DS103/R, WT/DS113/R, informe del Grupo Especial de fecha 17 de mayo de 1999, párrafos 7.124 a 7.130.

¹² Primera comunicación de los Estados Unidos, párrafos 64 y 65 (con una referencia errónea al párrafo 7.126, en vez del párrafo 7.130, del informe del Grupo Especial).

¹³ Primera comunicación de los Estados Unidos, párrafo 66, y Primera comunicación del Canadá, párrafo 84.

¹⁴ *Canadá - Productos lácteos*, informe del Órgano de Apelación, párrafo 124.

ANEXO B-2

PRESENTACIÓN ORAL DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS EN CALIDAD DE TERCEROS

(18 de enero de 2001)

Sr. Presidente, Sres. miembros del Grupo Especial:

I. INTRODUCCIÓN

1. Las Comunidades Europeas intervienen en este caso en calidad de terceros porque están interesadas, desde el punto de vista sistémico, en que se interprete correctamente el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (el "Acuerdo sobre Subvenciones") y se aplique como es debido el ESD.

2. Muchas de las cuestiones en litigio entrañan elementos de hecho que las CE no están en condiciones de comentar. Asimismo, en su comunicación escrita de fecha 9 de enero de 2001, las CE se reservaron el derecho a responder, en la audiencia oral, a algunas de las cuestiones planteadas en la solicitud de resoluciones preliminares de los Estados Unidos de fecha 12 de diciembre de 2000, a la luz de la respuesta del Canadá presentada el 11 de enero de 2001.

3. Por consiguiente, en nuestra actual presentación en calidad de terceros no volveremos a referirnos a las cuestiones ya comentadas por las CE en su comunicación escrita del 9 de enero de 2001, entre ellas la cuestión fundamental de saber si las medidas reglamentarias del Gobierno, en este caso las limitaciones a la exportación, pueden constituir "contribuciones financieras" en el sentido del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo sobre Subvenciones. A este respecto las CE no han modificado su posición, expuesta en su comunicación escrita.

4. En consecuencia, la siguiente comunicación se limitará a comentar algunas de las cuestiones planteadas por los Estados Unidos en su solicitud de resoluciones preliminares, y, en particular:

- la cuestión de procedimiento, o sea, si los actos citados en la primera comunicación escrita del Canadá constituyen "medidas" en el sentido del párrafo 2 del artículo 6 del ESD, y en particular si, de conformidad con los artículos 4.4 y 6.2 del ESD, es pertinente someter a este Grupo Especial la "práctica" de los Estados Unidos, que no se mencionó específicamente en la solicitud de consultas del Canadá de fecha 19 de mayo de 2000,
- la cuestión de fondo, o sea, si las mencionadas medidas son "imperativas" en el sentido de que crean una obligación vinculante para la administración estadounidense de dar a las "limitaciones a la exportación" el trato de "contribuciones financieras".

II. CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO - LAS "MEDIDAS"

5. En la primera parte de su presentación oral, las CE considerarán si los actos enumerados en la primera comunicación escrita del Canadá, así como en su solicitud para el establecimiento de un grupo especial, equivalen a "medidas" en el sentido del ESD y, en particular, si procede haber sometido al presente Grupo Especial la "práctica" de los Estados Unidos, que no se mencionó específicamente en la solicitud de consultas del Canadá.

6. En su primera comunicación escrita, y de conformidad con su solicitud para el establecimiento de un grupo especial, el Canadá indicó que las medidas en litigio eran "el artículo 771(5) de la *Ley de Aranceles de 1930*, modificada por la *Ley sobre los Acuerdos de la Ronda Uruguay*, con arreglo a la interpretación de la Declaración de Acción Administrativa [...] y del Preámbulo a la reglamentación definitiva de los derechos compensatorios, del Departamento de Comercio de los Estados Unidos, y la práctica correspondiente del Departamento".¹ Si bien en su evaluación detallada de estas medidas el Canadá analizó cada una de ellas por separado², subsiste el hecho de que el Canadá entiende evidentemente que estas medidas, "en conjunto"³, son incompatibles con el párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo sobre Subvenciones.

7. El Canadá no pidió al Grupo Especial que resolviese, entre otras cosas, que la "práctica estadounidense" (pasada y presente) en casos específicos debía revocarse (lo que daría lugar a la anulación de estas determinaciones concretas). Lo que pidió el Canadá es que el Grupo Especial recomendase que los Estados Unidos pusieran su marco legislativo pertinente en conformidad con sus obligaciones dimanantes de la OMC, y que, por consiguiente, las limitaciones a la exportación dejaran de considerarse "contribuciones financieras".⁴

8. A juicio de las CE, a los efectos de la presente diferencia es irrelevante que los mencionados actos equivalgan a "dos" medidas, al parecer distintas, como afirman los Estados Unidos⁵, o bien a "cuatro" medidas que, consideradas en conjunto, son incompatibles con el Acuerdo sobre Subvenciones.⁶ El objeto de la presente diferencia es en realidad una sola medida (o "conjunto de medidas"), que surte el efecto de obligar al Departamento de Comercio a dar a las limitaciones a la exportación el trato de contribuciones financieras.

9. El artículo 771(5) de la Ley de Aranceles, la Declaración de Acción Administrativa y el Preámbulo a la reglamentación del Departamento de Comercio constituyen un todo legislativo, una ley nacional "*a diversos niveles*". La reciente práctica administrativa de los Estados Unidos pone de manifiesto el significado de esta ley, y su carácter imperativo. Así pues, de conformidad con el caso *Estados Unidos - Artículo 301*, los diversos niveles de la "medida" estadounidense no deben considerarse independientemente entre sí, sino que la "medida" ha de evaluarse sobre la base de la consideración conjunta de todos sus elementos.⁷

10. Teniendo en cuenta lo anterior, las CE no entienden la afirmación de los Estados Unidos de que no es pertinente someter al presente Grupo Especial la DAA y el Preámbulo a la reglamentación, porque, supuestamente, el Canadá no las identificó como "medidas separadas" en su solicitud para el

¹ Primera comunicación escrita del Canadá, de fecha 27 de noviembre de 2000, párrafo 3 (excluidas las notas de pie de página y las abreviaturas; en cursivas en el original); véase también la solicitud para el establecimiento de un grupo especial, de fecha 24 de julio de 2000, WT/DS194/2, cuarto párrafo.

² Comunicación escrita del Canadá, Parte III ("Tratamiento de las subvenciones a la exportación con arreglo a la legislación estadounidense en materia de derechos compensatorios").

³ Primera comunicación escrita del Canadá, párrafo 4; véase también la respuesta del Canadá a la solicitud de resoluciones preliminares de los Estados Unidos, párrafo 8.

⁴ Véase la Primera comunicación escrita del Canadá, párrafos 9 y 60.

⁵ Solicitud de resoluciones preliminares de los Estados Unidos, párrafos 23 y 29.

⁶ Respuesta del Canadá a la solicitud de resoluciones preliminares de los Estados Unidos, párrafo 8.

⁷ Véase *Estados Unidos - Artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974* ("*Estados Unidos - Artículo 301*"), WT/DS152/R, informe del Grupo Especial adoptado el 20 de enero de 2000, párrafos 7.26-7.28.

establecimiento de un grupo especial, y porque estos documentos no constituirían "medidas" en el sentido del párrafo 2 del artículo 6 del ESD.⁸

11. En primer lugar, estos actos ya fueron identificados por el Canadá como "medidas" en el contexto de su solicitud de consultas.⁹ No cabe duda pues de que los Estados Unidos eran plenamente conscientes de que estos actos, en la medida en que interpretaban el artículo 771(5) de la Ley de Aranceles, formaban parte de los elementos esenciales de la diferencia.

12. Además, la declaración de los Estados Unidos de que ninguno de los dos documentos tendría un "efecto jurídico independiente" parece más bien irrelevante. Es evidente que un acto legal o administrativo cuya finalidad consista en interpretar autorizadamente otro acto (básico) no puede concebirse aisladamente del acto básico que pretende interpretar. Además, fueron los Estados Unidos en el caso del *Artículo 301* -y no el Canadá en la presente diferencia-, los que afirmaron que la Declaración de Acción Administrativa "debe considerarse, con arreglo a derecho, como la expresión autorizada relativa a la interpretación de la ley".¹⁰

13. No cabe duda de que el efecto jurídico que debe atribuirse a un solo y mismo acto legal -la Declaración de Acción Administrativa- no puede depender de las consecuencias (positivas o negativas) que se deriven de este efecto para los demandados, en el contexto de una determinada diferencia. Por consiguiente, como los Estados Unidos reconocieron anteriormente que este efecto legal existe, ahora no pueden pretender lo contrario.

14. Por último, como demostró convincentemente el Canadá, el Preámbulo de la reglamentación tiene fuerza de ley en los Estados Unidos.¹¹ Sin bien las CE no están en condiciones de comentar este análisis en detalle, sí consideran que, con arreglo a un principio general del derecho administrativo, una administración debe considerarse como mínimo vinculada por sus propios reglamentos oficiales.

15. En todo caso, y como reconoció el Órgano de Apelación en el caso *Guatemala - Cemento* a tenor de la práctica establecida en el marco del GATT de 1947, una "medida" puede ser cualquier acto de un Miembro, sea o no jurídicamente vinculante, y puede tratarse incluso de una simple orientación administrativa de un gobierno.¹² Por consiguiente, aunque el Canadá hubiera impugnado el Preámbulo por considerarlo una "medida separada" (lo que no es el caso, ya que el Canadá ha insistido siempre en que las medidas que impugnaba debían "considerarse conjuntamente", y en su solicitud de consultas dijo expresamente que el Preámbulo era "la interpretación del artículo 771(5) de la Ley de Aranceles")¹³, esto no podía descalificar al acto como una "medida" con arreglo al párrafo 2 del artículo 6 del ESD en cuanto que este acto contuviera orientaciones autorizadas para la administración competente.

⁸ Solicitud de resoluciones preliminares de los Estados Unidos, párrafos 7 y 8 y 120 a 124.

⁹ Solicitud de consultas del Canadá, de fecha 19 de mayo de 2000, WT/DS194/1, segundo párrafo.

¹⁰ *Estados Unidos - Artículo 301*, párrafos 4.121 y 7.109 y nota 683 de pie de página.

¹¹ Respuesta del Canadá a la solicitud de los Estados Unidos, párrafos 25 a 33.

¹² *Guatemala - Investigación antidumping sobre el cemento Portland procedente de México* ("*Guatemala - Cemento*"), WT/DS60/AB/R, informe del Órgano de Apelación de fecha 2 de noviembre de 1998, párrafo 69, nota 47 de pie de página.

¹³ Primera comunicación escrita del Canadá, párrafo 4; solicitud de consultas, segundo párrafo, *in fine*.

16. Subsiste la cuestión de la "práctica de los Estados Unidos". A este respecto, la solicitud estadounidense de resoluciones preliminares señala correctamente que la "práctica de los Estados Unidos", sea antes o después de la entrada en vigor del Acuerdo OMC, no es la mencionada en la solicitud de consultas del Canadá.¹⁴ No obstante, las CE no están convencidas de que, por esta razón solamente, no sea apropiado someter al presente Grupo Especial la "práctica de los Estados Unidos [con arreglo a la ley, interpretada por la DAA y el Preámbulo de la reglamentación]".

17. En primer lugar, y teniendo en cuenta el carácter confidencial de las consultas, las CE no están desde luego en condiciones de determinar si la "práctica de los Estados Unidos" se debatió o no durante las mencionadas consultas, pero observan no obstante que la carta dirigida por el Canadá a los Estados Unidos en fecha 13 de junio de 2000 (EE.UU. - Prueba documental 6), que precedió a las consultas de 15 de junio de 2000, aclaraba que el Canadá también desea "*informarse acerca de las fuentes de la legislación y la práctica de los Estados Unidos, en su caso, que son pertinentes [...], además de [la ley, la DAA y el Preámbulo de la reglamentación]*".¹⁵ Así pues, los Estados Unidos eran por lo menos conscientes de que la "práctica estadounidense" desempeñaría un cierto papel en las consultas, así como en los eventuales procedimientos de un futuro grupo especial.¹⁶

18. Además, como se ha señalado anteriormente, el Canadá no impugna la "práctica estadounidense" como tal (lo que daría lugar a la revocación de ciertas determinaciones relativas a subvenciones estadounidenses). Lo que impugna el Canadá es la "práctica estadounidense" (anterior a la OMC) incorporada en la DAA y en el Preámbulo de la reglamentación¹⁷, así como la "práctica estadounidense" (posterior a la OMC) como manifestación de un compromiso o política administrativa de atenerse a una opinión jurídica particular o aplicar una interpretación o metodología determinadas, en los casos futuros.¹⁸ En cuanto a lo primero, la "práctica" se ha transformado en ley. En cuanto a lo segundo, la práctica sirve como prueba de la transformación de la primera práctica en ley. A juicio de las CE, en todo caso es adecuado someter a este Grupo Especial por lo menos la "práctica" estadounidense anterior a la OMC, en la medida en que se haya integrado efectivamente en la legislación estadounidense.

19. Por último, si bien está sobradamente demostrado por la jurisprudencia -y por la posición establecida de las CE- que una medida que no haya sido objeto de consultas no puede ser examinada por un grupo especial¹⁹, esto no significa que deba existir una "*identidad precisa y exacta*" entre las

¹⁴ Solicitud de resoluciones preliminares de los Estados Unidos, párrafos 102 a 119. Solicitud de consultas del Canadá, segundo párrafo.

¹⁵ Véase la solicitud de resoluciones preliminares de los Estados Unidos, párrafos 106 y 107; EE.UU. - Prueba documental 6, tercer párrafo.

¹⁶ Véase a este respecto la respuesta del Canadá a la solicitud de los Estados Unidos, párrafos 58 a 64.

¹⁷ Respuesta del Canadá a la solicitud de resoluciones preliminares de los Estados Unidos, párrafos 35 y 36; Primera comunicación escrita del Canadá, párrafos 38 a 41 (en relación con la DAA) y párrafos 48 a 51 (en relación con el Preámbulo de la reglamentación).

¹⁸ Respuesta del Canadá a la solicitud de resoluciones preliminares de los Estados Unidos, párrafos 37 a 40; Primera comunicación escrita del Canadá, párrafos 52 a 60 (véase a este respecto, el párrafo 60, en el que el Canadá afirma lo siguiente: "*El trato de las llamadas 'subvenciones indirectas' en estos casos posteriores a la OMC confirma pues que la legislación estadounidense considera que las limitaciones a la exportación reúnen las condiciones del artículo 771(5)(B)(iii) y, a juicio del Canadá, refleja el hecho de que los Estados Unidos aplican incorrectamente el Acuerdo SMC*"; sin subrayar en el original).

¹⁹ Véase, por ejemplo, la comunicación de las Comunidades Europeas en calidad de terceros, de fecha 27 de enero de 2000, en el documento WT/DS156, *Guatemala - Medida antidumping definitiva aplicada al cemento Portland gris procedente de México*, párrafo 7 y nota 3 de pie de página.

medidas objeto de las consultas y las medidas identificadas en la solicitud para el establecimiento de un grupo especial.²⁰

20. Así pues, en lo relativo a la "práctica" de los Estados Unidos posterior a la OMC, el Canadá debería ser capaz por lo menos de basarse en ella para probar el significado y el carácter imperativo de las "medidas" impugnadas (legislativas). Por consiguiente, por lo menos en este concepto el presente Grupo Especial debe examinar la "práctica estadounidense" (posterior a la OMC) como hizo el Grupo Especial en el caso *Estados Unidos - Artículo 301*.²¹ En este sentido, es apropiado pues que la "práctica" estadounidense posterior a la OMC sea considerada por el presente Grupo Especial.

III. CUESTIONES SUSTANTIVAS - EL CARÁCTER IMPERATIVO DE LAS "MEDIDAS"

21. En la segunda parte de la actual presentación, las CE considerarán la cuestión de la naturaleza imperativa -o discrecional- de las "medidas" estadounidenses. A este respecto, las CE desean ante todo rectificar una idea errónea que los Estados Unidos todavía parecen sostener, acerca del alcance de esta cuestión.

22. Es evidente que no se trata de determinar "si las medidas obligan a la Administración estadounidense a dar a las subvenciones el trato de limitaciones a la exportación".²² Es más, dado que la determinación de la existencia de una subvención susceptible de acción implica varios factores ("contribución financiera", "beneficios", "especificidad"), la respuesta a la pregunta de los Estados Unidos ha de ser siempre, necesariamente, negativa. Después de todo, una respuesta positiva a esta pregunta requeriría también que la administración asumiera (más que establecer en su análisis) la existencia de un "beneficio" y de la "especificidad", junto con la contribución financiera.

23. Empero, el Canadá no ha pretendido nunca que esto sea lo que prescriben las medidas. Lo que afirma el Canadá, desde su solicitud para el establecimiento de un grupo especial²³, seguida de su primera comunicación escrita²⁴, y de su respuesta a la solicitud de resoluciones preliminares de los Estados Unidos²⁵, es que las medidas obligan a la administración a tratar las limitaciones a la exportación como "contribuciones financieras". Por consiguiente, sólo a este respecto tiene que determinar el presente Grupo Especial el carácter imperativo -o no- de la medida o medidas estadounidenses.

24. A juicio de las CE, el Canadá ha demostrado convincentemente que, consideradas en conjunto, las medidas estadounidenses son imperativas, por cuanto no dejan margen discrecional a la apreciación por parte de la administración de una "limitación de las exportaciones" en relación con el elemento de "contribución financiera" del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo sobre Subvenciones

²⁰ *Brasil - Programa de financiación de las exportaciones para aeronaves ("Brasil - Aeronaves")*, WT/DS46/AB/R, informe del Órgano de Apelación adoptado el 20 de agosto de 1999, párrafo 132.

²¹ *Estados Unidos - Artículo 301*, párrafo 7.127.

²² Véase, por ejemplo, la solicitud de resoluciones preliminares de los Estados Unidos, párrafos 38, 48, 68, 73, 79, 80 y 89.

²³ Véase la solicitud para el establecimiento de un grupo especial del Canadá, quinto párrafo, segunda frase.

²⁴ Véase, por ejemplo, la Primera comunicación escrita del Canadá, párrafos 2 a 5 y toda la parte IV de su comunicación ("Análisis jurídico").

²⁵ Respuesta del Canadá a la solicitud de los Estados Unidos, párrafo 41.

(o el artículo 771(5)(B)(iii) y (D) de la Ley de Aranceles de 1930, modificada por la URAA e interpretada por la DAA y el Preámbulo de la reglamentación). Es más, como han propugnado anteriormente las Comunidades (Parte II, párrafos 8 y 9 de esta presentación), los diversos "niveles" de la legislación aplicable de los Estados Unidos deben leerse y analizarse conjuntamente; para las Comunidades, incluso una lectura muy sucinta de todos estos niveles revela claramente que la administración estadounidense carece de facultades discrecionales respecto del trato de las limitaciones a la exportación.

25. Si bien es evidentemente cierto que el artículo 771(5) no menciona este punto, la DAA -que no es un simple "precedente legislativo" como ahora los Estados Unidos quieren hacer creer al Grupo Especial, sino una declaración autorizada de la interpretación del legislador estadounidense respecto de la aplicación futura de la ley y una instrucción a las administraciones futuras para que apliquen esta interpretación²⁶ - se expresa ya en términos muy explícitos respecto de las limitaciones a la exportación. No sólo la DAA integra la "práctica" estadounidense anterior a la OMC en el texto de la ley, sino que además indica claramente que la práctica anterior del Departamento de Comercio de constatar la existencia de una subvención susceptible de medidas compensatorias "*cuando el gobierno adopte o imponga (mediante una acción legislativa, reglamentaria o administrativa) una medida formal y ejecutoria que dé lugar directamente a un beneficio visible*"²⁷, debería mantenerse en la nueva ley.

26. Sin embargo, como han demostrado ya ampliamente las CE en su comunicación escrita, y como afirma correctamente el Canadá, este no es el significado preciso que debe atribuirse al párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo sobre Subvenciones. El mencionado párrafo dispone que ha de existir una "contribución financiera". En consecuencia, en el caso de las subvenciones indirectas (y en particular las limitaciones a la exportación) este requisito ha sido "suprimido efectivamente de la ley por la DAA, y sustituido autorizadamente por una norma diferente, basada en el concepto de "medida formal y ejecutoria". Así pues, esta nueva norma (que de hecho es la norma estadounidense anterior a la OMC), combinada con la existencia de un "beneficio", determinará en adelante si existe una "subvención" con arreglo a la ley.

27. La conclusión precedente no resulta invalidada por el hecho de que los Estados Unidos se remitan a ciertas "cláusulas" (supuestas) de la DAA, que establecen que la norma deberá aplicarse "caso por caso" o que condicionan la constatación de la posibilidad de tomar medidas compensatorias en relación con las subvenciones a la verificación satisfactoria por parte de la administración del cumplimiento de las condiciones del artículo 771(5)(B)(iii).²⁸ De hecho, lo que significan estas cláusulas es que el Departamento de Comercio todavía está obligado, evidentemente, a aplicar esta norma a casos concretos, con el posible efecto de que, en un caso particular, ciertas medidas del gobierno no se consideren "formales" ni "ejecutorias".

28. Sin embargo, de existir una limitación de las exportaciones, y teniendo en cuenta que estas limitaciones son, evidentemente, "medidas formales y ejecutorias del gobierno", tales medidas serán subvenciones si confieren un "beneficio". Además, en el pasaje citado por los Estados Unidos en apoyo de la naturaleza supuestamente discrecional de la DAA²⁹, la propia DAA equipara la "práctica" estadounidense anterior a la OMC respecto de las limitaciones a la exportación (*Maderas para construcción y Cuero*) con las "subvenciones indirectas". También en este caso, la equiparación sólo

²⁶ Véase la parte de la DAA mencionada en la Primera comunicación escrita del Canadá, párrafo 34 (sin cursivas en el original).

²⁷ DAA, páginas 935 y 926 (anexo B - Canadá - Prueba documental 2).

²⁸ Solicitud de resoluciones preliminares de los Estados Unidos, párrafos 78 y 79.

²⁹ *Id.*

es posible si, en virtud de la ley, las limitaciones a la exportación constituyen *per se* "contribuciones financieras", en su condición de "medidas formales y ejecutorias".

29. Así pues, las mencionadas "cláusulas" confirman simplemente que la administración debe determinar la existencia de una limitación de las exportaciones antes de proseguir con su investigación (determinación de la existencia de un beneficio). Sin embargo, esto no es una "facultad discrecional", sino que refleja simplemente el requisito general (obvio) de que la administración competente ha de aplicar la ley correctamente y en su integridad.

30. En opinión de las CE, en principio el análisis podría detenerse aquí, ya que, independientemente de que se considere "jurídicamente vinculante" o no, el Preámbulo de la reglamentación, como acto de la administración competente, no puede interpretar las disposiciones legislativas *contra legem*. En consecuencia, lejos de invalidar la anterior conclusión el Preámbulo la confirma.

31. A este respecto las CE quisieran recordar que en el Preámbulo el Departamento de Comercio confirma que, en lo relativo a las subvenciones indirectas, la norma (posterior a la OMC) no es más estricta que la anterior norma estadounidense que se describe, por ejemplo, en el caso *Maderas para construcción*.³⁰ Ello confirma también que, como indica la DAA, en situaciones similares a la planteada en el caso *Maderas para construcción*, la ley "permitiría" la imposición de derechos compensatorios.³¹ Contrariamente a la afirmación de los Estados Unidos de que el "permiso" citado equivale a una "facultad discrecional"³², la ley sólo puede permitir la citada imposición si sustituye la "contribución financiera" por una "medida formal y ejecutoria". Esto es precisamente lo que ha hecho la DAA con la ley, y también lo que confirma el Preámbulo. Sin embargo, esto no es lo que prescribe el Acuerdo sobre Subvenciones.

32. A estas alturas del análisis a nadie sorprenderá que la práctica estadounidense posterior a la OMC confirme esta conclusión. Si, en el caso *Ganado en pie*, el Departamento de Comercio equipara las limitaciones a la exportación a "subvenciones indirectas" (en sus propios términos: "subvenciones indirectas, como las limitaciones a la exportación")³³, esta equiparación sólo podrá hacerse legalmente si, en virtud de la ley, la "contribución financiera" es una "medida formal y ejecutoria". Como reconocen los Estados Unidos, "la consideración primordial de la legislación estadounidense es que las determinaciones del Departamento de Comercio sean compatibles con la ley y los reglamentos".³⁴ Por lo tanto, independientemente del valor como precedente que puedan tener las determinaciones del Departamento de Comercio en virtud de la legislación estadounidense, la práctica de los Estados Unidos posterior a la OMC confirma la interpretación de la ley hecha por el Canadá (y las CE).

³⁰ Véase la parte del Preámbulo citada en la Primera comunicación escrita del Canadá, párrafo 48.

³¹ Véase la parte del Preámbulo citada en la Primera comunicación escrita del Canadá, párrafo 50.

³² Véase la solicitud de resoluciones preliminares de los Estados Unidos, párrafos 80 a 83.

³³ Véase la parte de la Determinación definitiva del Departamento de Comercio en el caso *Ganado en pie*, citada en la Primera comunicación escrita del Canadá, párrafo 54 (sin cursivas en el original).

³⁴ Solicitud de resoluciones preliminares de los Estados Unidos, párrafo 85.

33. Como el Órgano de Apelación confirmó en el caso *Estados Unidos - Ley Antidumping de 1916*,

*"... el concepto de legislación imperativa en contraposición a la legislación discrecional ha sido elaborado por varios grupos especiales del GATT como consideración previa en la determinación de cuándo normas legislativas como tales -y no una aplicación específica de esas normas legislativas- eran incompatibles con las obligaciones de una parte contratante del GATT de 1947".*³⁵

En el caso que nos ocupa, son las normas legislativas como tales -la ley interpretada autorizadamente por la DAA- las que han sustituido la norma de las "contribuciones financieras" prevista en el Acuerdo sobre Subvenciones por las "medidas formales y ejecutorias", que era la norma estadounidense anterior a la OMC. El Preámbulo de la reglamentación confirma este extremo. Así pues, al aplicar la legislación la administración debe basarse en esta norma más amplia; de lo contrario, sus determinaciones no serían compatibles con la ley.

34. Por último, la práctica estadounidense posterior a la OMC confirma que la administración aplica esta norma más amplia. A juicio de las CE, no cabe duda pues de que la ley "ordena" que se viole el párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo sobre Subvenciones ya que, como creen firmemente las CE, y como han propugnado en su comunicación escrita, la norma más amplia estipulada en la ley no es compatible con el Acuerdo sobre Subvenciones.³⁶

³⁵ *Estados Unidos - Ley Antidumping de 1916*, WT/DS136/AB/R, WT/DS162/AB/R, informe del Órgano de Apelación adoptado el 26 de septiembre de 2000, párrafo 88 (sin subrayar en el original).

³⁶ Véase a este respecto la argumentación del Grupo Especial en el caso *Estados Unidos - Artículo 301*, párrafos 7.54 a 7.56, que llegaba a la conclusión de la existencia de una violación *prima facie*.

ANEXO B-3

RESPUESTAS DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, EN CALIDAD DE TERCEROS, A LAS PREGUNTAS DEL GRUPO ESPECIAL

(7 de febrero de 2001)

1. ¿Qué creen ustedes que es una "limitación de las exportaciones"? Es decir, ¿cuáles son las características esenciales y definitorias de una limitación de las exportaciones que serían aplicables a todas las "limitaciones a la exportación", independientemente de la forma concreta que adopten en una situación determinada y de los otros elementos que puedan estar presentes en una medida que incluya una limitación de las exportaciones? ¿Pueden ustedes describir cómo funciona una limitación de las exportaciones? ¿Pueden dar algún ejemplo de una limitación de las exportaciones de la que pudiera alegarse que constituye una subvención en el sentido del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC?

1. Las Comunidades Europeas (en adelante "las CE") desean observar ante todo que no existe, que ellas sepan, una definición jurídica única del concepto de "limitación de las exportaciones". Además, el término no aparece en el Acuerdo de la OMC ni en sus Anexos (el artículo XI del GATT, por ejemplo, habla de "restricciones a la exportación"). Un término parecido se encuentra en el párrafo 1 b) del artículo 11 del Acuerdo sobre Salvaguardias, pero con el calificativo "voluntaria" ("limitación voluntaria de las exportaciones"). Así pues, el intento de definir las "limitaciones a la exportación" que figura a continuación no es más que la idea que las CE se hacen de este concepto.

2. En opinión de las CE, las características esenciales de una "limitación de las exportaciones" pueden resumirse del modo siguiente: una limitación de las exportaciones es una medida reglamentaria de un gobierno¹, que surte efecto en el comercio internacional mediante la restricción de exportaciones. Así pues, la limitación de las exportaciones "funciona" como cualquier otra medida reglamentaria del gobierno que modifique las condiciones de mercado; obliga a los operadores económicos (productores, comerciantes), o por lo menos les incita fuertemente, a no exportar, a exportar menos o a exportar en condiciones distintas (cantidades, precios, requisitos administrativos, etc.) de las que habrían prevalecido en caso de no adoptarse la medida reglamentaria.

3. Estas medidas surten invariablemente el efecto (económico) de modificar las condiciones para los productos afectados, tanto en los mercados nacionales como en los mercados potenciales de exportación (por lo menos, si no hay sucedáneos fácilmente disponibles u otras fuentes de suministro en esos mercados). Por lo tanto, las limitaciones a la exportación afectan ciertamente a la relación tradicional de intercambio y "desplazan" el comercio (modificando los flujos comerciales existentes). Sin embargo, los efectos concretos de las limitaciones de la exportación en un determinado mercado son más difíciles de predecir, por cuanto dependen de la elasticidad de la oferta y la demanda, la posibilidad de sustituir el producto interesado, otras medidas reglamentarias que afecten al mismo producto/mercado, etc.

4. Como las CE han demostrado ampliamente en su comunicación escrita en calidad de terceros de 9 de enero de 2001, las limitaciones a la exportación nunca pueden constituir "subvenciones" en el sentido del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC porque, independientemente de que haya podido o no conferirse un "beneficio" como consecuencia, y de la medida en que haya habido una "acción

¹ Por lo menos, tan "imperativa" como las medidas que el Grupo Especial de 1988 consideró imperativas en el caso *Japón - Comercio de Semiconductores*, L/6309, adoptado el 4 de mayo de 1988, IBDD 35S/130, 173-176, párrafos 104-109; Índice Analítico del GATT, ad. artículo XI, páginas 349-350.

selectiva" (y, por consiguiente "especificidad") en un caso determinado -no cumplen la condición de "contribución financiera" enunciada en este artículo. Al igual que los otros ejemplos citados en la comunicación escrita de las CE (derechos de aduana, modificaciones del marco reglamentario que afecta a las normas de producción), las limitaciones a la exportación son ejemplos clásicos de "medidas gubernamentales que modifican las condiciones del mercado por medios reglamentarios". Por consiguiente, y salvo que aceptáramos también que los derechos de aduana (importación), al proporcionar un "beneficio" a los productores nacionales ("especificidad") del producto seleccionado, constituyen "subvenciones" en el sentido del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC, las CE no pueden ofrecer ningún ejemplo de una limitación de las exportaciones que "constituya" una subvención.

5. Evidentemente, es posible que las condiciones en que se concede una subvención puedan formularse de manera que surtan el mismo efecto que las limitaciones a la exportación. Por ejemplo, un gobierno podría conceder una reducción del impuesto de la renta a las empresas que vendan desechos de acero a las siderúrgicas nacionales, pero privar de este incentivo a las empresas que exportan estos desechos. Esto, en la práctica, contribuiría a limitar las exportaciones, pero constituiría evidentemente una subvención según la definición del artículo 1. Pueden darse otros muchos ejemplos similares de subvenciones (con arreglo a la definición del artículo 1) que funcionan como limitaciones de la exportación. Sin embargo, de ello no se sigue que las medidas que no son subvenciones deban quedar comprendidas de algún modo en el alcance del artículo 1 simplemente porque su aplicación da lugar a una limitación de las exportaciones.

2. Parecen ustedes sostener que, en el caso de un suministro de bienes encomendado u ordenado por el gobierno, para que se cumpla la condición de llevar a cabo "las funciones ... que normalmente incumbirían al gobierno", no sólo tendría que haber una orden concreta a los productores de que proporcionasen los bienes, sino que además este suministro tendría que hacerse en "ciertas condiciones predeterminadas".

a) ¿Es ésta una interpretación correcta de su argumento?

6. La interpretación es, en principio, correcta. Sin embargo, en el párrafo 28 de su comunicación escrita, las CE se referían a las "funciones que normalmente incumbirían al gobierno (etc.)", como una versión abreviada del texto completo de la parte pertinente del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1. Esto se evidencia claramente en la terminología utilizada por las CE en el párrafo 24 de su comunicación escrita, que sirve de introducción a su análisis de la cuestión (en el que las CE citaban íntegramente el texto pertinente).

7. Por consiguiente, para ser exactos la condición pertinente debe describirse y entenderse en el sentido de que incluye tanto que la función ha de incumbir normalmente al gobierno como que la práctica no ha de diferir, en ningún sentido real, de las prácticas normalmente seguidas por los gobiernos.

b) ¿Por qué tienen que existir "condiciones predeterminadas" para que una entidad privada lleve a cabo una función que normalmente incumbiría al gobierno?

8. Como las CE han explicado ya en su comunicación escrita², las acciones contempladas en el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del Acuerdo SMC no son "expansivas", sino limitadas a las acciones descritas, para los gobiernos o para las entidades públicas, en los incisos i) a iii) de este mismo artículo.

² Véase en particular parte II.C, párrafos 21 a 23 de la comunicación escrita de las CE.

9. Por consiguiente, el factor determinante para que una entidad privada lleve a cabo las funciones que normalmente incumbirían al gobierno, y para que la práctica no difiera, en ningún sentido real, de las prácticas normalmente seguidas por los gobiernos (texto completo de la parte pertinente del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del Acuerdo SMC), es que la entidad privada realice materialmente, por orden del gobierno, la misma función que de lo contrario habría llevado a cabo el propio gobierno y que está prevista en los incisos i) a iii) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del mencionado Acuerdo.

10. Ahora bien, cuando decide conceder una subvención a una rama de producción, o a parte de una rama de producción, el gobierno elige de antemano la clase de acción que desea emprender, la clase de beneficiarios a los que desea llegar y el alcance del "beneficio" que desea conferir. Esta misma norma debe regir en el caso de una "subvención indirecta", o sea, que el gobierno ha de determinar previamente, por medios reglamentarios, la misma conducta esencialmente para la entidad privada, y el mismo resultado para la rama de producción beneficiaria, que se habrían registrado de aplicar el gobierno "directamente" la medida.

11. Sólo si existe esta determinación previa podrá decirse que la entidad privada es "casi una emanación del gobierno".³ Sólo entonces la entidad llevará a cabo una función de concesión de subvenciones "que normalmente incumbiría al gobierno", y la práctica no diferirá "en ningún sentido real, de las prácticas normalmente seguidas por los gobiernos". Por consiguiente, a juicio de las CE la existencia de "condiciones predeterminadas" (del gobierno) es una condición *sine qua non* de la existencia de una contribución financiera indirecta en el sentido del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1.

c) Dando la vuelta al argumento, ¿entienden ustedes que no habría ninguna "contribución financiera" en el sentido del párrafo 1 a) 1) iii) del artículo 1 si una empresa de propiedad estatal determinase las cantidades que produce y los términos y condiciones de su venta del modo que estimase conveniente, y no fuera el gobierno el que estableciese las "condiciones predeterminadas"?

12. Ante todo, las CE quisieran señalar que la fórmula utilizada por el Grupo Especial a este respecto presupone aparentemente que el hecho de que sea de "propiedad estatal" significa que la empresa forma parte automáticamente del "Estado" ("government") o de "un organismo público" en el sentido de la parte introductoria del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC, ya que, de no ser así, la pregunta debería responderse por referencia al inciso iv) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC, y no al inciso iii). Sin embargo, a juicio de las CE ésta no es una interpretación correcta de los conceptos de "government" u "organismo público" del Acuerdo SMC.

13. El hecho de que una empresa sea de "propiedad estatal" es de por sí suficiente para "transformar" esta empresa de manera que forme parte del "Estado" o constituya un "organismo público". Los Estados pueden ser "propietarios" (o poseer un porcentaje mayoritario de acciones) de empresas por toda clase de razones, incluidas las de carácter puramente histórico. De hecho, en el continente europeo la "propiedad estatal" de empresas por razones históricas es relativamente frecuente, aunque menos de lo que solía ser porque se han aplicado varios programas de privatización. Sin embargo, para que una empresa forme parte del "Estado" o de un "organismo público" han de concurrir otros factores: los "organismos públicos" son emanaciones del Estado, aunque no constituyan necesariamente lo mismo. Su característica específica es el ejercicio (por lo menos ocasional) de la autoridad pública (*imperium*).

14. Por este motivo, las empresas de propiedad estatal que operan en nombre del gobierno y no hacen frente a ninguna competencia, por ejemplo, los proveedores monopolísticos de electricidad, gas, carbón, etc., puede considerarse que forman parte del "Estado" o de los "organismos públicos" a

³ Véase la comunicación escrita de las CE, párrafo 29.

los efectos del artículo 1. De modo análogo, cuando un banco de propiedad estatal interviene en el mercado de capitales mediante operaciones de préstamo orientadas por objetivos de política macroeconómica, puede considerarse que es el propio "Estado" el que proporciona una contribución financiera. No obstante, sólo una proporción sustancial de propiedad o control del Estado confiere esta condición a las empresas. Las empresas que operan en el mercado y establecen sus propios objetivos independientemente del gobierno no forman parte del "Estado" ni de los "organismos públicos", aunque el Estado sea accionista. Por consiguiente, en opinión de las CE, en la medida en que las empresas de propiedad estatal no forman parte del "Estado" ni de los "organismos públicos", la pregunta del Grupo Especial debería responderse por referencia al inciso iv) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC.

15. Sin embargo, entendiéndola en este sentido, la pregunta del Grupo Especial da cuenta fielmente de la posición de las CE a este respecto. Tomemos, por ejemplo, un mercado en el que un cierto número de productores compita libremente. Por razones puramente históricas, uno de esos productores es una empresa de propiedad estatal. El simple hecho de que esta empresa participe en la competencia general (suministrando bienes o servicios o comprando productos), ¿equivale a "proporcionar bienes" en el sentido del inciso iv) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC (por la incorporación a este inciso del contenido del inciso iii)? A juicio de las CE la respuesta es negativa, y no por que esta acción no confiera (obviamente) un beneficio específico. La respuesta negativa se basa en que esta acción no constituye una "contribución financiera".

16. En semejante situación no se produce ninguna "orden del gobierno", la función no "incumbiría normalmente al gobierno" y la práctica se diferencia de las prácticas (de concesión de subvenciones) "normalmente seguidas por los gobiernos". Para que se cumplan estas condiciones, es necesario pues que concurren otros factores, a saber, la existencia de condiciones específicas (de ventas o comercialización) predeterminadas por el gobierno.

3. Sobre la base de su respuesta oral a la pregunta 2 *supra*, dada en la reunión en la que participaron como terceros, entendemos que afirman ustedes que la propiedad estatal de una empresa que proporciona bienes no es suficiente para que exista un "suministro de bienes del gobierno" y, por consiguiente, una contribución financiera en el sentido del párrafo 1 a) 1) iii) del artículo 1 del Acuerdo SMC. Al afirmar que, además de la propiedad estatal o la participación del gobierno como tal, han de concurrir "condiciones predeterminadas" ¿no incorporan ustedes el concepto de contribución financiera al concepto de beneficio? A este respecto, observamos que en su respuesta oral a la pregunta 2 b) afirmaban ustedes que era necesario que existiesen "condiciones predeterminadas" porque, si el gobierno proporciona bienes o servicios, el gobierno es quien elegirá el "beneficiario" y decidirá qué nivel de "beneficios" ha de proporcionarse. Sírvanse explicar por qué razón las "condiciones predeterminadas" tienen que ver más con la existencia de una contribución financiera que con la existencia de un beneficio, y no con ambas cosas a la vez.

17. Como se explicaba en la comunicación escrita de las CE (por ejemplo, en el párrafo 29), las condiciones predeterminadas tienen que ver con la existencia de una contribución financiera, de conformidad con el inciso iv) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC, porque son uno de los elementos que determinan si una empresa nacional recibe efectivamente una orden del gobierno de proporcionar bienes o servicios. Alterando ligeramente el ejemplo del párrafo 29, supongamos que un cierto número de proveedores de electricidad de propiedad estatal compite en el mercado. Según nuestro anterior argumento, al no formar parte del Estado estos proveedores no conferirán una contribución financiera en virtud del inciso iii) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 por el mero hecho de proporcionar bienes o servicios. En cambio, si una de las empresas recibiera una orden del gobierno de proporcionar electricidad a productores nacionales de aluminio en ciertas condiciones predeterminadas, existiría una contribución financiera de conformidad con el inciso iv) del mismo párrafo.

18. La existencia de "condiciones predeterminadas" es el elemento central de este caso. Ello crea una contribución financiera (indirecta) porque limita la libertad de acción de la empresa de electricidad en la misma medida en que estaría limitada si la empresa formase parte del Estado. Por consiguiente, la empresa se ve obligada a actuar de un modo diferente, "en sentido real", al modo en que el propio gobierno habría suministrado la electricidad.

19. Sin embargo, el hecho de que la electricidad se suministre en "condiciones predeterminadas" no debe confundirse con la existencia de un beneficio. Las condiciones predeterminadas pueden muy bien establecerse con arreglo a las condiciones de mercado, y prever una remuneración suficiente de conformidad con el apartado d) del artículo 14 del Acuerdo SMC, cosa que, en tales circunstancias, excluiría cualquier beneficio. Así pues, resumiendo el razonamiento de las CE sobre este punto podríamos decir que es la existencia de condiciones predeterminadas lo que determina si existe o no una contribución financiera, mientras que son los términos de estas condiciones los que determinan si existe o no un beneficio.

4. Sírvanse explicar por qué (en el párrafo 27 de su declaración oral, opinión expresada también en el párrafo 45 de la primera comunicación escrita del Canadá y en el párrafo 56 de la respuesta del Canadá a la solicitud de los Estados Unidos de resoluciones preliminares) consideran ustedes que la cláusula de la DAA limita cualquier facultad discrecional que pueda tener el Departamento de Comercio para "verificar a su satisfacción que una presunta subvención conlleva una medida ejecutoria formal". La cláusula declara, en particular, que el tipo de subvenciones indirectas respecto de las cuales el Departamento de Comercio ha adoptado medidas compensatorias en el pasado siguen siendo susceptibles de estas medidas "a condición de que el Departamento de Comercio verifique a su satisfacción que se ha cumplido la norma del artículo 771(5)(B)(iii)". ¿No exigen estos términos que el Departamento de Comercio verifique a su satisfacción que concurren todos los elementos del artículo 771(5)(B)(iii)?

20. Como señala acertadamente el Grupo Especial, la cláusula mencionada parece exigir, a primera vista, que el Departamento de Comercio verifique a su satisfacción que todos los elementos del artículo 771(5)(B)(iii) de la ley se han cumplido en cada caso particular. No obstante, como explicaron ya las CE en los párrafos 25 y 26 de su presentación oral, la DAA, al integrar la práctica estadounidense anterior a la OMC en el cuerpo de la ley, excluyó efectivamente de ésta el requisito de la "contribución financiera" del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC, sustituyéndola por la norma de las "medidas formales y ejecutorias".

21. Sin embargo, una vez efectuada esta transformación no hay ningún otro criterio significativo en el artículo 771(5)(B)(iii) que pudiera investigar el Departamento de Comercio, salvo el señalado por las CE y el Canadá. De hecho, en tal caso este artículo diría lo siguiente, en la parte correspondiente:

"encomienda u ordena a una entidad privada, mediante una medida formal y ejecutoria, que [haga una transferencia directa de fondos, etc., proporcione bienes o servicios o compre bienes - véase el artículo 771(5)(D) de la ley], si [la realización de esta transferencia, suministro de bienes, etc.,] normalmente incumbiría al gobierno, y la práctica no difiere, en sustancia, de las normalmente seguidas por los gobiernos".

22. Ahora bien, según entienden los Estados Unidos, el concepto de "entidad privada" no constituye un factor de limitación (por cuanto puede abarcar a los operadores económicos que actúan solos y no requieren ninguna forma de "organización").⁴ Tampoco las dos últimas condiciones de este

⁴ Véase la Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 40 a 44.

artículo (que se parecen, pero no son idénticas, a los dos últimos criterios del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del Acuerdo SMC) cuentan como factores de limitación, ya que, obviamente, si el gobierno impone el suministro de bienes mediante una "medida formal y ejecutoria", esta práctica no diferirá, en sustancia, de las prácticas normalmente seguidas por los gobiernos, y sustituirá al suministro de bienes que de lo contrario habría llevado a cabo directamente el gobierno.⁵ Por último, como han sostenido los Estados Unidos, la fórmula "encomienda u ordene" puede significar cualquier cosa, incluida una simple relación de causalidad.⁶

23. Por este motivo las CE llegaron a la conclusión, en el párrafo 27 de su comunicación oral, de que la citada cláusula sólo significa que el Departamento de Comercio todavía está obligado a aplicar el artículo 771(5)(B)(iii) -modificada por la DAA- a casos concretos. En el caso de las limitaciones a la exportación (como "medidas que son causa de que las entidades privadas suministren bienes"), la "aplicación" de este artículo por el Departamento de Comercio parecería limitarse efectivamente a determinar si la "medida" es "formal y ejecutoria". No obstante, aunque esto no fuera así y el Departamento de Comercio aún estuviera obligado efectivamente a "comprobar" también los otros parámetros, esta acción no equivaldría en todo caso a una facultad discrecional, sino simplemente a una aplicación (correcta y completa) de la ley por la administración competente (véase el párrafo 29 de la comunicación oral de las CE).

⁵ Véase a este respecto la Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 50 a 54 y, en particular el párrafo 53.

⁶ Véase la Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 29 a 39 y en particular los párrafos 31 y 32.

ANEXO B-4

PRESENTACIÓN ORAL DE LA INDIA, EN CALIDAD DE TERCERO

(18 de enero de 2001)

La cuestión fundamental en esta diferencia es saber si una limitación de las exportaciones que reduce el precio del producto afectado para el productor nacional que lo utilice, puede considerarse una subvención en el sentido del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (Acuerdo SMC).

Observamos que los Estados Unidos niegan que sus autoridades hayan seguido ninguna "práctica" de tratar las limitaciones de la exportación como subvenciones en el período posterior a la OMC, o que haya habido algún ejemplo de dicho trato. Sin embargo, los Estados Unidos no han declarado categóricamente que su legislación en materia de derechos compensatorios (por ejemplo, el artículo 771(5) de la Ley de Aranceles de 1930, enmendada por la Ley sobre los Acuerdos de la Ronda Uruguay (URAA), con la interpretación de la Declaración de Acción Administrativa (DAA) y el Preámbulo de la reglamentación definitiva sobre derechos compensatorios del Departamento de Comercio de los Estados Unidos) no abarca la limitación de las exportaciones como forma de subvención. Los Estados Unidos dicen que el Departamento de Comercio sólo puede imponer un derecho compensatorio a estas limitaciones si se reúnen todas las condiciones previstas en su legislación respecto de estos derechos. Afirman que las limitaciones a la exportación son "subvenciones indirectas", comprendidas en las disposiciones del inciso iv) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC.

El Canadá entiende que el párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC excluye toda práctica que no sea una "contribución financiera", según se define en este artículo; en cambio, los Estados Unidos alegan que este artículo se presta a una interpretación más amplia, por cuanto no excluye específicamente prácticas que no sean una "contribución financiera". Por consiguiente, a juicio de los Estados Unidos no debe considerarse que las limitaciones a la exportación no están comprendidas en la definición de "subvención" y de medidas compensatorias.

En abono de esta amplia interpretación, los Estados Unidos alegan que el inciso iv) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 debe considerarse en función del objeto y fin del Acuerdo SMC que, según este país, consiste en imponer disciplinas multilaterales a las subvenciones que distorsionan el comercio internacional (párrafos 13 a 20 de la comunicación de los Estados Unidos).

No obstante, la India tiene el firme convencimiento de que, para interpretar una disposición aclarando su significado, hay que basarse en el propio texto. Aunque los elementos del párrafo 1) del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados deben tratarse como una "norma holística de interpretación", esto no puede entenderse en el sentido de que hay que empezar interpretando el objeto y fin del Acuerdo SMC. A nuestro juicio, toda interpretación debe dar comienzo con el propio texto de la disposición, que es la fuente primaria de interpretación. El Grupo Especial del caso *Estados Unidos - Artículo 301* (DS152), citando el Órgano de Apelación (*Japón - Bebidas alcohólicas*), dijo lo siguiente: "La interpretación debe basarse sobre todo en el texto del tratado" (párrafo 7.22 y nota 639 de pie de página del informe del Grupo Especial). Por consiguiente nosotros opinamos que, para analizar el párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC, la metodología de la interpretación textual propuesta por el Canadá es jurídicamente adecuada.

Estamos de acuerdo con la interpretación del Canadá según la cual el empleo de la expresión "es decir" en la parte introductoria del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC hace exhaustiva la definición de contribución financiera/subvención de este artículo, lo que no ocurriría si se hubieran empleados términos como, "por ejemplo", "como", o "inclusive, entre otros". Así pues, los casos a que se refieren los incisos i) a iv) son definitivos, y no ilustrativos. El empleo de la expresión "es decir" en la parte introductoria del párrafo 1 del artículo 1 rige el entero párrafo. Por consiguiente, la utilización de la expresión "por ejemplo" en los incisos i) y ii) no hace ilustrativa la definición de subvención, que es exhaustiva. De modo análogo, el empleo del término "type" ("tipo") en la versión inglesa del inciso iv) no justifica una definición más amplia de una subvención indirecta, porque debe leerse conjuntamente con la expresión "es decir" al comienzo de la disposición. En consecuencia, el argumento estadounidense (párrafos 25 a 27) en favor de una interpretación amplia del artículo es jurídicamente insostenible.

La India considera pues que la definición de subvención del párrafo 1 del artículo 1 no permite interpretar la "limitación de las exportaciones" como una contribución financiera indirecta equivalente a una subvención. Por lo tanto, instamos al Grupo Especial a que constate que la "limitación de las exportaciones" no constituye una contribución financiera directa equivalente a una subvención en el sentido del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC, y que la legislación estadounidense, que permite al Departamento de Comercio imponer medidas compensatorias tratando las limitaciones a la exportación como una subvención, es incompatible con el Acuerdo SMC y con el Acuerdo sobre la OMC. En vista de lo cual, la India insta al Grupo Especial a que recomiende al OSD que pida a los Estados Unidos que pongan sus medidas en conformidad con el Acuerdo SMC y con el Acuerdo sobre la OMC, entre otras cosas dejando de tratar las limitaciones a la exportación como una subvención.

Dada la posición antes descrita, no consideramos necesario responder a la pregunta formulada por el Grupo Especial a los terceros ni al ejemplo relativo a la "piña", aducido por los Estados Unidos (párrafos 33 a 36).
