

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

WT/DS222/ARB
17 de febrero de 2003

(03-0931)

Original: inglés

CANADÁ - CRÉDITOS A LA EXPORTACIÓN Y GARANTÍAS DE PRÉSTAMOS PARA LAS AERONAVES REGIONALES

Recurso del Canadá al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del *ESD* y el párrafo 11 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*

DECISIÓN DEL ÁRBITRO

La decisión del Árbitro sobre el asunto *Canadá - Créditos a la exportación y garantías de préstamos para las aeronaves regionales* se distribuye a todos los Miembros de conformidad con el *ESD*. La decisión se distribuye como documento de distribución general a partir del 17 de febrero de 2003 de conformidad con los Procedimientos para la distribución y supresión del carácter reservado de los documentos de la OMC (WT/L/452).

ÍNDICE

	<u>Página</u>
I. INTRODUCCIÓN	1
A. ACTUACIONES INICIALES	1
B. SOLICITUD DE ARBITRAJE Y ELECCIÓN DEL ÁRBITRO	1
II. CUESTIONES PRELIMINARES.....	3
A. MANDATO DEL ÁRBITRO	3
B. CARGA DE LA PRUEBA	3
C. CONSIDERACIÓN DE LAS PRUEBAS PRESENTADAS POR EL BRASIL EN SU DECLARACIÓN FINAL EN LA AUDIENCIA	4
D. ADMISIBILIDAD DE NUEVOS ARGUMENTOS	6
E. CONFIDENCIALIDAD.....	6
III. DETERMINACIÓN DE LAS "CONTRAMEDIDAS APROPIADAS"	7
A. PRINCIPALES ARGUMENTOS DE LAS PARTES.....	7
B. CRITERIO DEL ÁRBITRO	8
C. EL CONCEPTO DE "CONTRAMEDIDAS APROPIADAS" CONFORME AL PÁRRAFO 10 DEL ARTÍCULO 4 DEL ACUERDO SMC	9
D. EVALUACIÓN DEL NIVEL DE LAS CONTRAMEDIDAS PROPUESTAS POR EL BRASIL	12
1. Introducción	12
2. La metodología del Brasil de la pérdida de ventas y el perjuicio competitivo	12
a) Argumentos de las partes	12
b) Análisis del Árbitro.....	13
3. Carácter apropiado del nivel de las contramedidas propuestas por el Brasil.....	15
a) Argumentos del Canadá.....	15
b) Argumentos del Brasil	16
c) Análisis del Árbitro.....	18
i) <i>Observaciones preliminares</i>	18
ii) <i>Carácter apropiado de las contramedidas propuestas</i>	18
a. Las contramedidas consideradas según su cuantía por cada aeronave.....	19
b. Las contramedidas consideradas a la luz del valor de las mercancías canadienses importadas por el Brasil	19
c. Las contramedidas consideradas a la luz de la gravedad de la infracción.....	20
d. Las contramedidas consideradas a la luz de la necesidad de inducir al cumplimiento	22
e. ¿Son las contramedidas propuestas manifiestamente excesivas?	22
4. Conclusión	23

Página

E.	CÁLCULO DE LA CUANTÍA DE LAS "CONTRAMEDIDAS APROPIADAS"	24
1.	Determinación de la cuantía de la subvención	24
2.	Cálculo de la cuantía de la subvención por aeronave	27
a)	Observaciones preliminares	27
b)	Modelo de las aeronaves y cantidad de aeronaves subvencionadas que no se entregaron hasta el 20 de mayo de 2002	27
i)	<i>Modelo de las aeronaves</i>	<i>27</i>
ii)	<i>Número de aeronaves subvencionadas que no se entregaron hasta el 20 de mayo de 2002</i>	<i>27</i>
c)	Precio de las aeronaves	29
d)	Tipo de interés aplicable a la financiación en condiciones de mercado	30
e)	Cantidad financiada y duración de financiación	31
f)	Metodología aplicada por el Árbitro	32
g)	Cálculo	32
i)	<i>Valor neto actual de la subvención por aeronave</i>	<i>32</i>
ii)	<i>Imputación al número total de ventas subvencionadas cuyas entregas se efectuaron después del 20 de mayo de 2002.....</i>	<i>33</i>
iii)	<i>Valor neto actual de la cuantía total de la subvención.....</i>	<i>33</i>
3.	Ajustes de la cuantía de la subvención para determinar el nivel apropiado de la contramedida.....	33
a)	Observaciones preliminares	33
b)	El argumento del Canadá de que las "contramedidas apropiadas" deben ser inferiores a la cuantía de la subvención	34
c)	Los argumentos del Brasil según los cuales las "contramedidas apropiadas" deben ser superiores a la cuantía de la subvención	36
i)	<i>La negativa del Canadá a retirar la subvención y el objetivo de "inducir al cumplimiento"</i>	<i>36</i>
ii)	<i>El peligro de nuevos actos de "tirar la piedra y esconder la mano" (argumento de la disuasión).....</i>	<i>37</i>
iii)	<i>La posible repercusión desproporcionada de la subvención en el mercado</i>	<i>39</i>
d)	Conclusión sobre los ajustes	39
IV.	LAUDO DEL ÁRBITRO	40

LISTA DE ANEXOS

- Anexo 1** Valor actual neto de la subvención (Transacciones de Air Wisconsin)
- Anexo 2** Procedimientos de Trabajo del Árbitro

CUADRO DE LOS ASUNTOS CITADOS EN EL PRESENTE INFORME

TÍTULO ABREVIADO	TÍTULO COMPLETO
Argentina - Calzado (CE)	Informe del Grupo Especial, <i>Argentina - Medidas de salvaguardia impuestas a las importaciones de calzado</i> , WT/DS121/R, adoptado el 12 de enero de 2000, con las modificaciones introducidas por el Órgano de Apelación, WT/DS121/AB/R, DSR 2000:II, 575.
Argentina - Calzado (CE)	Informe del Órgano de Apelación, <i>Argentina - Medidas de salvaguardia impuestas a las importaciones de calzado</i> , WT/DS121/AB/R, adoptado el 12 de enero de 2000, DSR 2000:I, 515.
Argentina - Calzado, textiles y prendas de vestir	Informe del Grupo Especial, <i>Argentina - Medidas que afectan a las importaciones de calzado, textiles, prendas de vestir y otros artículos</i> , WT/DS56/R, adoptado el 22 de abril de 1998 con las modificaciones introducidas por el Órgano de Apelación, WT/DS56/AB/R y Corr.1, DSR 1998:III, 1033.
Argentina - Calzado, textiles y prendas de vestir	Informe del Órgano de Apelación, <i>Argentina - Medidas que afectan a las importaciones de calzado, textiles, prendas de vestir y otros artículos</i> , WT/DS56/AB/R y Corr.1, adoptado el 22 de abril de 1998, DSR 1998:III, 1003.
Australia - Cuero para automóviles II (párrafo 5 del artículo 21 - EE.UU.)	Informe del Grupo Especial, <i>Australia - Subvenciones concedidas a los productores y exportadores de cuero para automóviles - Recurso de los Estados Unidos al párrafo 5 del artículo 21 del ESD</i> , WT/DS126/RW y Corr.1, adoptado el 11 de febrero de 2000, DSR 2000:III, 1189.
Brasil - Aeronaves (párrafo 6 del artículo 22 - Brasil)	Decisión de los Árbitros, <i>Brasil - Programa de financiación de las exportaciones para aeronaves - Recurso del Brasil al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD y el párrafo 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC</i> , WT/DS46/ARB, 28 de agosto de 2000.
Canadá - Aeronaves	Informe del Órgano de Apelación, <i>Canadá - Medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles</i> , WT/DS70/AB/R, adoptado el 20 de agosto de 1999, DSR 1999:III, 1377.
Canadá - Aeronaves (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá)	Informe del Grupo Especial, <i>Canadá - Medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles - Recurso del Brasil al párrafo 5 del artículo 21 del ESD</i> , WT/DS70/RW, adoptado el 4 de agosto de 1999, con las modificaciones introducidas por el Órgano de Apelación, WT/DS70/AB/RW.
Canadá - Créditos y garantías para las aeronaves	Informe del Grupo Especial, <i>Canadá - Créditos a la exportación y garantías de préstamos para las aeronaves regionales</i> , WT/DS222/R y Corr.1, adoptado el 19 de febrero de 2002.
CE - Bananos III (EE.UU.) (párrafo 6 del artículo 22 - CE)	Decisión de los Árbitros, <i>Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos - Recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD</i> , WT/DS27/ARB, 9 de abril de 1999, DSR 1999:II, 725.
CE - Hormonas (Canadá) (párrafo 6 del artículo 22 - CE)	Decisión de los Árbitros, <i>Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas) - Reclamación inicial del Canadá - Recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD</i> , WT/DS48/ARB, 12 de julio de 1999, DSR 1999:III, 1105.

TÍTULO ABREVIADO	TÍTULO COMPLETO
<i>CE - Hormonas (EE.UU.) (párrafo 6 del artículo 22 - CE)</i>	Decisión de los Árbitros, <i>Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas) - Reclamación inicial de los Estados Unidos - Recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD</i> , WT/DS26/ARB, 12 de julio de 1999, DSR 1999:III, 1135.
<i>Estados Unidos - Camisas y blusas</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Medida que afecta a las importaciones de camisas y blusas de tejidos de lana procedentes de la India</i> , WT/DS33/AB/R y Corr.1, adoptado el 23 de mayo de 1997, DSR 1997:I, 323.
<i>Estados Unidos - EVE (párrafo 6 del artículo 22 - EE.UU.)</i>	Decisión de los Árbitros, <i>Estados Unidos - Trato fiscal aplicado a las "empresas de ventas en el extranjero" - Recurso de los Estados Unidos al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD y el párrafo 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC</i> , WT/DS108/ARB, 30 de agosto de 2002.
<i>Noruega - Recaudación de peaje para Trondheim</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Noruega - Grupo especial sobre la compra de equipo de recaudación de peaje para la ciudad de Trondheim</i> , adoptado el 13 de mayo de 1992, IBDD S40/380.

I. INTRODUCCIÓN

A. ACTUACIONES INICIALES

1.1 El 19 de febrero de 2002, el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) adoptó el informe del Grupo Especial sobre esta diferencia.¹ El OSD recomendó, en particular, que el Canadá retirara las subvenciones que se había constatado que eran incompatibles con las obligaciones que le imponía el párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (Acuerdo SMC) en un plazo de 90 días.² El plazo de 90 días venció el 20 de mayo de 2002.

1.2 El 24 de mayo de 2002, el Brasil sostuvo que el Canadá no había cumplido la recomendación del OSD en el plazo estipulado por el Grupo Especial y, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 10 del artículo 4 del Acuerdo SMC y el párrafo 2 del artículo 22 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (el "ESD"), el Brasil solicitó del OSD autorización para adoptar las contramedidas apropiadas por la cuantía de 3.360 millones de dólares EE.UU.³

1.3 El Brasil especificó en su comunicación, entre otras cosas, que tenía el propósito de dar efecto a esa autorización para adoptar contramedidas apropiadas mediante algunas de las siguientes disposiciones, o todas ellas:

- a) suspensión de la aplicación de la obligación, prevista en el inciso a) del párrafo 6 del artículo VI del GATT de 1994, de determinar que el efecto de las subvenciones concedidas en el marco de los programas Cuenta del Canadá de la EDC y Cuenta Mercantil de la EDC sea tal que cause o amenace causar un daño importante a una rama de producción nacional ya existente o que retrase de manera importante la creación de una rama de producción nacional;
- b) suspensión de la aplicación de las obligaciones previstas en el Acuerdo sobre Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación en relación con las prescripciones en materia de licencias con respecto a las importaciones procedentes del Canadá; y
- c) suspensión de las concesiones arancelarias y obligaciones conexas en el marco del GATT de 1994 en lo que concierne a una lista de productos que se extraerían de la lista adjunta a la solicitud del Brasil.

B. SOLICITUD DE ARBITRAJE Y ELECCIÓN DEL ÁRBITRO

1.4 El 21 de junio, el Canadá presentó una comunicación al OSD en que objetaba el recurso por el Brasil al párrafo 2 del artículo 22 del ESD y al párrafo 10 de artículo 4 del Acuerdo SMC. El Canadá sostenía que las contramedidas propuestas por el Brasil no eran apropiadas.

¹ Informe del Grupo Especial, *Canadá - Créditos a la exportación y garantías de préstamos para las aeronaves regionales*; en adelante, "el Grupo Especial" y "el informe del Grupo Especial".

² Conforme a lo recomendado por el Grupo Especial en el informe sobre el asunto *Canadá - Créditos y garantías de préstamos para aeronaves*, párrafo 8.4.

³ WT/DS222/7.

1.5 Además, el Canadá consideraba que, con respecto a la parte de la solicitud del Brasil referente a la alegación de que el Canadá había omitido retirar las subvenciones respecto de ciertas opciones concernientes a las aeronaves en una transacción considerada por el Grupo Especial,

- a) no se había producido la situación descrita en el párrafo 2 del artículo 22 del ESD porque no había subvenciones que el Canadá tuviera que retirar;
- b) no se había cumplido, por lo tanto, una condición previa necesaria para la aplicación del párrafo 6 del artículo 22 del ESD; y
- c) el OSD no estaba facultado para considerar la autorización solicitada por el Brasil.

El Canadá solicitó que se retirara ese punto del orden del día del OSD. Subsidiariamente, pidió que el asunto se sometiera a arbitraje de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del ESD y con el párrafo 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC.⁴

1.6 En la reunión celebrada por el OSD el 24 de junio de 2002, se acordó que la cuestión planteada por el Canadá en el documento WT/DS222/8 se sometiera a arbitraje de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del ESD y el párrafo 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC.⁵

1.7 El arbitraje estuvo a cargo del grupo especial que entendió inicialmente en el asunto, a saber:

Presidente: Sr. William J. Davey

Miembros: Sra. Usha Dwarka-Canabady
Sr. Seung Wha Chang

1.8 El Árbitro celebró una reunión de organización con las partes el 17 de julio de 2002, durante la cual las partes expresaron sus puntos de vista sobre el proyecto de calendario y los procedimientos de trabajo elaborados por el Árbitro. Teniendo en cuenta las observaciones complementarias presentadas posteriormente por las partes, el Árbitro adoptó su calendario y sus procedimientos de trabajo el 25 de julio de 2002.⁶ Conforme al calendario, el 3 de septiembre de 2002 el Brasil presentó una declaración sobre su metodología para establecer las contramedidas apropiadas. El Canadá presentó sus observaciones el 10 de septiembre. Ambas partes presentaron comunicaciones escritas iniciales el 20 de septiembre, y escritos de réplica el 8 de octubre. El Árbitro celebró una reunión sustantiva con las partes el 24 de octubre de 2002 y les formuló preguntas escritas el 25 de octubre. Las partes respondieron por escrito el 1º de noviembre de 2002 y se les otorgó plazo hasta el 7 de noviembre para formular sus observaciones sobre las respuestas de la otra parte. Posteriormente, ambas partes pidieron al Árbitro que no emitiera su informe entre el 6 y el 19 de diciembre de 2002. El 23 de diciembre de 2002 se dio traslado a las partes de una versión confidencial del informe del Árbitro. Se pidió a las partes que identificaran, no más tarde del 6 de enero de 2003, las partes del informe que, en su opinión, debían considerarse confidenciales. Tras haber recibido las observaciones de las partes, el Árbitro distribuyó la versión no confidencial del informe a los Miembros el 17 de febrero de 2003.

⁴ WT/DS222/8.

⁵ WT/DS222/9.

⁶ Los Procedimientos de Trabajo del Árbitro se encuentran en el Apéndice 3 del ESD y el anexo 2 de este informe.

II. CUESTIONES PRELIMINARES

A. MANDATO DEL ÁRBITRO

2.1 El Canadá inició este procedimiento de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del ESD y el párrafo 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC. El párrafo 6 del artículo 22 del ESD, en la parte pertinente, dispone lo que sigue:

"Cuando se produzca la situación descrita en el párrafo 2, el OSD, previa petición, concederá autorización para suspender concesiones u otras obligaciones dentro de los 30 días siguientes a la expiración del plazo prudencial, a menos que decida por consenso desestimar la petición. No obstante, si el Miembro afectado impugna el nivel de la suspensión propuesta ... la cuestión se someterá a arbitraje. ..."

2.2 Sin embargo, con respecto a las contramedidas adoptadas en respuesta a violaciones del párrafo 1 del artículo 3 del Acuerdo SMC sobre las subvenciones prohibidas, el párrafo 11 del artículo 4 de ese Acuerdo establece el siguiente mandato del Árbitro:

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

2.3 El Canadá alega que el nivel de la suspensión de concesiones solicitado por el Brasil es incompatible con el párrafo 10 del artículo 4 del Acuerdo SMC porque las contramedidas propuestas no son "apropiadas" en el sentido de esa disposición.

2.4 Observamos que el Canadá no ha planteado ninguna objeción referente al *tipo* de contramedidas propuestas en este caso. Nuestro mandato conforme al párrafo 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC en relación con la violación del artículo 3 de ese Acuerdo sólo consiste, por lo tanto, en determinar si es o no apropiado el *nivel* de las contramedidas propuestas.

B. CARGA DE LA PRUEBA

2.5 Ambas partes están de acuerdo en que recae en el Canadá, como solicitante en este asunto, la carga de probar sus aseveraciones según las cuales el nivel solicitado de suspensión de concesiones no es una contramedida apropiada en el sentido del párrafo 10 del artículo 4 del Acuerdo SMC.⁷

2.6 Recordamos que los principios generales aplicables a la carga de la prueba, establecidos por el Órgano de Apelación, requieren que la parte que alega la infracción de una disposición del Acuerdo sobre la OMC por otro Miembro debe afirmar y probar su alegación.⁸ Consideremos que estos principios también son pertinentes al procedimiento arbitral correspondiente al párrafo 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC.⁹ En este procedimiento, por lo tanto, estamos de acuerdo en que

⁷ Primera comunicación del Brasil, párrafos 22 a 24; escrito de réplica del Canadá, párrafos 12 a 15.

⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camisas y blusas*, DSR 1997:I, 323, página 337.

⁹ Respecto de la aplicación anterior de estas reglas en el procedimiento arbitral previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD, véase la Decisión de los Árbitros en *CE - Hormonas (Canadá)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE), párrafos 8 y siguientes. Para una aplicación en el contexto del párrafo 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC, véase la Decisión de los Árbitros en *Brasil - Aeronaves* (párrafo 6 del artículo 22 - Brasil), párrafos 2.8 y siguientes y la Decisión del Árbitro en *Estados Unidos - EVE* (párrafo 6 del artículo 22 - EE.UU.), párrafos 2.8 a 2.11.

corresponde al Canadá, que ha impugnado la compatibilidad del nivel de las contramedidas propuestas por el Brasil con arreglo al párrafo 10 del artículo 4 del Acuerdo SMC, la carga de probar que las cantidades propuestas no son compatibles con dicha disposición. Incumbe al Canadá, en consecuencia, presentar pruebas suficientes para acreditar *prima facie*, o establecer una "presunción", de que las contramedidas propuestas por el Brasil no son "apropiadas". Una vez que el Canadá lo haya hecho, corresponderá al Brasil presentar pruebas suficientes para refutar esa "presunción". En caso de que las pruebas se mantuvieran en equilibrio respecto de determinada alegación, el Árbitro concluiría que la alegación no ha quedado acreditada.

2.7 Observamos, sin embargo, que en general incumbe a la parte que alega un hecho -sea el demandante o el demandado- aportar la prueba correspondiente.¹⁰ A este respecto, por lo tanto, corresponde al Brasil presentar pruebas de los hechos que afirma.

2.8 Por último, ambas partes han alegado que, respecto de determinadas cuestiones, la otra parte tiene en su poder exclusivamente la información necesaria para acreditar que el nivel propuesto de suspensión de concesiones u otras obligaciones es apropiado. A este respecto recordamos que, en general, ambas partes tienen el deber de cooperar en este procedimiento arbitral a fin de ayudarnos en el cumplimiento de nuestro mandato, facilitando las informaciones pertinentes.¹¹ Por ello, aunque inicialmente recae en el Canadá la carga de la prueba, también hemos pedido al Brasil que presentara un "documento sobre la metodología" que describiera la forma en que llegó al nivel de las contramedidas que propone.¹² Posteriormente le hemos pedido que presentara pruebas en apoyo de diversas aseveraciones fácticas formuladas en su "documento sobre la metodología".

C. CONSIDERACIÓN DE LAS PRUEBAS PRESENTADAS POR EL BRASIL EN SU DECLARACIÓN FINAL EN LA AUDIENCIA

2.9 El Canadá alega que el Brasil presentó nuevos argumentos y nuevas pruebas en sus observaciones finales formuladas al término de nuestra reunión sustantiva con las partes, celebrada el 24 de octubre de 2002.¹³ Las pruebas de que se trata consistían en dos artículos periodísticos incluidos en las Pruebas documentales BRA-76 y 77. El Canadá alega que la presentación por el Brasil de estas pruebas documentales infringía el debido proceso y era contraria a las disposiciones del apartado d) de los Procedimientos de Trabajo del Árbitro¹⁴, porque el Brasil no invocó razón alguna por la que no hubiera podido presentar sus pruebas oportunamente. Sobre estas bases, el Canadá pide que el Árbitro excluya las pruebas documentales mencionadas.

2.10 El Brasil responde que su declaración final no era más que una síntesis de su argumentación, con el agregado de algunas cuestiones sobre política general. Con respecto a las Pruebas documentales BRA-76 y 77, el Brasil sostiene que están adecuadamente incorporadas al expediente, porque forman parte de la respuesta del Brasil a la pregunta 2 formulada a ambas partes por el Árbitro.

¹⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camisas y blusas*, página 16.

¹¹ Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Aeronaves*, párrafo 190.

¹² Este enfoque es similar al que se siguió en otros arbitrajes correspondientes al párrafo 6 del artículo 22 del ESD y al párrafo 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC.

¹³ "Observaciones del Canadá sobre los nuevos argumentos y pruebas que se presentaron en la declaración final del Brasil", 1º de noviembre de 2002, párrafos 1 a 3.

¹⁴ Anexo 2 del presente informe.

2.11 Recordamos que el apartado d) de nuestros Procedimientos de Trabajo dispone lo siguiente:

"d) Las partes presentarán a los árbitros todas las pruebas fácticas a más tardar con las primeras comunicaciones escritas dirigidas a los árbitros, excepto en lo que se refiere a las pruebas necesarias a los efectos de los escritos de réplica o de las respuestas a las preguntas formuladas. Podrán establecerse excepciones a este procedimiento por causas justificadas. En tal caso, se dará a la otra parte un plazo para formular observaciones, según proceda;"

2.12 El apartado d), que también se encuentra, *mutatis mutandis*, en la mayoría de los procedimientos de trabajo de los grupos especiales sobre el cumplimiento, correspondientes al párrafo 5 del artículo 21 del ESD, tiene por objeto asegurar que las partes cuenten con oportunidades suficientes para formular sus observaciones sobre cualquier elemento de prueba presentado durante las actuaciones. En el apartado d) se establece con claridad cuáles son las circunstancias en que pueden presentarse pruebas después de la primera comunicación escrita. Ante todo, las nuevas pruebas pueden presentarse a los efectos de los escritos de réplica o las respuestas a las preguntas. En segundo lugar, el Árbitro puede admitir la presentación de nuevas pruebas posteriormente por causa justificada. En todos los casos, el apartado d) exige que se dé a la otra parte un plazo para formular sus observaciones, según proceda.

2.13 Recordamos que en el asunto *Argentina - Medidas que afectan a las importaciones de calzado, textiles, prendas de vestir y otros artículos*¹⁵, el Grupo Especial debió resolver una situación en que se habían presentado pruebas en un momento avanzado de las actuaciones.¹⁶ El Grupo Especial consideró que el debido proceso lo obligaba a admitir las pruebas presentadas por los Estados Unidos en el entendimiento de que la Argentina contaría con un plazo para formular otras observaciones sobre los nuevos elementos de prueba. El Órgano de Apelación confirmó el razonamiento del Grupo Especial, apoyando la tesis de que éste gozaba de cierto grado de discrecionalidad con respecto a las pruebas y declarando que la Argentina no había solicitado más tiempo para formular observaciones.¹⁷

2.14 En este caso, el Canadá pide que el Árbitro rechace las pruebas porque el Brasil no invocó causas justificadas para presentar tardíamente un elemento de información que había estado a su alcance durante cierto tiempo.¹⁸ El Brasil responde que las Pruebas documentales BRA-76 y 77 fueron presentadas como parte de su respuesta a la pregunta 2 dirigida por el Árbitro a ambas partes. Sin embargo, no encontramos referencias a esas pruebas documentales en lugar alguno de la respuesta del Brasil de 1º de noviembre de 2002. Suponiendo que la prueba se hubiera presentado a los efectos del escrito de réplica, no vemos ninguna razón por la que no hubiera podido presentarse junto con la declaración oral del Brasil en nuestra reunión, en lugar de presentarse con su declaración final. Al retrasar la presentación de estas pruebas hasta su declaración final, la situación del Brasil como demandado le proporcionó una ventaja procesal, dado que se manifestó en último término, y no estaba previsto en los Procedimientos de Trabajo que el Canadá pudiese responder en ese momento. Esto hace aun menos aceptable esa presentación tardía de pruebas. La presentación deliberada de pruebas en un momento en que la otra parte normalmente ya no está en condiciones de formular sus

¹⁵ Informe del Grupo Especial, *Argentina - Calzado, textiles y prendas de vestir*, párrafo 6.55.

¹⁶ En ese asunto, los Estados Unidos habían presentado pruebas pocos días antes de la segunda audiencia del Grupo Especial.

¹⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Argentina - Calzado, textiles y prendas de vestir*, párrafos 80 y 81.

¹⁸ Las Pruebas documentales BRA-76 y 77 están fechadas, respectivamente, el 10 de julio de 2001 y el 19 de octubre de 2002.

observaciones al respecto -como en este caso- no sólo afecta negativamente a los intereses de esa parte, sino que también afecta al debido proceso en general y puede generar demoras en la labor de los grupos especiales y los Árbitros, haciendo que les resulte más difícil cumplir los plazos que figuran en el Acuerdo sobre la OMC. En consecuencia, hemos estimado más apropiado excluir esas pruebas que dar al Canadá la oportunidad de responder a ellas, más aún porque el Canadá había pedido expresamente que el Árbitro las rechazara. Debido a ello, hemos resuelto no tener en cuenta las Pruebas documentales BRA-76 y 77 presentadas por el Brasil.

D. ADMISIBILIDAD DE NUEVOS ARGUMENTOS

2.15 Puesto que hemos rechazado las Pruebas documentales BRA-76 y 77, no vemos razón alguna para examinar los argumentos del Canadá referentes a ellas.

2.16 Por consiguiente, hemos de considerar la comunicación adicional del Canadá en la medida en que se refiere a las observaciones finales del Brasil formuladas en la reunión, con independencia de las Pruebas documentales BRA-76 y 77. Esa comunicación no debe considerarse como una respuesta a nuevas pruebas, sino como una nueva comunicación de argumentos que no está prevista en los Procedimientos de Trabajo. Una interpretación estricta de nuestros Procedimientos de Trabajo debería llevarnos a desestimar la comunicación adicional del Canadá. No obstante, observamos que el Brasil, en sus observaciones finales, desarrolló una línea de argumentación más bien nueva. Era en beneficio del debido proceso y de la información del Árbitro oír lo que el Canadá tuviera que decir a ese respecto, si el Canadá así lo deseaba. Observamos también que, aunque el Canadá decidió responder a los argumentos del Brasil, se preservó el derecho del Brasil -como demandado- a manifestarse en último término al darse a las partes la oportunidad de formular observaciones sobre las respuestas dadas por la otra a las preguntas del Árbitro. No vimos ninguna razón para intervenir en ese proceso mientras, en último extremo, se respetara el debido proceso. Tampoco creemos que nuestra pasividad a ese respecto pudiera llevar a un intercambio ilimitado de argumentos, porque las observaciones sobre las respuestas a las preguntas fueron la última oportunidad de las partes para manifestar sus puntos de vista, conforme a lo dispuesto por el Árbitro en su audiencia con las partes.

2.17 Por estas razones, decidimos aceptar las observaciones del Canadá sobre la declaración final del Brasil y las observaciones del Brasil sobre esas observaciones.

E. CONFIDENCIALIDAD

2.18 Ambas partes han insistido durante estas actuaciones en la confidencialidad de ciertos documentos presentados al Árbitro.¹⁹ Hemos tenido presentes los graves problemas que podría causar la revelación de determinadas informaciones comerciales o financieras. Del mismo modo que el Árbitro del asunto *Brasil - Aeronaves*, hemos sido conscientes de que la plena colaboración de los Miembros y los particulares en el mecanismo de solución de diferencias de la OMC, que es decisiva para una evaluación objetiva de los hechos, depende a menudo de la adecuada protección de la información confidencial.

2.19 Por esta razón, resolvimos preparar dos versiones del presente informe. De la primera versión, que incluye los detalles de nuestros cálculos y toda la información en que nos hemos basado, se dio traslado exclusivamente a las partes y con carácter confidencial. También pedimos a las partes que identificaran la información delicada desde el punto de vista comercial que consideraron

¹⁹ En respuesta a nuestra solicitud, las partes consintieron en que tuviéramos acceso al expediente del arbitraje sobre *Brasil - Aeronaves*, siempre que respetásemos la confidencialidad de la información que contiene. Hicimos esa solicitud en vista de las abundantes referencias de las partes al expediente de ese arbitraje.

necesario eliminar del texto de una versión no confidencial que se distribuiría a los Miembros.²⁰ Aunque algunos datos no figuran en esta versión, es suficientemente detallada, sin embargo, para que todos los Miembros puedan comprender el razonamiento del Árbitro y el método aplicado para determinar si las contramedidas propuestas por el Brasil son o no apropiadas. Al proceder así, el Árbitro estima que ha respetado las obligaciones que le impone el ESD, protegiendo debidamente, al mismo tiempo, la confidencialidad de ciertas informaciones conforme a lo solicitado por las partes.

III. DETERMINACIÓN DE LAS "CONTRAMEDIDAS APROPIADAS"

A. PRINCIPALES ARGUMENTOS DE LAS PARTES

3.1 El Brasil alega que, habida cuenta de las circunstancias de este caso, el nivel apropiado de las contramedidas debe fijarse a la luz de las ventas que el Brasil (es decir, Embraer) perdió en beneficio de Bombardier en relación con las transacciones respecto de las que el Grupo Especial constató que el Canadá había otorgado subvenciones a la exportación prohibidas. Para calcular esa cantidad, el Brasil suma ante todo el valor de todos los contratos obtenidos por Bombardier como consecuencia de las subvenciones otorgadas por el Gobierno del Canadá, es decir, los contratos con Comair, Air Nostrum y Air Wisconsin. El Brasil calcula un valor estimado de cada aeronave correspondiente a esos contratos sobre la base del valor total del contrato de Air Wisconsin mencionado por Bombardier en un comunicado de prensa de 16 de abril de 2001. El Brasil suma a esta cantidad los perjuicios causados a Embraer a través de oportunidades mercantiles perdidas en directa relación con las transacciones de las que el Grupo Especial estableció que eran incompatibles con el Acuerdo SMC, es decir, el suministro de partes y servicios a Air Nostrum, Air Wisconsin y Comair y ventas a otras filiales de Delta Airlines que se perdieron debido a factores de "características comunes" de la flota.²¹ El Brasil considera que el total representa un nivel posible de "contramedidas apropiadas". Sin embargo, el Brasil estima que esta suma es innecesariamente elevada teniendo en cuenta la magnitud de los intercambios entre los dos países. Por lo tanto, limita el nivel de las contramedidas que propone a 3.360 millones de dólares EE.UU., en cuya cantidad estima el valor de los contratos correspondientes a aeronaves no entregadas hasta la fecha en que debieron haberse retirado las subvenciones, es decir, el 20 de mayo de 2002.

3.2 El Canadá considera que este caso es similar al del arbitraje del asunto *Brasil - Aeronaves*. Por consiguiente, el Canadá acepta que sería apropiado autorizar al Brasil a adoptar contramedidas que, como en ese arbitraje, se basaran en la cuantía de las subvenciones. Esa cantidad correspondería a la diferencia entre el valor actual de los pagos pendientes en el marco de la financiación subvencionada de las aeronaves entregadas o que deben entregarse a partir de la fecha fijada para el cumplimiento y el valor de los pagos que habrían correspondido si esas aeronaves se hubiesen financiado con tipos de interés de mercado.²² El Canadá alega que el empleo del valor de las ventas, en lugar de la cuantía de las subvenciones, daría lugar a contramedidas inapropiadas, sosteniendo que no hay razón alguna para apartarse del criterio que aplicaron los demás Árbitros establecidos

²⁰ El Canadá presentó propuestas para la revisión el 6 de enero de 2003. El 13 de enero del mismo año, el Brasil objetó varias revisiones propuestas por el Canadá. En su respuesta de 22 de enero de 2003, el Canadá manifestó que estaba de acuerdo en que las revisiones objetadas por el Brasil no eran necesarias. Por lo tanto, el texto de la versión distribuida a los Miembros es idéntico al de la versión confidencial entregada a las partes, salvo respecto de la información que el Árbitro, teniendo en cuenta las observaciones de las partes, consideró confidencial. Esa información se sustituyó por "xxx".

²¹ El Brasil añade que no incluyó en sus cálculos la merma de ingresos fiscales por la pérdida de ventas ni otros perjuicios materiales, como los resultantes del desempleo directo e indirecto y las pérdidas de los proveedores de partes y servicios, entre otros (documento sobre metodología del Brasil, página 3).

²² Observaciones del Canadá respecto del documento sobre metodología del Brasil, párrafos 3 y 4.

conforme al párrafo 4 del artículo 11. Además, según el Canadá, el Brasil no ha demostrado que el valor de las ventas equivalga al "perjuicio" supuestamente derivado de la transacción con Air Wisconsin. El Canadá alega que el Brasil simplemente supone que, si no hubiera existido la subvención del Canadá, Embraer habría obtenido la totalidad de las ventas y opciones que obtuvo Bombardier con Air Wisconsin.²³ El Canadá considera que un criterio más adecuado consistiría en emplear el escenario hipotético de que el Canadá hubiese retirado la subvención a partir del 20 de mayo de 2002. El Canadá considera que, dejando a un lado las condiciones de financiación, existía un margen de preferencia en favor de Bombardier que debe añadirse al costo que habría tenido para Air Wisconsin el traspaso a Embraer de sus pedidos pendientes. El Canadá considera que el costo total de ese cambio habría sido superior a cualquier posible ventaja en la financiación. Además, cualquier escenario hipotético realista debe tomar en consideración el interés decisivo del proveedor de responder asumiendo algunas de las condiciones del contrato. Sobre esta base, el Canadá opina que la única conclusión razonable es que la empresa aeronáutica no habría cambiado de proveedor. Por lo tanto, el nivel del perjuicio en esa hipótesis sería nulo.

B. CRITERIO DEL ÁRBITRO

3.3 Recordamos que el párrafo 10 del artículo 4 del Acuerdo SMC dispone lo siguiente:

"En caso de que no se cumpla la recomendación del OSD en el plazo especificado por el grupo especial, que comenzará a partir de la fecha de la adopción del informe del grupo especial o del informe del Órgano de Apelación, el OSD autorizará al Miembro reclamante a adoptar contramedidas apropiadas⁹, a menos que decida por consenso desestimar la petición."

*(Nota de pie de página del original)*⁹ Este término no permite la aplicación de contramedidas desproporcionadas sobre la base de que las subvenciones a que se refieren las disposiciones del presente artículo están prohibidas.

3.4 Además, el párrafo 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC define nuestro mandato en los siguientes términos:

"En caso de que una parte en la diferencia solicite un arbitraje al amparo de lo dispuesto en el párrafo 6 del artículo 22 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias ('ESD'), el árbitro determinará si las contramedidas son apropiadas."¹⁰

*(Nota de pie de página del original)*¹⁰ Este término no permite la aplicación de contramedidas que sean desproporcionadas sobre la base de que las subvenciones a que se refieren las disposiciones del presente artículo están prohibidas.

3.5 Estas dos disposiciones se complementan recíprocamente. La expresión "contramedidas apropiadas" define las medidas que pueden autorizarse en caso de incumplimiento; y nuestro mandato nos obliga a examinar si, al proponer la adopción de determinadas medidas en aplicación de esa disposición, el Miembro vencedor ha respetado o no los parámetros de lo admisible con arreglo al párrafo 10 del artículo 4 del Acuerdo SMC. Al hacerlo, debemos tratar de establecer si, en este caso particular, las contramedidas propuestas por el Brasil son o no "apropiadas".

²³ Escrito de réplica del Canadá, párrafos 42 a 48.

C. EL CONCEPTO DE "CONTRAMEDIDAS APROPIADAS" CONFORME AL PÁRRAFO 10 DEL ARTÍCULO 4 DEL ACUERDO SMC

3.6 Nuestra primera tarea consiste en examinar el significado del párrafo 10 del artículo 4 en la medida necesaria para este arbitraje. A ese respecto observamos que las partes se han referido con frecuencia a los otros dos arbitrajes llevados a cabo hasta ahora con arreglo al párrafo 6 del artículo 22 del ESD y el párrafo 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC: *Brasil - Aeronaves* y *Estados Unidos - EVE*. Observamos que en ambos casos (y en particular en el asunto *Estados Unidos - EVE*) los Árbitros debieron examinar las disposiciones del párrafo 10 del artículo 4 y, sobre todo, la expresión "contramedidas apropiadas". Recordamos que ambos Árbitros aplicaron con ese fin los principios generales de interpretación plasmados, en lo esencial, en los artículos 31 a 33 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969).²⁴

3.7 Observamos que el Árbitro del asunto *Estados Unidos - EVE* examinó en primer lugar el significado de la expresión "contramedidas":

"5.4 Las definiciones de diccionario del término 'contramedida' sugieren que es fundamental la referencia al acto ilícito a que se supone que responde. El *New Oxford Dictionary* define 'countermeasure' (contramedida) como 'an action taken to counteract a danger, threat, etc.' (un acto destinado a contrarrestar un peligro, amenaza, etc.).²⁵ El significado de 'counteract' (contrarrestar) es 'hinder or defeat by contrary action; neutralize the action or effect of' (dificultar o impedir mediante un acto contrario; neutralizar la acción o el efecto).²⁶ Igualmente, el prefijo 'counter' (contra) se define entre otras cosas como 'opposing, retaliatory' (oposición, retorsión).²⁷ El sentido corriente del término sugiere así que una contramedida presupone una relación con el acto que ha de ser contrarrestado, o con los efectos de éste (dificultar o impedir mediante un acto contrario; neutralizar la acción o el efecto)."²⁸

Considerando estas definiciones en el contexto del artículo 4 del Acuerdo SMC, el Árbitro del asunto *Estados Unidos - EVE* constató que el sentido corriente de la expresión "contramedidas" comprende actos encaminados a contrarrestar la medida en cuestión (neutralizar efectivamente la subvención a la exportación) o contrarrestar sus efectos sobre la parte afectada, o ambas cosas.²⁹

3.8 Seguidamente, al examinar el significado de "apropiadas", el Árbitro del asunto *Estados Unidos - EVE* observó lo siguiente:

²⁴ Véase la Decisión de los Árbitros, *Brasil - Aeronaves* (párrafo 6 del artículo 22 - *Brasil*), párrafos 3.42 y siguientes; y Decisión de los Árbitros, *Estados Unidos - EVE* (párrafo 6 del artículo 22), párrafo 4.7, respecto de la aplicación del párrafo 2 del artículo 3 del ESD y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados a los arbitrajes previstos en el ESD.

²⁵ (Nota de pie de página del original) *The New Shorter Oxford English Dictionary* (1993).

²⁶ (Nota de pie de página del original) *Ibid.*

²⁷ (Nota de pie de página del original) *Webster's New Encyclopaedic Dictionary* (1994).

²⁸ (Nota de pie de página del original) *The New Shorter Oxford English Dictionary* (1993).

²⁹ Decisión del Árbitro, *Estados Unidos - EVE* (párrafo 6 del artículo 22 - *EE.UU.*), párrafo 5.6.

"5.9 El sentido ordinario del término '*appropriate*' (apropiadas) remite a lo que es '*especially suitable or fitting*' (especialmente conveniente o apto).³⁰ El término '*suitable*' (conveniente) puede ser definido, a su vez, como '*fitted for or appropriate to a purpose, occasion...*' (apto o apropiado para un propósito, ocasión ...) o '*adapted to a use or purpose*' (adaptado a un uso o finalidad).³² El significado del término '*fitting*' (apto) puede ser definido como '*of a kind appropriate to the situation*' (de un tipo adecuado a la situación)."³³

Sobre la base de estas consideraciones, concluyó:

"Basándose en el significado textual del término, ello significa que las contramedidas deben estar adaptadas al caso particular en cuestión. El término es coherente con el propósito de no prejuzgar qué circunstancias pueden presentarse en un caso concreto en el contexto específico de los mecanismos de solución de diferencias. En esa medida, contiene un elemento de flexibilidad, en el sentido de que excluye cualquier fórmula cuantitativa *a priori* rígida. Pero también está claro que existe, no obstante, una relación objetiva que ha de ser absolutamente respetada: las contramedidas han de ser aconsejables o aptas como respuesta en el caso en cuestión."³⁴

3.9 Pasando al análisis del significado de "apropiadas" a la luz de los términos de la correspondiente nota 9, el Árbitro del asunto *Estados Unidos - EVE* llegó a la conclusión de que la flexibilidad lograda mediante el empleo del término "apropiadas" está sujeta al requisito de evitar la desproporción entre las contramedidas propuestas y la medida infractora en sí misma o los efectos de la medida en el Miembro afectado, o ambas cosas.³⁵ La nota de pie de página y el hecho de que la subvención deba retirarse también dejan claro que no puede interpretarse el texto de forma que confine el criterio del carácter apropiado al elemento de contrarrestar los efectos perjudiciales para una parte. En opinión del Árbitro del asunto *Estados Unidos - EVE*:

"el derecho a adoptar contramedidas ha de evaluarse teniendo en cuenta el carácter jurídico del acto ilícito y la forma en que el quebrantamiento de esa obligación ha alterado el equilibrio de derechos y obligaciones establecido entre los Miembros. El juicio acerca de si las contramedidas son desproporcionadas ha de hacerse desde esa perspectiva".³⁶

En particular, el Árbitro recordó que la proporción relativa que debe existir entre el acto ilícito y las contramedidas supone que no debe existir "un manifiesto desequilibrio o una manifiesta incongruencia".³⁷

³⁰ (Nota de pie de página del original) Webster's New Encyclopaedic Dictionary (1994).

³¹ (Nota de pie de página del original) The New Shorter Oxford English Dictionary (1993).

³² (Nota de pie de página del original) Webster's New Encyclopaedic Dictionary (1994).

³³ (Nota de pie de página del original) Webster's New Encyclopaedic Dictionary (1994).

³⁴ Decisión del Árbitro, *Estados Unidos - EVE* (párrafo 6 del artículo 22 - EE.UU.), párrafo 5.12.

³⁵ *Ibid.*, párrafo 5.19.

³⁶ Decisión del Árbitro, *Estados Unidos - EVE* (párrafo 6 del artículo 22 - EE.UU.), párrafo 5.24.

³⁷ *Ibid.*, párrafo 5.18.

3.10 Considerando el Acuerdo SMC como parte del contexto del párrafo 10 del artículo 4, el Árbitro del asunto *Estados Unidos - EVE* observó que los conceptos de "efectos sobre el comercio", "efectos negativos" o "impacto sobre el comercio" estaban ausentes del artículo 4, mientras que pueden encontrarse muy claramente expuestos cuando se hace referencia a las medidas correctivas en el artículo 7 del Acuerdo SMC.³⁸ Llegó a la conclusión de que esa distinción terminológica es reflejo de la diferente naturaleza jurídica y el régimen de los distintos tipos de subvenciones.³⁹ El Árbitro también observó la diferencia entre el párrafo 4 del artículo 22 del ESD y el párrafo 10 del artículo 4 del Acuerdo SMC, señalando que este último no contiene el criterio cuantitativo explícito que se encuentra en el primero, que dispone que "el nivel de la suspensión de concesiones u otras obligaciones autorizado por el OSD será equivalente al nivel de la anulación o menoscabo".⁴⁰

3.11 Por último, al considerar el objeto y fin del Acuerdo SMC y del Acuerdo sobre la OMC, el Árbitro del asunto *Estados Unidos - EVE* expresó la opinión de que el objeto del Acuerdo SMC con respecto al párrafo 10 del artículo 4 era garantizar el cumplimiento de la recomendación del OSD de que se retire la subvención sin demora.⁴¹

3.12 El Árbitro del asunto *Estados Unidos - EVE* concluyó:

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

5.62 Al mismo tiempo, el párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* no equivale a un cheque en blanco. Ninguna disposición del texto o de su contexto sugiere una autorización para adoptar medidas manifiestamente punitivas. Por el contrario, la nota 9 nos previene expresamente contra tal interpretación sin límites, al aclarar que no se puede entender que la expresión 'apropiadas' permita contramedidas 'desproporcionadas'. (...) En términos estrictos, las contramedidas que se adopten de conformidad con el párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* ni siquiera tienen que ser 'proporcionadas' sino no ser 'desproporcionadas'. Los Miembros no sólo están autorizados a adoptar contramedidas destinadas expresamente a compensar el acto ilícito original y la alteración del equilibrio de derechos y obligaciones que ese acto ilícito supone, sino que, al evaluar el carácter de 'apropiadas' de estas contramedidas en función de la gravedad de la infracción, ha de aceptarse un margen de apreciación, en función de la gravedad de esa infracción."

3.13 Teniendo en cuenta el razonamiento del Árbitro del asunto *Estados Unidos - EVE*, consideramos que los términos del párrafo 10 del artículo 4, tomados en su contexto y teniendo presente el objeto y fin del Acuerdo SMC y del Acuerdo sobre la OMC, no excluyen *a priori* que se recurra a ninguno de los métodos propuestos por las partes en este asunto. Estimamos que tiene

³⁸ *Ibid.*, párrafos 5.32 y 5.33.

³⁹ *Ibid.*, párrafos 5.36 y 5.37.

⁴⁰ *Ibid.*, párrafos 5.47 y 5.48.

⁴¹ *Ibid.*, párrafos 5.52 y 5.53.

especial importancia el elemento recordado por el Árbitro del asunto *Estados Unidos - EVE*, de que "las contramedidas han de ser aconsejables o aptas como respuesta en el caso en cuestión".⁴²

3.14 En vista de lo anterior, en este caso debemos determinar si las contramedidas propuestas son o no apropiadas con arreglo al párrafo 10 del artículo 4 del Acuerdo SMC. Al hacerlo, debemos asegurarnos de que no sean desproporcionadas.

D. EVALUACIÓN DEL NIVEL DE LAS CONTRAMEDIDAS PROPUESTAS POR EL BRASIL

1. Introducción

3.15 Como se señaló antes, el Brasil ha solicitado autorización del OSD para imponer contramedidas por valor de 3.360 millones de dólares EE.UU., en cuya cantidad estima el valor de los contratos correspondientes a aeronaves no entregadas hasta la fecha en que debieron haberse retirado las subvenciones en cuestión, es decir, el 20 de mayo de 2002. En realidad, esta suma incluye todas las aeronaves correspondientes al contrato con Air Wisconsin, ya que el Brasil carece de información sobre las entregas efectivamente realizadas con arreglo a ese contrato.

3.16 El Canadá, aunque admite que las contramedidas basadas en la cuantía de las subvenciones que otorgó, con determinados ajustes, serían apropiadas en este caso, alega que el nivel de las contramedidas propuestas por el Brasil es inapropiado. En primer lugar, el Canadá alega que esta diferencia es muy similar a la de *Brasil - Aeronaves*⁴³ y que, en comparación con ese asunto, el nivel de las contramedidas propuestas por el Brasil es desproporcionado. En segundo lugar, el Canadá alega que un análisis correcto de la propuesta del Brasil, en cuanto se basa en ventas perdidas o en un perjuicio competitivo, llevaría a la conclusión de que no es apropiado aplicar contramedida alguna.

3.17 Como ya se ha señalado⁴⁴, dado que el Canadá ha impugnado el carácter apropiado de las contramedidas propuestas por el Brasil, tiene sobre sí la carga de la prueba en primera instancia. En consecuencia, comenzaremos con el argumento del Canadá según el cual un análisis correcto de la metodología del Brasil de la pérdida de ventas y el perjuicio competitivo demuestra que ninguna contramedida es apropiada.

2. La metodología del Brasil de la pérdida de ventas y el perjuicio competitivo

a) Argumentos de las partes

3.18 El Canadá alega que "el Brasil simplemente ha supuesto que, si no hubiera existido la subvención del Canadá, Embraer necesariamente habría obtenido la totalidad de las ventas y opciones que obtuvo Bombardier con Air Wisconsin".⁴⁵ El Canadá sugiere que el criterio adecuado consiste en examinar la situación hipotética de que el Canadá hubiese retirado la subvención correspondiente a las aeronaves no entregadas al 20 de mayo de 2002, conforme a lo recomendado por el OSD. El Canadá alega que Air Wisconsin no habría transferido sus pedidos a Embraer porque tenía "un margen de preferencia manifiesto" para las aeronaves Bombardier, como lo demuestra el hecho de que las escogió en primer término cuando se le presentaron "ofertas equivalentes y competidoras a precios

⁴² Decisión del Árbitro, *Estados Unidos - EVE* (párrafo 6 del artículo 22 - EE.UU.), párrafo 5.12.

⁴³ Véase el párrafo 3.2, *supra*.

⁴⁴ Véase el párrafo 2.6, *supra*.

⁴⁵ Escrito de réplica del Canadá, párrafo 42.

inferiores a los del mercado".⁴⁶ Esa preferencia tendría que haberse añadido al costo que habría representado para Air Wisconsin el cambio de proveedor en mitad del contrato. Aun cuando estas consideraciones no bastasen para que Air Wisconsin mantuviera su preferencia por Bombardier, el Canadá alega que Bombardier tenía poderosos incentivos para tratar de conservar su negocio con Air Wisconsin.

3.19 En su respuesta, el Brasil alega que la hipótesis planteada por el Canadá no es pertinente porque, cuando se trata de subvenciones a la exportación prohibidas, se presume la existencia de un perjuicio grave y de efectos desfavorables.⁴⁷ Además, el Brasil alega que la posición del Canadá según la cual Air Wisconsin tenía algún tipo de preferencia por Bombardier no es compatible con la decisión del Canadá de otorgar una subvención de la Cuenta del Canadá para hacer posible que Bombardier obtuviese el contrato en primer lugar.⁴⁸ A este respecto, el Brasil recuerda que la Cuenta del Canadá está reservada para operaciones de interés nacional, y cita también a funcionarios canadienses que afirmaron que la subvención era necesaria para que Bombardier pudiese obtener el contrato.

b) Análisis del Árbitro

3.20 Observamos en primer lugar que, en principio, las contramedidas basadas en los efectos sobre el comercio o en el perjuicio competitivo pueden ser compatibles con el párrafo 10 del artículo 4. Sin embargo, con independencia de que se presuma o no la existencia de efectos desfavorables cuando se trata de subvenciones a la exportación prohibidas, como aduce el Brasil, queda en pie la cuestión de si la metodología empleada por el Brasil da lugar o no a un nivel de contramedidas apropiado. Como el Brasil basa las contramedidas que propone en los efectos sobre el comercio o los perjuicios competitivos, debemos determinar ante todo la naturaleza de esos efectos o perjuicios.

3.21 En los casos anteriores en que se propuso una metodología basada en la pérdida de ventas o los efectos sobre el comercio, como los asuntos *CE - Bananos* y *CE - Hormonas*, el "nivel de la suspensión de concesiones" (equivalente, en el artículo 22 del ESD, a las "contramedidas" del párrafo 10 del artículo 4 del Acuerdo SMC) que había de autorizarse quedó fijado por los Árbitros mediante una determinación del nivel de anulación o menoscabo en la fecha de expiración del plazo prudencial para el cumplimiento de las recomendaciones del OSD.⁴⁹ El nivel de la anulación o menoscabo se evaluó a la luz de las medidas pertinentes o la situación de los mercados en las fechas de expiración del plazo prudencial. De este modo, en los asuntos *CE - Bananos* los Árbitros tomaron en consideración el nivel de la anulación o menoscabo derivado de la medida de las CE, en su forma revisada⁵⁰, mientras que en los asuntos *CE - Hormonas*, los Árbitros consideraron el mercado de los productos de carne bovina existente en la fecha fijada para el cumplimiento, que se había contraído como consecuencia de diversas preocupaciones sanitarias, en comparación con el mercado existente al

⁴⁶ Escrito de réplica del Canadá, párrafo 44.

⁴⁷ Respuestas del Brasil a las preguntas dirigidas a las partes, párrafo 47.

⁴⁸ Respuestas del Brasil a las preguntas dirigidas a las partes, párrafo 50.

⁴⁹ Decisión de los Árbitros, *CE - Bananos III (EE.UU.) (párrafo 6 del artículo 22 - CE)*, párrafo 4.9; *CE - Hormonas (Canadá) (párrafo 6 del artículo 22 - CE)*, párrafo 37; *CE - Hormonas (EE.UU.) (párrafo 6 del artículo 22 - CE)*, párrafo 38.

⁵⁰ Decisión de los Árbitros, *CE - Bananos III (EE.UU.) (párrafo 6 del artículo 22 - CE)*, párrafos 4.8 y 4.9; y *CE - Bananos III (Ecuador) (párrafo 6 del artículo 22 - CE)*, párrafo 168.

comienzo del asunto.⁵¹ En todos estos casos, los Árbitros aplicaron una hipótesis en que comparaban la situación existente con la que habría existido si el cumplimiento hubiera tenido lugar al expirar el plazo prudencial.

3.22 Siguiendo este criterio tradicional, la cuestión clave en este caso consiste en determinar si el retiro de las subvenciones futuras por el Canadá a partir del 20 de mayo de 2002 -fecha del vencimiento del plazo prudencial en este caso- habría dado lugar a una modificación en las compras futuras de Air Wisconsin. Al considerar los argumentos del Canadá según los cuales no se habría producido ningún cambio, examinaremos en primer lugar su afirmación de que Air Wisconsin tenía un margen de preferencia manifiesto por Bombardier. Aunque pueda haber existido tal preferencia, el Canadá no la ha cuantificado significativamente y ponemos en duda su importancia teniendo en cuenta el hecho, señalado por el Brasil, de que el Canadá se sintió obligado a otorgar las subvenciones de que se trata para que Bombardier pudiera lograr el contrato. Sin embargo, es más importante el argumento del Canadá según el cual Bombardier habría tenido incentivos para tratar de conservar el contrato con Air Wisconsin, aunque fuese con cierto costo.⁵² El Brasil no responde a este argumento.⁵³

3.23 En resumidas cuentas, llegamos a la conclusión de que el Canadá ha cumplido la carga que le correspondía de demostrar que no son válidas las premisas en que se basa la metodología aplicada por el Brasil. Tras haber examinado las pruebas y los argumentos de ambas partes, estamos convencidos de que el retiro de la subvención no habría dado lugar a que Embraer obtuviera el resto del contrato de Air Wisconsin. En consecuencia, constatamos que la aplicación por el Brasil de su metodología de la pérdida de ventas y el perjuicio competitivo no justifica el nivel de las contramedidas que propone (3.360 millones de dólares EE.UU.). Por consiguiente, constatamos que el nivel de las contramedidas propuesto por el Brasil no es apropiado en los términos del artículo 4 del Acuerdo SMC.

3.24 Respalda esta conclusión nuestra opinión de que sería inapropiado basar el nivel de las contramedidas en las pérdidas de ventas sufridas por Embraer como consecuencia de no haber obtenido el contrato con Air Wisconsin en una situación en que ya hemos constatado antes que la oferta inicial de Embraer a Air Wisconsin no era, en sí misma, una oferta basada en el mercado.⁵⁴

⁵¹ Decisión de los Árbitros, CE - Hormonas (Canadá) (párrafo 6 del artículo 22 - CE), párrafo 37; y CE - Hormonas (EE.UU.) (párrafo 6 del artículo 22 - CE), párrafo 38.

⁵² No está claro que la conservación del contrato hubiera tenido un costo tan grande. El Canadá sostiene también que, teniendo en cuenta la relación ya existente de Air Wisconsin con Bombardier al 20 de mayo de 2002, Air Wisconsin no habría cambiado de proveedor en ese momento. A este respecto observamos que el 20 de mayo de 2002 se habían hecho ya las entregas correspondientes a 12 de los 51 pedidos en firme. El Brasil no da respuesta directa a esta afirmación. En realidad, el Brasil ha alegado en otro lugar de estas mismas actuaciones, en un contexto diferente, que una vez que una empresa de transporte aéreo adquiere un tipo de aeronave, esa empresa y otras vinculadas con ella tenderán a seguir con las aeronaves de ese tipo "debido al hecho, notorio en el sector del transporte aéreo, de que la 'homogeneidad' de las aeronaves de la flota de una empresa reduce en gran medida los costos de mantenimiento y reparación". Primera comunicación del Brasil, párrafo 46 (subrayado en el original).

⁵³ Observamos a este respecto que, según recuerda el Canadá, el Brasil mismo formuló un argumento similar en *Brasil - Aeronaves*, donde sostuvo, al referirse a la reacción de Embraer ante el retiro de subvenciones, que "Embraer tiene un importante interés comercial en mantener la actitud favorable y la confianza de sus clientes asegurando el cumplimiento de sus pedidos". (Escrito de réplica del Canadá, párrafo 45, donde se cita la comunicación escrita del Brasil en *Brasil - Aeronaves*, párrafo 56.)

⁵⁴ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.147 a 7.150.

3.25 Sin embargo, nos queda cierta preocupación por la posibilidad de que el criterio que seguimos aquí -centrado en lo que habría ocurrido si se hubiera cumplido, en comparación con la situación de incumplimiento- pueda dar lugar en algunos casos a la ineficacia de las contramedidas para lograr el cumplimiento. Entre esos casos podrían encontrarse casos de infracción del Acuerdo sobre Contratación Pública o el Acuerdo SMC en circunstancias que *no suponen*, como ocurre en este caso, ofertas de ambas partes que no corresponden a las condiciones de mercado. En realidad, la ineficacia de los recursos del tipo del GATT fue discutida con cierto detalle respecto de la contratación pública en el asunto *Noruega - Recaudación de peaje para Trondheim*.⁵⁵ No vemos ninguna razón para abordar la cuestión en este caso. No obstante, el tema tendría que tratarse en un asunto en que fuera pertinente. En este caso consideramos que el criterio que hemos seguido ha llevado al resultado correcto para este caso en particular.

3.26 A nuestro juicio, el análisis precedente indica que las contramedidas propuestas por el Brasil, basadas en su metodología de los efectos en el comercio y el perjuicio competitivo, no son apropiadas. Observamos, sin embargo, que las partes han presentado amplias argumentaciones acerca de si el *nivel* de esas contramedidas es o no "apropiado", en particular teniendo en cuenta las contramedidas autorizadas en el asunto *Brasil - Aeronaves*. Pasaremos ahora a examinar esa cuestión.

3. Carácter apropiado del nivel de las contramedidas propuestas por el Brasil

a) Argumentos del Canadá

3.27 El Canadá considera que la metodología del Brasil es incompatible con las que se emplearon en los dos arbitrajes anteriores referentes a subvenciones a la exportación, que se basaron en la cuantía de las subvenciones.⁵⁶ La cantidad propuesta por el Brasil no guarda proporcionalidad alguna y, en consecuencia, es inapropiada. A este respecto, el Canadá señala que en este asunto como en el asunto *Brasil - Aeronaves* intervienen las mismas partes, están involucradas las mismas disposiciones legales, las mismas aeronaves de transporte regional y las mismas subvenciones a la exportación que reducen el costo de financiación de esas aeronaves. Las dos diferencias destacadas que subraya el Canadá son que el asunto *Brasil - Aeronaves* se refería a un número mucho mayor de aeronaves (1.118) y que en ese caso el Brasil otorgó sus subvenciones simplemente para lograr una ventaja comercial ilícita frente a aeronaves competidoras de otros países, mientras que en este caso, el Canadá otorgó subvenciones únicamente para contrarrestar una oferta de Embraer que el Grupo Especial constató que tenía precio inferior al del mercado. A pesar de ello, el Canadá observa que el nivel de las contramedidas propuestas por el Brasil, considerado por cada aeronave, es 43 veces el nivel autorizado en *Brasil - Aeronaves*.⁵⁷

3.28 El Canadá alega también que las contramedidas, como lo reconoció el Árbitro en *Estados Unidos - EVE*, deben estar adaptadas al caso particular en cuestión. El concepto de "apropiadas" supone un examen de las circunstancias concretas, que en este caso indican una infracción menos desmesurada por el Canadá, lo que justifica que el nivel apropiado de las contramedidas sea más bajo. El Canadá sólo prestó ayuda a su propia industria aeronáutica respondiendo a una amenaza inminente de que el Brasil iba a subvencionar determinadas ventas. Como reconoció el Árbitro en el asunto *Estados Unidos - EVE*, las contramedidas deben reflejar la gravedad de la infracción y la naturaleza

⁵⁵ Informe del Grupo Especial adoptado el 13 de mayo de 1992, IBDD S40/380. Observamos también que en el asunto *Australia - Cuero para automóviles II (párrafo 5 del artículo 21 - EE.UU.)*, el Grupo Especial adoptó el criterio de que, en las circunstancias particulares de ese asunto, el retiro de una subvención prohibida suponía su reembolso (véanse, entre otros, los párrafos 6.46 a 6.49).

⁵⁶ Primera comunicación del Canadá, párrafos 8 y 9.

⁵⁷ Primera comunicación del Canadá párrafo 7.

de la alteración del equilibrio de derechos y obligaciones en cuestión. En ese contexto, el Canadá considera que sería apropiado reducir las contramedidas a la mitad de la cuantía de la subvención.⁵⁸

3.29 El Canadá refuta el argumento del Brasil según el cual el Canadá violó deliberadamente sus obligaciones y ello justifica contramedidas de especial gravedad. Cuando el Canadá ofreció su financiación para la operación con Air Wisconsin, lo hizo en la creencia de que la igualación estaba permitida por la "cláusula de resguardo" del punto k) de la Lista ilustrativa que figura en el Anexo I del Acuerdo SMC. Con respecto a la alegación del Brasil sobre orientación específica, el Canadá alega que la "igualación" supone necesariamente la orientación hacia una transacción concreta de otro país. El Canadá actuó sobre la base de pruebas convincentes de que el Brasil estaba ofreciendo subvenciones ilegales del PROEX, como se reconoció en el informe del Grupo Especial.⁵⁹ El Brasil basa su solicitud de contramedidas "punitivas" en la decisión del Canadá de cumplir su contrato con Air Wisconsin, mientras que el Brasil, en *Brasil - Aeronaves*, no sólo optó por cumplir sus contratos ya existentes, sino que también asumió compromisos en escala mucho mayor después del vencimiento de la fecha fijada para el cumplimiento. Teniendo en cuenta la disparidad de las infracciones y las circunstancias particulares de este caso, sería manifiestamente injusto admitir la solicitud del Brasil de contramedidas de un nivel enormemente mayor que las otorgadas respecto del incumplimiento del Brasil mismo en *Brasil - Aeronaves*. Por el contrario, serían totalmente apropiadas contramedidas proporcionalmente inferiores a las que se concedieron al Canadá en ese asunto.⁶⁰

b) Argumentos del Brasil

3.30 Al considerar si las contramedidas que propone son o no apropiadas, el Brasil recuerda que tanto en el arbitraje de *Brasil - Aeronaves* como en el de *Estados Unidos - EVE* se permitió que el Miembro autorizado a aplicar retorsión optase por basar el nivel de las contramedidas ya fuera en el nivel de la subvención o bien en los efectos de ésta.⁶¹ Según el Brasil, no viene al caso que el Canadá y las CE hayan optado por basar las contramedidas que propusieron, en esos dos casos, en el nivel de la subvención. El Brasil alega también que el arbitraje del asunto *Brasil - Aeronaves* no es decisivo desde el punto de vista jurídico, y que los dos casos no son similares.⁶²

3.31 En lo que respecta al nivel apropiado de las contramedidas, el Brasil observa que en *Brasil - Aeronaves* el Árbitro determinó que una contramedida era apropiada, entre otros criterios, si efectivamente inducía al cumplimiento. Las contramedidas del Brasil tienen el propósito de inducir efectivamente al Canadá a retirar las subvenciones a la exportación prohibidas. Si el nivel es demasiado bajo, según alega el Brasil, el Canadá no tendrá incentivo alguno para retirar la subvención prohibida.⁶³ El Brasil recuerda también que en el asunto *Estados Unidos - EVE* el Árbitro declaró que la contramedida podía dirigirse tanto a neutralizar la subvención a la exportación como a contrarrestar su efecto para la parte afectada. El Árbitro dijo que sería inapropiado limitar las contramedidas al valor nominal de una subvención a la exportación, porque en algunos casos los efectos desfavorables pueden ser manifiestamente mayores.⁶⁴ Según el Brasil, tanto el laudo de *Brasil - Aeronaves* como el

⁵⁸ Primera comunicación del Canadá, párrafos 12 a 18.

⁵⁹ Escrito de réplica del Canadá, párrafos 20 a 27.

⁶⁰ Escrito de réplica del Canadá, párrafos 28 a 30.

⁶¹ Escrito de réplica del Brasil, párrafo 3.

⁶² Escrito de réplica del Brasil, párrafo 3.

⁶³ Escrito de réplica del Brasil, párrafos 16 y 17.

⁶⁴ Primera comunicación del Brasil, párrafos 29 a 33.

de *Estados Unidos - EVE* permiten que el Miembro autorizado para aplicar retorsión opte entre basar el nivel de las contramedidas en el nivel de la subvención o en el efecto de ésta.⁶⁵

3.32 El Brasil añade que el Árbitro del asunto *Estados Unidos - EVE* también declaró que el mantenimiento de una subvención a la exportación ilícita tenía, por sí mismo, el efecto de alterar el equilibrio de derechos y obligaciones, con independencia de sus efectos reales en el comercio. Por lo tanto, el arbitraje debe tener en cuenta al mismo tiempo "la gravedad del acto ilícito" y el objetivo de lograr el retiro de la subvención prohibida.⁶⁶ Debe otorgarse un margen de apreciación debido a la "gravedad de la infracción". En este caso, el Canadá sabía y admitió que las subvenciones que otorgaba eran ilícitas. Además, el Canadá orientó las subvenciones hacia el Brasil. Esto constituye una infracción grave. Por añadidura, el Canadá no ha hecho nada para cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD y no se propone cumplirlas. El Canadá no puede alegar que la infracción del Brasil en *Brasil - Aeronaves* haya sido más grave. El PROEX es un programa general de créditos a la exportación. Su aplicación a las aeronaves tenía por objeto remediar o neutralizar la ventaja desleal que tenía el Canadá en la financiación de las exportaciones, mientras que el Canadá otorgó una financiación directa en condiciones muy generosas.⁶⁷ Esto justifica, como manifiestamente apropiadas, contramedidas basadas en el nivel del perjuicio competitivo sufrido por Embraer al perder el contrato con Air Wisconsin.⁶⁸ El Brasil señala que en *Brasil - Aeronaves* el Canadá consideró que las contramedidas podían basarse apropiadamente en el nivel del perjuicio competitivo.

3.33 El Brasil agrega que el Árbitro en el asunto *Estados Unidos - EVE* constató que un "nivel apropiado de contramedidas" debe estar adaptado al caso particular en cuestión, es decir, han de ser aconsejables o aptas como respuesta, concluyendo que un nivel propuesto para las contramedidas no es "desproporcionado" a menos que sea "manifiestamente excesivo".⁶⁹ El Brasil alega que podría haber propuesto un nivel de contramedidas considerablemente mayor, que no habría sido desproporcionado porque se calculó sobre la base de los efectos directamente perjudiciales que tuvo para el Brasil y Embraer la medida ilícita del Canadá.⁷⁰ Por ejemplo, el Brasil podría haber añadido al valor del contrato con Air Wisconsin el valor de los contratos con Air Nostrum y Comair, así como las oportunidades de suministro de partes y servicios durante la vida útil de las aeronaves vendidas a esas empresas. Sin embargo, el Brasil optó por pedir un nivel mucho más bajo de contramedidas, estrictamente proporcional al valor de uno solo de los contratos obtenidos por Bombardier mediante subvenciones prohibidas. El nivel de las contramedidas pedidas por el Brasil, por lo tanto, evidentemente no es desproporcionado y guarda relación directa con los efectos de la medida en el comercio.⁷¹

⁶⁵ Escrito de réplica del Brasil, párrafo 3.

⁶⁶ Escrito de réplica del Brasil, párrafo 6.

⁶⁷ Escrito de réplica del Brasil, párrafo 22 a 27.

⁶⁸ Primera comunicación del Brasil, párrafos 35 y 36; y escrito de réplica del Brasil, párrafo 7.

⁶⁹ Primera comunicación del Brasil, párrafos 37 y 38.

⁷⁰ Escrito de réplica del Brasil, párrafo 14.

⁷¹ Primera comunicación del Brasil, párrafos 50 a 52.

c) Análisis del Árbitro

i) *Observaciones preliminares*

3.34 El argumento básico del Canadá es que las contramedidas propuestas por el Brasil son inapropiadas porque son desproporcionadas en comparación con los dos asuntos anteriores sobre subvenciones a la exportación en que se autorizaron contramedidas. En particular, el Canadá traza una comparación entre el nivel autorizado en el asunto *Brasil - Aeronaves* y el que se propone aquí, en que las contramedidas, calculadas por aeronave, serían 43 veces el nivel autorizado en aquel caso. Como el Canadá considera su infracción en este caso menos grave que la infracción del Brasil en *Brasil - Aeronaves*, estima que las contramedidas propuestas son particularmente desproporcionadas.

3.35 El Brasil alega que un nivel alto de contramedidas es apropiado en este caso debido a la necesidad de que las contramedidas induzcan al cumplimiento, y por la gravedad de la infracción del Canadá.

3.36 En primer lugar, nos parece claro que el hecho de que la cuantía de la subvención se haya tomado como base para establecer el nivel de las contramedidas en *Brasil - Aeronaves* y en *Estados Unidos - EVE* no impide que el Brasil utilice una base diferente para las contramedidas que propone. En esos casos la parte vencedora aceptó la cuantía de la subvención como base para el nivel de las contramedidas. Aquí, en cambio, no ocurre lo mismo. El Brasil no puede quedar obligado por decisiones estratégicas adoptadas por otras partes en otros asuntos respecto del nivel de las contramedidas cuya autorización pidieron. Tampoco tiene pertinencia jurídica el hecho de que el Brasil haya aceptado en el asunto *Brasil - Aeronaves* el método basado en la cuantía de la subvención. Es evidente que, en ese caso y en esa oportunidad, ese método era más conveniente para los intereses del Brasil que el otro que propuso el Canadá, que habría dado lugar a un nivel más alto de contramedidas. Esto no equivale, sin embargo, a decir que el Brasil tiene carta blanca al proponer contramedidas. Éstas deben ser apropiadas; no deben ser desproporcionadas.

ii) *Carácter apropiado de las contramedidas propuestas*

3.37 Con respecto a esta cuestión, expresamos nuestro acuerdo con las constataciones del Árbitro que actuó en el asunto *Estados Unidos - EVE*, de que "las contramedidas deben estar adaptadas al caso particular en cuestión".⁷² En consecuencia, estamos facultados para considerar los factores pertinentes que constituyen la totalidad de las circunstancias del caso a fin de determinar si las contramedidas propuestas por el Brasil -con un nivel de 3.360 millones de dólares EE.UU.- son o no apropiadas en este caso particular.

3.38 En la argumentación de las partes hemos advertido cinco factores que pueden ser pertinentes para evaluar si es o no apropiado el nivel propuesto para las contramedidas del Brasil: i) el nivel de las contramedidas propuestas a la luz de las que se autorizaron en *Brasil - Aeronaves*; ii) el nivel de las contramedidas propuestas a la luz del valor de las importaciones de productos procedentes del Canadá al Brasil; iii) el nivel de las contramedidas propuestas a la luz de la gravedad de la infracción; iv) el nivel de las contramedidas propuestas a la luz de la necesidad de inducir al Canadá al cumplimiento de sus obligaciones en el régimen de la OMC; y v) la pertinencia de que las contramedidas sean o no manifiestamente excesivas. En esta sección examinaremos en primer lugar si esos cinco factores son o no pertinentes en este caso. Si lo son, examinaremos cada uno de ellos para nuestra evaluación sobre el carácter apropiado de las contramedidas propuestas.

⁷² Decisión del Árbitro, *Estados Unidos - EVE* (párrafo 6 del artículo 22 - EE.UU.), párrafo 5.12.

a. Las contramedidas consideradas según su cuantía por cada aeronave

3.39 En primer lugar, como ha señalado el Canadá, el nivel de las contramedidas propuestas por el Brasil, consideradas por cada aeronave, es 43 veces el nivel autorizado en *Brasil - Aeronaves*; y ello a pesar de que el nivel de la subvención por aeronave no es tan disímil. La subvención por cada aeronave en este caso, conforme a nuestro cálculo expuesto *infra*, es aproximadamente 2,5 veces la subvención por cada aeronave calculada en *Brasil - Aeronaves*.⁷³ La diferencia del nivel de las contramedidas por cada aeronave, aunque se efectúe un ajuste en función del distinto nivel de las subvenciones, es sorprendente: del orden de 20 a 1.

3.40 Aunque hemos llegado a la conclusión de que el Brasil no está jurídicamente obligado a proponer en este caso el mismo método que aceptó el Canadá en *Brasil - Aeronaves*, consideramos que la comparación entre el resultado que se obtuvo con el método del Brasil con el resultado de *Brasil - Aeronaves* puede ser pertinente para decidir si las consecuencias de la aplicación del método del Brasil son o no apropiadas. Al fin y al cabo, esta diferencia se refiere en gran medida al mismo mercado y a los mismos productos, las mismas partes e infracciones similares del Acuerdo SMC: la utilización de subvenciones a la exportación prohibidas.

3.41 En una primera impresión, puede formularse un poderoso argumento en el sentido de que la gran diferencia del nivel de las contramedidas, considerado por aeronave, impone la conclusión de que el nivel de las contramedidas propuestas por el Brasil no es apropiado en este caso. ¿Es posible afirmar que las contramedidas propuestas por el Brasil son "aconsejables o aptas como respuesta en el caso en cuestión"⁷⁴ cuando el Canadá está sujeto a contramedidas mucho más onerosas, por subvención y aeronave, que el Brasil en un caso similar planteado entre las mismas partes? En última instancia, sin embargo, nos parece difícil concluir sobre la base de este factor únicamente que las contramedidas propuestas no son apropiadas. Al fin y al cabo, el Canadá optó específicamente por aceptar el más bajo de los dos niveles de contramedidas que propuso en *Brasil - Aeronaves*. El otro nivel propuesto, pero que el Canadá no prefirió, se basaba en los efectos en el comercio y era considerablemente mayor (4.700 millones de dólares canadienses). Aun así, la gran diferencia de los niveles de las contramedidas, por aeronave sugiere que el nivel de las contramedidas propuesto por el Brasil puede no ser apropiado.

b. Las contramedidas consideradas a la luz del valor de las mercancías canadienses importadas por el Brasil

3.42 Una segunda forma de apreciar el carácter apropiado consiste en considerar las contramedidas propuestas a la luz del nivel general de los intercambios de mercancías entre las dos partes.⁷⁵ Esto parece de especial pertinencia, ya que el efecto de las contramedidas es limitar el comercio, y el Brasil ha pedido la suspensión de concesiones relativas a la importación de mercancías procedentes del

⁷³ La cuantía media de la subvención por cada aeronave en *Brasil - Aeronaves* puede calcularse dividiendo el total de las subvenciones, de 1.400 millones de dólares EE.UU., entre las 1.118 aeronaves de que se trataba. Véase *Brasil - Aeronaves* (párrafo 6 del artículo 22 - *Brasil*), párrafos 3.76 y 3.93. Observaremos que las aeronaves de Embraer de que se trataba eran, en parte, más pequeñas y de menor precio que los aviones Bombardier de la transacción con Air Wisconsin.

⁷⁴ Véase la Decisión del Árbitro, *Estados Unidos - EVE* (párrafo 6 del artículo 22 - *EE.UU.*), párrafo 5.12.

⁷⁵ El Brasil sugiere implícitamente que las contramedidas pueden no ser apropiadas en razón del valor de los intercambios entre las partes, al afirmar que su cálculo inicial de las contramedidas, de 10.200 millones de dólares EE.UU., "es innecesariamente elevado, habida cuenta del volumen de los intercambios entre los dos países". (Documento sobre metodología del Brasil, "etapa 3".)

Canadá.⁷⁶ A ese respecto, el Canadá estima que sus exportaciones de mercancías al Brasil alcanzaron en 2001, 591 millones de dólares EE.UU.⁷⁷ El Brasil estima esa cantidad en 927 millones de dólares.⁷⁸ De este modo, el nivel de las contramedidas propuestas se situaría entre tres y seis veces la cuantía de las importaciones anuales del Brasil procedentes del Canadá. Esta disparidad entre el nivel de las contramedidas propuestas y el valor total de las importaciones del Brasil de mercancías procedentes del Canadá es de tal magnitud que, a nuestro juicio, no las hace "aconsejables o aptas como respuesta en el caso en cuestión".⁷⁹ Entendemos que una evaluación de la proporcionalidad con arreglo al párrafo 10 del artículo 4 del Acuerdo SMC exige normalmente que el Árbitro examine si existe o no congruencia entre las contramedidas y las medidas iniciales que constituyeron la infracción.⁸⁰ También es verdad, sin embargo, que el sentido claro del término "apropiadas", en el párrafo 10 del artículo 4, sugiere que "las contramedidas deben estar adaptadas al caso en particular en cuestión".⁸¹ Aunque de ningún modo deseamos minimizar la gravedad de la infracción inicial que constituyó la medida en cuestión, la consideración de este hecho determinado, de que, si se aplicara la autorización de las contramedidas, se interrumpiría una proporción importante del comercio de mercancías entre las partes durante varios años nos lleva a constatar que el nivel de las contramedidas propuestas por el Brasil puede no ser apropiado a las circunstancias del caso.⁸²

c. Las contramedidas consideradas a la luz de la gravedad de la infracción

3.43 El Brasil invoca la gravedad de la infracción cometida en este caso como un factor agravante que justifica el empleo de un método que da lugar a un nivel alto de contramedidas. El Canadá, por el contrario, alega que su infracción es menos grave que la del Brasil en *Brasil - Aeronaves*.

⁷⁶ Véase el documento WT/DS222/7, punto 3), página 2. Observamos que las solicitudes del Brasil comprenden también la suspensión de otras obligaciones (véase el párrafo 1.3, *supra*).

⁷⁷ Respuesta del Canadá a la pregunta 1 dirigida a ambas partes.

⁷⁸ La diferencia puede explicarse porque algunos productos se transbordan en los Estados Unidos (véase la respuesta del Brasil a la pregunta 1 del Árbitro dirigida a ambas partes, párrafo 3).

⁷⁹ Decisión del Árbitro, *Estados Unidos - EVE* (párrafo 6 del artículo 22 - EE.UU.), párrafo 5.12.

⁸⁰ Véase también el párrafo 3.49, *infra*.

⁸¹ Decisión del Árbitro, *Estados Unidos - EVE* (párrafo 6 del artículo 22 - EE.UU.), párrafo 5.12.

⁸² Somos conscientes de que nuestra consideración acerca del valor total que las importaciones de mercancías del Canadá al Brasil para apreciar el carácter apropiado de las contramedidas podría interpretarse en el sentido de que crea un desequilibrio entre los Miembros de la OMC. Los Miembros que tienen importaciones limitadas quedarían impedidos de aplicar contramedidas de gran cuantía, mientras que los Miembros que tienen importaciones voluminosas tendrían derecho a aplicar contramedidas de cuantía mayor. No creemos que nuestra decisión cree tal desequilibrio ni exacerbe desigualdades en un sistema basado en contramedidas consistentes en la suspensión de concesiones u otras obligaciones dimanantes del Acuerdo sobre la OMC. Nuestra decisión simplemente refleja el desequilibrio entre los Miembros que es consecuencia intrínseca de la utilización de contramedidas en forma de restricciones del acceso a los mercados, lo que resulta desfavorable para los Miembros cuyas importaciones son de menor cuantía. A este respecto, observamos que no existe ninguna limitación respecto de los tipos de contramedidas en el párrafo 10 del artículo 4 del Acuerdo SMC. En este caso particular, sin embargo, lo que el Brasil ha pedido como contramedida es la suspensión de concesiones arancelarias y otras obligaciones del régimen de la OMC que sólo se relacionan con restricciones del acceso a los mercados. Por último, deseamos destacar que, aunque el valor de los intercambios bilaterales es uno de los factores de importancia para la determinación del Árbitro con arreglo al párrafo 10 del artículo 4 del Acuerdo SMC en determinadas circunstancias de un caso particular como el nuestro, no puede considerárselo un factor de aplicación universal y decisiva cuya única consideración, en cualquier caso, obligue siempre al Árbitro a concluir que las contramedidas propuestas no son apropiadas.

3.44 Recordamos que el Árbitro del asunto *Estados Unidos - EVE* consideró que, al evaluar el carácter de "apropiadas" de las contramedidas, ha de aceptarse un margen de apreciación en función de la gravedad de la infracción respectiva.⁸³ Sin embargo, consideramos que el Árbitro del asunto *Estados Unidos - EVE* empleó la expresión "la gravedad de la infracción" en el contexto de un análisis sobre el carácter prohibido de las subvenciones a la exportación en general.⁸⁴ En comparación, nos parece que en este caso las partes emplean la expresión "gravedad de la infracción" para referirse a las *características* de la subvención prohibida de que se trata concretamente, es decir, si se relaciona con una única transacción o si es un programa recurrente, y si constituye "legítima defensa" en respuesta a otras subvenciones o si apunta a un mercado o competidor determinado.

3.45 Nuestra interpretación del informe sobre el asunto *Estados Unidos - EVE*, sin embargo, no significa que no podamos tomar en consideración las características de esta subvención en particular señaladas por el Brasil, ya que esas características pueden constituir elementos pertinentes de las medidas iniciales infractoras en relación con las cuales debe calcularse la proporcionalidad de las contramedidas. Nuestro examen de esas características de esta subvención no justifica, a nuestro juicio, un nivel particularmente alto de contramedidas. La gravedad del otorgamiento de una subvención prohibida se aprecia en términos absolutos en relación con la norma o principio que se ha quebrantado. En cambio, la gravedad de una subvención prohibida *determinada*, sobre la base de sus características, sólo puede evaluarse en términos relativos, mediante la comparación con las características de otras subvenciones. El único elemento de comparación fiable de que se dispone en esta materia es el programa de subvenciones para las aeronaves regionales del Brasil, que fue objeto del asunto *Brasil - Aeronaves*. Observamos en primer lugar que la medida de que se trataba en *Brasil - Aeronaves* era un programa de subvenciones que no estaba limitado en el tiempo, mientras que la medida de que aquí se trata se refiere a una cuantía limitada de subvención. En segundo lugar, el importe de la subvención desembolsada por el Brasil, o para la cual existían compromisos en el momento en que se efectuó el arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 en *Brasil - Aeronaves*, era mucho más elevado que en el caso presente. En tercer lugar, aunque hubiéramos de evaluar la gravedad de la subvención de que se trata sobre la base del "perjuicio competitivo" que causa, no hay razón alguna que nos haga pensar que cualquiera de los factores que corresponde considerar para apreciar ese perjuicio sería significativamente distinto en uno y otro caso, por lo que no hay ninguna razón para suponer que el perjuicio causado por la subvención del Canadá deba ser proporcionalmente mayor que el causado por la subvención del Brasil, según fue examinado por el Árbitro del asunto *Brasil - Aeronaves*. También el hecho de que el Canadá haya actuado específicamente contra ofertas de Embraer tiene una importancia limitada. Como el Brasil y el Canadá son los principales competidores en el sector de las aeronaves regionales, cualquier oferta de uno de ellos afecta *ipso facto* al otro.

3.46 En conclusión, aunque en algunos casos las características de una subvención determinada puedan justificar la aplicación de un nivel particularmente alto de contramedidas, no vemos razón alguna para considerar que ello ocurra con las características de esta subvención del Canadá. En consecuencia, este factor no ofrece ayuda para evaluar el carácter apropiado del nivel de las contramedidas propuestas en este caso por el Brasil.

⁸³ *Estados Unidos - EVE* (párrafo 6 del artículo 22 - EE.UU.), párrafo 5.62.

⁸⁴ *Ibid.*, párrafos 6.7 a 6.9. El Árbitro del asunto *Estados Unidos - EVE* señaló el carácter sistémico y la escala muy general del programa EVE/IET, pero como parte de la confirmación de la forma en que se había alterado el equilibrio de derechos y obligaciones en ese caso particular, referente a un programa de subvenciones a la exportación prohibidas y con el fin de determinar el derecho de las CE a contrarrestar la subvención con una medida de cuantía equivalente.

d. Las contramedidas consideradas a la luz de la necesidad de inducir al cumplimiento

3.47 Uno de los propósitos reconocidos de las contramedidas consiste en inducir a la parte que incumple a cumplir las recomendaciones del OSD. En este caso, el Brasil alega que la aplicación de su metodología es necesaria para fijar un nivel de contramedidas suficientemente alto para inducir al cumplimiento. Observamos que el objetivo de inducir al cumplimiento fue una preocupación mencionada expresamente por los Árbitros en *Brasil - Aeronaves*⁸⁵ y en *Estados Unidos - EVE*.⁸⁶ Por ejemplo, en el informe sobre *Estados Unidos - EVE* se indicó lo siguiente:

"5.57 En nuestra opinión, ... al evaluar el alcance de lo que pueden considerarse contramedidas 'apropiadas' debemos tener presente el hecho de que la subvención en cuestión ha de ser retirada y de que la contramedida debe contribuir al logro del objetivo final de que se retire la subvención prohibida sin demora."

3.48 Estamos de acuerdo en que la necesidad de inducir al cumplimiento es un factor que debe tomarse en consideración al evaluar el carácter apropiado del nivel de las contramedidas propuestas. En lo que respecta a este caso, y a la luz del análisis que hemos realizado hasta aquí, lo que se trata de determinar es si la necesidad de inducir al Canadá al cumplimiento debería llevarnos a constatar que el nivel de las contramedidas propuesto por el Brasil es apropiado, a pesar de nuestra anterior constatación de que no lo es a tenor del párrafo 10 del artículo 4 del Acuerdo SMC. No estamos convencidos de que debamos modificar nuestra constatación debido a la incertidumbre sobre el nivel de las contramedidas que tendría como resultado el cumplimiento. Esa incertidumbre existe porque, además del nivel de las contramedidas, la índole de éstas y los sectores que quedan sujetos a ellas influyen en la probabilidad del cumplimiento. Además, pueden repercutir otros factores internos del Miembro sometido a las contramedidas. Si bien la lógica en que se basan las contramedidas es que las de nivel más alto tienen mayores probabilidades de inducir al cumplimiento que las de nivel más bajo, la prescripción de que las contramedidas sean "apropiadas" impide basarse exclusivamente en esa lógica. De este modo, llegamos a la conclusión de que la necesidad de inducir al cumplimiento no justifica que modifiquemos nuestra constatación de que el nivel de las contramedidas propuestas por el Brasil no es apropiado a la luz de nuestra constatación del párrafo 3.23 y los demás factores pertinentes ya examinados.⁸⁷

e. ¿Son las contramedidas propuestas manifiestamente excesivas?

3.49 El Brasil alega, apoyándose en el informe del asunto *Estados Unidos - EVE*⁸⁸, que debe considerarse apropiado cualquier nivel de contramedidas que no sea "manifiestamente excesivo". Interpretamos que esto constituye más bien un argumento general sobre el significado del carácter apropiado y de la falta de proporcionalidad en el párrafo 10 del artículo 4 del Acuerdo SMC. En primer lugar, dudamos de que el Árbitro de *Estados Unidos - EVE* haya considerado que la expresión "desproporcionado", en la nota 9 del párrafo 10 del artículo 4, equivalía a "manifiestamente

⁸⁵ Decisión del Árbitro, *Brasil - Aeronaves* (párrafo 6 del artículo 22 - *Brasil*), párrafos 3.44, 3.54, 3.57 y 3.58.

⁸⁶ Decisión del Árbitro, *Estados Unidos - EVE* (párrafo 6 del artículo 22 - *EE.UU.*), párrafos 5.51 a 5.60. Recordamos que tanto en *Brasil - Aeronaves* como en *Estados Unidos - EVE* los Árbitros optaron por utilizar la cuantía íntegra de las subvenciones, sin ningún ajuste.

⁸⁷ A nuestro juicio, esta conclusión no excluye que se considere la posibilidad de ajustar el nivel de las contramedidas resultante de una metodología diferente en distintas circunstancias.

⁸⁸ Decisión del Árbitro, *Estados Unidos - EVE* (párrafo 6 del artículo 22 - *EE.UU.*), párrafo 5.21, nota 51.

excesivo", como alega el Brasil. Consideramos que el texto en que se apoya el Brasil debe interpretarse en el contexto más general del análisis hecho por el Árbitro de *Estados Unidos - EVE* sobre la relación entre los términos "apropiadas" y "desproporcionado", que hemos expuesto en la sección III.C *supra*. Como señaló el Árbitro en ese asunto,

"(...) existe la obligación de evitar *una respuesta a la ofensa inicial que sea desproporcionada, es decir, de mantener una relación congruente al contrarrestar la medida en cuestión de forma que la reacción no sea excesiva en vista de la situación a la que ha de darse respuesta*. Pero eso no exige una equivalencia exacta, es decir, la relación que ha de respetarse es precisamente la de 'proporción' y no la de 'equivalencia'"⁸⁹

En otras palabras, debe mantenerse cierta congruencia entre la contramedida y la medida a la que responde. Por lo tanto, consideramos que no es necesario que examinemos si el nivel de las contramedidas propuestas por el Brasil es o no "manifiestamente excesivo".

4. Conclusión

3.50 En consecuencia, a la luz del análisis que hemos desarrollado en los párrafos precedentes, constatamos que el Canadá ha acreditado que las contramedidas propuestas por el Brasil no son apropiadas a tenor al artículo 4 del Acuerdo SMC. En primer lugar, la metodología propuesta por el Brasil se basa en premisas que no son sostenibles. En segundo término, el resultado de esa metodología es un nivel de contramedidas que no es apropiado.

3.51 Sin embargo, como se señaló al comienzo, el Canadá admite que, a la luz de su incumplimiento de las recomendaciones del OSD, el Brasil tiene derecho a imponer contramedidas. El Canadá alega que un punto de partida apropiado para calcular el nivel de tales contramedidas es la cuantía de las subvenciones que se otorgarán para aeronaves no entregadas todavía el 20 de mayo de 2002, fecha en que el Canadá debería haber retirado la subvención. Teniendo en cuenta esta concesión del Canadá y el hecho de que en los dos arbitrajes anteriores correspondientes al párrafo 10 del artículo 4 del Acuerdo SMC se utilizó la cuantía de la subvención como base para aprobar las contramedidas propuestas, estimamos adecuado, como punto de partida, calcular en este caso el nivel de las contramedidas sobre la base del método de la cuantía de la subvención, con los ajustes que sean necesarios para asegurar que el nivel de las contramedidas sea apropiado. A este respecto observamos que otros Árbitros anteriores que rechazaron los niveles propuestos para las contramedidas (o suspensiones de concesiones) siempre procedieron a fijar niveles compatibles con los acuerdos pertinentes.⁹⁰

⁸⁹ Decisión del Árbitro, *Estados Unidos - EVE* (párrafo 6 del artículo 22 - EE.UU.), párrafo 5.18 (sin cursivas en el original).

⁹⁰ Con excepción del asunto *Estados Unidos - EVE*, los Árbitros siempre han rechazado el nivel propuesto por el Miembro que invocaba el derecho de suspender concesiones u otras obligaciones, fijando un nuevo nivel basado en su propia evaluación (véase *CE - Bananos III* (EE.UU.) (párrafo 6 del artículo 22 - CE): se solicitaron 520 millones de dólares EE.UU. y se autorizaron 191,4 millones; *CE - Hormonas* (EE.UU.) (párrafo 6 del artículo 22 - CE): se solicitaron 202 millones de dólares EE.UU. y se autorizaron 116,8 millones; *CE - Hormonas* (Canadá) (párrafo 6 del artículo 22 - CE): se solicitaron 75 millones de dólares canadienses y se autorizaron 11,3 millones; *CE - Bananos III* (Ecuador) (párrafo 6 del artículo 22 - CE): se solicitaron 450 millones de dólares EE.UU. y se autorizaron 201,6 millones; *Brasil - Aeronaves*: se solicitaron 700 millones de dólares canadienses y se autorizaron 344,2 millones).

E. CÁLCULO DE LA CUANTÍA DE LAS "CONTRAMEDIDAS APROPIADAS"

1. Determinación de la cuantía de la subvención

3.52 Por las razones mencionadas *supra*, estimamos adecuado utilizar, como punto de partida, un método basado en la cuantía de la subvención para el cálculo de las "contramedidas apropiadas" en este caso. Recordamos que el Canadá, en su primera comunicación escrita, sugirió que la subvención se calculase "como el valor actualizado de la diferencia entre la corriente de pagos en virtud de la financiación subvencionada y una financiación estimada en condiciones de mercado, en que el valor actual se calcula a la fecha de entrega de cada aeronave".⁹¹

3.53 El Brasil objeta el método de cálculo propuesto por el Canadá, alegando que la cuantía de la subvención corresponde en realidad al volumen íntegro del préstamo -la financiación facilitada por la Cuenta del Canadá de la EDC- y no sólo a una parte de él.⁹² A diferencia de la situación en el asunto *Brasil - Aeronaves*, en que la "contribución financiera", en el sentido del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC, era el pago directo de equiparación de intereses del PROEX y no el préstamo, el Brasil considera que en este caso la contribución financiera es el propio préstamo otorgado por el Gobierno del Canadá.⁹³ Además, el Brasil sostiene que, contrariamente a lo que alega el Canadá, la cuantía de la subvención no debe basarse en los beneficios de quien la recibe sino en la definición de lo que constituye una subvención, que figura en el artículo 1 del Acuerdo SMC.

3.54 Tomamos nota de que el Grupo Especial constató, en este caso, que "la financiación suministrada por la Cuenta del Canadá de la EDC para Air Wisconsin constituye una subvención a la exportación prohibida, contraria al párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC".⁹⁴ Observamos, sin embargo, que las constataciones que debe formular un grupo especial son distintas de las que debe efectuar un árbitro conforme al párrafo 7 del artículo 22 del ESD y el párrafo 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC. El grupo especial debe determinar si existe una infracción que dé lugar a una presunción de anulación o menoscabo. El árbitro, en lo esencial, debe determinar si el nivel de contramedidas propuesto es o no apropiado.

3.55 De cualquier modo, recordamos que el Grupo Especial determinó en este caso la existencia de una subvención sobre la base de la definición contenida en el artículo 1 del Acuerdo SMC. Ese artículo establece que "se considerará que existe subvención", entre otros casos, cuando hay una contribución financiera de un gobierno y con ello se otorga un beneficio. Estos requisitos son acumulativos; es decir, ambos deben cumplirse para que exista una subvención. En el presente caso, el Grupo Especial identificó la existencia de una contribución financiera en la forma de una transferencia directa de fondos.⁹⁵ El Grupo Especial llegó, además, a la conclusión de que se otorgaba un beneficio, y por lo tanto existía una subvención, porque la contribución financiera (en este caso, un préstamo) no se suministraba en condiciones de mercado.

⁹¹ Primera comunicación del Canadá, párrafo 19.

⁹² Escrito de réplica del Brasil, párrafos 41 a 51; respuesta del Brasil a las preguntas del Árbitro, párrafo 67; y observaciones del Brasil sobre las respuestas del Canadá a las preguntas del Árbitro, párrafos 26 a 29.

⁹³ Escrito de réplica del Brasil, párrafo 43.

⁹⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.1 e)

⁹⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.142.

3.56 Nuestra tarea en este arbitraje no consiste, por supuesto, en reconsiderar la determinación del Grupo Especial sobre la *existencia* de una subvención, sino en examinar la *cuantía* de la subvención al determinar si el nivel de las contramedidas propuestas es o no apropiado. El Órgano de Apelación, en el asunto *Canadá - Aeronaves*⁹⁶, aclaró que la *existencia* de un beneficio, en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1,

"(...) implica algún tipo de comparación. Esto debe ser así, porque no puede haber un 'beneficio' para el receptor a menos que la 'contribución financiera' lo coloque en una situación mejor que la que habría tenido de no existir esa contribución. A nuestro juicio, el mercado proporciona una base de comparación apropiada al determinar si se ha otorgado un 'beneficio', porque los posibles efectos de distorsión del comercio de una 'contribución financiera' pueden identificarse determinando si el receptor ha recibido una 'contribución financiera' en condiciones más favorables que las que hubiera podido obtener en el mercado".

Sin embargo, el artículo 1 no nos da ninguna orientación concreta sobre la forma en que debemos *calcular* la *cuantía* de la subvención en el caso de un préstamo.

3.57 El Canadá se refiere en sus comunicaciones al artículo 14 del Acuerdo SMC, que establece directrices para el cálculo de la cuantía de una subvención a los efectos de la imposición de derechos compensatorios, en apoyo de su opinión de que, en el caso de un préstamo, la cuantía de subvención en que deben basarse las contramedidas tiene que corresponder a la diferencia entre el tipo de interés aplicado a la financiación y el tipo de interés comercial que Air Wisconsin podría haber obtenido para las transacciones en cuestión.

3.58 Recordamos que el apartado b) del artículo 14 del Acuerdo SMC dispone lo siguiente:

"A los efectos de la Parte V, el método que utilice la autoridad investigadora para calcular el beneficio conferido al receptor a tenor del párrafo 1 del artículo 1 estará previsto en la legislación nacional o en los reglamentos de aplicación del Miembro de que se trate, y su aplicación en cada caso particular será transparente y adecuadamente explicada. Además, dicho método será compatible con las directrices siguientes:

(...)

b) no se considerará que un préstamo del gobierno confiere un beneficio, a menos que haya una diferencia entre la cantidad que paga por dicho préstamo la empresa que lo recibe y la cantidad que esa empresa pagaría por un préstamo comercial comparable que pudiera obtener efectivamente en el mercado. En este caso el beneficio será la diferencia entre esas dos cantidades;"

3.59 Observamos que el ámbito de aplicación del artículo 14 parece limitarse a la aplicación de derechos compensatorios. Sin embargo, observamos también que el párrafo introductorio del artículo 14 se refiere a los métodos "para calcular el beneficio conferido al receptor a tenor del párrafo 1 del artículo 1". Llegamos, por lo tanto, a la conclusión de que, aunque el apartado b) del artículo 14 se relaciona específicamente con los procedimientos previstos en la Parte V del Acuerdo SMC, las directrices que contiene son un contexto pertinente para considerar la forma de calcular la cuantía de la subvención cuando corresponde evaluar contramedidas con arreglo al

⁹⁶ Véase el informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Aeronaves*, párrafo 157.

párrafo 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC, como recordó el Órgano de Apelación en el asunto *Canadá - Aeronaves*⁹⁷:

"... En el artículo 14 se establecen directrices para el cálculo de la cuantía de una subvención en función del 'beneficio obtenido por el receptor'. Aunque en las primeras palabras del artículo 14, se declara que las directrices que éste establece se aplican '[a] los efectos de la parte V' del *Acuerdo SMC*, que trata de las 'medidas compensatorias', nuestro parecer es que el artículo 14 constituye, no obstante, un contexto pertinente a la interpretación de 'beneficio' en el párrafo 1 b) del artículo 1. Las directrices establecidas en el artículo 14 se aplican al cálculo del 'beneficio conferido *al receptor a tenor del párrafo 1 del artículo 1*'. (las cursivas son nuestras) Esta referencia explícita al párrafo 1 del artículo 1 en el texto del artículo 14 nos indica que el término 'beneficio' se utiliza en el mismo sentido en el artículo 14 y en el párrafo 1 del artículo 1. Por lo tanto, la referencia al 'beneficio conferido *al receptor*' que figura en el artículo 14 implica también que el término 'beneficio', *tal como se utiliza en el párrafo 1 del artículo 1*, alude al 'beneficio conferido *al receptor*' y no al 'costo para el gobierno', como sostiene el Canadá."

3.60 A la luz de las consideraciones precedentes, llegamos a la conclusión de que en este caso resulta apropiado calcular la cuantía de la subvención sobre la base de los beneficios conferidos por el préstamo. También estamos de acuerdo con el Canadá en que, en ese caso, la cuantía de la subvención debe corresponder a la diferencia entre la suma que Air Wisconsin paga por el préstamo de la EDC y la que pagaría por un préstamo comercial comparable que esa empresa podría obtener efectivamente en el mercado.

3.61 Esta conclusión no es incompatible con el método de cálculo de la cuantía de la subvención que se adoptó en *Brasil - Aeronaves*. En ese caso, los Árbitros tomaron como base para su cálculo de la cuantía de la subvención el importe neto de la donación recibida por la empresa de transporte aéreo que adquirió las aeronaves subvencionadas, previa deducción de la comisión del banco intermediario. En el caso de una donación, la cuantía del beneficio otorgado en el sentido del artículo 1 es igual a la contribución financiera neta recibida. No ocurre lo mismo, desde luego, en el caso de un préstamo, en que el elemento de subvención puede ser muy inferior al valor nominal del préstamo.

3.62 El Brasil alega que, en un sector en que el comercio exterior es fuertemente competitivo, puede ser suficiente para obtener un contrato en condiciones que están "apenas unos pocos puntos básicos" por debajo del nivel del mercado. En tal caso, si hubiera de aplicarse el método propuesto por el Canadá, la "parte prohibida" de la operación de financiación de las exportaciones sería muy reducida, y el nivel de las contramedidas también sería muy pequeño en comparación con el valor de la transacción o la cuantía total de la financiación suministrada.

3.63 Estamos de acuerdo con el Brasil en que, en un mercado tan competitivo como el de los aviones a reacción regionales, incluso una diferencia limitada de los tipos de interés, si permite a un fabricante obtener un contrato, podría tener efectos desproporcionados en comparación con la cuantía de la subvención concedida, calculada sobre la base del beneficio otorgado. Por una parte, no consideramos que esto constituya una razón suficiente para que nos apartemos de lo que nos parece el criterio que prescribe el artículo 1 y el artículo 14 del Acuerdo SMC para un caso que, como éste, se refiere a un préstamo subvencionado.⁹⁸ Por otra, recordamos que el término "apropiadas", del

⁹⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Aeronaves*, párrafo 155.

⁹⁸ Somos conscientes del contenido del Anexo IV del Acuerdo SMC sobre el cálculo del total de subvención *ad valorem* con arreglo al párrafo 1 a) del artículo 6. Pero esta última disposición ha dejado de ser aplicable.

párrafo 10 del artículo 4 del Acuerdo SMC, nos permite cierta flexibilidad para las situaciones de este tipo, y con ese fin examinaremos más adelante el carácter apropiado de diversos ajustes en el nivel de las contramedidas que calculamos aplicando el método de la cuantía de la subvención.

3.64 Por estos motivos, decidimos calcular la cuantía de la subvención como el valor actualizado de la diferencia entre la corriente de pagos en virtud de la financiación subvencionada y una financiación estimada en condiciones de mercado.

2. Cálculo de la cuantía de la subvención por aeronave

a) Observaciones preliminares

3.65 En esta sección nos referiremos al cálculo de la cuantía de la subvención por aeronave. Sin embargo, esa cuantía es sólo la base sobre la cual corresponde determinar las contramedidas. En la sección siguiente nos referiremos a ajustes destinados a tomar en consideración las circunstancias concretas de este caso.

b) Modelo de las aeronaves y cantidad de aeronaves subvencionadas que no se entregaron hasta el 20 de mayo de 2002

i) Modelo de las aeronaves

3.66 El comunicado de prensa de Bombardier de 16 de abril de 2001, publicado tras la firma del contrato con Air Wisconsin⁹⁹, se refiere a la venta de aeronaves CRJ-200. No hemos sido informados de ninguna modificación a este respecto en la etapa de la entrega. En consecuencia, partiremos del supuesto de que el contrato con Air Wisconsin se refería a la venta de un único modelo de aeronave.

ii) Número de aeronaves subvencionadas que no se entregaron hasta el 20 de mayo de 2002

3.67 El Canadá alega que, con el método basado en la cuantía de la subvención, el valor de la subvención por aeronave tiene que multiplicarse por el número de aeronaves que se han entregado, o se han de entregar, después de la fecha fijada para el cumplimiento. El Canadá alega que todas las transacciones con Air Nostrum y Comair se habían completado para el 20 de mayo de 2002. En lo que respecta a Air Wisconsin, el Canadá se apoya en el comunicado de prensa de Bombardier de 16 de abril de 2001 para afirmar que las ventas consistieron en 51 pedidos en firme y 24 pedidos condicionales, además de 75 opciones respecto de las cuales el Canadá alega que no se otorgaría financiación en caso de que se ejercieran.¹⁰⁰ De los 51 pedidos en firme, 12 fueron entregados antes de la fecha fijada para el cumplimiento, dejando por entregar todavía 39 pedidos en firme.¹⁰¹ En cuanto a los pedidos condicionales, el Canadá alega que, en las circunstancias actuales, alrededor de 20 de esos 24 pedidos quedarían firmes. En lo que respecta a las opciones, el Canadá alega que, aunque se haga uso de ellas, no se otorgaría ninguna subvención en relación con tales transacciones.

3.68 El Brasil objetó inicialmente el número de pedidos en firme que debían entregarse después del 20 de mayo de 2002, alegando que correspondía al Canadá demostrar que las entregas se habían efectuado antes de esa fecha.¹⁰² El Brasil sostiene que la tendencia actual del sector aeronáutico a una

⁹⁹ Prueba documental CDA-3.

¹⁰⁰ Primera comunicación del Canadá, párrafo 27.

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² Durante la reunión de los Árbitros con las partes, el Canadá presentó pruebas consistentes en certificados de entrega de aeronaves, facturas de venta presentadas a la Administración Federal de Aviación de

utilización más intensiva de las aeronaves regionales supone que todas las órdenes condicionales serán confirmadas y que, contrariamente a lo alegado por el Canadá, las dificultades actuales para obtener financiación en el mercado comercial llevarán a la EDC a financiar las opciones para garantizar las ventas de Bombardier.¹⁰³ El Brasil también alega que, en tal situación, el índice de conversión de las opciones debería ser del 100 por ciento.¹⁰⁴

3.69 Observamos en primer lugar que el Canadá alega, y el Brasil no lo discute, que el momento adecuado para evaluar el otorgamiento de la subvención es el de la entrega. Por consiguiente, para determinar si una subvención estaba todavía pendiente de otorgamiento el 20 de mayo de 2002, basta con verificar la fecha de entrega. Hemos recibido confirmación del Canadá del número de aeronaves entregadas, y hemos llegado a la conclusión de que las transacciones que no se habían completado el 20 de mayo de 2002 se referían únicamente al contrato con Air Wisconsin.

3.70 Nos referiremos ahora a la cuestión de las opciones y los pedidos condicionales. Observamos que el Canadá ha afirmado en reiteradas oportunidades, ante el OSD¹⁰⁵ y durante estas actuaciones, que el Grupo Especial no hizo ninguna constatación sobre el otorgamiento de subvenciones para la financiación de opciones y que éstas no eran objeto de ninguna financiación a cargo de la Cuenta del Canadá. Somos conscientes del argumento del Brasil según el cual las dificultades para obtener financiación para las aeronaves objeto de opciones podrían tentar al Canadá, en algún momento futuro, a ofrecer subvenciones para que se haga uso de tales opciones. También hemos tomado nota del argumento de que la disminución del número de pasajeros registrada después del 11 de septiembre de 2001 puede conducir a un aumento de las ventas de aviones a reacción regionales en sustitución de aeronaves de mayor tamaño. Observamos, sin embargo, que a diferencia del asunto *Brasil - Aeronaves*, no existen en este caso constataciones del Grupo Especial sobre la financiación de opciones. Los argumentos del Brasil son simplemente especulativos. A falta de algo más concreto, no vemos razones para tomar en consideración las opciones actualmente no subvencionadas en nuestra evaluación del nivel apropiado de las contramedidas.

3.71 Con respecto a las órdenes condicionales recordamos que, si resultan confirmadas, se pagarán las subvenciones. Observamos, sin embargo, que carecemos de toda certidumbre acerca del número de pedidos condicionales que serán confirmados. A partir de la información facilitada por el Canadá¹⁰⁶ entendemos que, en el acuerdo inicial de compraventa entre Air Wisconsin y Bombardier, los pedidos condicionales xxxxxxxx xx xxx xxxxxxxx xx xxx xxxxxxxxxxxx xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx xx xxxxx xxxxxxxxxxxx xx xxx xxxxxxxxxxxx xx xxxxxxxx xx xxxxxxxxxxxx xxxxxx xx xxxxxxxxxxx xxxxx xx xxxxxxx xxxxxxxxxxx xxx xxxxxxxxxxx xx xxxxx xxx xxxxxxxxxxxxxx xxxxxx xx xxxxxxx xxxxxxxxxxx xxxxxxxxxxxxxx xxx xxxxxxxxxxx xx xxxxxxxxxxx xxx xxxxxxx xxxxxxxxxxx xxxxxxxxxxx xxxxxxxxxxx xxxxxxxxxxx xxxxxxxxxxx. El Canadá nos informó posteriormente de que xxx xxxxxxxxxxx xxxxxxxxxxx xxx xxxxx xxxxxxx xx xx xxxxxxxxxxx xxxxx xx xxxxxx xxx xxxxxxxxxxxxxx xx xxx xxxxx xxxxxxxxxxxxxx xx xxxxxx xxx xxxxxxxxxxxxxx xxxxx xxx xxxxxxxxxxxxxx xx xxx xxxxxxxxxxxxxx xx xxx xxxxxxxxxxxxxx xxxxxx xxxxx xxxxx xxxxxxx xx xxxxxxx xx xxx xxxxxx xxxxxxxxxxx xx xxxxxx xxxxxxxxxxx. El Canadá también informó al Árbitro de que Bombardier había anunciado, el 2 de diciembre, que Air Wisconsin había convertido seis de los

los Estados Unidos y una carta de la EDC de 23 de octubre de 2002, en respaldo de su afirmación sobre el número de transacciones completadas (Pruebas documentales CDA-14, 15 y 16).

¹⁰³ Observaciones del Brasil sobre las respuestas del Canadá a las preguntas del Árbitro, párrafo 20.

¹⁰⁴ Observaciones del Brasil sobre las respuestas del Canadá a las preguntas del Árbitro, párrafos 24 y 30.

¹⁰⁵ Reunión del OSD celebrada el 24 de junio de 2002, WT/DSB/M/128, página 13.

¹⁰⁶ Respuesta del Canadá a la pregunta 1 del Árbitro dirigida al Canadá.

pedidos condicionales en órdenes en firme xxxxx xxx xxxxxxxx xxxxxxxx xxxxxxxx.¹⁰⁷ Air Wisconsin se propone explotar las seis aeronaves mediante un acuerdo sobre códigos compartidos con AirTran Holdings, Inc.

3.72 Las pruebas presentadas por las partes no nos permiten determinar en forma concluyente si se confirmarán todos los pedidos condicionales. Las informaciones que las partes nos han presentado tienden a indicar que habrá un crecimiento del mercado de los aviones a reacción regionales, pero no resulta evidente el número de aeronaves que ello supondrá. Observamos a ese respecto que el número de pedidos condicionales es relativamente pequeño (24) en comparación con el número de opciones (75). Desde luego, Air Wisconsin confirmará sus pedidos condicionales -que, como ya se indicó, están subvencionados- antes de hacer uso de sus opciones.

3.73 De cualquier modo, los pedidos condicionales forman parte del conjunto de medidas de financiación que el Grupo Especial constató que constituía una subvención prohibida. Por lo tanto, consideramos que debemos incluir todos los pedidos condicionales en el número total de aeronaves subvencionadas a menos que se nos den motivos convincentes por los que no hayan de confirmarse todos esos pedidos. Como ya se ha indicado, no existen pruebas claras acerca de la probabilidad de la confirmación, o no las hay respecto de todos los pedidos condicionales, aunque xxx xxxxxx xxxxxxxx xx xxx xxxxxxxx xxxxxxxx parecería hacer que la confirmación de los pedidos condicionales sea más probable que antes. Llegamos, por lo tanto, a la conclusión de que debemos incluirlos en el número total de aeronaves subvencionadas a los efectos de nuestro cálculo.

c) Precio de las aeronaves

3.74 El Canadá alega que el precio de las aeronaves calculado por el Brasil sobre la base del comunicado de prensa de Bombardier de 16 de abril de 2001 está basado en el precio de lista del CRJ-200, y que esta suma debe reducirse en un xx por ciento para establecer el precio real por el que se vendieron las aeronaves a Air Wisconsin. En apoyo de su posición, el Canadá presentó: a) una carta de Bombardier confirmando que el valor de la operación que se dio a conocer está basado en el precio de lista¹⁰⁸; y b) una carta de la empresa de analistas BK Associates, Inc.¹⁰⁹, en que se establece, entre otras cosas, que "era totalmente razonable, y hasta probable, que Air Wisconsin negociara y obtuviera un descuento de xx por ciento respecto del precio de lista para un pedido de 75 aeronaves".¹¹⁰ A solicitud nuestra, el Canadá presentó también documentación referente a esa empresa.¹¹¹

¹⁰⁷ Carta del Canadá al Presidente del tribunal arbitral de fecha 16 de diciembre de 2002. En esta carta, el Canadá manifestó también que xxx xxxxxxxx xx xxx xxxxxxxx xxxxxxxx y que la conversión de 6 pedidos condicionales no alteraba la posición del Canadá conforme a la cual un porcentaje del 85 por ciento era un índice de conversión apropiado para que el Árbitro lo aplicara en este caso a los pedidos condicionales. El Brasil respondió al Canadá en una carta de fecha 17 de diciembre de 2002, recordando que "los pedidos condicionales estaban acompañados de condiciones de financiación atractivas, lo que contribuía a asegurar que Air Wisconsin convertiría la totalidad de los 18 pedidos restantes. xxx xxxxxxxx xx xxx xxxxxxxx xxxxxxxx xxxxxxxx x xxxxxxxx xxxxxxxx xxx xxxxxxxx xxxx xxx xxxxxxxx xxxxxxxx xx xxxxxxxx xxxxxxxx".

¹⁰⁸ Carta de xxxxxx xx xxxxxx, Vicepresidente Ejecutivo de Bombardier, a Matthew Kronby, Director Adjunto de la Oficina de Derecho Comercial del Ministerio de Asuntos Exteriores y Comercio Internacional del Canadá, de fecha 31 de octubre de 2002 (Prueba documental CDA-17).

¹⁰⁹ Denominada en adelante "BK Associates".

¹¹⁰ Carta de xxxx xx xxxxx de 19 de septiembre de 2002 (Prueba documental CDA-4).

¹¹¹ Pruebas documentales CDA-18, 19 y 20.

3.75 El Brasil sostiene que las cantidades indicadas en el comunicado de prensa de Bombardier de 16 de abril de 2001 representan el importe real de la operación, y que cualquier descuento: a) es inferior al xx por ciento; y b) está incluido en la cantidad que se hizo pública. El Brasil alega también que no puede atribuirse el mismo valor probatorio a las cartas presentadas por el Canadá, que fueron preparadas después del comienzo de estas actuaciones y para este asunto, que a un comunicado de prensa anterior a la iniciación del caso.

3.76 Observamos que ambas partes, para determinar el precio de las aeronaves subvencionadas, toman como punto de partida las cifras indicadas por Bombardier en su comunicado de prensa de 16 de abril de 2001. Por consiguiente, el principal problema consiste en determinar si corresponde o no aplicar algún descuento a esa cantidad. En lo que respecta a la información proporcionada por BK Associates, no tenemos motivos para poner en duda la independencia de esa empresa. Sin embargo, esa carta es sólo una apreciación razonable de lo que sería la práctica del sector en circunstancias similares. No es una descripción de lo que efectivamente hizo Bombardier en el contrato con Air Wisconsin. Observamos que la carta de xxx xx xx xxxxxxxx de Bombardier se limita a indicar que el "valor del contrato" puede no corresponder al precio real de la aeronave. Sin embargo, no especifica cuánto debería ajustarse este valor para que corresponda al precio unitario real. Debido a ello, aunque confirma que el valor del contrato puede no corresponder al precio efectivamente pagado por la aeronave, resulta de utilidad limitada para determinar cuánto debería ajustarse el valor del contrato. Estamos de acuerdo en que Bombardier muy probablemente no reveló el precio efectivo de la aeronave en su comunicado de prensa de 16 de abril de 2001. Pero no tenemos ninguna base precisa sobre la cual ajustar el precio mencionado en el comunicado de prensa. El Canadá y Bombardier saben qué descuento se aplicó en este contrato al precio de lista del CRJ-200. Sin embargo, a pesar de que piden al Árbitro que ajuste el precio de esas aeronaves, no están dispuestos a suministrarnos la información concreta.¹¹² En tales condiciones, y teniendo en cuenta que el Canadá, la parte que posee la información real, es la que pide un ajuste del precio de las aeronaves, decidimos no efectuar tal ajuste del precio calculado sobre la base del comunicado de prensa de 16 de abril de 2001.

d) Tipo de interés aplicable a la financiación en condiciones de mercado

3.77 Las partes no examinaron la propuesta del Canadá de que se empleara xxxx¹¹³ xxxxxxxxxxxx xx xxx xxxx xx xxx xxxxxxxx xx xxxxx xx xxx xxx xxxxxxxxxxxx xxxxxxxx xxxxxxxxxxxxxxxx xx xxx xxxxxxxxxxxx xxxxxx. Sus argumentos se centraron en la tasa estimada de financiación en condiciones de mercado a los efectos de la comparación. El Canadá emplea en su cálculo una tasa estimada para la financiación en condiciones de mercado correspondiente a la fecha de la carta de oferta, xxxx por ciento, basada en lo que el Canadá considera una tasa de actualización comparable utilizada para valorar la corriente de pagos.¹¹⁴ A falta de obligaciones de Air Wisconsin que fueran objeto de una activa cotización externa, el Canadá tomó una referencia de mercado que correspondiera lo más posible al riesgo crediticio de Air Wisconsin en la fecha de la carta de oferta.¹¹⁵ Ese nivel de referencia de mercado era un precio fijado en mayo de 2001, xxxx xx xxxxxxxx para el EETC.

¹¹² Durante nuestra audiencia, el Canadá ofreció revelar el precio real de las aeronaves de la operación con Air Wisconsin, pero únicamente al Árbitro. El Brasil se opuso enérgicamente. Rechazamos el ofrecimiento del Canadá por ser incompatible con el principio del debido proceso que debe regir nuestras actuaciones.

¹¹³ xxxxxxxxxxxx xxxxxxxx xxxxxxxxxxxx xxxxxx.

¹¹⁴ Primera comunicación escrita del Canadá, párrafo 25 y nota 21.

¹¹⁵ Observaciones del Canadá sobre la pregunta 4 dirigida al Brasil, párrafos 1 a 4.

3.78 El Brasil alega que el empleo por el Canadá de precios fijados en mayo de 2001 para los EETC xxxx xx xxxxxxxx representa una opción cuestionable. Los tipos de aeronave y de equipo son bastante diferentes. Aunque se aceptase el empleo por el Canadá de los márgenes de EETC, lo que el Brasil considera problemático, deberían emplearse los márgenes correspondientes a mayo de 2001 de la obligación EETC del modelo CRJ.¹¹⁶

3.79 Con respecto a la cuestión concreta de la tasa de financiación aplicable, tendemos a coincidir con el Brasil en que algunos elementos de la tasa xx xxxxxxxx empleada por el Canadá pueden no parecer comparables con la situación de Air Wisconsin. No obstante, observamos que el Canadá ofreció una explicación detallada de su cálculo de la tasa comercial "sustitutiva", reconociendo las dificultades que se le planteaban. Consideramos que de este modo el Canadá ha podido acreditar *prima facie* que la tasa del xxxx por ciento que había indicado era un valor sustitutivo razonable. Si bien reconocemos que el Brasil alega en general que no corresponde en este caso basar las contramedidas en la cuantía de la subvención, recordamos que hemos solicitado expresamente al Brasil que formulara sus observaciones sobre la tasa estimada de mercado calculada por el Canadá, así como sobre cualquier otro elemento del cálculo propuesto por el Canadá, en las preguntas que formulamos a las partes. El Brasil formuló algunas preguntas referentes a los parámetros aplicados por el Canadá, pero no impugnó los cálculos del Canadá en forma convincente. Además, el Brasil no presentó ningún cálculo alternativo.

3.80 Consideramos, por lo tanto, que el Canadá ha acreditado *prima facie* que el tipo de interés que calculó podía ser un valor "sustitutivo" razonable del tipo de interés comercial. Hemos dado amplias oportunidades al Brasil para refutar los argumentos y las pruebas del Canadá. El Brasil optó por seguir un criterio que no incluía una refutación detallada del cálculo del Canadá. En particular, estimamos que el Brasil no ha presentado argumentos suficientes ni prueba alguna en apoyo de que se utilizara otra tasa, mientras que el Canadá dio respuesta a los argumentos del Brasil acerca del empleo de un tipo de interés comercial basado en las obligaciones correspondientes al EETC del CRJ, en términos que consideramos suficientemente persuasivos. En consecuencia, consideramos que, a falta de elementos convincentes que justifiquen la aplicación de otra tasa, debemos aplicar el tipo comercial sustitutivo del xxxx por ciento propuesto por el Canadá.

e) Cantidad financiada y duración de financiación

3.81 El Canadá, en sus cálculos, afirma que la oferta de financiación de la Cuenta del Canadá de 10 de mayo de 2001 a Air Wisconsin se refería a una relación préstamo-valor del xx por ciento del valor de las aeronaves, durante un período de xxxx años.¹¹⁷

3.82 El Brasil alega que la mayoría de los prestamistas del mercado sólo ofrecen financiación de un 80 por ciento con plazo de 15 años. El Brasil considera que el empleo por el Canadá de un xx por ciento y un plazo de xxxx años es inapropiado.¹¹⁸

3.83 Observamos que las condiciones del xx por ciento y xxxx años están mencionadas en los párrafos 7.137 y 7.155 del informe del Grupo Especial. Estamos de acuerdo con el Brasil en que estas condiciones pueden no ser las más habituales, pero no vemos ninguna razón especial para rechazarlas y aplicar el porcentaje del 80 por ciento y el plazo de 15 años propuestos en su lugar por el Brasil. Recordamos que en *Brasil - Aeronaves* se aplicó el pago de equiparación durante un período

¹¹⁶ Respuesta del Brasil de 1º de noviembre de 2002 a la pregunta 4 dirigida por el Árbitro al Brasil, párrafo 64.

¹¹⁷ Primera comunicación del Canadá, párrafo 20.

¹¹⁸ Respuesta del Brasil a la pregunta 4 del Árbitro, párrafo 64.

de 15 años, como sugirió el Brasil, pero al 85 por ciento del valor de la aeronave. Observamos también que en el informe del Grupo Especial se identificaron otros tipos.¹¹⁹

3.84 En consecuencia, decidimos aplicar la financiación al xx por ciento del valor de la aeronave durante un período de xxxx años.

f) Metodología aplicada por el Árbitro

3.85 Sobre la base de las consideraciones precedentes, hemos resuelto calcular el nivel apropiado de las contramedidas basándonos en lo siguiente:

- a) Partimos de la determinación del precio medio de venta del modelo de aeronave respecto del cual las ventas a Air Wisconsin siguen subvencionándose después del 20 de mayo de 2002, utilizando la cifra que figura en el comunicado de prensa de Bombardier de 16 de abril de 2001.
- b) La etapa siguiente consiste en el cálculo del valor actual neto de la subvención por cada modelo de aeronave utilizando el precio de venta del modelo respectivo (CRJ-200), una tasa de financiación de la EDC del xxxx por ciento¹²⁰ para una financiación correspondiente al xx por ciento del precio durante un período de xxxx años; y una tasa de financiación comercial estimada del xxxx por ciento. Se calcula la financiación para ambas tasas aplicadas durante el mismo período. La diferencia entre una y otra es el valor actual neto de la subvención correspondiente a cada aeronave en la fecha de financiación de la transacción.
- c) Por último, multiplicamos el número total de aeronaves aún no entregadas a Air Wisconsin el 20 de mayo de 2002 (incluyendo todos los pedidos condicionales, pero no las opciones) por el valor actual neto de la subvención por modelo.

g) Cálculo

i) *Valor neto actual de la subvención por aeronave*

3.86 El cuadro del anexo I del presente informe contiene el cálculo de la cuantía de la subvención por aeronave.

3.87 Como ya se ha indicado, hemos empleado como precio de la aeronave la cantidad que resulta del comunicado de prensa de Bombardier de 16 de abril de 2001. Allí se estima el valor de los 75 pedidos en firme y condicionales en una suma aproximada de 1.680 millones de dólares EE.UU., equivalente a 22,4 millones de dólares por aeronave. Por las razones antes mencionadas, no aplicamos a esa cantidad ningún descuento. En estas condiciones, la financiación total por aeronave representa xxxxxxxxxxxx dólares EE.UU. La diferencia entre el valor actual de la suma de los pagos efectivos @ xxxx por ciento (xxxxxxxxxxx dólares EE.UU.) y el valor actual de la suma de pagos

¹¹⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.235.

¹²⁰ Como se recuerda en el párrafo 3.77, *supra*, el Canadá sugirió que empleáramos el xxxx aplicable el 10 de mayo de 2001, fecha de la carta de oferta para el contrato con Air Wisconsin (Prueba documental CDA-5). El Canadá mencionó que el tipo efectivo de interés aplicado se fijaría en xxxx en la fecha de entrega de cada aeronave. Como en el momento de este arbitraje no todas las aeronaves se habían entregado, hemos resuelto aplicar xxx xxxx xxxx sobre la fecha de la carta de oferta. Esto está en conformidad con el empleo de un tipo de interés estimado de financiación en condiciones de mercado, determinado en la fecha de la carta de oferta.

descontados a la tasa de financiación estimada en condiciones de mercado, del xxxx por ciento, que hemos convenido en aplicar (xxxxxxxxxx dólares EE.UU.) determina el valor actual neto de la subvención por aeronave, es decir 3.277.735 dólares EE.UU.

ii) *Imputación al número total de ventas subvencionadas cuyas entregas se efectuaron después del 20 de mayo de 2002*

3.88 Sobre la base de los elementos expuestos *supra*, consideramos que hasta el 20 de mayo de 2002 no se efectuaron las entregas correspondientes a 39 pedidos en firme. El total de los pedidos condicionales era 24. En consecuencia, multiplicamos el resultado del punto i), *supra*, por 63 aeronaves.

iii) *Valor neto actual de la cuantía total de la subvención*

3.89 El valor neto actual de la subvención por aeronave (3.277.735 dólares EE.UU.), multiplicado por el número de aeronaves no entregadas hasta el 20 de mayo de 2002 y correspondientes a pedidos en firme y condicionales (63 aeronaves CRJ-200) equivale a 206.497.305 dólares EE.UU.

3.90 El valor neto actual de la cuantía total de la subvención es de 206.497.305 dólares EE.UU.

3. Ajustes de la cuantía de la subvención para determinar el nivel apropiado de la contramedida

a) Observaciones preliminares

3.91 Recordamos que el Brasil propuso un nivel de contramedidas basado en el perjuicio competitivo causado por la subvención del Canadá, pero no dio suficiente respaldo a esa pretensión. Hemos aceptado la metodología del Canadá, basada en la cuantía de las subvenciones, como punto de partida adecuado. El hecho de que consideremos más adecuado basar nuestra determinación del nivel de las contramedidas en cuestión en la cuantía de la subvención no significa que debamos limitar el nivel de las contramedidas a esa cantidad. El Canadá reconoce que disponemos de discrecionalidad para ajustar la cuantía resultante de su metodología, y ha presentado argumentos en favor de un ajuste a la baja en el nivel de las contramedidas. Del mismo modo, el Brasil acepta implícitamente esa discrecionalidad al alegar que la metodología basada en la cuantía de las subvenciones da lugar a un nivel de contramedidas demasiado bajo.

3.92 Volveremos a recordar aquí nuestra concordancia con las constataciones del Árbitro del asunto *Estados Unidos - EVE*, de que "las contramedidas deben estar adaptadas al caso particular en cuestión".¹²¹ En consecuencia, estamos facultados para tomar en consideración factores pertinentes que constituyan la totalidad de las circunstancias del caso para establecer si determinado nivel de contramedidas es o no apropiado en este caso particular. Por lo tanto, nos referiremos a continuación a los argumentos de las partes que, a nuestro juicio, se relacionan con factores que pueden justificar un ajuste del nivel de las contramedidas para tomar en consideración las peculiaridades de este caso. Comenzaremos por el argumento del Canadá según el cual las "contramedidas apropiadas" deben ser inferiores a la cuantía de la subvención. A continuación pasaremos a tratar las cuestiones planteadas en la argumentación del Brasil. Consideramos que son las siguientes: i) las consecuencias que corresponde atribuir a la negativa del Canadá a retirar la subvención de que se trata en relación con el principio conforme al cual se supone que las contramedidas deben contribuir a inducir al cumplimiento; ii) el peligro de que el Canadá vuelva a "tirar la piedra y esconder la mano" si el nivel

¹²¹ Decisión del Árbitro, *Estados Unidos - EVE* (párrafo 6 del artículo 22 - EE.UU.), párrafo 5.12; véase el párrafo 3.37, *supra*.

de las contramedidas no tiene efectos disuasivos suficientes; y iii) los efectos que puede tener incluso una pequeña diferencia de tipos de interés en el mercado de las aeronaves regionales.

- b) El argumento del Canadá de que las "contramedidas apropiadas" deben ser inferiores a la cuantía de la subvención

3.93 El Canadá recuerda que el Árbitro del asunto *Estados Unidos - EVE* llegó a la conclusión de que las contramedidas debían adaptarse al caso de que se tratara. Las circunstancias de este asunto determinan que la infracción del Canadá sea menos desmesurada que la del Brasil en *Brasil - Aeronaves*. En primer lugar, el Canadá estaba reaccionando ante una oferta de Embraer formulada en condiciones inferiores a las del mercado¹²²; no actuó con el fin de alterar el equilibrio de derechos y obligaciones, sino para preservarlo frente a una amenaza inminente de que el propio Brasil alterara ese equilibrio. En segundo lugar, el Canadá considera que, todavía en ese momento, podía estimar de buena fe que la igualación de las ofertas de Embraer por medio de una subvención estaba autorizada por el punto k) de la Lista ilustrativa del Anexo I del Acuerdo SMC. El Canadá reconoce que el Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 del ESD que se ocupó del asunto *Canadá - Aeronaves* señaló su convicción de que la "igualación" no era una "disposición sobre el tipo de intereses".¹²³ Sin embargo, el Canadá considera que el razonamiento del Grupo Especial, en la parte referente a esta cuestión, fue sólo un *obiter dictum* hecho cuando no existía una transacción concreta en litigio.¹²⁴

3.94 El Brasil, apoyándose en el razonamiento del Árbitro del asunto *Estados Unidos - EVE*, insiste en la gravedad del acto ilícito, afirmando que fue premeditado y, como se admitió, dirigido específicamente a Embraer.¹²⁵ El Brasil también objeta la alegación del Canadá según la cual podía considerar de buena fe que su subvención estaría amparada por el punto k) de la Lista ilustrativa del Anexo I del Acuerdo SMC. El Brasil considera que el Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 del ESD que se ocupó del asunto *Canadá - Aeronaves* había declarado que las disposiciones sobre "igualación" del Acuerdo sobre Créditos a la Exportación de la OCDE no ponían las prácticas de créditos a la exportación en conformidad con las disposiciones del Acuerdo de la OCDE sobre los tipos de interés. La "igualación" hecha por el Canadá no podía justificarse al amparo del punto k).¹²⁶

3.95 Recordamos nuevamente que el Árbitro del asunto *Estados Unidos - EVE* consideró que "[el Miembro interesado] está autorizado a adoptar contramedidas que tengan en cuenta adecuadamente la gravedad de la infracción y la naturaleza de la alteración del equilibrio de derechos y obligaciones en cuestión".¹²⁷ Una lectura cuidadosa del informe arbitral sobre el asunto *Estados Unidos - EVE* nos conduce, sin embargo, a interpretar que la gravedad de la infracción considerada en ese asunto se

¹²² Primera comunicación del Canadá, párrafos 15 a 18; y escrito de réplica del Canadá, párrafos 20 a 27.

¹²³ Informe del Grupo Especial, *Canadá - Aeronaves (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil)*, párrafo 5.126.

¹²⁴ Escrito de réplica del Canadá, párrafo 23.

¹²⁵ Véase el escrito de réplica del Brasil, párrafos 7 y 23 a 27.

¹²⁶ Primera comunicación del Brasil, párrafo 10.

¹²⁷ Decisión del Árbitro, *Estados Unidos - EVE (párrafo 6 del artículo 22 - EE.UU.)*, párrafos 5.41, 5.61, 5.62, 6.6 y 6.25.

señalaba principalmente con respecto al hecho de que se trataba de una subvención a la exportación, que está prohibida *per se*.¹²⁸

3.96 Lo anterior no significa que el Árbitro, en este caso, no deba examinar en absoluto las características de la subvención de que se trata, es decir, un supuesto acto en "defensa propia". Como el Canadá alega que esa característica de la subvención, en este caso, debería considerarse un factor pertinente que justifica un ajuste a la baja en el nivel de las contramedidas, pasaremos a examinar la validez de tal argumento. En otras palabras, la circunstancia de que el Canadá haya reaccionado aplicando subvenciones para neutralizar lo que según su alegación fue una oferta ilícita del Brasil ¿constituye una excusa admisible que justifica un ajuste a la baja en el nivel de las contramedidas calculado *supra*, como lo pide el Canadá?

3.97 La subvención, de que se trata en este arbitraje, aunque admitiéramos que fue una respuesta ante una amenaza creíble de otorgamiento de subvenciones por el Brasil, no deja de ser por su naturaleza una subvención a la exportación, que está prohibida *per se*, como recordó el Árbitro en el asunto *Estados Unidos - EVE*. El hecho de que el Canadá haya procurado "mantener el adecuado equilibrio [de derechos y obligaciones]"¹²⁹ igualando la oferta del Brasil contradice el fin mismo de los artículos 3 y 4 del Acuerdo SMC, que consiste en asegurar que no se mantengan subvenciones a la exportación.

3.98 A nuestro juicio, aceptar la propuesta del Canadá de reducir a la mitad el nivel de las contramedidas porque se trata de una respuesta a subvenciones del Brasil también sería contrario al artículo 23 del ESD. El Canadá no puede hacer justicia por su propia mano. Ni el Acuerdo SMC ni el Acuerdo sobre la OMC admiten en parte alguna que se adopte este tipo de contramedidas sin recurrir antes al ESD, aun cuando la competencia de subvenciones haya sido desatada por el Brasil.¹³⁰

3.99 Con respecto a la alegación del Canadá de que podía considerar de buena fe que su intento de "igualar" la oferta del Brasil quedaría amparado por la "cláusula de resguardo" del punto k) de la Lista ilustrativa de subvenciones a la exportación, observamos ante todo que el Canadá tenía conciencia, evidentemente, del razonamiento que figuraba en el informe del Grupo Especial sobre *Canadá - Aeronaves (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil)*, que rechazó ese criterio, aunque el Canadá esté en lo cierto al afirmar que sólo lo hizo en un comentario incidental.¹³¹ Ese informe de 9 de mayo de 2000 fue adoptado por el OSD el 4 de agosto de 2000. La cuestión referente al punto k) no fue apelada por el Canadá. En tales condiciones, es cuestionable que el Canadá haya podido considerar de buena fe, al otorgar en 2001 la subvención referente a Air Wisconsin, que esa subvención podía justificarse al amparo del punto k). Además, aun suponiendo que el Canadá tuviera en 2001 esa convicción de buena fe, seguimos estimando que ello no puede justificar un ajuste a la baja. En los asuntos sobre solución de diferencias planteados en la OMC probablemente es cierto que la mayoría de los demandados aduce de buena fe haber creído que las medidas en litigio estaban en conformidad con las disposiciones pertinentes del Acuerdo sobre la OMC. Una vez que se constata que esas medidas infringen obligaciones del régimen de la OMC, esas partes no deberían ser acreedoras de un trato especial, en cuanto a la reparación de tales infracciones, porque las han cometido de buena fe. Si el Árbitro hubiera de tomar en consideración esa buena fe que alega la parte demandada a los efectos de

¹²⁸ Véase también el párrafo 3.44, *supra*.

¹²⁹ Primera comunicación del Canadá, párrafo 6.

¹³⁰ En este caso la subvención otorgada por el Canadá no se presenta como reacción ante subvenciones anteriores otorgadas por el Brasil, sino como un acto concurrente, destinado a impedir que el Brasil obtuviese un contrato gracias a su propio programa de financiación.

¹³¹ Informe del Grupo Especial, *Canadá - Aeronaves (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil)*, párrafo 5.126.

un ajuste a la baja, casi todos los casos referentes al párrafo 10 del artículo 4 del Acuerdo SMC necesitarían ese ajuste, lo que seguramente no resultaría aceptable.

3.100 En consecuencia, llegamos a la conclusión de que no corresponde ningún ajuste de la cuantía de la subvención en relación con este argumento del Canadá.

- c) Los argumentos del Brasil según los cuales las "contramedidas apropiadas" deben ser superiores a la cuantía de la subvención

3.101 Como el Brasil no aceptó la metodología del Canadá basada en la cuantía de la subvención, no alegó específicamente que los resultados derivados de esa metodología debieran ajustarse al alza. En cambio, en el contexto de la justificación de su propia metodología y de un nivel de contramedidas alto, el Brasil expuso argumentos que son pertinentes respecto de la cuestión de si el nivel de las contramedidas resultante de la metodología del Canadá debería ajustarse al alza. Ya nos hemos ocupado del argumento del Brasil referente a la gravedad de la infracción del Canadá. En esta sección trataremos: i) la negativa del Canadá a retirar la subvención y el objetivo de "inducir al cumplimiento"; ii) el peligro invocado por el Brasil de que el Canadá aplique otras medidas "tirando la piedra y escondiendo la mano" si el nivel de las contramedidas no es suficientemente alto para disuadir en el futuro de tales actos; y iii) las posibilidades de que incluso una subvención de cuantía reducida tenga efectos desproporcionados en un mercado muy competitivo.

- i) *La negativa del Canadá a retirar la subvención y el objetivo de "inducir al cumplimiento"*

3.102 El Brasil alega que las contramedidas están destinadas a inducir al cumplimiento. Ya hemos expresado nuestro acuerdo con esta posición.¹³² En consecuencia, pasaremos a examinar la cuestión de si la función de las contramedidas consistente en "inducir al cumplimiento" justifica o no un ajuste al alza de la cuantía fijada en el párrafo 3.90, *supra*.¹³³

3.103 En primer lugar, observamos que el mero incumplimiento de las recomendaciones y resoluciones del OSD y el hecho de que el Canadá no las haya cumplido todavía no son "circunstancias agravantes" que justifiquen un nivel más alto de contramedidas. Con arreglo al párrafo 1 del artículo 22 del ESD y el párrafo 10 del artículo 4 del Acuerdo SMC, el incumplimiento es el hecho mismo que justifica la adopción de las contramedidas.

3.104 Esto, sin embargo, no significa que el incumplimiento no pueda llegar a ser una circunstancia agravante al determinar el nivel apropiado de las contramedidas teniendo en cuenta las circunstancias de un caso determinado. En efecto: recordamos que, en virtud del principio general de derecho internacional "*pacta sunt servanda*", plasmado en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), no sólo se presume que los Estados deben cumplir de buena fe las obligaciones impuestas por los tratados, sino que se espera que lo hagan y están obligados a hacerlo. Observamos también que el artículo 27 de la misma Convención de Viena especifica que los Estados no podrán invocar las disposiciones de su derecho interno para justificar el incumplimiento de sus obligaciones internacionales. Tenemos presente que la Convención de Viena no está destinada a prevalecer sobre las disposiciones especiales que figuren en otros tratados aplicables entre las partes. Sin embargo, en el ESD y el Acuerdo SMC no encontramos ninguna disposición que cree un derecho a no cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD.

¹³² Véase el párrafo 3.48, *supra*.

¹³³ Hemos constatado que el objetivo de inducir al cumplimiento no podía justificar el nivel de contramedidas de 3.360 millones de dólares EE.UU. propuesto por el Brasil a la luz de nuestra constatación de que ese nivel era inapropiado por otras razones; pero esa constatación no excluye que consideremos si un nivel de contramedidas mucho más bajo debería o no ajustarse al alza para promover el cumplimiento.

3.105 Por el contrario, al establecer que ni la compensación ni la suspensión de concesiones u otras obligaciones son preferibles a la aplicación plena de una recomendación de poner una medida en conformidad con los acuerdos abarcados, el párrafo 1 del artículo 22 del ESD es particularmente claro respecto de la índole temporal de las suspensiones de concesiones u otras obligaciones, mientras el cumplimiento esté pendiente. A este respecto, los Árbitros del asunto *CE - Bananos*, al referirse a esa disposición, opinaron que la suspensión de concesiones u otras obligaciones tenía por objeto inducir al cumplimiento porque era temporal.¹³⁴ Además, recordamos nuestra coincidencia con el Árbitro del asunto *Estados Unidos - EVE* en que el objetivo del Acuerdo SMC, en relación con el párrafo 10 del artículo 4, consiste en lograr el cumplimiento de la recomendación del OSD de que se retire la subvención. En particular, el párrafo 7 del artículo 4 del Acuerdo SMC exige que las subvenciones prohibidas se retiren sin demora.

3.106 En el presente caso hemos pedido al Canadá que aclarase si efectivamente no se proponía cumplir las recomendaciones del OSD. El Canadá confirmó que cumpliría sus compromisos contractuales de otorgar la financiación, cuyo carácter ilícito se había constatado, respecto de las aeronaves no entregadas en la fecha fijada para el cumplimiento.¹³⁵ Interpretamos esta declaración en el sentido de que el Canadá no se propone ahora retirar la subvención de que se trata, como lo exige el párrafo 7 del artículo 4 del Acuerdo SMC. A este respecto, volvemos a señalar el párrafo 5.57 del informe sobre *Estados Unidos - EVE*, donde se indicó lo siguiente:

"En nuestra opinión, (...) al evaluar el alcance de lo que pueden considerarse contramedidas 'apropiadas' debemos tener presente el hecho de que la subvención en cuestión ha de ser retirada y de que la contramedida debe contribuir al logro del objetivo final de que se retire la subvención prohibida sin demora."

3.107 En otras palabras, consideramos que las contramedidas existen para contribuir a que se ponga fin a una infracción. Consideramos también que el nivel "apropiado" de las contramedidas debe reflejar su propósito específico. Teniendo presente lo anterior, estimamos que la declaración del Canadá según la cual, por el momento, no se propone retirar la subvención de que se trata sugiere que, para inducir al cumplimiento en este caso, sería necesario y apropiado un nivel de contramedidas más alto que el basado en la metodología del Canadá.¹³⁶

ii) *El peligro de nuevos actos de "tirar la piedra y esconder la mano" (argumento de la disuasión)*

3.108 El Brasil afirma que aspira a que el Árbitro establezca "un nivel de contramedidas importante" a fin de disuadir al Canadá de aplicar su régimen de subvenciones a las ventas futuras de aviones a reacción regionales.¹³⁷ Conforme a los términos empleados por el Brasil, "cuanto más bajo

¹³⁴ Decisión de los Árbitros, *CE - Bananos III (EE.UU.)* (párrafo 6 del artículo 22 - *CE*), párrafo 6.3.

¹³⁵ Respuesta del Canadá a la pregunta 6 del Árbitro, párrafo 1.

¹³⁶ El Canadá alega que también en el asunto *Brasil - Aeronaves* (párrafo 6 del artículo 22 - *Brasil*) los Árbitros observaron la declaración del Brasil de que no se proponía cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD respecto de los contratos ya concertados. El Canadá remite al párrafo 56 de la comunicación escrita del Brasil en el asunto citado. Sin embargo, los Árbitros no extrajeron ninguna conclusión de esa declaración. No obstante, en el presente caso consideramos que no existe ninguna razón jurídica que nos impida atribuir cierto peso a la posición del Canadá a los efectos de determinar el nivel apropiado de las contramedidas.

¹³⁷ Observamos que el Brasil invoca este argumento sistémico para justificar el empleo de un método basado en la pérdida de ventas o los perjuicios sufridos por Embraer y el Brasil. El hecho de que hayamos rechazado la aplicación de la metodología propuesta por el Brasil no significa, sin embargo, que debamos descartar su argumento al determinar la cuantía "apropiada" de contramedida. Por lo tanto, debemos abordar la

sea el nivel previsto de las contramedidas, mayor será la probabilidad de actos de 'tirar la piedra y esconder la mano'¹³⁸.

3.109 La medida a cuyo cumplimiento se supone que deben inducir las contramedidas es, evidentemente, la medida constatada incompatible por el Grupo Especial. Como puede apreciarse en el párrafo 2 del artículo 22 del ESD y el párrafo 10 del artículo 4 del Acuerdo SMC, es el incumplimiento de las recomendaciones y resoluciones del OSD lo que da lugar al derecho de adoptar contramedidas, y las recomendaciones y resoluciones se refieren exclusivamente a la medida declarada ilícita.

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

3.111 Análogamente, las constataciones del Grupo Especial no se extienden más allá del caso particular en que se constató la ilicitud de la aplicación de esos programas. Es probable que una aplicación idéntica de esos programas dé lugar, en circunstancias idénticas, a la misma resolución. Sin embargo, mientras tal cosa no se haya sometido al Grupo Especial y no haya dado lugar a recomendaciones del OSD, en nuestro carácter de Árbitro con arreglo al párrafo 6 del artículo 22 del ESD y el párrafo 10 del artículo 4 del Acuerdo SMC no estamos facultados para tratar esa situación.

3.112 No advertimos otros fundamentos jurídicos por los que se debería tomar en consideración, entre los factores para determinar el nivel apropiado de las contramedidas en este caso concreto, la disuasión respecto de la aplicación futura de la Cuenta del Canadá y la Cuenta Mercantil de la EDC para financiar ventas de aviones a reacción regionales canadienses. Observamos que el Grupo Especial aplicó la distinción "clásica" entre normas legales imperativas y discrecionales¹³⁹ y constató que esos programas no imponían la subvención de exportaciones.¹⁴⁰ En este momento, desde el punto de vista del derecho y la práctica de la OMC, parece difícil incorporar en nuestra evaluación de las "contramedidas apropiadas" la mera posibilidad de una nueva infracción resultante de la existencia de programas previstos en normas discrecionales. En realidad, tal cosa equivaldría a dejar a un lado las consecuencias jurídicas de la distinción entre normas imperativas y discrecionales.

3.113 No es necesario que decidamos que, en caso de registrarse con el tiempo una pauta de subvenciones ilícitas e incumplimiento, tales hechos no podrían, o no deberían, tomarse en consideración. A nuestro juicio, no es esa situación lo que estamos examinando y, por lo tanto, no corresponde hacer ningún ajuste en este caso particular.

cuestión de si la disuasión respecto de futuras infracciones similares debe figurar o no entre los elementos que se han de tener en cuenta.

¹³⁸ Declaración final del Brasil en la audiencia del Árbitro con las partes.

¹³⁹ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.56 a 7.68.

¹⁴⁰ *Ibid.*, párrafos 7.84 y 7.85 (la EDC, por ser un organismo de crédito a la exportación); párrafos 7.96 y 7.97 (Cuenta del Canadá de la EDC); párrafos 7.112 y 7.113 (Cuenta Mercantil de la EDC); y párrafos 7.126 y 7.127 (*Investissement Québec*).

iii) *La posible repercusión desproporcionada de la subvención en el mercado*

3.114 Como parte de su argumentación sobre la gravedad de la infracción del Canadá, el Brasil se refiere a una cuestión concreta. Alega que, en un sector en que el comercio internacional es fuertemente competitivo, puede bastar, para obtener un contrato, que el tipo de interés se sitúe "apenas unos pocos puntos básicos" por debajo de los tipos del mercado.

3.115 Estamos de acuerdo en principio con el Brasil en que, en un mercado tan competitivo como el de los aviones a reacción regionales, incluso una diferencia limitada de los tipos de interés, si permite a un fabricante obtener un contrato, puede tener una repercusión desproporcionada, calculada sobre la base de los efectos en el comercio, en comparación con la cuantía de la subvención otorgada.

3.116 Observamos que, en algunos casos de ese tipo, las contramedidas equivalentes a la cuantía de la subvención pueden considerarse insuficientes para inducir al cumplimiento. No obstante, ya hemos llegado a la conclusión de que era apropiado efectuar un ajuste a la luz de la necesidad de inducir al cumplimiento. Por lo tanto, a nuestro juicio, la preocupación del Brasil aquí ya se ha tenido en cuenta al evaluar el nivel apropiado de las contramedidas y, por lo tanto, no justifica otros ajustes.

3.117 De cualquier modo, observamos que la situación planteada ante nosotros es distinta de la mencionada por el Brasil. Las contramedidas, en este caso, no se basan en una subvención equivalente a "unos pocos puntos básicos" del tipo de interés. En este caso la diferencia en que están basadas las contramedidas es la que existe entre el tipo de interés que hemos aceptado como aplicable para el contrato con Air Wisconsin (xxxx por ciento) y el que hemos aceptado como representativo de las condiciones de mercado para ese tipo de transacciones (xxxx por ciento), que es más que "unos pocos puntos básicos".

3.118 En tales circunstancias concretas, llegamos a la conclusión de que, en este caso, no es necesario ningún ajuste a ese respecto.

d) *Conclusión sobre los ajustes*

3.119 A la luz de lo anterior, consideramos apropiado ajustar el resultado de nuestros cálculos basados en la cuantía de la subvención para tomar en consideración el hecho de que el Canadá, hasta ahora, ha declarado que no tiene el propósito de retirar la subvención de que se trata, y la necesidad de alcanzar un nivel de contramedidas que razonablemente pueda contribuir a inducir al cumplimiento.

3.120 Reconocemos la imposibilidad de calibrar con exactitud tales ajustes. La solicitud del Canadá de una reducción del 50 por ciento en el nivel de las contramedidas, sobre la base de sus alegaciones de que actuó de buena fe y de que su infracción no era grave, pone de manifiesto la dificultad de evaluar con precisión el valor pecuniario de los ajustes de este tipo.

3.121 Recordando la posición actual del Canadá de mantener la subvención de que se trata y teniendo en cuenta la función de las contramedidas en cuanto a inducir al cumplimiento, hemos decidido ajustar el nivel de las contramedidas calculadas sobre la base de la cuantía total de la subvención en una cifra que consideramos razonablemente significativa para hacer que el Canadá reconsidere su posición actual de mantener la subvención de que se trata en infracción de sus obligaciones. En consecuencia, ajustamos el nivel de las contramedidas en una cifra equivalente del 20 por ciento de la cuantía de la subvención calculada en la sección III.E *supra*, es decir:

$$\text{\$EE.UU. } 206.497.305 \times 20\% (\text{\$EE.UU. } 41.299.461) = \text{\$EE.UU. } 247.796.766.$$

3.122 Como señalamos en el párrafo 3.120, los ajustes como el que estamos efectuando no pueden calibrarse con precisión. No existen fórmulas con bases científicas que podamos utilizar para calcular tal ajuste. En este sentido, el ajuste puede considerarse simbólico. Aun así, tenemos la convicción de que es un ajuste que se justifica en vista de las circunstancias de este caso y, en particular, de la necesidad de inducir al cumplimiento de las obligaciones contraídas en la OMC. Sin tal ajuste, no estaríamos convencidos de que se hubiese establecido un nivel apropiado de contramedidas en este caso.

IV. LAUDO DEL ÁRBITRO

4.1 Por las razones expuestas *supra*, el Árbitro determina que, en el asunto *Canadá - Créditos a la exportación y garantías de préstamos para las aeronaves regionales* la suspensión por el Brasil:

- a) de la aplicación de la obligación, dimanante del párrafo 6 a) del artículo VI del GATT de 1994, de determinar que el efecto de las subvenciones concedidas en el marco de los programas Cuenta del Canadá de la EDC y Cuenta Mercantil de la EDC es tal que causa o amenaza causar un daño importante a una rama de producción nacional ya existente o que retrasa de manera importante la creación de una rama de producción nacional;
- b) de la aplicación de las obligaciones dimanantes del Acuerdo sobre Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación con respecto a las prescripciones en materia de licencias aplicadas a las importaciones procedentes del Canadá; y
- c) de concesiones arancelarias y obligaciones conexas en el marco del GATT de 1994 con respecto a una lista de productos que se extraerá de la lista adjunta a la solicitud del Brasil,

que abarque un comercio de un valor total de 247.797.000 dólares EE.UU., constituiría contramedidas apropiadas en el sentido del párrafo 10 del artículo 4 del Acuerdo SMC.

4.2 A este respecto, el Árbitro insta al Brasil a asegurarse de que, si decide proceder a la suspensión de algunas de sus obligaciones respecto del Canadá que se mencionan en el documento WT/DS222/7, ello se haga de tal modo que se respete el nivel máximo de las contramedidas a que se hace referencia en el párrafo precedente.

4.3 Por último, el Árbitro desea hacer hincapié en que el párrafo 8 del artículo 22 del ESD dispone lo siguiente:

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

4.4 El Árbitro tiene entendido que las partes han venido celebrando consultas. El Árbitro opina que, dadas las circunstancias particulares de este caso, un acuerdo mutuamente satisfactorio entre las partes que aborde las cuestiones tratadas en este asunto *en su contexto más amplio* constituiría la solución más apropiada.

ANEXO 1

Valor actual neto de la subvención
(Transacciones de Air Wisconsin)

Precio del avión	22.400.000							
Relación préstamo-valor	Porcentaje	Tipo de interés a 10 años Margen						
Financiación total	Rendimiento global							
	Tasa semestral							
	Tipo de interés							
	Tipo de interés semestral							
	Plazo de financiación (años)							
		Pagos semestrales						
		VAN de: menos VAN de:						

Cómputo	Año y fecha	Pago anual/corriente	Saldo del principal	Interés	Parte de capital	Pago anual	VAN de:	VAN de:

ANEXO 2

CANADÁ - CRÉDITOS A LA EXPORTACIÓN Y GARANTÍAS DE PRÉSTAMOS PARA LAS AERONAVES REGIONALES (WT/DS222)

Recurso del Canadá al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD y el párrafo 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC

Procedimientos de Trabajo

Los Árbitros seguirán los procedimientos de trabajo normales del ESD en lo pertinente y adaptados a las circunstancias de estas actuaciones, conforme al calendario que ya han adoptado. A ese respecto:

- a) los Árbitros se reunirán a puerta cerrada;
- b) las deliberaciones de los Árbitros, y los documentos que se hayan sometido a su consideración, tendrán carácter confidencial. Sin embargo, esto será sin perjuicio de que las partes hagan públicas sus posiciones, en conformidad con el párrafo 2 del artículo 18 del ESD;
- c) en toda reunión sustantiva con las partes, los Árbitros pedirán al Canadá que exponga oralmente sus puntos de vista en primer lugar, seguido por el Brasil;
- d) las partes presentarán a los Árbitros todas las pruebas fácticas a más tardar con las primeras comunicaciones escritas dirigidas a los Árbitros, excepto en lo que se refiere a las pruebas necesarias a los efectos de las réplicas o de las respuestas a las preguntas formuladas. Podrán establecerse excepciones a este procedimiento por causas justificadas. En tales casos, se dará a la otra parte un plazo para formular observaciones, según proceda;
- e) las partes presentarán un ejemplar en versión electrónica (en un formato informático compatible con los programas de la Secretaría) junto con la versión impresa (en siete ejemplares) de todas sus comunicaciones, incluido el documento sobre la metodología y las observaciones referentes a él, en la fecha prevista al efecto. Todos esos ejemplares deberán presentarse al Encargado del Registro de Solución de Diferencias, Sr. Ferdinand Ferranco (oficina 3154. Los ejemplares en versión electrónica podrán enviarse por correo electrónico al Sr. Ferranco a la dirección DSregistry@wto.org). Las partes presentarán siete ejemplares y una versión electrónica de sus declaraciones orales en el curso, o inmediatamente después de la reunión en que las hagan;
- f) salvo que se indique otra cosa en el calendario, las comunicaciones deberán presentarse a más tardar a las 17.00 h del día en que sean exigibles, de modo que sea posible remitirlas ese día a los Árbitros. Como es habitual, *cada parte se ocupará de distribuir sus comunicaciones a la otra parte*;
- g) si es preciso, y en cualquier momento de las actuaciones, los Árbitros formularán preguntas a las partes para aclarar cualquier punto que no esté claro;

- h) todo material presentado deberá ser conciso, lo más breve posible y limitado a las cuestiones que sean pertinentes en estas actuaciones;
 - i) las partes presentarán una lista de los integrantes de su delegación antes de cualquier reunión con los Árbitros, o al comienzo de ella;
 - j) para facilitar la constitución del expediente del arbitraje, y dar la máxima claridad posible a las comunicaciones y demás documentos, en particular las referencias a las pruebas documentales presentadas por las partes, éstas numerarán consecutivamente sus pruebas documentales durante todo el desarrollo del arbitraje.
-