

**ORGANIZACIÓN MUNDIAL
DEL COMERCIO**

WT/DS267/ARB/1
31 de agosto de 2009

(09-4009)

Original: inglés

**ESTADOS UNIDOS - SUBVENCIONES AL
ALGODÓN AMERICANO (*UPLAND*)**

**Recurso por 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***

DECISIÓN DEL ÁRBITRO

ÍNDICE

	<u>Página</u>
I. INTRODUCCIÓN.....	1
A. PROCEDIMIENTO INICIAL.....	1
B. SOLICITUD DE ARBITRAJE Y PROCEDIMIENTOS DE ARBITRAJE	3
C. ORGANIZACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS Y PRESENTACIÓN DE LA DECISIÓN	6
D. TRATO DE LA INFORMACIÓN CONFIDENCIAL	6
II. ENFOQUE GENERAL ADOPTADO POR EL ÁRBITRO.....	7
III. NIVEL DE LAS CONTRAMEDIDAS PROPUESTO POR EL BRASIL EN RELACIÓN CON LA FASE 2	8
A. ¿TIENE DERECHO EL BRASIL A SOLICITAR CONTRAMEDIDAS "ÚNICAS" EN RELACIÓN CON EL HECHO DE QUE LOS ESTADOS UNIDOS NO RETIRARAN LOS PAGOS DE LA FASE 2 EN EL PERÍODO COMPRENDIDO ENTRE EL 1º DE JULIO DE 2005 Y EL 31 DE JULIO DE 2006?.....	9
1. Principales argumentos de las partes	9
2. Evaluación del Árbitro.....	12
a) Fundamento jurídico de la solicitud de contramedidas presentada por el Brasil en relación con los pagos de la Fase 2	13
b) Si el Brasil tiene derecho a solicitar contramedidas en relación con un incumplimiento anterior de resoluciones relativas a los pagos de la Fase 2	15
c) Si se deben examinar las "nuevas medidas" previstas en la Ley Agrícola de 2008	18
3. Conclusión.....	21
B. EVALUACIÓN DE LA CUANTÍA DE LAS CONTRAMEDIDAS SOLICITADA POR EL BRASIL EN RELACIÓN CON LOS PAGOS DE LA FASE 2	21
IV. NIVEL DE CONTRAMEDIDAS PROPUESTO POR EL BRASIL EN RELACIÓN CON EL PROGRAMA GSM 102.....	22
A. SOLICITUD DEL BRASIL	22
B. PRINCIPALES ARGUMENTOS DE LAS PARTES	23
C. MANDATO DEL ÁRBITRO Y CARGA DE LA PRUEBA	25
D. EL CONCEPTO DE "CONTRAMEDIDAS APROPIADAS" EN EL MARCO DEL PÁRRAFO 10 DEL ARTÍCULO 4 DEL <i>ACUERDO SMC</i>	27
1. La expresión "contramedidas apropiadas" y los términos de la nota 9	28
a) "contramedidas"	28
b) "apropiadas"	30
c) Nota 9	37
2. Los términos del párrafo 10 del artículo 4 del Acuerdo SMC en su contexto	40
3. Objeto y fin	43
4. Conclusión.....	44
E. EVALUACIÓN DE LAS CONTRAMEDIDAS PROPUESTAS POR EL BRASIL	45
1. Principales argumentos de las partes	45
2. Análisis del Árbitro	47
a) El criterio de los "beneficios" propuesto por el Brasil	47
i) <i>La "cuantía de la subvención" como base para el cálculo de las contramedidas apropiadas.....</i>	<i>48</i>
ii) <i>El criterio de los "beneficios" adoptado por el Brasil para el cálculo de la "cuantía de la subvención"</i>	<i>50</i>
b) El criterio alternativo del "costo neto para el gobierno" propuesto por los Estados Unidos	54
c) Criterio del Árbitro.....	58
i) <i>Efectos en el comercio del programa GSM 102.....</i>	<i>59</i>
<i>Efectos de distorsión del comercio causados por el programa GSM 102 en el volumen del comercio.....</i>	<i>60</i>

	<u>Página</u>
Los efectos del programa GSM 102 en los precios	63
Prorratio.....	64
3. Cálculos	66
a) Metodología del Brasil.....	66
i) <i>Subvención de intereses</i>	67
Argumentos de las partes	70
Análisis del Árbitro	73
ii) <i>Adicionalidad plena</i>	77
Argumentos de las partes	78
Análisis del Árbitro	79
iii) <i>Adicionalidad marginal</i>	80
Argumentos de las partes	80
Análisis del Árbitro	83
iv) <i>Conclusión</i>	85
V. SOLICITUD DEL BRASIL DE APLICAR CONTRAMEDIDAS EN EL MARCO DEL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC Y DEL AGCS.....	86
A. ¿Se aplican a la solicitud del Brasil los principios y procedimientos del párrafo 3 del artículo 22 del ESD?	86
1. Argumentos de las partes	86
2. Evaluación del Árbitro.....	88
B. MANDATO DEL ÁRBITRO Y CARGA DE LA PRUEBA	93
1. Principales argumentos de las partes	93
2. Enfoque del Árbitro	94
C. LA DETERMINACIÓN DEL BRASIL DE QUE ES IMPRACTICABLE O INEFICAZ ADOPTAR CONTRAMEDIDAS ÍNTEGRAMENTE EN MATERIA DE COMERCIO DE BIENES Y DE QUE LAS CIRCUNSTANCIAS SON SUFICIENTEMENTE GRAVES.....	98
1. Los principios y procedimientos del párrafo 3 del artículo 22 del ESD	98
a) Primer requisito del apartado c): determinación de que "es impracticable o ineficaz" la suspensión de concesiones u otras obligaciones respecto de otros sectores en el marco del mismo acuerdo	99
i) <i>"impracticable"</i>	100
ii) <i>"ineficaz"</i>	100
b) Segundo elemento del apartado c): determinación de que "las circunstancias son suficientemente graves"	103
c) Los elementos del apartado d) del párrafo 3 del artículo 22.....	103
2. Supuestos de hecho.....	105
a) ¿Procede considerar la cuantía acumulada de las contramedidas derivadas de ambos procedimientos?	105
b) Consecuencias de la diferencia entre el nivel de contramedidas solicitado por el Brasil y el nivel cuya admisibilidad se ha determinado.....	107
3. ¿Sería practicable y eficaz para el Brasil suspender concesiones en el comercio de bienes?.....	108
a) Principales argumentos de las partes.....	108
b) Análisis del Árbitro.....	112
i) <i>Observaciones iniciales</i>	113
ii) <i>Estructura general de las importaciones de bienes de los Estados Unidos al Brasil</i>	114
iii) <i>Estructura detallada de las importaciones de los Estados Unidos al Brasil y disponibilidad de la suspensión en relación con varias categorías de importaciones</i>	115
Bienes de capital, bienes intermedios y otros bienes que constituyen insumos en la economía del Brasil	116
Bienes de consumo.....	118
Conclusión	123

Página

iv)	<i>Consideraciones generales</i>	126
	Costos generales económicos y de bienestar	126
	Presión inflacionista	127
	Objetivos de desarrollo, desequilibrio en las relaciones comerciales e influencia política	128
v)	<i>Conclusión general</i>	129
4.	Si "las circunstancias son suficientemente graves"	129
a)	Principales argumentos de las partes	129
b)	Análisis del Árbitro	132
5.	Consideración por el Brasil de los elementos del apartado d) del párrafo 3 del artículo 22	137
6.	Conclusión	138
VI.	CONCLUSIONES Y LAUDO	140
	ANEXO 1	142
	ANEXO 2	149
	ANEXO 3	154
	ANEXO 4	161

ASUNTOS DEL GATT Y DE LA OMC CITADOS EN LA PRESENTE DECISIÓN

Título abreviado	Título completo y referencia
<i>Brasil - Aeronaves (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá II)</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Brasil - Programa de financiación de las exportaciones para aeronaves - Segundo recurso del Canadá al párrafo 5 del artículo 21 del ESD</i> , WT/DS46/RW/2, adoptado el 23 de agosto de 2001
<i>Brasil - Aeronaves (párrafo 6 del artículo 22 - Brasil)</i>	Decisión de los Árbitros, <i>Brasil - Programa de financiación de las exportaciones para aeronaves - Recurso del Brasil al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD y el párrafo 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC</i> , WT/DS46/ARB, 28 de agosto de 2000
<i>Canadá - Aeronaves</i>	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
<i>Canadá - Aeronaves</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Canadá - Medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles</i> , WT/DS70/R, adoptado el 20 de agosto de 1999, confirmado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS70/AB/R
<i>Canadá - Créditos y garantías para las aeronaves (párrafo 6 del artículo 22 - Canadá)</i>	Decisión del Árbitro, <i>Canadá - Créditos a la exportación y garantías de préstamos para las aeronaves regionales - Recurso del Canadá al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD y el párrafo 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC</i> , WT/DS222/ARB, 17 de febrero de 2003
<i>CE - Banano III (Ecuador) (párrafo 6 del artículo 22 - CE)</i>	Decisión de los Árbitros, <i>Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos - Recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD</i> , WT/DS27/ARB/ECU, 24 de marzo de 2000
<i>CE - Banano III (Estados Unidos) (párrafo 6 del artículo 22 - CE)</i>	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
<i>Estados Unidos - Algodón americano (upland)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Subvenciones al algodón americano (upland)</i> , WT/DS267/AB/R, adoptado el 21 de marzo de 2005
<i>Estados Unidos - Algodón americano (upland)</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Estados Unidos - Subvenciones al algodón americano (upland)</i> , WT/DS267/R y Add.1 a 3, adoptado el 21 de marzo de 2005, modificado por el informe del Órgano de Apelación, WT/DS267/AB/R
<i>Estados Unidos - Algodón americano (upland) (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Subvenciones al algodón americano (upland) - Recurso del Brasil al párrafo 5 del artículo 21 del ESD</i> , WT/DS267/AB/RW, adoptado el 20 de junio de 2008
<i>Estados Unidos - Algodón americano (upland) (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil)</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Estados Unidos - Subvenciones al algodón americano (upland) - Recurso del Brasil al párrafo 5 del artículo 21 del ESD</i> , WT/DS267/RW y Corr.1, adoptado el 20 de junio de 2008, modificado por el informe del Órgano de Apelación, WT/DS267/AB/RW
<i>Estados Unidos - Carne de cerdo canadiense</i>	Informe del Grupo Especial del GATT, <i>Estados Unidos - Imposición de derechos compensatorios a la carne de cerdo fresca, refrigerada y congelada procedente del Canadá</i> , adoptado el 11 de julio de 1991, IBDD 38S/32
<i>Estados Unidos - EVE (párrafo 5 del artículo 21 - CE II)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Trato fiscal aplicado a las "empresas de ventas en el extranjero" - Segundo recurso de las Comunidades Europeas al párrafo 5 del artículo 21 del ESD</i> , WT/DS108/AB/RW2, adoptado el 14 de marzo de 2006

Título abreviado	Título completo y referencia
<i>Estados Unidos - EVE (párrafo 5 del artículo 21 - CE II)</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Estados Unidos - Trato fiscal aplicado a las "empresas de ventas en el extranjero" - Segundo recurso de las Comunidades Europeas al párrafo 5 del artículo 21 del ESD</i> , WT/DS108/RW2, adoptado el 14 de marzo de 2006, confirmado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS108/AB/RW2
<i>Estados Unidos - EVE (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)</i>	Decisión del Árbitro, <i>Estados Unidos - Trato fiscal aplicado a las "empresas de ventas en el extranjero" - Recurso de los Estados Unidos al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD y el párrafo 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC</i> , WT/DS108/ARB, 30 de agosto de 2002
<i>Estados Unidos - Juegos de azar (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)</i>	Decisión del Árbitro, <i>Estados Unidos - Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas - Recurso de los Estados Unidos al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD</i> , WT/DS285/ARB, 21 de diciembre de 2007
<i>Estados Unidos - Madera blanda IV</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Determinación definitiva en materia de derechos compensatorios con respecto a determinada madera blanda procedente del Canadá</i> , WT/DS257/AB/R, adoptado el 17 de febrero de 2004
<i>Estados Unidos - Madera blanda IV</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Estados Unidos - Determinación definitiva en materia de derechos compensatorios con respecto a determinada madera blanda procedente del Canadá</i> , WT/DS257/R, adoptado el 17 de febrero de 2004, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS257/AB/R
<i>Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión de obligaciones en la diferencia CE - Hormonas</i> , WT/DS320/AB/R, adoptado el 14 de noviembre de 2008
<i>Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión de obligaciones en la diferencia CE - Hormonas</i> , WT/DS320/R, adoptado el 14 de noviembre de 2008, modificado por el informe del Órgano de Apelación, WT/DS320/AB/R
<i>Estados Unidos - Medidas compensatorias sobre determinados productos de las CE</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Medidas compensatorias que afectan a determinados productos originarios de las Comunidades Europeas</i> , WT/DS212/AB/R, adoptado el 8 de enero de 2003
<i>Estados Unidos - Medidas compensatorias sobre determinados productos de las CE</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Estados Unidos - Medidas compensatorias que afectan a determinados productos originarios de las Comunidades Europeas</i> , WT/DS212/R, adoptado el 8 de enero de 2003, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS212/AB/R
<i>Estados Unidos - Plomo y bismuto II</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Establecimiento de derechos compensatorios sobre determinados productos de acero al carbono aleado con plomo y bismuto y laminado en caliente originarios del Reino Unido</i> , WT/DS138/AB/R, adoptado el 7 de junio de 2000
<i>Estados Unidos - Plomo y bismuto II</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Estados Unidos - Establecimiento de derechos compensatorios sobre determinados productos de acero al carbono aleado con plomo y bismuto y laminado en caliente originarios del Reino Unido</i> , WT/DS138/R y Corr.1 y 2, adoptado el 7 de junio de 2000, confirmado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS138/AB/R

Título abreviado	Título completo y referencia
<i>Estados Unidos - Suspensión de obligaciones</i>	Informe del Grupo de Trabajo del GATT, <i>Suspensión por los Países Bajos del cumplimiento de obligaciones respecto de los Estados Unidos al amparo del párrafo 2 del artículo XXIII</i> , adoptado el 8 de noviembre de 1952, IBDD 1S/62
<i>Guatemala - Cemento I</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Guatemala - Investigación antidumping sobre el cemento Portland procedente de México</i> , WT/DS60/AB/R, adoptado el 25 de noviembre de 1998
<i>Guatemala - Cemento I</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Guatemala - Investigación antidumping sobre el cemento Portland procedente de México</i> , WT/DS60/R, adoptado el 25 de noviembre de 1998, modificado por el informe del Órgano de Apelación, WT/DS60/AB/R
<i>México - Aceite de oliva</i>	Informe del Grupo Especial, <i>México - Medidas compensatorias definitivas sobre el aceite de oliva procedente de las Comunidades Europeas</i> , WT/DS341/R, adoptado el 21 de octubre de 2008

LISTA DE ABREVIATURAS

<i>Acuerdo SMC</i>	Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias
ADPIC	Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio
AGCS	Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios
ATPSM	Modelo de Simulación de la Política Comercial Agrícola
CCC	Corporación de Crédito para Productos Básicos
CDI	Comisión de Derecho Internacional
Convención de Viena	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados
ESD	Entendimiento sobre Solución de Diferencias
FAPRI	Instituto de Investigación sobre Política Alimentaria y Agrícola
FAS	Servicio Exterior de Agricultura
FSRI	Seguridad Agrícola e Inversión Rural
GATT de 1994	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994
GSM	Gerente General de Ventas
Ley Agrícola de 2002	Ley de Seguridad Agrícola e Inversión Rural de 2002
OSD	Órgano de Solución de Diferencias
Fase 2	Pagos al usuario para la comercialización (Fase 2)
RMSE	Error cuadrático medio
SCGP	Programa de Garantía de Créditos de Proveedores
STI	Subvenciones de los tipos de interés
USDA	Departamento de Agricultura de los Estados Unidos

I. INTRODUCCIÓN

A. PROCEDIMIENTO INICIAL

1.1 El 21 de marzo de 2005 el Órgano de Solución de Diferencias ("OSD") adoptó el informe del Órgano de Apelación¹ y el informe del Grupo Especial que se ocupó de la presente diferencia², modificado por el Órgano de Apelación.

1.2 El Órgano de Apelación confirmó las conclusiones del Grupo Especial de que los pagos de la Fase 2 efectuados a los usuarios internos y los efectuados a los exportadores eran subvenciones en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 3 del *Acuerdo SMC* (en el caso de los primeros) y del párrafo 1 a) del artículo 3 de ese mismo Acuerdo (en el caso de los segundos), que estaban prohibidas en virtud de esas disposiciones, respectivamente, y que se concedían y mantenían de manera incompatible con el artículo ... de dicho Acuerdo. El Órgano de Apelación confirmó también las constataciones del Grupo Especial de que los programas de garantías de créditos a la exportación en litigio, es decir, los programas GSM 102, GSM 103 y SCGP, constituían en sí mismos subvenciones a la exportación en el sentido del punto j) de la Lista ilustrativa de subvenciones a la exportación recogida en el Anexo I del *Acuerdo SMC* y, por consiguiente, eran subvenciones incompatibles con los párrafos 1 a) y 2 del artículo 3 del *Acuerdo SMC*. El Órgano de Apelación confirmó asimismo la conclusión del Grupo Especial de que los pagos del programa de préstamos para la comercialización, los pagos de la Fase 2, los pagos de asistencia por pérdida de mercados y los pagos anticíclicos ("subvenciones supeditadas a los precios") tenían un efecto significativo de contención de la subida de los precios en el mismo mercado mundial, en el sentido del párrafo 3 c) del artículo 6 del *Acuerdo SMC*.³

1.3 A tenor de la recomendación formulada por el Grupo Especial inicial en virtud del párrafo 7 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*, el plazo para el cumplimiento con respecto a las subvenciones prohibidas expiró el 1º de julio de 2005. Con arreglo al párrafo 9 del artículo 7 del *Acuerdo SMC*, el plazo para el cumplimiento en el caso de las subvenciones recurribles expiró el 21 de septiembre de 2005, seis meses después de la fecha en que el OSD adoptó el informe del Órgano de Apelación.⁴

1.4 El 30 de junio de 2005 el Departamento de Agricultura de los Estados Unidos (el "USDA") anunció que la Corporación de Crédito para Productos Básicos de los Estados Unidos (la "CCC") dejaría de aceptar solicitudes de garantías de créditos a la exportación con arreglo al programa GSM 103.⁵ El USDA también anunció que la CCC usaría una nueva estructura de comisiones para los programas GSM 102 y SCGP.⁶

¹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Subvenciones al algodón americano (upland)*, WT/DS267/AB/R (en adelante, el "informe del Órgano de Apelación").

² Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Subvenciones al algodón americano (upland)*, WT/DS267/R (en adelante, el "informe del Grupo Especial").

³ Véase el informe del Órgano de Apelación, párrafo 763, apartados c), d) y e).

⁴ Véanse los documentos WT/DS267/21 y WT/DS267/26.

⁵ Véase el informe del Grupo Especial, párrafo 3.16 (donde se hace referencia al Comunicado de prensa en línea del Servicio Exterior de Agricultura (FAS) del USDA de 30 de junio de 2005 "*USDA announces changes to export credit guarantee programs to comply with WTO Findings*" (El USDA anuncia cambios en los programas de garantías de créditos a la exportación con el fin de cumplir las constataciones de la OMC) (Prueba documental 502 presentada por el Brasil al Grupo Especial) y al Anuncio sobre el Programa del FAS del USDA de 30 de junio de 2005 "*Notice to GSM-103 Program Participants*" (Aviso a los participantes en el programa GSM 103) (Prueba documental 503 presentada por el Brasil al Grupo Especial)).

⁶ Véase el informe del Grupo Especial, párrafo 3.16.

1.5 En octubre de 2005 la CCC dejó de otorgar garantías de créditos a la exportación con arreglo al programa SCGP.⁷

1.6 El 1º de febrero de 2006, el Congreso de los Estados Unidos adoptó una legislación por la que se derogó, con efecto a partir del 1º de agosto de 2006, el programa de pagos de la Fase 2 para el algodón americano (*upland*).⁸

1.7 El 18 de agosto de 2006, el Brasil solicitó el establecimiento de un grupo especial de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias ("ESD") con respecto a la supuesta no aplicación por los Estados Unidos de las recomendaciones y resoluciones del OSD.⁹ En su reunión del 28 de septiembre de 2006, el OSD decidió, de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD, remitir este asunto al Grupo Especial inicial, de ser posible. El informe del Grupo Especial sobre el cumplimiento se distribuyó a los Miembros el 18 de diciembre de 2007.

1.8 En cuanto a las garantías de créditos a la exportación otorgadas en el marco del programa GSM 102 revisado después del 1º de julio de 2005, el Grupo Especial sobre el cumplimiento constató que los Estados Unidos no habían cumplido las recomendaciones y resoluciones del OSD al actuar de manera incompatible con el párrafo 1 del artículo 10 y el artículo 8 del *Acuerdo sobre la Agricultura*, y con los párrafos 1 a) y 2 del artículo 3 del *Acuerdo SMC*:

"Por lo que respecta a las garantías de créditos a la exportación del programa GSM 102 concedidas después del 1º de julio de 2005, los Estados Unidos actúan de manera incompatible con el párrafo 1 del artículo 10 del *Acuerdo sobre la Agricultura* al aplicar subvenciones a la exportación de forma que constituye una elusión de los compromisos en materia de subvenciones a la exportación asumidos por los Estados Unidos con respecto a determinados productos no consignados en la Lista y a determinados productos consignados en la Lista, y en consecuencia actúan de manera incompatible con el artículo 8 del *Acuerdo sobre la Agricultura*. Por lo que respecta a las garantías de créditos a la exportación del programa GSM 102 concedidas después del 1º de julio de 2005, los Estados Unidos también actúan de manera incompatible con los párrafos 1 a) y 2 del artículo 3 del *Acuerdo SMC* al proporcionar subvenciones a la exportación a productos no consignados en la Lista y al proporcionar subvenciones a la exportación a productos consignados en la Lista por encima de los compromisos asumidos por los Estados Unidos en virtud del *Acuerdo sobre la Agricultura*. Al actuar de manera incompatible con el párrafo 1 del artículo 10 y el artículo 8 del *Acuerdo sobre la Agricultura* y los párrafos 1 a) y 2 del artículo 3 del *Acuerdo SMC*, los Estados Unidos no han cumplido las recomendaciones y resoluciones del OSD. Concretamente, los Estados Unidos no han puesto sus medidas en conformidad con el *Acuerdo sobre la Agricultura* y no han 'retirado la subvención sin demora'.¹⁰

⁷ Véase *ibid.* (donde se hace referencia a la Primera comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafo 20, y a "Summary of FY 2006 Export Credit Guarantee Programme Activity for GSM-102 as of close of business: 9/30/2006" (Resumen de las actividades del programa de garantías de créditos a la exportación GSM-102 correspondiente al ejercicio fiscal 2006, al cierre: 30 de septiembre de 2006) (Prueba documental 513 presentada por el Brasil al Grupo Especial)).

⁸ Véase el informe del Grupo Especial, párrafo 3.7 (donde se hace referencia al artículo 1103 de la Ley de reducción del déficit de 2005, Ley Pública N° 109-171 (Prueba documental 435 presentada por el Brasil al Grupo Especial)).

⁹ Documento WT/DS267/30.

¹⁰ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Algodón americano (upland)* (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil), párrafo 15.1 c). (no se reproducen las notas de pie de página del original)

1.9 El Grupo Especial sobre el cumplimiento llegó a la conclusión de que "en tanto en cuanto las medidas destinadas por los Estados Unidos a cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD en el procedimiento inicial son incompatibles con las obligaciones que les corresponden en virtud de los acuerdos abarcados, esas recomendaciones y resoluciones siguen siendo operativas".¹¹

1.10 El 12 de febrero de 2008, los Estados Unidos notificaron al OSD su intención de apelar contra determinadas cuestiones de derecho tratadas en el informe del Grupo Especial sobre el cumplimiento y determinadas interpretaciones jurídicas formuladas por dicho Grupo, y presentaron un anuncio de apelación.¹² El 25 de febrero de 2008, el Brasil notificó al OSD, de conformidad con el párrafo 4 del artículo 16 del ESD, su intención de apelar contra determinadas cuestiones de derecho tratadas en el informe del Grupo Especial sobre el cumplimiento y determinadas interpretaciones jurídicas formuladas por éste, y presentó un anuncio de otra apelación.¹³

1.11 El informe del Órgano de Apelación se distribuyó el 2 de junio de 2008. El Órgano de Apelación confirmó las conclusiones del Grupo Especial sobre el cumplimiento con respecto a los pagos por préstamos para la comercialización y los pagos anticíclicos, así como las conclusiones relativas a las garantías de créditos a la exportación otorgadas en el marco del programa GSM 102 revisado.¹⁴

1.12 El 20 de junio de 2008 el OSD adoptó el informe del Órgano de Apelación y el informe del Grupo Especial sobre el cumplimiento, modificado por el Órgano de Apelación.

B. SOLICITUD DE ARBITRAJE Y PROCEDIMIENTOS DE ARBITRAJE

1.13 El 4 de julio de 2005 el Brasil notificó al OSD su "[r]ecurso ... al párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* y al párrafo 2 del artículo 22 del ESD" con respecto a las subvenciones prohibidas declaradas incompatibles por el Grupo Especial inicial y el Órgano de Apelación.¹⁵ Las subvenciones prohibidas identificadas fueron las siguientes: i) las garantías de créditos a la exportación en el marco de los programas de garantías de créditos a la exportación GSM 102, GSM 103 y SCGP con respecto a las exportaciones de algodón americano (*upland*) y otros productos agropecuarios no consignados en la Lista que son objeto de ayuda en el marco de los programas, y con respecto a un producto consignado en la Lista (arroz); ii) el artículo 1207 a) de la Ley de Seguridad Agrícola e Inversión Rural (Ley FSRI) de 2002, que prevé los pagos al usuario para la comercialización (Fase 2), para exportadores de algodón americano (*upland*); y iii) el artículo 1207 a) de la Ley FSRI de 2002, que prevé los pagos al usuario para la comercialización (Fase 2), para usuarios internos de algodón americano (*upland*). El Brasil pidió autorización para adoptar contramedidas apropiadas en la cuantía correspondiente i) a los pagos de la Fase 2 efectuados en la campaña de comercialización concluida más reciente; y ii) al total de solicitudes de los exportadores recibidas en el marco de los programas GSM 102, GSM 103 y SCGP durante el ejercicio fiscal concluido más reciente. El Brasil solicitó también, al amparo de lo dispuesto en el párrafo 3 c) del artículo 22 del ESD, una suspensión intersectorial de obligaciones dimanantes del Acuerdo sobre los ADPIC y del AGCS.

¹¹ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Algodón americano (upland)* (párrafo 5 del artículo 21 - *Brasil*), párrafo 15.2.

¹² Documento WT/DS267/33.

¹³ Documento WT/DS267/34.

¹⁴ Si bien el Órgano de Apelación constató que el Grupo Especial sobre el cumplimiento no había hecho una evaluación objetiva del programa GSM 102 revisado GSM de conformidad con el punto j) de la Lista ilustrativa al no considerar determinados datos de las reestimaciones presentadas por los Estados Unidos, también constató que ello no afectaba a la conclusión del Grupo Especial sobre el cumplimiento relativa a los pagos del programa GSM 102 revisado.

¹⁵ Documento WT/DS267/21.

1.14 El 5 de julio de 2005 el Brasil y los Estados Unidos notificaron al OSD el "Procedimiento acordado en virtud de los artículos 21 y 22 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias y el artículo 4 del *Acuerdo SMC* en el seguimiento de la diferencia" ("Procedimiento acordado").¹⁶

1.15 El 14 de julio de 2005 los Estados Unidos notificaron al OSD su impugnación de "la procedencia de las contramedidas y el nivel de la suspensión de concesiones u otras obligaciones propuesta por el Brasil". Los Estados Unidos alegaron también que el Brasil no había seguido los principios y procedimientos establecidos en el párrafo 3 c) del artículo 22 del ESD al solicitar una suspensión intersectorial de concesiones y obligaciones.¹⁷

1.16 El 15 de julio de 2005, en la reunión del OSD, se acordó que la cuestión planteada por los Estados Unidos en el documento WT/DS267/23 se sometiera a arbitraje, con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD y el párrafo 11 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*. El Árbitro se constituyó el 19 de julio de 2005. Estaba integrado por los miembros del Grupo Especial inicial, a saber, el Sr. Darius Rosati en calidad de Presidente, y los Sres. Mario Matus y Daniel Moulis en calidad de miembros.¹⁸

1.17 El 17 de agosto de 2005 los Estados Unidos y el Brasil solicitaron conjuntamente que se suspendiera el procedimiento de arbitraje hasta que el Brasil pidiera su reanudación o su terminación de conformidad con los términos del "Procedimiento acordado". El Árbitro suspendió el procedimiento de arbitraje el 18 de agosto de 2005.¹⁹

1.18 El 6 de octubre de 2005 el Brasil notificó al OSD su "[r]ecurso ... al párrafo 9 del artículo 7 del *Acuerdo SMC* y al párrafo 2 del artículo 22 del ESD" con respecto a las subvenciones recurribles declaradas incompatibles por el Grupo Especial inicial y el Órgano de Apelación. Se indicaba que las subvenciones en cuestión eran los pagos del programa de préstamos para la comercialización, los pagos al usuario para la comercialización (Fase 2), los pagos de asistencia por pérdida de mercados y los pagos anticíclicos. El Brasil solicitó que el OSD le concediera autorización para adoptar contramedidas por un valor anual de 1.037 millones de dólares EE.UU. hasta que los Estados Unidos retirasen las subvenciones pertinentes o eliminasen sus efectos desfavorables. El Brasil solicitó también, al amparo de lo dispuesto en el párrafo 3 c) del artículo 22 del ESD, una suspensión intersectorial de obligaciones dimanantes del Acuerdo sobre los ADPIC y del AGCS.²⁰

1.19 El 17 de octubre de 2005 los Estados Unidos impugnaron el nivel de la suspensión de concesiones u otras obligaciones y las contramedidas propuestas por el Brasil. Los Estados Unidos sostuvieron que las contramedidas propuestas no eran proporcionadas al grado y naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia se hubiera determinado en el sentido del párrafo 9 del artículo 7 del *Acuerdo SMC*. Además, los Estados Unidos sostuvieron que el nivel de la suspensión de concesiones no era equivalente al nivel de la anulación o el menoscabo en el sentido del párrafo 7 del artículo 22 del ESD. Los Estados Unidos alegaron también que el Brasil no había seguido los principios y procedimientos establecidos en el párrafo 3 c) del artículo 22 del ESD al solicitar una suspensión intersectorial de concesiones y obligaciones.²¹

1.20 El 18 de octubre de 2005 en la reunión del OSD, se acordó que la cuestión planteada por los Estados Unidos se sometiera a arbitraje. El Árbitro se constituyó el 18 de noviembre de 2005. Estaba

¹⁶ Véase el documento WT/DS267/22.

¹⁷ Véase el documento WT/DS267/23.

¹⁸ Véase el documento WT/DS267/24.

¹⁹ Documento WT/DS267/25.

²⁰ Véase el documento WT/DS267/26.

²¹ Véase el documento WT/DS267/27.

integrado por los miembros del Grupo Especial inicial, a saber, el Sr. Darius Rosati en calidad de Presidente, y los Sres. Mario Matus y Daniel Moulis en calidad de miembros.²²

1.21 El 21 de noviembre de 2005 el Brasil y los Estados Unidos presentaron conjuntamente al Árbitro una solicitud para que se suspendiera el procedimiento de arbitraje hasta que cualquiera de las partes pidiera posteriormente su reanudación. El Árbitro suspendió el procedimiento de arbitraje el 7 de diciembre de 2005.²³

1.22 El 25 de agosto de 2008 el Brasil presentó una solicitud de reanudación de este procedimiento de arbitraje (relativo a las subvenciones prohibidas) y también de reanudación del otro procedimiento de arbitraje (relativo a las subvenciones recurribles).²⁴

1.23 El 1º de octubre de 2008, debido a que dos de sus miembros no estaban disponibles en el momento en que se reanudaron ambos procedimientos, las partes acordaron para éstos la siguiente composición del Árbitro:

Sr. Eduardo Pérez-Motta, Presidente

Sr. Alan Matthews

Sr. Daniel Moulis²⁵

1.24 El 24 de octubre de 2008 se celebró una reunión de organización para examinar los procedimientos de trabajo y los calendarios propuestos para ambos procedimientos de arbitraje. Los procedimientos de trabajo y los calendarios definitivos se enviaron a las partes el 29 de octubre de 2008. El 31 de octubre de 2008, el Brasil pidió una nueva prórroga del plazo para la presentación de su comunicación escrita. Después de examinar los argumentos de ambas partes con respecto a la solicitud del Brasil, el Árbitro revisó los calendarios y los envió a las partes el 19 de noviembre de 2008.

1.25 El 31 de octubre de 2008, el Brasil presentó su Documento sobre metodología para el cálculo de las contramedidas propuestas. Los Estados Unidos presentaron una comunicación escrita el 9 de diciembre de 2008. El Brasil presentó su comunicación escrita el 13 de enero de 2009. El Árbitro envió a las partes preguntas por escrito el 30 de enero de 2009. Las partes respondieron a esas preguntas el 13 de febrero de 2009.

1.26 El Árbitro se reunió con las partes el 3 de marzo de 2009. Después de la reunión, el Árbitro formuló a las partes preguntas adicionales por escrito el 6 de marzo de 2009 y recibió sus respuestas escritas el 20 de marzo de 2009. Cada una de las partes formuló también observaciones sobre las respuestas escritas de la otra parte a las preguntas del Árbitro el 31 de marzo de 2009. El 20 de abril de 2009 el Árbitro informó a las partes de que, en vista de la voluminosa documentación que había recibido de las partes después de reunirse con ellas, y teniendo también en cuenta el tiempo necesario para la traducción de los informes a los otros dos idiomas de trabajo, se aplazaba la fecha de publicación de la decisión del Árbitro. El Árbitro formuló a las partes una pregunta adicional el 11 de junio de 2009. El 30 de junio y el 5 de agosto de 2009, el Árbitro informó a las partes de que se aplazaba de nuevo la distribución de la decisión. La decisión del Árbitro se distribuyó el 31 de agosto de 2009.

²² Véase el documento WT/DS267/28.

²³ Véase el documento WT/DS267/29.

²⁴ Véanse los documentos WT/DS267/38 y WT/DS267/39.

²⁵ Véanse los documentos WT/DS267/24/Add.1 y WT/DS267/28/Add.1.

C. ORGANIZACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS Y PRESENTACIÓN DE LA DECISIÓN

1.27 Como se indicó más arriba, en la presente diferencia se iniciaron de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del ESD dos procedimientos de arbitraje distintos, uno relativo a las subvenciones prohibidas en litigio en el procedimiento correspondiente y otro relativo a las subvenciones recurribles. Estos procedimientos se desarrollaron de forma paralela y en ambos actuaron como árbitros las mismas personas. Cada una de las partes presentó una única comunicación con respecto a ambos procedimientos.

1.28 El Árbitro recabó por consiguiente las opiniones de las partes en cuanto a si debía publicar una única decisión o dos decisiones para los dos procedimientos, y a cómo debía tratar los argumentos presentados en la comunicación de cada una de las partes.

1.29 Los Estados Unidos indican que había dos solicitudes de arbitraje y dos arbitrajes, y que por consiguiente esperaban que el Árbitro publicara una decisión independiente para cada uno de los dos arbitrajes. En cuanto a la utilización de las comunicaciones, los Estados Unidos indicaron que las secciones de las comunicaciones que no estuvieran claramente relacionadas con las subvenciones prohibidas o las subvenciones recurribles podían ser pertinentes para cualquiera de los procedimientos.²⁶ Por otra parte, el Brasil aduce que los dos procedimientos deberían armonizarse en la mayor medida posible y considera que sería suficiente una única decisión para ambos arbitrajes. Asimismo, el Brasil no se opone a que el Árbitro tenga en cuenta los argumentos formulados en el conjunto de sus comunicaciones a fin de tomar decisiones en cualquiera de los procedimientos.²⁷

1.30 En cuanto al modo de tratar las comunicaciones de las partes, el Árbitro observa que, si bien cada parte presentó una única comunicación escrita, las secciones relativas a las subvenciones prohibidas figuran aparte de las secciones relativas a las subvenciones recurribles. En consecuencia, en general es posible distinguir los argumentos relativos a las contramedidas propuestas frente a las subvenciones prohibidas en litigio de los relativos a las contramedidas frente a las subvenciones recurribles. Además, algunas secciones de las comunicaciones, como la introducción y las secciones sobre la retorsión cruzada, pueden ser pertinentes para ambos procedimientos. El Árbitro se referirá por tanto a tales argumentos en esta decisión según proceda.

1.31 En cuanto a la presentación de su una decisión, el Árbitro observa que los Estados Unidos formularon dos impugnaciones distintas contra las dos solicitudes distintas de contramedidas presentadas por el Brasil. Aunque se armonizó el desarrollo de los dos procedimientos y las partes presentaron una única comunicación escrita que abarcaba tanto las subvenciones prohibidas como las subvenciones recurribles en litigio, lo cierto es que existen dos procedimientos de arbitraje, y que el arbitraje contra las subvenciones prohibidas está basado en el párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*, mientras que el procedimiento relativo a las subvenciones recurribles en la misma diferencia está basado en el párrafo 9 del artículo 7 del *Acuerdo SMC*. En esas circunstancias, y al no haber un acuerdo entre las partes sobre la publicación de una única decisión, el Árbitro consideró conveniente publicar una decisión distinta para cada uno de los dos procedimientos.

D. TRATO DE LA INFORMACIÓN CONFIDENCIAL

1.32 Los Estados Unidos dieron carácter de información confidencial a una cifra que figura entre dobles corchetes en la nota 204 de su comunicación escrita. Otra cifra que figura en la nota 67 en relación con su respuesta a la pregunta del Árbitro fue designada de la misma manera. Los Estados Unidos solicitan al Árbitro que considere confidencial la información a la que se ha dado ese carácter

²⁶ Respuestas de los Estados Unidos a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 2.

²⁷ Respuestas del Brasil a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 2.

y que ésta no se haga pública.²⁸ En respuesta a una pregunta del Árbitro el Brasil aduce que el párrafo 2 del artículo 18 del ESD es suficiente para ocuparse de la cuestión del trato de la información confidencial durante el procedimiento.²⁹

1.33 El Árbitro recuerda que su Procedimiento de trabajo dispone que "[l]as deliberaciones del Árbitro y los documentos que se le hayan presentado tendrán carácter confidencial, sin perjuicio de que las partes hagan públicas sus posiciones". El Procedimiento de trabajo del Árbitro establece además que "[e]l Árbitro seguirá los procedimientos normales de trabajo del ESD en lo pertinente y adaptados a las circunstancias de estas actuaciones". Las partes no plantearon la cuestión de la presentación de información confidencial durante la reunión de organización. Sin embargo, el párrafo 2 del artículo 18 del ESD dispone que "[l]os Miembros considerarán confidencial la información facilitada al grupo especial o al Órgano de Apelación por otro Miembro a la que éste haya atribuido tal carácter". El Árbitro considera que esta misma norma se aplica también al presente procedimiento de arbitraje. Por lo tanto, los Miembros considerarán confidencial la información a la que los Estados Unidos hayan atribuido carácter confidencial y están obligados a no revelársela a nadie que no intervenga en el procedimiento. El Árbitro también está obligado a no revelar esa información en sus decisiones. Por último, el Árbitro no consideró necesario remitirse a esta información en sus decisiones.

II. ENFOQUE GENERAL ADOPTADO POR EL ÁRBITRO

2.1 Los Estados Unidos han iniciado estos procedimientos de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del ESD y el párrafo 11 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*.

2.2 El párrafo 6 del artículo 22 del ESD establece, en su parte pertinente:

"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, o sostiene que no se han seguido los principios y procedimientos establecidos en el párrafo 3, en el caso de que una parte reclamante haya solicitado autorización para suspender concesiones u otras obligaciones al amparo de lo dispuesto en los párrafos 3 b) o 3 c), la cuestión se someterá a arbitraje. El arbitraje estará a cargo del grupo especial que haya entendido inicialmente en el asunto, si estuvieran disponibles sus miembros, o de un árbitro nombrado por el Director General, y se concluirá dentro de los 60 días siguientes a la fecha de expiración del plazo prudencial."

2.3 En lo que concierne a las medidas adoptadas como respuesta a las infracciones del párrafo 1 del artículo 3 del *Acuerdo SMC*, el párrafo 11 del artículo 4 de ese Acuerdo imparte al árbitro el siguiente mandato:

"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 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.

²⁸ Respuestas de los Estados Unidos a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 1.

²⁹ Respuestas del Brasil a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 1.

2.4 En el presente procedimiento, los Estados Unidos impugnan dos aspectos distintos de las contramedidas propuestas por el Brasil. Los Estados Unidos impugnan en primer lugar el *nivel* de la suspensión de concesiones u otras obligaciones y las contramedidas que propone el Brasil. Además, los Estados Unidos alegan que el Brasil no ha seguido los principios y procedimientos establecidos en el párrafo 3 del artículo 22 del ESD, por lo que piden que el Árbitro rechace la petición del Brasil de suspender las concesiones con respecto al Acuerdo sobre los ADPIC y al AGCS.³⁰ Por tanto, examinaremos sucesivamente estos dos aspectos. Teniendo en cuenta que nuestra determinación con respecto al nivel de las contramedidas propuestas puede tener efectos en nuestra determinación con respecto a la forma de las contramedidas que hayan de adoptarse, examinaremos primero el nivel de las contramedidas propuestas.

2.5 El nivel de las contramedidas solicitado por el Brasil, que se expresa en la solicitud que presentó al OSD, se refería a dos cuantías distintas: una cuantía correspondiente a "los pagos de la Fase 2 efectuados en la campaña de comercialización concluida más reciente" y una cuantía correspondiente "al total de solicitudes de los exportadores recibidas en el marco de los programas GSM 102, GSM 103 y SCGP durante el ejercicio fiscal concluido más reciente".

2.6 En su Documento sobre metodología el Brasil limitó ulteriormente su petición a: i) contramedidas únicas en relación con el programa de la Fase 2 por la cuantía de los desembolsos efectuados por los Estados Unidos en la campaña de comercialización 2005, que asciende a un total de 350 millones de dólares EE.UU.³¹, y ii) contramedidas proporcionadas a la cantidad anual de las garantías de créditos a la exportación del programa GSM 102 prohibidas concedidas para transacciones de exportación de productos no consignados en la Lista, arroz, carne de porcino y carne de aves de corral, que asciende a 1.294 millones de dólares EE.UU. para el ejercicio fiscal 2006. Por consiguiente, examinaremos sucesivamente el nivel de las contramedidas solicitado por el Brasil en relación con estas dos medidas.

III. NIVEL DE LAS CONTRAMEDIDAS PROPUESTO POR EL BRASIL EN RELACIÓN CON LA FASE 2

3.1 En la solicitud que presentó al OSD, con respecto al programa de la Fase 2, el Brasil indicó que solicitaba contramedidas por una cuantía correspondiente a los pagos de la Fase 2 efectuados en la campaña de comercialización concluida más reciente.

3.2 En su Documento sobre metodología el Brasil explica además que solicita contramedidas únicas en relación con el programa de la Fase 2 por la cuantía de los desembolsos efectuados por los Estados Unidos en la campaña de comercialización 2005, que ascienden en total a 350 millones de dólares EE.UU.³² El Brasil explica que estas contramedidas se refieren a los pagos efectuados en el período comprendido entre el 1º de julio de 2005, cuando los Estados Unidos deberían haber retirado las subvenciones en cuestión, y el 30 julio de 2006, cuando los Estados Unidos derogaron el programa de la Fase 2.

3.3 Sin embargo, los Estados Unidos consideran que ya no hay ninguna base para que el Brasil imponga una contramedida basada en pagos anteriores efectuados en el marco de los programas de la Fase 2 porque la medida relativa a la Fase 2 quedó sin efecto a partir de agosto de 2006 y porque el Grupo Especial sobre el cumplimiento no formuló ninguna constatación sobre dicha medida.³³ Aducen también que el ESD y el *Acuerdo SMC* exigen que no se imponga ninguna contramedida con respecto a las subvenciones de la Fase 2 porque no hay desacuerdo en cuanto a que los Estados

³⁰ Documento WT/DS267/23.

³¹ Documento sobre metodología del Brasil, párrafo 4.

³² Documento sobre metodología del Brasil, párrafo 4.

³³ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 226 y 227.

Unidos han cumplido las resoluciones y recomendaciones del OSD en relación con los pagos de la Fase 2.³⁴

3.4 Debemos por tanto examinar en primer lugar el fundamento jurídico para que el Brasil solicite contramedidas "únicas" en relación con el incumplimiento por los Estados Unidos de las recomendaciones y resoluciones del OSD entre el 1º de julio de 2005 y el 31 de julio de 2006, antes de considerar el nivel propuesto de esas contramedidas.

A. ¿TIENE DERECHO EL BRASIL A SOLICITAR CONTRAMEDIDAS "ÚNICAS" EN RELACIÓN CON EL HECHO DE QUE LOS ESTADOS UNIDOS NO RETIRARAN LOS PAGOS DE LA FASE 2 EN EL PERÍODO COMPRENDIDO ENTRE EL 1º DE JULIO DE 2005 Y EL 31 DE JULIO DE 2006?

1. Principales argumentos de las partes

3.5 El Brasil considera que el párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* establece condiciones que obligan al OSD a autorizar la adopción de contramedidas en caso de "que no se cumpla la recomendación del OSD en el plazo especificado por el grupo especial". El plazo especificado por el Grupo Especial inicial era el 1º de julio de 2005. Los Estados Unidos no retiraron el programa de la Fase 2 hasta el 31 de julio de 2006. Por lo tanto, el Brasil aduce que el OSD está obligado a autorizar contramedidas apropiadas de conformidad con el párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*.³⁵ A juicio del Brasil, el único hecho pertinente es si los Estados Unidos habían retirado las subvenciones para el final del plazo para la aplicación y el hecho de que los Estados Unidos derogaran el programa de la Fase 2 después del final de dicho plazo carece de importancia.³⁶ A juicio del Brasil, una contramedida de esa índole no es una medida correctiva retroactiva.³⁷

3.6 Los Estados Unidos consideran que para la fecha en que el Grupo Especial sobre el cumplimiento formuló sus constataciones se habían eliminado los pagos de la Fase 2 mediante una disposición legislativa³⁸ y que el ESD no permite que se apliquen retroactivamente contramedidas.³⁹ Los Estados Unidos señalan que el Brasil solicitó constataciones, durante el procedimiento del Grupo Especial sobre el cumplimiento, de que los Estados Unidos no habían adoptado ninguna medida para cumplir las resoluciones del OSD durante el período comprendido entre el 22 de septiembre de 2005 y el 31 de julio de 2006 puesto que la medida de la Fase 2 no fue derogada durante ese período. Sin embargo, el Grupo Especial sobre el cumplimiento se abstuvo de pronunciarse sobre esta solicitud. Por consiguiente, los Estados Unidos aducen que, puesto que el Grupo Especial sobre el cumplimiento no se pronunció sobre las subvenciones de la Fase 2 durante el período inmediatamente anterior a su derogación, no hay fundamento jurídico alguno para que el Brasil adopte contramedidas contra las subvenciones de la Fase 2.⁴⁰

3.7 Los Estados Unidos aducen también que sólo se pueden autorizar contramedidas cuando un Miembro no ha cumplido las recomendaciones y resoluciones del OSD. Puesto que a día de hoy los Estados Unidos han cumplido, no hay ninguna medida, ni incompatibilidad con las normas de la OMC, que pudiera servir de fundamento jurídico para una contramedida con respecto a la Fase 2.⁴¹

³⁴ Respuestas de los Estados Unidos a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 57.

³⁵ Comunicación escrita del Brasil, párrafos 246-249.

³⁶ Comunicación escrita del Brasil, párrafo 251.

³⁷ Declaración oral del Brasil, párrafo 101.

³⁸ Respuestas de los Estados Unidos a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 4, párrafo 19.

³⁹ Respuestas de los Estados Unidos a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 57, párrafo 143.

⁴⁰ Declaración oral de los Estados Unidos, párrafos 61 y 62.

⁴¹ Observaciones de los Estados Unidos sobre las respuestas del Brasil a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 107, párrafos 119 y 120.

3.8 El Brasil considera que el hecho de que el Grupo Especial sobre el cumplimiento no formulara resoluciones sobre las subvenciones de la Fase 2 carece de pertinencia. En los informes del Grupo Especial inicial y del Órgano de Apelación ya se imponía a los Estados Unidos la obligación jurídica de retirar la subvención. Como los Estados Unidos no han logrado el cumplimiento sustantivo, el Brasil aduce que tiene derecho a adoptar contramedidas en relación con las subvenciones de la Fase 2 en el período comprendido entre el 1º de julio de 2005 y el 31 de julio de 2006.⁴²

3.9 El Brasil aduce además que, aunque los Estados Unidos retiraron las subvenciones de la Fase 2 en agosto de 2006, en la Ley Agrícola de 2008 sustituyeron estas subvenciones por otras subvenciones prohibidas. Alega que la Ley Agrícola de 2008 sustituyó el componente de subvención a la exportación del programa de la Fase 2 por "nuevas subvenciones en concepto de préstamos para la comercialización" que mantuvieron el impulso competitivo de los exportadores de algodón estadounidense como había hecho previamente el programa de la Fase 2, y que por tanto constituyen una subvención *de facto* supeditada a los resultados de exportación. Asimismo, el Brasil alega que la Ley Agrícola de 2008 sustituyó las subvenciones de la Fase 2 para los usuarios de algodón nacional por la "asistencia para el ajuste económico destinada a los usuarios de algodón americano (*upland*)", por la cual se paga a las fábricas textiles estadounidenses 4 centavos por libra de algodón americano (*upland*) utilizado. El Brasil considera que este componente de la subvención está supeditado *de facto* al empleo de algodón nacional con preferencia al importado.⁴³ Aduce que la promulgación de la Ley Agrícola de 2008 anuló el cumplimiento que los Estados Unidos habían conseguido inicialmente y que es necesario que el Árbitro tenga en cuenta este factor al considerar el "carácter apropiado" de la contramedida única respecto del pago propuesta por el Brasil contra las subvenciones de la Fase 2.⁴⁴

3.10 Los Estados Unidos señalan que el Brasil no solicita una contramedida frente a medidas previstas en la Ley Agrícola de 2008 puesto que no se han formulado constataciones de incompatibilidad con respecto a esta nueva legislación, sino que formula alegaciones fácticas sobre nuevos programas y pide al Árbitro que les dé cierto peso en la adopción de su decisión. Los Estados Unidos consideran que cualquier análisis de los nuevos programas sólo sería una especulación, ya que ningún grupo especial ha examinado estos programas ni ha formulado constataciones sobre su incompatibilidad con las normas de la OMC, y que el Brasil no las ha solicitado en este procedimiento. A juicio de los Estados Unidos, pedir al Árbitro que tome en consideración los nuevos programas previstos en la nueva legislación al examinar el carácter apropiado de la contramedida propuesta con respecto a las subvenciones de la Fase 2 que ya han expirado es esencialmente una solicitud de contramedidas sobre estos nuevos programas. La adopción de contramedidas contra estas medidas promulgadas recientemente sería incompatible con el artículo 23 del ESD y no tendría ningún apoyo en constataciones ni en recomendaciones y resoluciones del OSD.⁴⁵

3.11 Los Estados Unidos aducen que los Miembros sólo pueden obtener contramedidas cuando hay una incompatibilidad con las normas de la OMC, ya que si no la hubiera no habría nada que contrarrestar. Sostienen que el hecho de que el Grupo Especial sobre el cumplimiento no examinara la Ley Agrícola de 2008 es un factor decisivo para el Árbitro. En opinión de los Estados Unidos, la solicitud del Brasil de que el Árbitro examine la Ley Agrícola de 2008 es incompatible con el

⁴² Respuestas del Brasil a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 11, párrafos 137-139.

⁴³ Comunicación escrita del Brasil, párrafos 262 y 263.

⁴⁴ Comunicación escrita del Brasil, párrafos 277 y 280.

⁴⁵ Observaciones de los Estados Unidos sobre las respuestas del Brasil a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 108, párrafos 121-123.

artículo 23 del ESD porque el Brasil está "tratando de obtener reparación" con respecto a la Ley Agrícola de 2008 sin haber recurrido al ESD.⁴⁶

3.12 El Brasil ha aclarado que no está tratando de adoptar contramedidas contra los componentes que han sustituido a las subvenciones de la Fase 2 en la Ley Agrícola de 2008, sino que más bien solicita una única contramedida en relación con la anterior incompatibilidad durante el período de 13 meses en que los Estados Unidos no cumplieron.⁴⁷ En respuesta a una pregunta del Árbitro, el Brasil aclara también que no le pide que saque conclusiones acerca de si estas nuevas subvenciones previstas en la Ley Agrícola de 2008 son "medidas destinadas a cumplir" en el sentido del párrafo 5 del artículo 21 del ESD, ni que dicte resoluciones en cuanto a que sean subvenciones prohibidas en el sentido del artículo 3 del *Acuerdo SMC*. A juicio del Brasil esas constataciones no estarían comprendidas en el mandato del Árbitro.⁴⁸

3.13 Sin embargo, el Brasil aduce que el hecho de que existan estas "nuevas subvenciones" puede ser considerado por el Árbitro al decidir si se ha logrado el cumplimiento sustantivo con respecto a las subvenciones de la Fase 2.⁴⁹ Aduce también que el Árbitro puede tener en cuenta la promulgación de la Ley Agrícola de 2008 al evaluar el "carácter apropiado de las contramedidas" y que ello sería coherente con la decisión de los Árbitros en el asunto *Canadá - Créditos y garantías para las aeronaves*, en el que el nivel apropiado de las contramedidas se ajustó teniendo en cuenta el hecho de que, cuando se llevó a cabo el arbitraje, el Canadá no había retirado la subvención en cuestión.⁵⁰

3.14 El Brasil aduce además que, como las partes no están de acuerdo acerca de si actualmente hay cumplimiento sustantivo, el párrafo 8 del artículo 22 del ESD no le impide adoptar contramedidas contra las subvenciones de la Fase 2 correspondientes al período comprendido entre el 1º de julio de 2005 y el 31 de julio de 2006.⁵¹ El Brasil considera que el párrafo 8 del artículo 22 del ESD no es aplicable en este procedimiento, ya que sólo se aplica después de que se hayan suspendido concesiones u otras obligaciones. Aunque fuera aplicable, el Brasil aduce que actualmente no se ha logrado el cumplimiento sustantivo, o que no se ha suprimido la medida incompatible, y que por tanto es jurídicamente admisible adoptar una contramedida.⁵² El Brasil se basa en el concepto de "cumplimiento sustantivo" que utilizó el Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión* en el sentido de que ya no hay cumplimiento sustantivo desde la promulgación de la Ley Agrícola de 2008 de los Estados Unidos, que contiene dos medidas de sustitución con los mismos efectos que la medida derogada de la Fase 2.⁵³ El Brasil considera que en su solicitud de una única contramedida ha respetado la frase "hasta que" que figura en el párrafo 8 del artículo 22 del ESD porque ha propuesto contramedidas basadas en la cuantía de los pagos de la Fase 2 efectuados después de expirado el plazo para la aplicación y antes de que fuera derogada la Fase 2 y/o suprimida la subvención.⁵⁴

3.15 Los Estados Unidos señalan que en su solicitud inicial de contramedidas el Brasil solicitó una contramedida basada en la cuantía de "los pagos de la Fase 2 efectuados en la campaña de comercialización concluida más reciente".⁵⁵ Sin embargo, durante actuaciones posteriores del presente arbitraje, el Brasil adoptó una metodología diferente consistente en un pago retroactivo

⁴⁶ Observaciones de los Estados Unidos sobre las respuestas del Brasil a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 109, párrafo 124; pregunta 110, párrafo 126.

⁴⁷ Respuestas del Brasil a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 108, párrafo 196.

⁴⁸ Respuestas del Brasil a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 12, párrafo 141.

⁴⁹ Respuestas del Brasil a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 11, párrafos 140-143.

⁵⁰ Respuestas del Brasil a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 108, párrafos 197-199.

⁵¹ Respuestas del Brasil a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 10, párrafo 136.

⁵² Declaración oral del Brasil, párrafos 104-108.

⁵³ Respuestas del Brasil a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 10, párrafos 134 y 135.

⁵⁴ Declaración oral del Brasil, párrafo 114.

⁵⁵ Documento WT/DS267/21.

único. A juicio de los Estados Unidos, no se puede utilizar ninguno de estos enfoques para calcular las "contramedidas apropiadas" para el programa de la Fase 2 ya que éste ha sido derogado.⁵⁶

2. Evaluación del Árbitro

3.16 Las expresiones "Fase 2" y "Pagos al usuario para la comercialización (Fase 2)" se refieren a una disposición especial sobre préstamos para la comercialización del algodón americano (*upland*) que han sido autorizados desde 1990 en virtud de leyes sucesivas, que incluyen la Ley FAIR de 1996 y la Ley FSRI de 2002.⁵⁷

3.17 El Grupo Especial que entendió inicialmente en el asunto formuló, entre otras, las siguientes constataciones con respecto a los pagos de la Fase 2:

"e) en lo concerniente al artículo 1207(a) de la Ley FSRI de 2002, que prevé los pagos al usuario para comercialización (Fase 2), para exportadores de algodón americano (*upland*):

...

iii) el artículo 1207(a) de la Ley FSRI de 2002, que prevé los pagos al usuario para la comercialización (Fase 2), para exportadores de algodón americano (*upland*), es una subvención a la exportación prohibida por los párrafos 1 a) y 2 del artículo 3 del *Acuerdo SMC*.

f) en lo concerniente al artículo 1207(a) de la Ley FSRI de 2002, que prevé los pagos al usuario para la comercialización (Fase 2), para usuarios internos de algodón americano (*upland*): es una subvención para la sustitución de importaciones prohibida por los párrafos 1 b) y 2 del artículo 3 del *Acuerdo SMC*;"⁵⁸

3.18 El Órgano de Apelación confirmó estas conclusiones del Grupo Especial inicial.⁵⁹

3.19 El 18 de agosto de 2006 el Brasil solicitó el establecimiento de un grupo especial sobre el cumplimiento. El Brasil indicaba en su solicitud que "[e]l 3 de febrero de 2006, el Congreso de los Estados Unidos aprobó un proyecto de ley que deroga el programa de subvenciones de la Fase 2 con respecto al algodón americano (*upland*). El proyecto se convirtió en Ley el 8 de febrero de 2006 y entró en vigor el 1º de agosto de 2006".⁶⁰

3.20 Durante el procedimiento relativo al cumplimiento el Brasil pidió a éste que examinara el hecho de que los Estados Unidos no habían adoptado medidas para eliminar los efectos desfavorables o para retirar, entre otras cosas, el programa de la Fase 2 en el período comprendido entre el 22 de septiembre de 2005 y el 31 de julio de 2006.⁶¹ El Grupo Especial sobre el cumplimiento,

⁵⁶ Observaciones de los Estados Unidos sobre las respuestas del Brasil a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 106, párrafos 117 y 118.

⁵⁷ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.209-7.211.

⁵⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.1.

⁵⁹ Informe del Órgano de Apelación, párrafo 763 d).

⁶⁰ Este proyecto de ley de los Estados Unidos se denomina "Ley de reducción del déficit de 2005, *US Public Law 109-171*, sección 1103", WT/DS267/30. Durante el procedimiento del Grupo Especial sobre el cumplimiento se reprodujo esta Ley en la Prueba documental 435 presentada por el Brasil. Véase la nota 20 del informe del Grupo Especial sobre el cumplimiento, WT/DS267/RW.

⁶¹ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Algodón americano (upland)* (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil), párrafo 9.56.

sin embargo, se abstuvo de examinar esa omisión⁶² y examinó en cambio las medidas destinadas al cumplimiento a partir de la fecha de su establecimiento. En la fecha de establecimiento del Grupo Especial sobre el cumplimiento se habían derogado las subvenciones de la Fase 2. Aunque el Grupo Especial sobre el cumplimiento analizó la repercusión de la eliminación de las medidas de la Fase 2 en la existencia de una contención significativa de la subida de los precios en el mercado mundial del algodón en el sentido del párrafo 3 c) del artículo 6 del *Acuerdo SMC*, no formuló ninguna constatación separada sobre el programa derogado de pagos de la Fase 2.⁶³ El Brasil no apeló contra la decisión del Grupo Especial sobre el cumplimiento de no examinar las medidas que existían durante el período comprendido entre el 22 de septiembre de 2005 y el 31 de julio de 2006.

3.21 No se discute que el programa de la Fase 2, que había sido declarado incompatible con el artículo 3 del *Acuerdo SMC*, no había sido suprimido al final del plazo para la aplicación. Ese fue el momento en que el Brasil presentó su solicitud de autorización para adoptar contramedidas, en relación con ésta y otras subvenciones prohibidas en la presente diferencia. Sin embargo, cuando se estableció el Grupo Especial sobre el cumplimiento, la medida había sido derogada y éste se abstuvo de formular constataciones al respecto.

3.22 En el presente procedimiento el Brasil solicita autorización para adoptar contramedidas de manera específica en relación con el período comprendido entre el final del plazo para el cumplimiento y la derogación de la medida. El Brasil ha alegado también que los Estados Unidos han promulgado recientemente "nuevas subvenciones prohibidas" que tienen en los hechos la misma finalidad que los pagos anteriores de la Fase 2. No obstante, ha explicado claramente que no solicita al Árbitro constataciones sobre la compatibilidad de estas nuevas medidas y también que no le pide que autorice contramedidas en relación con la aplicación de estas nuevas medidas. El Brasil solicita más bien autorización para aplicar contramedidas únicamente en relación con pagos anteriores efectuados en el marco del programa de la Fase 2 que actualmente está derogado.

3.23 La cuestión que se nos plantea es, por tanto, si el Brasil tiene derecho a solicitar contramedidas en relación con pagos anteriores efectuados en el marco del programa de la Fase 2, a pesar de que no se discute que este programa ha sido derogado y que ya no se realizan pagos en virtud del mismo, y de que no ha habido ninguna determinación, en el contexto del procedimiento relativo al cumplimiento, de que los Estados Unidos no hayan cumplido las resoluciones y recomendaciones pertinentes del OSD en relación con esta medida.

3.24 Al abordar esta cuestión consideramos que es útil examinar primero el fundamento jurídico de la solicitud del Brasil en el momento en que la presentó. Seguidamente nos ocuparemos de la cuestión de si el Brasil tiene derecho a obtener esa autorización en las circunstancias actuales.

a) Fundamento jurídico de la solicitud de contramedidas presentada por el Brasil en relación con los pagos de la Fase 2

3.25 El párrafo 1 del artículo 22 del ESD dispone lo siguiente:

"La compensación y la suspensión de concesiones u otras obligaciones son medidas temporales a las que se puede recurrir en caso de que no se apliquen en un plazo prudencial las recomendaciones y resoluciones adoptadas."

⁶² Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Algodón americano (upland)* (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil), párrafo 9.71.

⁶³ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Algodón americano (upland)* (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil), párrafos 10.228-10.239.

3.26 El párrafo 2 del artículo 22 del ESD dispone además lo siguiente:

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

3.27 De conformidad con los términos de estas disposiciones, se puede recurrir a la suspensión de concesiones u otras obligaciones cuando no haya habido cumplimiento a la fecha de expiración del plazo prudencial ("[s]i el Miembro afectado no pone en conformidad con un acuerdo abarcado la medida declarada incompatible con él o no cumple de otro modo las recomendaciones y resoluciones adoptadas dentro del plazo prudencial") y si dentro de los 20 días siguientes a la fecha de expiración del plazo prudencial no se ha llegado a un acuerdo de compensación. En esa situación el Miembro reclamante inicial puede pedir la autorización del OSD para suspender concesiones u otras obligaciones debidas al demandado en virtud de los acuerdos abarcados.

3.28 En el presente procedimiento no se discute que la medida de la Fase 2 que fue declarada incompatible por el Grupo Especial inicial no había sido modificada a la fecha de expiración del plazo prudencial, fijado por el Grupo Especial inicial hasta el 1º de julio de 2005. El Brasil pidió autorización el 4 de julio de 2005 para adoptar contramedidas en relación con, entre otros, los pagos de la Fase 2. Los Estados Unidos impugnaron la petición del Brasil y por consiguiente la cuestión fue sometida a arbitraje.

3.29 En el momento en que el Brasil pidió autorización para adoptar contramedidas, y cuando se inició por primera vez este procedimiento de arbitraje, había por tanto un fundamento jurídico para tratar de obtener esa autorización en la medida en que el Grupo Especial inicial, confirmado por el Órgano de Apelación, había constatado que los pagos de la Fase 2 eran incompatibles con el *Acuerdo SMC*, y no se discute que no habían sido retirados cuando el Brasil presentó su solicitud.

3.30 De conformidad con el "Procedimiento acordado" por las partes en el presente asunto, éstas solicitaron posteriormente de manera conjunta la suspensión del procedimiento de arbitraje, el 17 de agosto de 2005. Después, el 18 de agosto de 2006, el Brasil solicitó el establecimiento de un grupo especial sobre el cumplimiento. La medida de la Fase 2 había sido derogada el 1º de agosto de 2006.

3.31 Se pidió al Grupo Especial sobre el cumplimiento que formulara constataciones en relación con "los tres programas de subvenciones al algodón americano (*upland*) supeditadas a los precios en virtud de la Ley FSRI" (incluida la Fase 2) en el período comprendido entre el 22 de septiembre de 2005 y el 31 de julio de 2006.⁶⁴ Sin embargo, el Grupo Especial sobre el cumplimiento se abstuvo de formular esas constataciones. Constató, en cambio, lo siguiente:

⁶⁴ Observamos que la solicitud formulada por el Brasil en el contexto del procedimiento del Grupo Especial sobre el cumplimiento se refería a las medidas estadounidenses en virtud de la Ley FSRI de 2002 como medidas "supeditadas a los precios" que causaban perjuicio grave a los intereses del Brasil en el sentido del artículo 5 del *Acuerdo SMC*. En el procedimiento inicial, los pagos de la Fase 2 habían dado lugar a resoluciones en el marco de esa disposición, como subvenciones recurribles, y también a resoluciones en el

"[N]o procede formular una constatación sobre la alegación del Brasil de que los Estados Unidos se abstuvieron de adoptar medidas para eliminar los efectos desfavorables o de retirar los tres programas de subvenciones al algodón americano (*upland*) supeditadas a los precios en virtud de la Ley FSRI de 2002 entre el 22 de septiembre de 2005 y el 31 de julio de 2006, y que, como consecuencia de ello, en ese período no existían medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD relacionadas con los efectos desfavorables."⁶⁵

3.32 Esta constatación no fue objeto de apelación.

3.33 A la luz de estos antecedentes, la cuestión sometida al Árbitro es si el Brasil tiene derecho, en este procedimiento, a solicitar contramedidas en relación con pagos anteriores efectuados en virtud del programa de la Fase 2 esencialmente durante el mismo período, a saber, entre el final del plazo para la aplicación y la derogación de la medida.

b) Si el Brasil tiene derecho a solicitar contramedidas en relación con un incumplimiento anterior de resoluciones relativas a los pagos de la Fase 2

3.34 Los Estados Unidos consideran que puesto que el programa de la Fase 2 ha sido derogado, ya no hay ningún fundamento jurídico para la autorización de contramedidas con respecto a pagos anteriores efectuados en virtud de ese programa.

3.35 El Brasil ha indicado, y ha confirmado reiteradamente en el curso del procedimiento, que solicita contramedidas "únicas" en relación con el programa de la Fase 2 que se siguió aplicando en el período inmediatamente posterior al final del plazo para la aplicación y hasta su derogación, es decir, desde el 1º de julio de 2005 hasta el 31 de julio de 2006. Según el Brasil, "el único hecho pertinente es si al expirar el plazo para la aplicación los Estados Unidos habían retirado las subvenciones", y el hecho de que los Estados Unidos derogaran más tarde el programa carece de importancia.⁶⁶

3.36 El Brasil considera por tanto que tiene derecho a solicitar contramedidas con respecto a un período anterior de incumplimiento que va desde el final del plazo para la aplicación hasta una fecha anterior, con independencia de lo sucedido después, incluida la supresión de la medida en litigio.

3.37 Como hemos visto *supra*, los párrafos 1 y 2 del artículo 22 del ESD prevén que el derecho a solicitar contramedidas (o la suspensión de concesiones u otras obligaciones, como se expresa en esas disposiciones) surge cuando no se han cumplido las recomendaciones y resoluciones del OSD una vez expirado el plazo para la aplicación. Este es por tanto el primer momento en que se puede recurrir a contramedidas, como medidas correctivas. En ese sentido, coincidimos con el Brasil en que la falta de aplicación en la fecha en que expiró el plazo para la aplicación da derecho a solicitar contramedidas. Al mismo tiempo, estas dos disposiciones no representan la totalidad de los requisitos jurídicos aplicables en lo que respecta a la suspensión de concesiones u otras obligaciones (o contramedidas).

3.38 La suspensión de concesiones u otras obligaciones es una medida correctiva de carácter excepcional que permite al Miembro afectado suspender temporalmente sus propias obligaciones con la parte demandada dimanantes de los acuerdos abarcados. Sólo se puede recurrir a esta medida

marco del artículo 3 del *Acuerdo SMC*, como una subvención prohibida. Por lo tanto, el Brasil aparentemente no solicitó, en el procedimiento relativo al cumplimiento, resoluciones específicas sobre la Fase 2 como subvención prohibida.

⁶⁵ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Algodón americano (upland)* (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil), párrafo 9.71.

⁶⁶ Comunicación escrita del Brasil, párrafo 251.

correctiva excepcional en circunstancias limitadas y durante un plazo limitado. Como observó el Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, "[l]a autorización para suspender concesiones es condicional y limitada en el tiempo".⁶⁷ Como también señaló el Órgano de Apelación, la autorización para suspender concesiones se otorga "después de un largo proceso de solución multilateral de la diferencia, en que los órganos resolutorios pertinentes, así como el OSD, dictan decisiones multilaterales en etapas fundamentales de ese proceso".⁶⁸

3.39 En esta diferencia, después del procedimiento inicial tuvo lugar el procedimiento relativo al cumplimiento, en el cual el Brasil solicitó al Grupo Especial sobre el cumplimiento que formulara una determinación con respecto al incumplimiento por los Estados Unidos de las recomendaciones y resoluciones del OSD en el período comprendido entre el 22 de septiembre de 2005 y el 31 de julio de 2006, es decir, el período comprendido entre el final del plazo para la aplicación previsto en los párrafos 9 y 10 del artículo 7 del *Acuerdo SMC* y el momento en que se derogó el programa de la Fase 2, anterior al establecimiento del Grupo Especial. Sin embargo, como se ha señalado *supra*, el Grupo Especial se abstuvo de formular esas constataciones. Al examinar la solicitud del Brasil, el Grupo Especial determinó en particular lo siguiente:

"Cuando un grupo especial, con arreglo al párrafo 5 del artículo 21 del ESD, constata que un Miembro no ha cumplido las recomendaciones y resoluciones del OSD en la diferencia inicial, la consecuencia de esa constatación es que el Miembro sigue estando sujeto a las obligaciones derivadas de la recomendación formulada en el procedimiento inicial, y está, por tanto, obligado a adoptar medidas para cumplir esa recomendación. Una constatación del grupo especial de que el Miembro también incumplió las recomendaciones y resoluciones del OSD en el procedimiento inicial en un momento anterior no tendría un valor operativo adicional por lo que respecta a la naturaleza de las obligaciones del Miembro en cuestión. Por otro lado, si un grupo especial establecido de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 constata que el Miembro ha cumplido las recomendaciones y resoluciones del OSD en la fecha de establecimiento del grupo especial, esa constatación, como es lógico, derogaría y haría irrelevante cualquier constatación de que el Miembro no había cumplido esas recomendaciones y resoluciones en una fecha anterior."⁶⁹

3.40 En consecuencia, el Grupo Especial sobre el cumplimiento no consideró que fuera útil formular constataciones que abordarían un período anterior de incumplimiento, cuando la medida ha sido derogada y el Miembro de que se trata se ha puesto en conformidad a la fecha de establecimiento del grupo especial sobre el cumplimiento. Al examinar la solicitud del Brasil, el Grupo Especial también abordó específicamente un argumento de ese país de que esas constataciones eran pertinentes para la evaluación de las contramedidas previstas en los párrafos 9 y 10 del artículo 7 del *Acuerdo SMC*, y de que trataba de obtener "un fundamento multilateral para que el OSD autori[zara] la adopción de contramedidas contra los Estados Unidos por no haber éstos adoptado ninguna medida de aplicación en el plazo requerido por el párrafo 9 del artículo 7 del *Acuerdo SMC*".⁷⁰ Sin embargo, el Grupo Especial determinó lo siguiente:

"[A]unque para proporcionar 'un fundamento multilateral' para que el OSD autorice la adopción de contramedidas con arreglo al párrafo 9 del artículo 7 del *Acuerdo SMC* puede ser necesaria una constatación ..., de ello no se sigue lógicamente que ese

⁶⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 303.

⁶⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 317.

⁶⁹ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Algodón americano (upland)* (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil), párrafo 9.67.

⁷⁰ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Algodón americano (upland)* (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil), párrafo 9.68.

grupo especial deba formular una constatación de incumplimiento al final del plazo de seis meses a que se hace referencia en el párrafo 9 del artículo 7 del *Acuerdo SMC*."⁷¹

3.41 A la luz de estas consideraciones, el Grupo Especial constató que "no proced[ía]" formular una constatación sobre la alegación del Brasil de que los Estados Unidos no se habían puesto en conformidad en relación con el período comprendido entre la expiración del plazo para la aplicación y la derogación de la medida, anterior al establecimiento del Grupo Especial.

3.42 Por lo tanto, no ha habido una determinación multilateral de que los Estados Unidos hayan incumplido las recomendaciones y resoluciones del OSD con respecto a la Fase 2, a pesar de una solicitud específica del Brasil de que se formularan esas constataciones precisamente con respecto al mismo período anterior en relación con el cual ahora solicita autorización para adoptar contramedidas. Consideramos que este es un aspecto importante de la situación jurídica que tenemos ante nosotros, que debemos tener en cuenta en este procedimiento.

3.43 Además, observamos que, como el Brasil ha subrayado constantemente en el presente procedimiento, la finalidad de las contramedidas a tenor del párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* (y de la suspensión de concesiones u otras obligaciones a tenor del ESD) es inducir al cumplimiento. Informes de arbitrajes anteriores respaldan con claridad esta tesis. Como manifestó el Árbitro en el asunto *CE - Banano III (Estados Unidos)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE):

"[L]a autorización de suspender concesiones u otras obligaciones es una medida temporal *en espera de la aplicación plena* de las recomendaciones y resoluciones por el Miembro de que se trate. Coincidimos con los Estados Unidos en que ese carácter temporal indica que las contramedidas tienen por finalidad inducir al cumplimiento".⁷² (sin cursivas en el original)

3.44 El párrafo 8 del artículo 22 dispone además 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."

3.45 El Brasil aduce que el párrafo 8 del artículo 22 no es aplicable a las circunstancias de este asunto porque se refiere a la aplicación de contramedidas, no a su autorización. Estamos de acuerdo en que esta disposición se ocupa del período durante el que puede aplicarse la suspensión de concesiones u otras obligaciones, una vez autorizadas, y no de las condiciones para la autorización propiamente dicha. No obstante, esta disposición informa valiosamente nuestro análisis del fundamento jurídico y la finalidad de las contramedidas. Nos confirma que la suspensión de concesiones u otras obligaciones, como medida correctiva, es posible cuando no se ha logrado el cumplimiento y para inducir a ese cumplimiento. Dicho de otra manera, el derecho a adoptar contramedidas surge cuando vence el plazo para la aplicación, si no ha habido cumplimiento hasta ese momento, y sigue existiendo mientras no se logre el cumplimiento en relación con la medida en litigio.

⁷¹ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Algodón americano (upland)* (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil), párrafo 9.68.

⁷² Decisión de los Árbitros, *CE - Banano III (Estados Unidos)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE), párrafo 6.3.

3.46 El párrafo 1 del artículo 22 refuerza la importancia de la aplicación plena de las recomendaciones del OSD, *con preferencia* a la compensación o la suspensión de concesiones u otras obligaciones. El párrafo 1 del artículo 22 dispone lo siguiente:

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

3.47 No obstante, el Brasil considera que se puede autorizar la adopción de contramedidas con independencia de la existencia de un incumplimiento actual y que la función del Árbitro no consiste en considerar la finalidad de una determinación que debe hacer sobre la base del mandato que le imparten los párrafos 10 y 11 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*.⁷³ A juicio del Brasil, "la función del Árbitro se limita a determinar la cuantía de esas contramedidas tomando como base el hecho de que los Estados Unidos no habían retirado las subvenciones de la Fase 2 durante un período de 13 meses".⁷⁴

3.48 El Brasil solicita una determinación en relación con una cuantía de contramedidas que abarcan "el período de 13 meses en que los Estados Unidos *no* cumplieron" (sin cursivas en el original).⁷⁵ El Brasil también ha dejado muy claro que "*no* pide autorización de contramedidas que abarquen el período transcurrido desde la promulgación de estas nuevas subvenciones en 2008 [es decir, las nuevas subvenciones que el Brasil alega que los Estados Unidos han introducido en virtud de la Ley Agrícola de 2008]".⁷⁶

3.49 Por lo tanto, el Brasil pide autorización para adoptar contramedidas a causa de un período anterior de incumplimiento, sobre la base de una medida anterior que ha sido derogada, y no en relación con un período continuado de incumplimiento que seguiría existiendo actualmente.

3.50 Teniendo en cuenta las determinaciones que hemos formulado más arriba de que las contramedidas son medidas correctivas temporales a las que sólo se puede recurrir cuando no se ha logrado el cumplimiento y con el fin de inducir al mismo, y que es preferible la aplicación plena a la suspensión de concesiones u otras obligaciones, no consideramos que haya un fundamento legítimo para esas contramedidas solicitadas por el Brasil en relación con pagos anteriores efectuados hasta la derogación de la Fase 2, al no haber una determinación multilateral de incumplimiento en relación con esos pagos y con independencia de una situación continuada de incumplimiento.

c) Si se deben examinar las "nuevas medidas" previstas en la Ley Agrícola de 2008

3.51 Como se ha indicado *supra*, el Brasil *no* ha basado expresamente su solicitud de contramedidas en relación con los pagos de la Fase 2 en una situación actual de incumplimiento. Su solicitud se basa exclusivamente en el incumplimiento en el período comprendido entre el 1º de julio de 2005 y el 30 de julio de 2006.

3.52 No obstante, en respuesta a los argumentos de los Estados Unidos de que habían cumplido las recomendaciones y resoluciones del OSD con respecto al programa de la Fase 2, el Brasil ha indicado

⁷³ Respuestas del Brasil a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 109, párrafos 200 y 201.

⁷⁴ Respuestas del Brasil a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 109, párrafo 201.

⁷⁵ Respuestas del Brasil a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 108, párrafo 196.

⁷⁶ Respuestas del Brasil a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 108, párrafo 196.

que los Estados Unidos han adoptado "nuevas subvenciones prohibidas" en virtud de la Ley Agrícola de 2008 que "sustituyen en los hechos" a la Fase 2.⁷⁷ El Brasil sostiene que desde que se promulgó la Ley Agrícola de 2008 los Estados Unidos ya no están en una situación de cumplimiento sustantivo. Sin embargo, el Brasil no solicita al Árbitro una determinación de compatibilidad de la Ley Agrícola de 2008 en sí con el *Acuerdo SMC*.

3.53 El Brasil "no pide al Árbitro que llegue a conclusiones definitivas acerca de si estas subvenciones son 'medidas destinadas a cumplir' de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD ni acerca de si son subvenciones prohibidas en el sentido de los apartados a) o b) del párrafo 1 del artículo 3 del *Acuerdo SMC*". Considera que "una conclusión de ese carácter no estaría comprendida en el mandato del Árbitro".⁷⁸ El Brasil solicita más bien que el Árbitro "al determinar la cuantía de las contramedidas apropiadas tenga en cuenta la existencia de las nuevas medidas estadounidenses y los hechos que rodearon su promulgación".⁷⁹

3.54 El Brasil propone al Árbitro que considere la existencia de estas medidas en el contexto de la evaluación de si las contramedidas propuestas son "apropiadas", como "circunstancias y acciones de un Miembro que concede subvenciones".⁸⁰ Concretamente, el Brasil le propone que tenga en cuenta, entre otras cosas, "si estas nuevas medidas de sustitución de la Fase 2 son coherentes con la intención de eliminar subvenciones que son prohibidas y están destinadas a mantener una contención significativa de la subida de los precios".⁸¹ El Brasil considera que "se trata de cuestiones pertinentes que hay que considerar al determinar la cuantía de las contramedidas únicas por la falta de cumplimiento de los Estados Unidos".⁸²

3.55 Entendemos que el Brasil le pide al Árbitro que tenga en cuenta la existencia de las medidas adoptadas en virtud de la Ley Agrícola de 2008 como una circunstancia fáctica que sería pertinente en la evaluación del "carácter apropiado" de la cuantía de las contramedidas que propone, y no como un fundamento jurídico de estas contramedidas propuestas. Sin embargo, en vista de la determinación que hemos formulado *supra* de que no hay ningún fundamento para la solicitud de contramedidas del Brasil en relación con un período anterior de incumplimiento, no disponemos de ninguna base para determinar si las contramedidas propuestas por el Brasil son "apropiadas" en el sentido del párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*. La petición del Brasil de que tengamos en cuenta la Ley Agrícola de 2008 en esta determinación carece por tanto de objeto y no es necesario que sigamos examinándola.

3.56 Tomamos nota de los argumentos de las partes en relación con la compatibilidad o incompatibilidad de las medidas identificadas por el Brasil que figuran en la Ley Agrícola de 2008. También tomamos nota a este respecto de las constataciones del Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, citadas por el Brasil, en el sentido de que no se considerará que se han cumplido las recomendaciones y resoluciones del OSD si únicamente se suprime la medida incompatible y posteriormente se sustituye por otra medida incompatible. Concretamente el Órgano de Apelación ha interpretado que la frase "se haya suprimido la medida declarada incompatible con un acuerdo abarcado" del párrafo 8 del artículo 22 del ESD significa que tiene que haberse logrado el "cumplimiento sustantivo" en relación con la supresión de esa medida:

⁷⁷ El Brasil identifica específicamente dos componentes de la Ley Agrícola de 2008, a saber, "las nuevas subvenciones en concepto de préstamos para la comercialización" y la "asistencia para el ajuste económico destinada a los usuarios de algodón americano (*upland*)".

⁷⁸ Respuestas del Brasil a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 12, párrafo 141.

⁷⁹ Respuestas del Brasil a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 111, párrafo 203.

⁸⁰ Respuestas del Brasil a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 108, párrafo 197.

⁸¹ Respuestas del Brasil a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 108, párrafo 199.

⁸² Respuestas del Brasil a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 109, párrafo 199.

"Pero la cuestión que se plantea en esta diferencia es si una medida incompatible con las normas de la OMC debe considerarse 'suprimida' cuando se la sustituye por una medida de aplicación nueva. Tomado en términos literales, suprimir la medida incompatible podría significar que el Miembro que ha de proceder a la aplicación ha adoptado un instrumento que deroga formalmente la medida incompatible y la sustituye por otra, con independencia del contenido de la nueva medida y, en particular, de su conformidad con las recomendaciones y resoluciones del OSD. Sin embargo, tal interpretación literal de la primera condición del párrafo 8 del artículo 22 no se compadece con las otras dos condiciones establecidas en esa disposición ...

Si se interpreta la primera frase del párrafo 8 del artículo 22 en su conjunto, lo correcto sería entender que la 'supresión' de la 'medida declarada incompatible' requiere la supresión sustantiva de la medida incompatible, y no algo que sea menos que eso. Esa supresión sustantiva puede alcanzarse mediante la derogación de la medida incompatible. Cuando un Miembro de la OMC adopta una medida de aplicación que sustituye la medida incompatible, la medida de aplicación debe dar lugar al cumplimiento sustantivo, es decir, al cumplimiento de las recomendaciones y resoluciones del OSD y a la compatibilidad con los acuerdos abarcados"⁸³

3.57 El Árbitro toma nota del hecho de que, en este procedimiento, el Brasil y los Estados Unidos están de acuerdo en que las subvenciones de la Fase 2 fueron derogadas con efecto a partir del 1º de agosto de 2006 y que el Brasil no solicita contramedidas que abarquen el período transcurrido desde la promulgación de estas nuevas subvenciones en 2008. El Brasil ha indicado que "no lo hace porque no ha habido una determinación multilateral de la incompatibilidad con las normas de la OMC de las nuevas subvenciones que sustituyen a las de la Fase 2".⁸⁴ Señalamos también que el Brasil no nos pide que formulemos esa determinación.

3.58 En respuesta a una pregunta del Árbitro el Brasil observa que "la posición del Brasil es que los Estados Unidos ya no están en una situación de cumplimiento sustantivo de las recomendaciones y resoluciones del OSD, aunque cumplieron durante un breve período de 23 meses -desde el 1º de agosto de 2006 hasta el 18 de junio de 2008, después de la derogación de las subvenciones de la Fase 2-".⁸⁵ El Brasil considera que, puesto que las partes discrepan acerca de si los Estados Unidos están actualmente en una situación de cumplimiento sustantivo, "el párrafo 8 del artículo 22 del ESD no tiene el efecto de prohibir la suspensión de concesiones para el período comprendido entre el 1º de julio de 2005 y el 31 de julio de 2006".⁸⁶

3.59 Al mismo tiempo, el Brasil "insiste en que no solicita contramedidas en el presente procedimiento que abarquen el período posterior a la promulgación de la Ley Agrícola de 2008 que contiene las medidas de sustitución para la Fase 2, o que abarquen ese período de 23 meses (1º de agosto de 2006 a 18 de junio de 2008) en que los Estados Unidos cumplieron las recomendaciones y resoluciones del OSD. Antes bien, las pruebas y los argumentos que el Brasil presenta son pertinentes para refutar las aseveraciones de los Estados Unidos de que no hay fundamento para contramedidas que abarquen el período comprendido entre el 1º de julio de 2005 y el 31 de julio de 2006 porque,

⁸³ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 304 y 305.

⁸⁴ Respuestas del Brasil a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 108, párrafo 196.

⁸⁵ Respuestas del Brasil a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 10, párrafo 135.

⁸⁶ Respuestas del Brasil a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 10, párrafo 136.

supuestamente, los Estados Unidos estarían *actualmente* en una situación de "cumplimiento sustantivo" como exige el párrafo 8 del artículo 22 del ESD.⁸⁷

3.60 Estas declaraciones del Brasil confirman que el único período de incumplimiento respecto del cual solicita aplicar contramedidas es el comprendido entre el 1º de julio de 2005 y el 31 de julio de 2006, antes de la derogación de la Fase 2. La situación jurídica derivada de la promulgación de las nuevas medidas en la Ley Agrícola de 2008 no afecta a la cuestión de si el Brasil tiene derecho a pretender medidas de retorsión en relación con ese período anterior de incumplimiento y el Brasil sólo la invoca para refutar el argumento de que los Estados Unidos estarían cumpliendo actualmente las recomendaciones y resoluciones del OSD. Sin embargo, nuestra tesis de que no se pueden autorizar contramedidas en relación con dicho período anterior de incumplimiento no está supeditada a una constatación de que los Estados Unidos estén cumpliendo actualmente las recomendaciones y resoluciones del OSD ni se basa en ella.

3.61 No se nos ha sometido la cuestión de si las "nuevas medidas" previstas en la Ley Agrícola de 2008 representan o no el cumplimiento de las recomendaciones del OSD en relación con las medidas de la Fase 2. No formulamos determinaciones con respecto a la condición jurídica de las medidas previstas en la Ley Agrícola de 2008 que el Brasil ha identificado como medidas "de sustitución" de la Fase 2.⁸⁸

3. Conclusión

3.62 En vista de las determinaciones que hemos formulado *supra*, llegamos a la conclusión de que no hay ningún fundamento jurídico para que el Brasil solicite contramedidas en relación con la falta de cumplimiento por los Estados Unidos de las recomendaciones y resoluciones del OSD durante el período comprendido entre el 1º de julio de 2005 y el 30 de julio de 2006. No formulamos ninguna determinación en cuanto a la compatibilidad o incompatibilidad con el *Acuerdo SMC* de las "nuevas medidas" aplicadas por los Estados Unidos en virtud de la Ley Agrícola de 2008 y que el Brasil ha identificado como medidas "de sustitución", y señalamos que el Brasil no pide una autorización para adoptar contramedidas contra esas medidas "de sustitución".

B. EVALUACIÓN DE LA CUANTÍA DE LAS CONTRAMEDIDAS SOLICITADA POR EL BRASIL EN RELACIÓN CON LOS PAGOS DE LA FASE 2

3.63 Como se señala *supra*, el Brasil solicita contramedidas únicas en relación con el programa de la Fase 2 por la cuantía de los desembolsos realizados por los Estados Unidos en la campaña de comercialización 2005, que asciende en total a 350 millones de dólares EE.UU.⁸⁹

3.64 Teniendo presente la conclusión a que hemos llegado en el párrafo 3.62 *supra* de que no hay ningún fundamento jurídico para esta solicitud, no tenemos que seguir considerando las contramedidas solicitadas por el Brasil en relación con los pagos de la Fase 2.

⁸⁷ Respuestas del Brasil a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 10, párrafo 136.

⁸⁸ El Árbitro no expresa ninguna opinión sobre la capacidad de los árbitros para pronunciarse sobre cuestiones de cumplimiento.

⁸⁹ Documento sobre metodología del Brasil, párrafo 4.

IV. NIVEL DE CONTRAMEDIDAS PROPUESTO POR EL BRASIL EN RELACIÓN CON EL PROGRAMA GSM 102

A. SOLICITUD DEL BRASIL

4.1 En la solicitud presentada de conformidad con el párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* y el párrafo 2 del artículo 22 del ESD, el Brasil solicita una autorización para adoptar contramedidas apropiadas en una cuantía correspondiente "al total de solicitudes de los exportadores recibidas en el marco de los programas GSM 102, GSM 103 y SCGP durante el ejercicio fiscal concluido más reciente".⁹⁰ En esa solicitud el Brasil calculó el valor de esta cuantía, conjuntamente con la cuantía correspondiente a los pagos de la Fase 2, en un total de 3.000 millones de dólares EE.UU., utilizando como referencia el ejercicio fiscal 2004.⁹¹

4.2 En su Documento sobre metodología el Brasil propuso una metodología diferente para la cuantía de las contramedidas apropiadas que debía determinarse, a saber, "una metodología para calcular contramedidas proporcionadas a la cantidad anual de las garantías de créditos a la exportación del programa GSM 102 prohibidas concedidas para transacciones de exportación de productos no consignados en la Lista, arroz, carne de porcino y carne de aves de corral. La aplicación de esta metodología a datos correspondientes al ejercicio fiscal 2006 da lugar a contramedidas por la cuantía de 1.294 millones de dólares EE.UU.". ⁹²

4.3 En el curso del procedimiento los Estados Unidos pidieron al Brasil que aclarara si estaba solicitando una cuantía fija de contramedidas anuales en el caso de subvenciones prohibidas o una cuantía variable, y en el caso de que el Brasil estuviera pidiendo una cuantía variable, cómo variaría la cuantía. El Brasil respondió, como consta en una respuesta anterior a una pregunta formulada por el Árbitro, que había "propuesto una metodología para calcular las STI y la adicionalidad, 'teniendo en cuenta' datos pertinentes del programa GSM 102 generados y mantenidos en cada ejercicio fiscal". El Brasil se remitió a la siguiente respuesta que había dado a una pregunta formulada por el Árbitro: "Debido a que los Estados Unidos no han retirado las subvenciones a la exportación prohibidas del programa GSM 102, el Brasil ha propuesto una fórmula para la determinación de contramedidas apropiadas. Por lo tanto, en esta respuesta el Brasil explica su elección de datos del ejercicio fiscal 2006 como referencia para aclarar la aplicación de su fórmula."⁹³

4.4 Los Estados Unidos tomaron nota de la respuesta del Brasil y dijeron que "los árbitros han solido conceder una cuantía anual fija de contramedidas, pero algunos árbitros han utilizado una fórmula", y que en los casos en que han utilizado una fórmula han explicado minuciosamente en sus laudos el contenido de esa fórmula, lo que sería necesario para que ambas partes y el OSD estuvieran informados de la cuantía que los árbitros consideran justificada con arreglo al criterio pertinente.⁹⁴ Los Estados Unidos sostuvieron por tanto que, en aras de la transparencia y para garantizar que las contramedidas de cada año sean "apropiadas" y "no desproporcionadas", el laudo del Árbitro debería "exponer con claridad cualquier fórmula que se haya de utilizar para calcular contramedidas y la fuente de toda información correspondiente a los factores variables que se incluyan en la fórmula cada

⁹⁰ Documento WT/DS267/21.

⁹¹ Documento WT/DS267/21, nota 1.

⁹² Documento sobre metodología del Brasil, párrafo 5.

⁹³ Respuesta del Brasil a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 3, citada en su respuesta a la pregunta 1 de los Estados Unidos.

⁹⁴ Observaciones de los Estados Unidos sobre las respuestas del Brasil a preguntas formuladas por los Estados Unidos, pregunta 1, párrafo 2.

año".⁹⁵ Los Estados Unidos solicitaron también que, si el Árbitro no autorizara el enfoque de una fórmula, esto también se dejase claro.

4.5 El Árbitro señala que las respuestas del Brasil indican que solicita una autorización que sería variable cada año, dependiendo del "total de solicitudes de los exportadores recibidas en el marco de[...] programa[...] GSM 102 ... durante el ejercicio fiscal concluido más reciente". Por lo tanto, el Árbitro entiende que el Brasil le pide que ratifique no sólo la cuantía específica de contramedidas que ha calculado con referencia al ejercicio fiscal 2006, sino también la fórmula con la que ha calculado esta cuantía, de modo que pueda aplicarse al "ejercicio fiscal concluido más reciente" transcurrido en el momento de adoptar contramedidas, a fin de ajustar anualmente la cuantía de las contramedidas que se han de aplicar. El Árbitro observa también que los Estados Unidos no discuten que sería admisible determinar con una fórmula el nivel de contramedidas apropiadas, siempre que esa fórmula esté suficientemente bien definida para que se pueda aplicar de manera transparente y previsible. El Árbitro tendrá por tanto en cuenta estas consideraciones en sus determinaciones.

B. PRINCIPALES ARGUMENTOS DE LAS PARTES

4.6 La metodología del Brasil para el cálculo de contramedidas apropiadas con respecto a los pagos del programa GSM 102, como se explica en su Documento sobre metodología, comprende dos elementos: i) los descuentos de intereses obtenidos por deudores extranjeros solventes e insolventes sobre créditos respaldados por garantías del programa GSM 102 y ii) las ventas de exportación adicionales estimadas obtenidas por los exportadores estadounidenses como consecuencia de estos descuentos.⁹⁶ El Brasil se refiere a los descuentos de intereses como la "subvención de intereses" y a las ventas de exportación adicionales obtenidas por deudores extranjeros solventes e insolventes como "adicionalidad marginal" y "adicionalidad plena", respectivamente.

4.7 El Brasil aplica esta metodología a su estimación de las garantías de créditos a la exportación del programa GSM 102 en el ejercicio fiscal 2006 y obtiene una contramedida anual de 1.155 millones de dólares EE.UU. Esta cuantía puede subdividirse en: i) subvención de intereses, que asciende a 237,4 millones de dólares EE.UU.; ii) adicionalidad marginal, que asciende a 62,3 millones de dólares EE.UU.; y iii) adicionalidad plena, que asciende a 855 millones de dólares EE.UU.

4.8 El Brasil explica que "la cuantía de la subvención debe basarse en el criterio jurídico que valora la totalidad de la subvención, que incluye todos los 'beneficios' otorgados con ella".⁹⁷ El Brasil indicó que el criterio jurídico del beneficio era el previsto en el párrafo 1 b) del artículo 1 del *Acuerdo SMC*.⁹⁸

4.9 Los Estados Unidos observan que el párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* prevé contramedidas que sean "'apropiadas' a la constatación del grupo especial de existencia subvenciones prohibidas".⁹⁹ A juicio de los Estados Unidos, el término "'apropiadas' denota la relación entre las contramedidas y las circunstancias concretas de un caso determinado".¹⁰⁰ Según los Estados Unidos, "las contramedidas apropiadas son aquellas que tienen un fundamento concreto en las constataciones específicas adoptadas por el OSD" y "en este caso, las constataciones adoptadas respaldan únicamente la teoría del Brasil de que hubo un costo neto para el Gobierno estadounidense. Tanto el Grupo

⁹⁵ Observaciones de los Estados Unidos sobre las respuestas del Brasil a preguntas formuladas por los Estados Unidos, pregunta 1, párrafo 4.

⁹⁶ Documento sobre metodología del Brasil, párrafo 5.

⁹⁷ Comunicación escrita del Brasil, párrafo 15.

⁹⁸ Comunicación escrita del Brasil, párrafo 130.

⁹⁹ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 24.

¹⁰⁰ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 24.

Especial inicial como el Grupo Especial sobre el cumplimiento se negaron específicamente a examinar la otra teoría del Brasil de que había una subvención conforme al párrafo 1 del artículo 1 y al párrafo 1 a) del artículo 3, es decir, una contribución financiera que otorgaba un beneficio sobre la base de los resultados de exportación. Por tanto, las contramedidas apropiadas son las que se basan en el costo neto para el Gobierno estadounidense. Otras contramedidas, cualesquiera que sean, no tienen fundamento en las circunstancias específicas de este caso".¹⁰¹

4.10 Los Estados Unidos explican además que en arbitrajes anteriores se ha determinado que, tratándose de subvenciones a la exportación prohibidas, la cuantía de la subvención es una base adecuada para calcular contramedidas apropiadas y que, en este caso concreto, la metodología apropiada es utilizar la cuantía de la subvención que se refleja en el costo neto para el gobierno.¹⁰²

4.11 Los Estados Unidos consideran por tanto que la cuantía de las contramedidas debe ser igual al costo neto para el Gobierno de los Estados Unidos del programa de garantías GSM 102, porque las recomendaciones y resoluciones del OSD se basan únicamente en constataciones de que los Estados Unidos concedieron subvenciones a la exportación a través del programa GSM 102, dado que el programa funcionaba con un costo neto para el Gobierno estadounidense.¹⁰³ Proponen calcular la magnitud de cualquier subvención prohibida tomando como base el costo neto de las garantías del programa GSM 102 para el Gobierno estadounidense. Además, los Estados Unidos consideran que "debe efectuarse una reducción", dado que "el Brasil sólo puede adoptar esas contramedidas con respecto a la repercusión de la supuesta subvención sobre sí mismo. Si se permitiera al Brasil adoptar contramedidas por la cuantía total de la subvención, se daría lugar a un conflicto para otros Miembros que tuvieran interés en el programa GSM 102".¹⁰⁴ Los Estados Unidos afirman también que la metodología del Brasil se basa en "hipótesis numerosas e incorrectas" que dan lugar a una cifra superior a la que es apropiada a tenor del párrafo 10 del artículo 4 del ESD.

4.12 El Brasil responde que el criterio del costo para el gobierno que utilizó el Grupo Especial sobre el cumplimiento en el procedimiento básico representaba el mínimo común denominador que, según convinieron las partes, establecería la existencia de una subvención a la exportación prohibida.¹⁰⁵ En cambio, aduce el Brasil, una evaluación de contramedidas "apropiadas" basada en la cuantía de la subvención no puede apoyarse en un criterio jurídico que constituye este mínimo común denominador. El Brasil afirma que en el presente arbitraje el Árbitro debe determinar la cuantía de las subvenciones a la exportación estadounidenses, y aunque la existencia de una subvención pueda establecerse utilizando cualquier criterio jurídico pertinente, la cuantía de la subvención ha de basarse en el criterio jurídico que valora no el mínimo común denominador sino la totalidad de la subvención.¹⁰⁶

4.13 El Brasil explica además que la posición de los Estados Unidos de que las "contramedidas apropiadas" deben evaluarse tomando como referencia un costo de equilibrio para el gobierno con arreglo a lo dispuesto en el punto j) se basa en una aplicación parcial, mediante el retiro parcial de las subvenciones a la exportación, y por tanto en una interpretación incorrecta del término "retirar".¹⁰⁷ A juicio del Brasil, la posición de los Estados Unidos se basa también en una interpretación incorrecta de la expresión "contramedidas apropiadas". El Brasil, que se remite a las resoluciones del Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión* y *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, considera que las contramedidas no servirían de alternativa "apropiada" a la aplicación

¹⁰¹ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 25.

¹⁰² Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 28.

¹⁰³ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 16.

¹⁰⁴ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 107.

¹⁰⁵ Comunicación escrita del Brasil, párrafo 132.

¹⁰⁶ Comunicación escrita del Brasil, párrafo 133.

¹⁰⁷ Comunicación escrita del Brasil, párrafo 144.

plena -ni alentarían al cumplimiento- si se basaran en un criterio jurídico que supone la falta de aplicación plena.¹⁰⁸ El Brasil aduce esto porque la supresión del costo que supone para el gobierno el funcionamiento del programa GSM 102 no daría lugar al retiro de la subvención constituida por el programa.

C. MANDATO DEL ÁRBITRO Y CARGA DE LA PRUEBA

4.14 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 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.

4.15 Además, el párrafo 11 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* define nuestro mandato de la siguiente manera:

"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 del original*) ¹⁰ 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.

4.16 Como señaló el Árbitro en el asunto *Estados Unidos - EVE* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*), "[e]stas dos disposiciones se complementan entre sí: el mandato del árbitro en lo que respecta a la adopción de contramedidas de conformidad con el artículo 4 del *Acuerdo SMC* frente a unas subvenciones prohibidas se define, bastante lógicamente, por referencia a la noción incorporada en las disposiciones subyacentes del párrafo 10 del artículo 4". En consecuencia, "[l]os términos 'contramedidas apropiadas' definen qué medidas pueden ser autorizadas en caso de incumplimiento y nuestro mandato nos obliga a examinar si el Miembro vencedor ha respetado los parámetros de lo permisible de conformidad con esa disposición al proponer la adopción de ciertas medidas en aplicación de la misma".¹⁰⁹

4.17 En este caso tenemos que determinar por tanto si las contramedidas propuestas por el Brasil respecto de los pagos GSM 102 son "apropiadas" en el sentido de los párrafos 10 y 11 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*. En esta etapa de nuestro análisis examinaremos esta cuestión exclusivamente desde el punto de vista del *nivel* de contramedidas propuesto. En la sección V *infra* examinaremos la cuestión de la *forma* en que el Brasil propone adoptar estas contramedidas.

4.18 Los Estados Unidos consideran que las contramedidas propuestas por el Brasil no son "apropiadas" porque los términos "contramedidas apropiadas" del párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* exigen que las contramedidas sean calculadas, en las circunstancias de este caso, tomando como base el costo para el gobierno de las subvenciones en cuestión, y no los "beneficios",

¹⁰⁸ Comunicación escrita del Brasil, párrafo 147.

¹⁰⁹ Decisión del Árbitro, *Estados Unidos - EVE* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*), párrafo 4.3.

como los ha definido el Brasil en el contexto del presente procedimiento. El Brasil considera que esta posición de los Estados Unidos se apoya en una interpretación incorrecta de los términos "contramedidas apropiadas". Por tanto, debemos aclarar en primer lugar el sentido de los términos "contramedidas apropiadas" de conformidad con los párrafos 10 y 11 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* para evaluar si los Estados Unidos tienen razón al sostener que el enfoque que propone el Brasil en este caso es incompatible con los términos de estas disposiciones. Los Estados Unidos han impugnado también los detalles de la metodología y los cálculos que el Brasil utiliza para llegar a las contramedidas que propone.

4.19 Los Estados Unidos están de acuerdo en que, como parte que impugna las contramedidas propuestas, les incumbe la carga de demostrar que las contramedidas propuestas por el Brasil no son "apropiadas" en el sentido del párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*.¹¹⁰

4.20 Sin embargo, los Estados Unidos observan que el Brasil está obligado a aportar las pruebas que respalden los hechos que esgrime en apoyo de sus argumentos y a exponer los hechos pertinentes para que el Árbitro cumpla su mandato.¹¹¹

4.21 Observamos que el Árbitro en el asunto *Brasil - Aeronaves* (párrafo 6 del artículo 22 - *Brasil*) constató que la carga de acreditar *prima facie* que las contramedidas propuestas no son "apropiadas" en el sentido del párrafo 11 del artículo 4 o establecer una presunción en ese sentido incumbe a la parte que las impugna, y que corresponde luego a la parte que propone las contramedidas refutar esa acreditación o presunción.¹¹² Esa atribución de la carga de la prueba ha sido confirmada en posteriores procedimientos en el marco del párrafo 6 del artículo 22 del ESD y el párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*.¹¹³

4.22 Constatamos, por tanto, que incumbe a los Estados Unidos la carga inicial de demostrar que las contramedidas no son "apropiadas". Si se satisface dicha carga inicial, el Brasil tendrá a continuación la oportunidad de refutar la conclusión de que las contramedidas no son apropiadas.

4.23 Esta atribución de la carga de la prueba no alivia la carga de cada parte de demostrar los hechos que alega durante los procedimientos. Como observó el Árbitro en la diferencia *Estados Unidos - EVE* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*), "en general corresponde a la parte que alega un hecho, sea el demandante o el demandado, aportar la prueba correspondiente".¹¹⁴ En consecuencia, corresponde también al Brasil aportar pruebas en apoyo de los hechos que esgrime. El Árbitro examinará todas las pruebas y argumentos que aporten ambas partes (los Estados Unidos y el Brasil) para determinar si las contramedidas propuestas son "apropiadas", en consonancia con los principios que hemos expuesto en relación con las pruebas y la carga de la prueba.

4.24 Los Estados Unidos consideran además, que si satisfacen la carga de la prueba, y se constata que las medidas propuestas por el Brasil no son apropiadas, el Árbitro no queda limitado a expresar su acuerdo o desacuerdo con un criterio o un cálculo que haya presentado cualquiera de las partes. La tarea del Árbitro es más bien determinar, en el caso de las subvenciones prohibidas,

¹¹⁰ Respuestas de los Estados Unidos a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 41, párrafo 49.

¹¹¹ Respuestas de los Estados Unidos a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 41, párrafo 50.

¹¹² Véase la decisión de los Árbitros, *Brasil - Aeronaves* (párrafo 6 del artículo 22 - *Brasil*), párrafos 2.8 y 2.9.

¹¹³ Véanse las Decisiones del Árbitro, *Estados Unidos - EVE* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*), párrafo 2.8 y *Canadá - Créditos y garantías para las aeronaves*, párrafo 2.5.

¹¹⁴ Decisión del Árbitro, *Estados Unidos - EVE* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*), párrafo 2.11.

"contramedidas apropiadas".¹¹⁵ El Brasil observa también que, si los Estados Unidos logran demostrar que la fórmula del Brasil no cumple el criterio jurídico aplicable, el Árbitro podría considerar modificaciones de dicha fórmula o, si ello no es posible, fórmulas alternativas.¹¹⁶ El Brasil señala además que, si bien el Árbitro goza de flexibilidad para efectuar ajustes en la fórmula del Brasil, el Brasil espera que, en interés del debido proceso, el Árbitro ofrezca a las partes la oportunidad de formular observaciones sobre cualquier apartamiento importante que desee estudiar.¹¹⁷

4.25 Estamos de acuerdo en que, en caso de que constatásemos que las contramedidas propuestas por el Brasil no son "apropiadas" en el sentido del párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*, estaríamos obligados a determinar también cuáles serían esas contramedidas "apropiadas". Esto permitiría a la parte reclamante solicitar una autorización acorde con nuestra decisión, según prevé el párrafo 7 del artículo 22 del ESD. Para poder cumplir esta parte de nuestro mandato, podríamos estar obligados a adoptar un criterio o método diferente del que proponen las partes.

4.26 Pasamos ahora a examinar los términos del criterio jurídico aplicable al examen de las contramedidas del Brasil, antes de examinar las contramedidas propuestas por el Brasil a la luz de esas determinaciones.

D. EL CONCEPTO DE "CONTRAMEDIDAS APROPIADAS" EN EL MARCO DEL PÁRRAFO 10 DEL ARTÍCULO 4 DEL *ACUERDO SMC*

4.27 Pasamos en primer lugar a la interpretación de la expresión "contramedidas apropiadas", que figura en los párrafos 10 y 11 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*.¹¹⁸

4.28 Como se señaló anteriormente, el párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* establece, con respecto a las subvenciones prohibidas, lo siguiente:

"[E]l OSD autorizará al Miembro reclamante a adoptar contramedidas apropiadas⁹ ..."

(*nota 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.

4.29 La misma expresión se recoge en el párrafo 11 del artículo 4, que define el mandato del árbitro en el marco del párrafo 6 del artículo 22 del ESD en relación con las solicitudes de contramedidas con respecto a subvenciones prohibidas.

4.30 El párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* es una "norma especial o adicional" identificada en el Apéndice 2 del ESD. El párrafo 2 del artículo 1 del ESD establece que "en la medida en que exista una discrepancia entre las normas y procedimientos del presente Entendimiento y las normas y procedimientos especiales o adicionales enunciados en el Apéndice 2, prevalecerán las normas y procedimientos especiales o adicionales enunciados en el Apéndice 2".

4.31 Los términos del párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*, en cuanto "norma o procedimiento especial o adicional", deberán interpretarse conforme a sus propios términos. Es evidente que los términos pueden incorporar normas diferentes, que prevalecerían en caso de

¹¹⁵ Respuestas de los Estados Unidos a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 70, párrafo 3.

¹¹⁶ Respuestas del Brasil a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 70, párrafo 6.

¹¹⁷ Respuestas del Brasil a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 70, párrafo 8. Véanse también las observaciones de los Estados Unidos sobre las respuestas del Brasil, párrafo 11.

¹¹⁸ A lo largo de esta sección de la decisión, se hace referencia a la expresión "contramedidas apropiadas" que figura en el párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*. Queda entendido que se da por supuesto que dicha expresión tiene el mismo sentido en el párrafo 11 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*.

conflicto. Sin embargo, el párrafo 6 del artículo 22 del ESD sigue siendo pertinente, como fundamento jurídico general en cuyo marco se llevan a cabo los procedimientos. De hecho, el párrafo 11 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* se refiere expresamente al párrafo 6 del artículo 22 del ESD como fundamento jurídico de los procedimientos de arbitraje con respecto a las contramedidas relacionadas con subvenciones prohibidas.

4.32 Observamos que los términos del párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* han sido interpretados en tres asuntos anteriores, y nos referiremos a esas resoluciones según proceda. No obstante, dado que esta cuestión está en el centro de nuestro análisis, y teniendo también en cuenta el hecho de que las opiniones diferentes de las partes con respecto a las contramedidas propuestas por el Brasil se derivan en parte de interpretaciones divergentes de la expresión "contramedidas apropiadas", consideramos necesario aclarar desde el principio nuestra interpretación de dicha expresión.

4.33 Los términos del párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*, al igual que otras disposiciones de los acuerdos abarcados de la OMC, deben interpretarse de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público. En concreto, según se establece en el párrafo 1 del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (la "Convención de Viena"), "un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin". Para mayor claridad, es conveniente iniciar el análisis examinando primero los términos de la disposición y pasando después a su contexto, objeto y fin.

1. La expresión "contramedidas apropiadas" y los términos de la nota 9

a) "contramedidas"

4.34 Observamos, para empezar, que en el Acuerdo sobre la OMC únicamente se utiliza el término "contramedidas" para designar medidas de retorsión en el *Acuerdo SMC*. Esto contrasta con los términos del artículo 22 del ESD, que se refiere a la "suspensión de concesiones u otras obligaciones". Sin embargo ninguna de las partes sostiene en el presente procedimiento que el término "contramedidas" designa, en el *Acuerdo SMC*, algo distinto de una suspensión temporal de determinadas obligaciones, y eso es a lo que entendemos referido el término.

4.35 El prefijo "counter-" ("contra-") puede definirse como "*against, in return*" ("en contra de, a cambio de").¹¹⁹ El *Oxford English Dictionary* cita además el término "*counter-measure*" ("contramedida") para ilustrar una situación en la que se utiliza este prefijo a fin de indicar algo "[d]one, directed, or acting against, in opposition to, as a rejoinder or reply to another thing of the same kind already made or in existence" ("hecho, dirigido o que actúa en contra de o en oposición o como réplica o respuesta a otra cosa del mismo tipo que ya se ha hecho o que ya existe"). Otro diccionario define el término "*countermeasure*" ("contramedida") como "*action or device designed to negate or offset another*" ("acción o dispositivo destinado a anular o compensar otro").¹²⁰

4.36 El Brasil señala el hecho de que el término "contramedidas" se refiere a medidas adoptadas "en contra de" algo, para "contrarrestar" algo. El Brasil observa que, en el contexto del párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*, el término se refiere a una "medida de retorsión dirigida contra el hecho de que el demandado no haya 'retirado' una subvención 'prohibida'".¹²¹ Los Estados Unidos parecen estar de acuerdo en lo fundamental con esta premisa básica.¹²² Teniendo en cuenta las definiciones

¹¹⁹ *Oxford English Dictionary*, en www.oed.com.

¹²⁰ *Merriam Webster Dictionary*, en www.merriamwebster.com.

¹²¹ Comunicación escrita del Brasil, párrafo 26.

¹²² Véanse las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 43, párrafo 56: "las contramedidas" están destinadas a "contrarrestar la incompatibilidad con el *Acuerdo SMC*".

expuestas más arriba, estamos también de acuerdo en que las "contramedidas" son, fundamentalmente, medidas adoptadas para "contrarrestar" algo, y, de manera específica, en el contexto del párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*, medidas adoptadas para actuar en contra de, o en respuesta a la no retirada de una subvención prohibida dentro del plazo requerido.

4.37 En opinión del Brasil, las acepciones de este término en los diccionarios indican además que por él se entiende una medida de retorsión que va "más allá del simple reequilibrio de los intereses comerciales".¹²³ Los Estados Unidos, por el contrario, destacan que las definiciones del término "contra" incluyen los conceptos de equilibrar y reflejar, de manera que una contramedida apropiada sería aquella que "equilibrara la incompatibilidad o reflejara la pérdida de concesiones resultante de la infracción".¹²⁴

4.38 No estamos convencidos de que el uso del término "contramedidas" connote necesariamente, en sí y de por sí, la intención de referirse a una medida de retorsión que "va más allá del simple reequilibrio de los intereses comerciales"¹²⁵, como sugiere el Brasil. Como se señaló anteriormente, el término indica que la medida se adopta como respuesta a otra, para "contrarrestarla". Esto no connota necesariamente, en nuestra opinión, una intención de "ir más allá" del reequilibrio de los intereses comerciales. Es más, no estamos convencidos de que las acepciones de este término en los diccionarios ofrezcan, en sí y de por sí, una orientación clara con respecto al *nivel* exacto de las contramedidas que podrían ser admisibles con arreglo al párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*. Observamos que el término "contramedidas" se utiliza también en el párrafo 9 del artículo 7 del *Acuerdo SMC*, donde el nivel admisible de las contramedidas se define por referencia a los efectos desfavorables de la medida infractora.

4.39 El Brasil se refiere al uso del término "contramedidas" en el derecho internacional público, reflejado en el *Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado*, de la *Comisión de Derecho Internacional* (CDI)¹²⁶, como una "consideración interpretativa adicional", para destacar que, "en el marco de los Artículos de la CDI, las contramedidas se toman con el fin de alentar 'inducir' al Estado responsable a cumplir sus obligaciones, sin imposibilitar el cumplimiento y sin castigar al demandado".¹²⁷

4.40 Observamos que el término "contramedidas" es el término general utilizado por la CDI, en el contexto de su *Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado*, para designar las medidas temporales que pueden tomar los Estados lesionados en respuesta a la violación de obligaciones contraídas en virtud del derecho internacional.¹²⁸

¹²³ Comunicación escrita del Brasil, párrafo 26.

¹²⁴ Respuestas de los Estados Unidos a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 43, párrafo 56.

¹²⁵ Comunicación escrita del Brasil, párrafo 26.

¹²⁶ La Comisión de Derecho Internacional fue establecida por la Asamblea General de las Naciones Unidas para impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación. La Comisión adoptó en 2001 el proyecto de un conjunto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, compuesto de 59 artículos y comentarios sobre ellos. Como había recomendado la Comisión, la Asamblea General, mediante la resolución 56/83 de 12 de diciembre de 2001, tomó nota de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, cuyo texto figura en el anexo de la resolución, y los señaló a la atención de los gobiernos, sin perjuicio de la cuestión de su futura aprobación o de otro tipo de medida, según correspondiera. Véase <http://www.un.org/law/ilc/>.

¹²⁷ Comunicación escrita del Brasil, párrafo 43.

¹²⁸ Véase http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf.

4.41 Estamos de acuerdo en que este término, tal como se entiende en el derecho internacional público, puede ser útil para entender cómo se utiliza ese mismo término en el *Acuerdo SMC*.¹²⁹ De hecho, constatamos que, en el *Acuerdo SMC*, el término "contramedidas" designa medidas de la misma naturaleza que las contramedidas que se definen en el *Proyecto de artículos de la CDI sobre la responsabilidad del Estado*.

4.42 En esta etapa de nuestro análisis, constatamos por tanto que el término "contramedidas" caracteriza básicamente la *naturaleza* de las medidas que han de ser autorizadas, es decir, las medidas temporales que de otra manera serían contrarias a las obligaciones dimanantes del Acuerdo sobre la OMC y que se toman en respuesta a la violación de una obligación prevista en el *Acuerdo SMC*. Ello es también compatible con el sentido de este término en el derecho internacional público, reflejado en los Artículos de la CDI sobre la responsabilidad del Estado.

4.43 En cuanto al *nivel* admisible de las contramedidas que pueden ser autorizadas en virtud del párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*, éste, a nuestro juicio, se define principalmente mediante el término "apropiadas" y el texto de la nota 9.

b) "apropiadas"

4.44 El párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* exige que las contramedidas que puedan autorizarse en respuesta a la falta de retiro en el momento debido de una subvención a la exportación prohibida sean "apropiadas". Este término está a su vez inspirado por la nota 9, que aclara que "[e]ste término ['contramedidas apropiadas'] no permite la aplicación de contramedidas que serían desproporcionadas sobre la base de que las subvenciones [en cuestión] están prohibidas". Analizaremos en primer lugar el término "apropiadas" antes de ocuparnos de cómo lo aclaran los términos de la nota 9.

4.45 Entre las definiciones que dan los diccionarios del adjetivo "*appropriate*" ("apropiado") figuran las siguientes: "*Specially fitted or suitable, proper*" ("Especialmente apto o conveniente, adecuado")¹³⁰ y "*especially suitable or compatible: fitting*" ("especialmente conveniente o compatible; correspondiente").¹³¹ A su vez, el término "*fitting*" ("correspondiente") puede definirse como "*of a kind appropriate to the situation*" ("de un tipo adecuado a la situación"). Los términos "*fit, suitable, meet, proper, appropriate, fitting, apt, happy, felicitous*" ("apto, conveniente, oportuno, debido, adecuado, correspondiente, apropiado, feliz, acomodado") se identifican como sinónimos que significan "*right with respect to some end, need, use or circumstance*" ("indicado con respecto a algún fin, necesidad, uso o circunstancia").¹³²

¹²⁹ Observamos también que, conforme a sus propios términos, los Artículos de la CDI sobre la responsabilidad del Estado no están destinados a prevalecer sobre ninguna disposición específica relacionada con las esferas de las que se ocupa que esté contenida en instrumentos jurídicos específicos. Tomamos nota, en particular, del siguiente comentario de la CDI:

Como ocurre con otros capítulos de los presentes artículos, las disposiciones sobre las contramedidas tienen carácter residual y pueden ser excluidas o modificadas por una norma especial en contrario (véase el artículo 55). Así, una disposición de un tratado que excluya la suspensión de la ejecución de una obligación en cualquier circunstancia excluirá la aplicación de contramedidas en lo que respecta a la ejecución de la obligación. Asimismo, el régimen para la solución de controversias al que deben recurrir los Estados caso de haberlas, especialmente si (como ocurre con el sistema de solución de diferencias de la OMC) requiere una autorización para tomar medidas del tipo de las contramedidas en respuesta a una violación probada.

¹³⁰ "*appropriate, ppl. a. and n.*", *Oxford English Dictionary*, www.oed.com, acepción 5.

¹³¹ www.merriam-webster.com.

¹³² www.merriam-webster.com.

4.46 Estas definiciones indican que el adjetivo "apropiado" transmite la idea de algo que se "adapta" o "acomoda" a la situación concreta de que se trate. Esta indicación de carácter muy general no orienta de manera explícita en cuanto a los parámetros exactos que pueden tenerse legítimamente en cuenta al evaluar el "carácter apropiado" de las contramedidas en el contexto del párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*. El término sugiere más bien que las contramedidas deben estar "adaptadas" a las circunstancias concretas y por tanto que puede haber un grado de variabilidad legítima en lo que puede ser "apropiado", según las circunstancias del caso. En ese sentido, coincidimos con los Estados Unidos en que el término "apropiadas" "denota la estrecha relación entre las contramedidas y las circunstancias concretas de un caso determinado".¹³³

4.47 Por su parte, el Brasil relaciona el término "apropiadas" con el término "razonables" en el sentido de que "supone igualmente 'un grado de flexibilidad'" y que "la palabra obliga al intérprete de un tratado a considerar todas las circunstancias de un caso determinado al evaluar si el demandando ha demostrado que las contramedidas propuestas son inapropiadas".¹³⁴ Dejando al margen de momento la cuestión de la carga que debe satisfacer el Miembro demandado en los procedimientos de arbitraje, estamos de acuerdo en que el término "apropiadas" indica que deben tenerse en cuenta "todas las circunstancias de un caso determinado" al evaluar el "carácter apropiado" de las contramedidas propuestas, y que también sugiere un grado de flexibilidad en lo que podría considerarse "apropiado" en un caso determinado.

4.48 Teniendo presentes estas ideas generales, debemos determinar a continuación qué tipos de consideraciones pueden ser pertinentes al evaluar qué podrían constituir contramedidas "apropiadas" en las circunstancias de un caso concreto, como se deduce de los términos utilizados en el párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*.

4.49 Los Estados Unidos aducen que las contramedidas apropiadas son aquellas que tienen "un fundamento concreto en las constataciones específicas adoptadas por el OSD". En este caso, a juicio de los Estados Unidos, las contramedidas apropiadas son las que se basan en el costo neto para el gobierno y "otras contramedidas, cualesquiera que sean, no tienen fundamento en las circunstancias específicas de este caso".¹³⁵ El Brasil considera que "a falta de un criterio preceptivo, lo que es 'apropiado' debe definirse con respecto a la situación prevista en el artículo 4, es decir, que el Miembro que no ha cumplido no retire una subvención prohibida".¹³⁶ Según el Brasil, "al evaluar si las contramedidas propuestas son 'apropiadas' el intérprete del tratado ha de tener en cuenta que conllevan medidas de retorsión contra el hecho, y en oposición al hecho, de que el Miembro demandado no haya retirado un acto caracterizado expresamente como *prohibido en sí mismo*".¹³⁷

4.50 El Brasil aduce además que el carácter apropiado de las contramedidas también debe analizarse teniendo en cuenta las características concretas de la subvención que hay que retirar: su naturaleza prohibida, su cuantía, los términos y condiciones de su concesión, su repercusión en beneficio de las exportaciones del demandado, y si todavía se sigue concediendo a pesar de las recomendaciones y resoluciones del OSD que exigen que sea retirada.¹³⁸ Por último, el Brasil considera que las circunstancias de la diferencia incluyen también las situaciones respectivas del Miembro vencedor y del que no ha cumplido.¹³⁹ "Las contramedidas son medidas económicas

¹³³ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 24.

¹³⁴ Comunicación escrita del Brasil, párrafo 32.

¹³⁵ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 25.

¹³⁶ Comunicación escrita del Brasil, párrafo 36.

¹³⁷ Comunicación escrita del Brasil, párrafo 27.

¹³⁸ Comunicación escrita del Brasil, párrafo 37.

¹³⁹ El Brasil explicó posteriormente en respuesta a una pregunta del Árbitro que no había tenido en cuenta estos factores específicos en su evaluación del nivel de contramedidas propuesto, sino más bien en su determinación de la forma en que trataría de adoptar medidas de retorsión. Véanse las respuestas del Brasil a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 16 b), párrafo 165.

adoptadas por un Miembro en respuesta a la falta de aplicación por otro Miembro de las recomendaciones y resoluciones del OSD. Las situaciones específica y relativa de los dos Miembros son por tanto pertinentes al evaluar si las contramedidas son adecuadas e idóneas en las circunstancias."¹⁴⁰

4.51 Estamos de acuerdo en que varias de las circunstancias identificadas anteriormente pueden ser, *a priori*, pertinentes para evaluar si las contramedidas propuestas son "apropiadas". Sin embargo, debemos analizar más a detenidamente cómo deberían tenerse en cuenta las circunstancias de un caso determinado. A tal efecto nos parece útil considerar el contexto en que surgen las contramedidas.

4.52 La imposición de contramedidas ofrece reparación temporal al Miembro reclamante vencedor por la situación que se deriva del mantenimiento de la infracción de los acuerdos abarcados, en espera de la aplicación plena de las recomendaciones y resoluciones del OSD. Como observó el Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, "la suspensión de concesiones es el último recurso de que dispone el Miembro que ha impugnado con éxito la compatibilidad con los acuerdos abarcados de una medida adoptada por otro Miembro".¹⁴¹ Esta medida correctiva es "condicional y limitada en el tiempo".¹⁴²

4.53 La esencia de la tarea de determinar qué puede constituir "contramedidas apropiadas" a tenor del párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* consiste en tratar de cuantificar las contramedidas que tiene derecho a adoptar el Miembro reclamante en respuesta al mantenimiento de una subvención prohibida. Esta respuesta adoptará la forma de una suspensión de concesiones u otras obligaciones que en caso contrario se deberían al Miembro infractor de conformidad con los acuerdos abarcados. Dicho de otro modo, el Miembro reclamante estará autorizado a adoptar determinadas medidas que afecten desfavorablemente a las oportunidades comerciales del Miembro infractor, en respuesta a una medida ilegal adoptada por ese Miembro, que ha afectado de manera desfavorable a sus propias oportunidades comerciales.

4.54 Estas circunstancias definen de manera importante, a nuestro modo de ver, los elementos que deben tenerse en cuenta al determinar qué puede constituir "contramedidas apropiadas" en un caso determinado. Esta cuestión ha de entenderse necesariamente con referencia a la diferencia concreta de que se trate. La cuestión es qué contramedidas serán "apropiadas" *para ese reclamante* en la diferencia específica de que se trata. Esto supone que es adecuado tener en cuenta no sólo la existencia de la infracción en sí misma, sino también las circunstancias específicas que se derivan de la infracción para la parte reclamante que trata de aplicar contramedidas. Esto es coherente con el sentido corriente del término "apropiadas", que implica un grado de variabilidad en el nivel de las contramedidas de acuerdo con las circunstancias, y no una cantidad fija.

4.55 Como señaló el Árbitro en el asunto *Estados Unidos - EVE* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*), la existencia de una subvención a la exportación prohibida concedida y mantenida de manera incompatible con el *Acuerdo SMC* "tiene por sí mism[a] el efecto de alterar el equilibrio de derechos y obligaciones entre las partes, con independencia de cuáles puedan ser, de hecho, los efectos reales sobre el comercio del reclamante".¹⁴³

4.56 Además, el mantenimiento de una subvención a la exportación prohibida probablemente tendrá efectos de distorsión del comercio. Por su propia naturaleza, es probable que una subvención a la *exportación* distorsione el comercio a favor de los exportadores del Miembro que la concede.

¹⁴⁰ Comunicación escrita del Brasil, párrafo 38.

¹⁴¹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 317.

¹⁴² Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 303.

¹⁴³ Véase la decisión del Árbitro, *Estados Unidos - EVE* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*), párrafo 5.23.

Aunque para constatar que se ha cometido una infracción de las disposiciones pertinentes del *Acuerdo SMC* no es necesario demostrar esos efectos de distorsión del comercio, es precisamente la elevada probabilidad de que esos efectos de distorsión del comercio se deriven de la concesión de subvenciones a la exportación lo que explica que éstas estén prohibidas en virtud del *Acuerdo SMC*.

4.57 Las consecuencias económicas reales de la infracción pueden variar significativamente de un caso a otro. En particular, los efectos de distorsión del comercio de una subvención a la exportación prohibida pueden variar según cuáles sean la naturaleza y el diseño de la subvención, así como diversos factores económicos. El comercio de otros Miembros de la OMC puede verse afectado, y normalmente se ve afectado, en distintos grados como consecuencia de la concesión y mantenimiento de subvenciones ilegales. El grado en que la parte reclamante se ve afectada desfavorablemente por los efectos de distorsión del comercio derivados de la subvención ilegal puede variar en consecuencia de un caso a otro.

4.58 Los efectos de distorsión del comercio de la subvención prohibida en cuestión en el Miembro reclamante reflejan efectivamente la forma en que la medida ilegal ha perturbado y perjudicado la posición económica de la parte reclamante en la diferencia. Esto brinda una medida del grado en que la concesión y el mantenimiento de la subvención prohibida en cuestión han alterado el equilibrio de derechos y obligaciones entre las partes. A nuestro juicio, ésta es necesariamente una consideración fundamental al determinar qué puede constituir "contramedidas apropiadas" destinadas a aplicarse entre esas dos partes.

4.59 También señalamos que esta interpretación también tiene en cuenta las "características concretas de la subvención prohibida que debía haber sido retirada, incluidos los términos y condiciones", que el Brasil sostiene que deberían tenerse en cuenta.¹⁴⁴ Los efectos en el comercio que resultan de la subvención reflejan directamente la forma en que la subvención funciona en el mercado y, por lo tanto, sus características concretas.

4.60 Señalamos además que una interpretación que *no* tenga debidamente en cuenta el grado en que el Miembro reclamante haya resultado afectado por la medida ilegal daría como resultado que las contramedidas pudiesen en principio ser idénticas, con independencia de que el Miembro en cuestión hubiera sido afectado significativamente por esa medida o no lo hubiera sido en absoluto. Consideramos que ello no sería compatible con el sentido corriente del término "apropiadas", que entraña cierto grado de variabilidad según las circunstancias. Creemos que esto no se respetaría si una situación en la que el Miembro reclamante sufriese un efecto significativo de distorsión del comercio como consecuencia de la medida fuera *a priori* considerada idéntica a una situación en la que no padeciera ningún efecto de distorsión del comercio.

4.61 El Brasil destaca el hecho de que la prohibición de las subvenciones a la exportación es una prohibición *per se*, que no exige que se demuestren efectos desfavorables.¹⁴⁵ Considera que, según el párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*, las contramedidas "apropiadas" van dirigidas al carácter prohibido de la subvención y no al perjuicio para el reclamante.¹⁴⁶

4.62 Según nuestro criterio, el hecho de que no sea necesario determinar el grado en que el Miembro reclamante sufre el efecto desfavorable de una subvención para constatar que esa subvención está prohibida no implica que esta cuestión no sea importante para determinar el nivel de las contramedidas que serían "apropiadas" para que el Miembro reclamante las aplicara en las circunstancias del caso.

¹⁴⁴ Respuestas del Brasil a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 16 a), párrafo 164.

¹⁴⁵ Véase la comunicación escrita del Brasil, párrafo 40.

¹⁴⁶ Véanse las respuestas del Brasil a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 15, párrafo 158.

4.63 La iniciación de procedimientos de solución de diferencias con respecto a una subvención prohibida no está condicionada a que el Miembro reclamante demuestre que hay efectos desfavorables en el comercio (para sí mismo o para otros Miembros). Según el artículo 4 del *Acuerdo SMC*, "cuando un Miembro tenga razones para creer que otro Miembro concede o mantiene una subvención prohibida, el primero podrá pedir al segundo la celebración de consultas". Sin embargo, esto no significa que la forma en que la parte reclamante resulta afectada por el incumplimiento no sea pertinente para los procedimientos de solución de diferencias, o que no deba ser una consideración importante para determinar el nivel de las contramedidas que el Miembro reclamante podrá aplicar, si la diferencia llega a la etapa en que se autorizan esas contramedidas.

4.64 De hecho, esta distinción se encuentra en general en los procedimientos de solución de diferencias sustanciados en el marco del ESD. La noción de "anulación o menoscabo de las ventajas" resultantes para los Miembros de los acuerdos abarcados es el fundamento de la iniciación y la sustanciación de los procedimientos de solución de diferencias en todo el ESD, pero la cuantificación del *nivel* de la anulación o menoscabo que produce una medida declarada incompatible con un acuerdo abarcado (dicho de otro modo, el efecto desfavorable que tiene la medida incompatible) sólo es necesaria en la etapa en que se autoriza la suspensión de concesiones u otras obligaciones en caso de incumplimiento.

4.65 El párrafo 3 del artículo 3 del ESD dispone lo siguiente:

"Es esencial para el funcionamiento eficaz de la OMC y para el mantenimiento de un equilibrio adecuado entre los derechos y obligaciones de los Miembros la pronta solución de las situaciones en las cuales un Miembro considere que cualesquiera ventajas resultantes para él directa o indirectamente de los acuerdos abarcados se hallan menoscabadas por medidas adoptadas por otro Miembro."

4.66 El párrafo 8 del artículo 3 del ESD establece además que cuando se determina que existe una infracción se presume que se trata de un caso de anulación o menoscabo, por lo que "normalmente existe la presunción de que toda transgresión de las normas tiene efectos desfavorables para otros Miembros que sean partes en el acuerdo abarcado".¹⁴⁷

4.67 Por consiguiente, la demostración del *nivel* de la anulación o menoscabo resultante de la medida incompatible para el reclamante no es un requisito separado para establecer la existencia de una infracción. Esta cuestión sólo resulta pertinente en el contexto de la determinación del nivel de las contramedidas que se autorizarán en caso de incumplimiento, ya que es necesario que dichas contramedidas no excedan el nivel de la anulación o menoscabo, de conformidad con el párrafo 4 del artículo 22 del ESD.

4.68 Según el artículo 30 del *Acuerdo SMC*, tanto el artículo XXIII (que contiene la referencia inicial a la anulación o menoscabo de una ventaja resultante para un Miembro como base para la iniciación de procedimientos de solución de diferencias) como el ESD son aplicables en los procedimientos de solución de diferencias en el marco del *Acuerdo SMC*, salvo disposición expresa en contrario en este Acuerdo.

4.69 Sobre este particular, hacemos notar la determinación del Grupo Especial inicial en este asunto que dice lo siguiente:

"Con arreglo al párrafo 8 del artículo 3 del ESD, en los casos de incumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de un acuerdo abarcado, se presume que la medida constituye un caso de anulación o menoscabo. Concluimos que los Estados

¹⁴⁷ Párrafo 8 del artículo 3 del ESD.

Unidos, en la medida en que han actuado de manera incompatible con los acuerdos abarcados, han anulado o menoscabado ventajas resultantes para el Brasil en virtud de dichos acuerdos."¹⁴⁸

4.70 Queda claro entonces que las constataciones de infracción en esta diferencia dieron lugar a la presunción de que la transgresión anuló o menoscabó ventajas resultantes para el Brasil del *Acuerdo SMC*. Por lo tanto, la cuestión de la forma en que los intereses del Brasil fueron afectados desfavorablemente por la medida incompatible no está ausente en las etapas iniciales de las actuaciones, pero la existencia de la transgresión es una consideración suficiente, en esa etapa, para llegar a la conclusión de que las ventajas del Brasil dimanantes de los acuerdos fueron anuladas o menoscabadas. En otras palabras, por la existencia misma de la transgresión, se supone que los intereses del Brasil han sido afectados desfavorablemente, pero no es necesario *cuantificarla* para determinar que existe una infracción y recomendar que el Miembro interesado retire la medida incompatible.

4.71 Sin embargo, cuando la diferencia alcanza la etapa de autorizar contramedidas y de cuantificar el nivel al que la parte reclamante debe tener derecho a suspender concesiones u otras obligaciones que de lo contrario debería cumplir con respecto al Miembro demandado, la cuestión del grado en que fueron afectados los intereses del Miembro reclamante pasa a tener pertinencia directa. Como se señaló *supra*, el grado en que el Miembro reclamante fue afectado desfavorablemente por la medida incompatible muestra hasta qué punto ésta alteró el equilibrio de derechos y obligaciones entre las dos partes.

4.72 Por consiguiente, no hay incompatibilidad entre el hecho de que una subvención prohibida lo sea "*per se*" y nuestra conclusión de que el efecto de distorsión del comercio de esa medida para la parte reclamante es una base para evaluar lo apropiado de las contramedidas propuestas en un caso dado. Por el contrario, creemos que de la secuencia de etapas del procedimiento que conducen a la autorización de suspender las concesiones u otras obligaciones se deduce lógicamente que la consideración de la forma en que el Miembro reclamante resulta afectado desfavorablemente por la medida ilegal, que no tiene por qué desempeñar un papel central en el establecimiento de la existencia de una infracción, pasa a ser una consideración esencial en la evaluación el nivel de las contramedidas que ese Miembro reclamante tendría derecho a tomar ante la falta de una aplicación oportuna.

4.73 A esta altura de las actuaciones, la esencia misma de la evaluación es determinar un nivel en el cual sería "apropiado" que la parte reclamante afectara desfavorablemente las oportunidades comerciales del Miembro infractor mediante la suspensión de algunas obligaciones impuestas por los acuerdos abarcados. La consideración del grado en que la parte reclamante misma ha sido afectada desfavorablemente por la medida contra la que se aplicarán las contramedidas es manifiestamente pertinente a esta cuestión.

4.74 Admitimos plenamente que el párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* es una norma especial o adicional que establece un criterio jurídico específico para el nivel de las contramedidas permisibles en casos relacionados con las subvenciones a la exportación. Por lo tanto, no estamos limitados por los términos del párrafo 4 del artículo 22 del ESD a un nivel de contramedidas que sea "equivalente al nivel de la anulación o menoscabo". Por el contrario, debemos considerar el nivel de las contramedidas propuestas sobre la base del criterio jurídico que figura en el párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*, teniendo en cuenta si las contramedidas propuestas son "apropiadas" en el sentido de esta disposición.

4.75 Como señalamos *supra*, el propio sentido corriente del término "apropiadas" obliga a prestar atención a las circunstancias del caso y nos exige considerar el efecto de distorsión del comercio que

¹⁴⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.2.

tiene la subvención prohibida en el Miembro reclamante como aspecto fundamental de esas circunstancias. Sin embargo, esto no significa que el criterio jurídico establecido en el párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* sea idéntico al que figura en el párrafo 4 del artículo 22 del ESD. Admitimos que hay entre ambos diferencias importantes, que trataremos en la sección siguiente.

4.76 Encontramos una confirmación adicional de nuestra interpretación en el hecho de que, en relación con el GATT de 1947, la expresión "justificada, habida cuenta de las circunstancias" que se emplea en el artículo XXIII del GATT para definir la suspensión permisible de concesiones u otras obligaciones, fue interpretada teniendo en cuenta la "*equivalencia al menoscabo* sufrido" por la parte reclamante como consecuencia de las medidas en cuestión:

"2. Las PARTES CONTRATANTES encargaron al Grupo de Trabajo que investigara *la adecuación de la medida* contemplada por el Gobierno de los Países Bajos, *teniendo en cuenta su equivalencia al menoscabo* sufrido por los Países Bajos como resultado de las restricciones impuestas por los Estados Unidos.

3. El Grupo de Trabajo estimó que la adecuación de la medida contemplada por el Gobierno de los Países Bajos debía examinarse desde dos puntos de vista: había que considerar, en primer lugar, si la medida propuesta era de carácter apropiado y, en segundo lugar, si la restricción cuantitativa propuesta por el Gobierno de los Países Bajos era *razonable, tomando en consideración el menoscabo sufrido*."¹⁴⁹ (sin cursivas en el original)

4.77 Según nuestra opinión, esto confirma que el término "apropiadas" en el contexto de una disposición que define el nivel de las contramedidas permisibles que un Miembro va a aplicar a otro en respuesta a una situación en la que persiste la infracción, induce a considerar el nivel de menoscabo o daño sufrido por el Miembro reclamante como consecuencia de la medida incompatible.

4.78 Señalamos además las siguientes observaciones de los Árbitros en el asunto *CE - Banano III* (Estados Unidos) (párrafo 6 del artículo 22 - CE):

"A nuestro parecer, dada la referencia expresa de los párrafos 4 y 7 del artículo 22 del ESD a la necesidad de garantizar la *equivalencia* entre el nivel de la suspensión propuesta y el nivel de la anulación o menoscabo sufridos, el criterio de *adecuación* aplicado por el Grupo de Trabajo de 1952 ha perdido su importancia como parte de referencia para la autorización de la suspensión de concesiones de conformidad con el ESD.

No obstante, observamos que el sentido corriente de '*adecuado*', que denota algo 'especialmente apropiado, adaptado, apto para o correspondiente a'¹⁵⁰, sugiere un determinado grado de conexión entre el nivel de la suspensión propuesta y el nivel de la anulación o el menoscabo, siendo así que, como hemos expuesto *supra*, el sentido corriente de '*equivalente*' conlleva un grado mayor de correspondencia, mayor identidad o un equilibrio más estricto entre el nivel de la suspensión propuesta y el nivel de la anulación o menoscabo. En consecuencia, concluimos que el criterio de *equivalencia* refleja una norma más estricta de examen para los Árbitros que actúen de conformidad con el párrafo 7 del artículo 22 del ESD de la OMC que la que

¹⁴⁹ Informe del Grupo de Trabajo del GATT, *Estados Unidos - Suspensión de obligaciones*.

¹⁵⁰ (nota del original) *The New Shorter Oxford English Dictionary on Historic Principles* (1993), página 103.

correspondería a un examen basado en el criterio de la *adecuación* aplicado de conformidad con el GATT de 1947.¹⁵¹ (sin cursivas en el original)

4.79 Estamos de acuerdo con los Árbitros que se ocuparon de esa diferencia en que "el sentido corriente de '*adecuado*', que denota algo 'especialmente apropiado, adaptado, apto para o correspondiente a'¹⁵² sugiere un determinado grado de conexión entre el nivel de la suspensión propuesta y el nivel de la anulación o menoscabo". También estamos de acuerdo en que, a diferencia de los términos del párrafo 4 del artículo 22 del ESD, el término "apropiado" sugiere "un determinado grado de conexión" más que la identidad exacta entre ambos.

4.80 Teniendo presentes estas determinaciones, debemos ahora considerar qué orientación adicional dan los términos de la nota 9 del *Acuerdo SMC* para entender correctamente el significado de la expresión "contramedidas apropiadas".

c) Nota 9

4.81 La nota 9 del *Acuerdo SMC* dice lo siguiente:

"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."

4.82 A juicio del Brasil, "la nota 9 aclara que la índole ilícita de la medida en sí misma, cualesquiera que sean los efectos que la medida tenga para un Miembro vencedor, influye en la interpretación de los términos 'apropiadas' y no 'desproporcionadas'; las 'contramedidas apropiadas' contrarrestan una subvención que es ilícita en sí misma a la luz del *Acuerdo SMC* y no se reducen a contrarrestar únicamente la repercusión que el acto ilícito tiene para un Miembro vencedor".¹⁵³ El Brasil considera que para evaluar la proporcionalidad de acuerdo con la nota 9 es necesario tener en cuenta "como mínimo todas las ventajas comerciales y económicas que una subvención otorga".¹⁵⁴

4.83 Los Estados Unidos "no sostienen que una contramedida es punitiva en todos los casos en que es sólo levemente mayor que los efectos desfavorables sufridos por el reclamante".¹⁵⁵ Sin embargo, consideran, al mismo tiempo, que el requisito de que las contramedidas no sean "desproporcionadas" "establece un vínculo entre esta disposición y los efectos sobre el comercio, porque la anulación o menoscabo resultante de las medidas (el criterio aplicado en virtud del artículo 22 del ESD) es la base para decidir si las contramedidas propuestas son desproporcionadas".¹⁵⁶ Los Estados Unidos indican que "tendrían serias objeciones a las decisiones que permitiesen que un Miembro impusiera contramedidas que sobrepasaran el efecto que la subvención tiene para ese Miembro".¹⁵⁷

4.84 Las palabras "no ... desproporcionadas sobre la base de que las subvenciones a que se refieren las disposiciones del presente artículo están prohibidas" o bien informan el significado de la expresión "contramedidas apropiadas" del párrafo 10 del artículo 4 o bien condicionan ese significado.

¹⁵¹ Decisión de los Árbitros, *CE - Banano III (Estados Unidos)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE), párrafos 6.4 y 6.5.

¹⁵² *The New Shorter Oxford English Dictionary on Historic Principles* (1993), página 103.

¹⁵³ Respuestas del Brasil a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 75, párrafo 36.

¹⁵⁴ Respuestas del Brasil a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 80, párrafo 53.

¹⁵⁵ Respuestas de los Estados Unidos a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 82, párrafo 24.

¹⁵⁶ Respuestas de los Estados Unidos a las preguntas formuladas por el Árbitro, párrafos 26 y 32.

¹⁵⁷ Respuestas de los Estados Unidos a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 90, párrafo 34.

Que "informen" o "condiciones" es en definitiva una diferencia de percepción que, según nuestra opinión, no afecta a nuestra consideración de esa expresión.

4.85 La formulación misma de la nota, "Este término *no permite* la aplicación de contramedidas desproporcionadas" (sin cursivas en el original), indica a nuestro juicio que su propósito es impedir una interpretación de las palabras "contramedidas apropiadas" que haga posibles medidas "desproporcionadas". Por consiguiente, consideramos que este requisito de proporcionalidad es una protección frente a contramedidas excesivas. En otras palabras, si bien la expresión "contramedidas apropiadas" permite cierta flexibilidad para determinar qué es "apropiado" en las circunstancias propias de un caso concreto, esa flexibilidad no es ilimitada. Como dijo el Árbitro en el asunto *Estados Unidos - EVE (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)*, "la nota 9 confirma de nuevo que, si bien la noción de 'contramedidas apropiadas' tiene por finalidad garantizar la suficiente flexibilidad en la respuesta a un caso concreto, la flexibilidad de que se trata está claramente limitada".¹⁵⁸

4.86 Como se observó antes, las contramedidas son una medida correctiva excepcional, "de última instancia", en el sistema de solución de diferencias de la OMC. En la nota 9, a nuestro juicio, se nos sugiere que actuemos con cautela y aseguremos que la respuesta sea "mesurada" y que las contramedidas que se autoricen no den por resultado una perturbación de las relaciones comerciales entre los Miembros y de la aplicación de los acuerdos de la OMC mayor que la que justifiquen las circunstancias del caso.

4.87 Esta prescripción confirma nuestra opinión de que las contramedidas, para ser "apropiadas", deben guardar alguna relación con el grado en que el Miembro reclamante ha sufrido el efecto de distorsión del comercio de la subvención ilegal. Las contramedidas son esencialmente medidas de restricción del comercio que se han de adoptar en respuesta a la aplicación por un Miembro de una medida que distorsiona el comercio y que, según se ha determinado, anula o menoscaba ventajas que corresponden a otro Miembro. Teóricamente, las contramedidas que aseguren que habrá una relación de proporcionalidad entre el grado en que hayan sido afectadas las oportunidades comerciales del Miembro que aplica las contramedidas y el grado en que a su vez serán desfavorablemente afectadas las oportunidades comerciales del Miembro infractor restablecerían el equilibrio de derechos y obligaciones dimanantes de los acuerdos abarcados que ha sido alterado entre las partes. Así se aseguraría una relación correcta entre el nivel de las contramedidas y las circunstancias de las que surge la diferencia.

4.88 Al mismo tiempo, observamos que las palabras "no ... desproporcionadas", como la palabra "apropiadas", no exigen una igualdad exacta entre el efecto de distorsión del comercio de la medida y el nivel de las contramedidas que se han de autorizar. La palabra "apropiadas" sugiere un grado de flexibilidad, acorde con las circunstancias, y la prescripción negativa de que las contramedidas "no" sean "desproporcionadas" también sugiere que basta una correspondencia que no sea exacta.

4.89 La nota 9, aunque no dice expresamente en relación con qué las contramedidas no deben ser "desproporcionadas", indica en cambio que las contramedidas no deben ser desproporcionadas "sobre la base de que las subvenciones a que se refieren las disposiciones del presente artículo están prohibidas".

4.90 Como hicimos notar antes, la existencia de una subvención prohibida que no ha sido retirada por el Miembro demandado es el motivo mismo para autorizar contramedidas. La cuestión que debemos considerar es si el carácter ilícito de la subvención, como tal, es pertinente para evaluar si las contramedidas son apropiadas con arreglo al párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* a la luz de los

¹⁵⁸ Decisión del Árbitro, *Estados Unidos - EVE (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)*, párrafo 5.19.

términos de la nota 9. En este sentido, coincidimos con el Árbitro en el asunto *Estados Unidos - EVE* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*), que sostuvo lo siguiente:

"La importancia atribuida al carácter ilegal de las subvenciones a la exportación ... invita a la consideración del impacto que pueda tener este carácter ilegal, en sí mismo. Observamos a este respecto que el mantenimiento de la medida ilegal por el Miembro de que se trate, en incumplimiento de sus obligaciones, tiene por sí mismo el efecto de alterar el equilibrio de derechos y obligaciones entre las partes, con independencia de cuáles puedan ser, de hecho, los efectos reales sobre el comercio del reclamante. Recordamos a este respecto que la prohibición de las subvenciones a la exportación es una obligación *per se*, que no está condicionada en sí misma por el criterio de los efectos sobre el comercio. Los Miembros tienen derecho a comerciar sin que los demás Miembros recurran a las subvenciones a la exportación. En nuestra opinión, la segunda parte de la nota establece que se trata en sí misma de una consideración necesaria cuando se evalúa si unas contramedidas son desproporcionadas según los términos del párrafo 10 del artículo 4."¹⁵⁹

4.91 Estamos de acuerdo con esta caracterización de la segunda parte de la nota, que lleva a pensar que el carácter prohibido de la subvención en cuestión, en otras palabras, la existencia de una transgresión de la obligación de *no* conceder esas subvenciones, es una consideración que se ha de tener en cuenta al evaluar la "proporcionalidad" o la falta de "desproporción" en las contramedidas propuestas.

4.92 En vista de estas determinaciones, consideramos que las contramedidas serían "desproporcionadas" si fuesen excesivas, teniendo en cuenta el grado en que haya sido afectado el comercio entre las partes en la diferencia. En otras palabras, las contramedidas que no tengan una relación correcta con el grado en que los intereses del Miembro reclamante hayan sido desfavorablemente afectados por la medida serían "desproporcionadas".

4.93 Al mismo tiempo, tenemos presente también que en la nota se subraya que "las subvenciones a que se refieren las disposiciones del presente artículo están prohibidas" y que, con ello, se nos pide que tengamos en cuenta este factor. Esto nos recuerda que se ha determinado que el mantenimiento de la medida infractora ha tenido la consecuencia de alterar el equilibrio de derechos y obligaciones entre las partes.¹⁶⁰

4.94 En vista de estas consideraciones, constatamos que, para examinar si las contramedidas propuestas son "apropiadas" y "no ... desproporcionadas" en el sentido del párrafo 10 del artículo 4, es legítimo tener presente también el carácter prohibido de la subvención como tal. En este contexto, es permisible que la evaluación del efecto general en el comercio del Miembro reclamante no sea precisa, y que la contramedida no sea directamente equivalente a ese efecto. La cuantía de la contramedida debe por lo menos situarse dentro de un intervalo de cuantías "apropiadas" permisibles y en su evaluación se pueden tener en cuenta diversos factores que son resultado de la falta de retiro de la subvención y que son pertinentes al efecto en el comercio del Miembro reclamante. Por lo tanto, esa consideración sería, legítimamente, parte integrante de la determinación de si las contramedidas propuestas son "apropiadas" en el sentido del párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*.

¹⁵⁹ Decisión del Árbitro, *Estados Unidos - EVE* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*), párrafo 5.23.

¹⁶⁰ Véase el párrafo 4.55 *supra*.

2. Los términos del párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* en su contexto

4.95 El párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* contiene el criterio jurídico aplicable al nivel de las contramedidas en casos relativos a subvenciones prohibidas, mientras que el párrafo 9 del artículo 7 del *Acuerdo SMC* establece el criterio relativo a las subvenciones recurribles y el párrafo 4 del artículo 22 del ESD enuncia el criterio jurídico aplicable al nivel de la suspensión de concesiones u otras obligaciones en relación con otras medidas incompatibles con las normas de la OMC. Por consiguiente, estas dos últimas disposiciones dan al Árbitro un contexto útil para entender las disposiciones del párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*.

4.96 El Brasil sostiene que los párrafos 10 y 11 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* deben cotejarse con el párrafo 4 del artículo 22 del ESD, que dispone que la medida tomada en respuesta al incumplimiento "será equivalente al nivel de la anulación o menoscabo".¹⁶¹ El Brasil pone de relieve que "a diferencia de la frase 'equivalente al nivel de la anulación o menoscabo' del párrafo 4 del artículo 22 del ESD, los redactores del acuerdo no impusieron un punto de referencia cuantitativo o cualitativo preciso para formular 'contramedidas' con arreglo a los párrafos 10 y 11 del artículo 4".¹⁶²

4.97 Coincidimos en que la palabra "apropiadas", a diferencia de las palabras "equivalente al nivel de la anulación o menoscabo", no nos obliga a hacer un cálculo exacto para definir la correspondencia entre el nivel de las contramedidas que se autorizarán y un punto de referencia específico, como el nivel de la anulación o menoscabo de las ventajas sufrido por el reclamante. Estamos de acuerdo en que se debe dar un significado a esta diferencia de redacción. La palabra "apropiadas" del párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* revela un grado de flexibilidad y adaptación a las circunstancias del caso que no se encuentra en el párrafo 4 del artículo 22 del ESD.

4.98 Del mismo modo, en el contexto del *Acuerdo SMC*, los términos del párrafo 10 del artículo 4 se diferencian de los del párrafo 9 del artículo 7, que, en relación con las subvenciones recurribles, prevé contramedidas "proporcionadas al grado y naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado". También en este caso, los términos del párrafo 9 del artículo 7, con esta mención del "grado y naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado", señalan un único criterio específico como referencia y exigen que las contramedidas sean "proporcionadas" a ese criterio, que se define con precisión como los efectos desfavorables específicos en que se fundamentan las constataciones básicas. Estos elementos distinguen los términos del párrafo 9 del artículo 7 de los del párrafo 10 del artículo 4. Esta diferencia se puede entender en el contexto más amplio del *Acuerdo SMC*, donde las subvenciones recurribles sólo se pueden impugnar en el grado en que dan lugar a determinados efectos desfavorables -que se enumeran- para otros Miembros de la OMC. Por el contrario, las subvenciones prohibidas lo están con prescindencia de cualquier demostración de efectos desfavorables. En esos casos, no se habrá "determinado" la "existencia" de "efectos desfavorables" específicos antes de la solicitud de autorización para aplicar contramedidas y, por consiguiente, no habrá ninguno al que se pueda hacer referencia.

4.99 El contraste entre la redacción del párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* y la del párrafo 4 del artículo 22 del ESD y el párrafo 9 del artículo 7 del *Acuerdo SMC* es instructivo a efectos de una mayor aclaración del sentido de los términos "contramedidas apropiadas" en su contexto.

4.100 En primer lugar, la diferente terminología elegida, incluso dentro del *Acuerdo SMC* mismo, destaca que la omisión de un punto de referencia específico para medir el nivel de las contramedidas y la flexibilidad que esto ofrece son elementos peculiares del párrafo 10 del artículo 4 del

¹⁶¹ Comunicación escrita del Brasil, párrafo 29.

¹⁶² Comunicación escrita del Brasil, párrafo 29.

Acuerdo SMC. Cuando se redactaron el *Acuerdo SMC* y el *ESD*, se decidió deliberadamente considerar las contramedidas relativas a las subvenciones prohibidas de un modo que las diferencia de las otras contramedidas.

4.101 En segundo término, también observamos que los dos criterios de referencia específicos enunciados en el párrafo 4 del artículo 22 del *ESD* y en el párrafo 9 del artículo 7 del *Acuerdo SMC* definen el nivel de las contramedidas permisibles mencionando expresamente los efectos que tiene en el comercio la medida en cuestión, mientras que el párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* no lo hace. No vemos motivos para suponer que los redactores, cuando optaron por la expresión más flexible "contramedidas apropiadas", querían adoptar un criterio más restrictivo que los reflejados en las otras dos disposiciones que establecen otros criterios que cumplen una función comparable en el *Acuerdo sobre la OMC*. En particular, a la luz del hecho de que, como se destaca en la nota 9, "las subvenciones a que se refieren las disposiciones del presente artículo están prohibidas", cabe prever que las medidas correctivas contempladas con respecto a esas subvenciones serán por lo menos de tanto alcance como las contempladas para las subvenciones recurribles que no están prohibidas pero que tienen efectos desfavorables demostrados en otros Miembros de la OMC.

4.102 Por consiguiente, nuestra opinión es que debe entenderse que el concepto de "contramedidas apropiadas" permite contramedidas que por lo menos reflejen el nivel de cualquier efecto desfavorable sufrido por el Miembro reclamante a consecuencia del otorgamiento y el mantenimiento de la subvención prohibida en cuestión. Las contramedidas adoptadas en virtud del párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* serían "apropiadas" y no podrían considerarse "desproporcionadas" en el sentido de esa disposición si fuesen proporcionadas, o por lo menos no desproporcionadas, con respecto a los efectos desfavorables sufridos por el Miembro reclamante como resultado de la subvención prohibida en litigio.

4.103 El Brasil pone de relieve las características específicas y la naturaleza "más rigurosa" de las disposiciones sobre solución de diferencias del *Acuerdo SMC* relativas a las subvenciones prohibidas.¹⁶³ A juicio del Brasil, "la adopción de un criterio de referencia vinculado a la 'desventaja económica' sufrida por un Miembro vencedor o, en otras palabras, la 'repercusión' o el 'efecto' en ese Miembro de una subvención prohibida, sería fundamentalmente incompatible con una interpretación correcta de los párrafos 10 y 11 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*".¹⁶⁴ En opinión del Brasil, esas disposiciones, a diferencia del párrafo 4 del artículo 22 del *ESD*, no limitan las contramedidas a la "desventaja económica" sufrida por el Miembro reclamante. En cambio, las contramedidas deben ser "apropiadas" y no "desproporcionadas" a la luz de, por ejemplo, la naturaleza de la subvención prohibida.¹⁶⁵

4.104 Estamos de acuerdo en que las "contramedidas apropiadas" permitirían que un Miembro reclamante aplicase contramedidas que no reflejasen *exactamente* los efectos desfavorables que la medida incompatible tuviese en él. Está claro también que las palabras "contramedidas apropiadas" y la nota 9 no exigen una equivalencia o una "correspondencia" exactas entre esos efectos desfavorables y el nivel de las contramedidas. Además, como hemos determinado *supra*, los términos de la nota al párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* indican claramente que sería legítimo tener específicamente en cuenta la naturaleza prohibida de la subvención, como tal, en una evaluación del nivel permisible de las contramedidas. Al mismo tiempo, como hemos determinado *supra*, no estamos convencidos de que esto suponga que las contramedidas a que se refiere el párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* no deban guardar relación con esos efectos o puedan ser "desproporcionadas" respecto de ellos, teniendo en cuenta también la naturaleza prohibida de la subvención.

¹⁶³ Véase la comunicación escrita del Brasil, párrafo 40.

¹⁶⁴ Respuestas del Brasil a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 75, párrafo 34.

¹⁶⁵ Respuestas del Brasil a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 75, párrafo 35.

4.105 Las dos partes destacan que el párrafo 10 del artículo 4, a diferencia del párrafo 9 del artículo 7 del *Acuerdo SMC*, trata de subvenciones que están prohibidas en sí mismas, por lo cual el motivo de preocupación lo constituye la subvención como tal y no sólo sus efectos desfavorables. Por ello, el Brasil aduce que, "al determinar si las contramedidas propuestas son 'apropiadas', el carácter prohibido de la subvención es un factor importante".¹⁶⁶ El Brasil subraya el hecho de que la nota 9 aclara que la evaluación de las "contramedidas apropiadas" y la "proporcionalidad" se ha de hacer "sobre la base de" la naturaleza y la condición jurídica de la medida en cuestión.¹⁶⁷ También apoyándose en la nota 9, los Estados Unidos observan que las "'contramedidas apropiadas' no pueden ser 'desproporcionadas' sobre la base de que las subvenciones de que se trata están prohibidas; en otras palabras, no son únicamente los efectos desfavorables causados por las subvenciones el motivo de preocupación, como lo son en el artículo 7, sino que las subvenciones mismas son el motivo de preocupación".¹⁶⁸

4.106 Según nuestro punto de vista, el uso de la palabra "apropiadas" en lugar de un criterio cuantitativo estricto y la referencia de la nota 9 a la naturaleza prohibida de la subvención de que se trate, así como el contraste entre los términos del párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* y otras disposiciones comparables, confirman que las "contramedidas apropiadas" no se limitan a una cuantificación estricta de los efectos desfavorables en el comercio del reclamante y pueden tener en cuenta la totalidad de la situación concreta, incluida la gravedad de la transgresión.¹⁶⁹ Al mismo tiempo, no estamos convencidos de que la falta, en el párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*, de una mención expresa del nivel de la anulación o menoscabo o de los efectos desfavorables que se derivan de la subvención prohibida necesariamente significa que las consideraciones relativas a los efectos de la subvención en el comercio carecen de importancia en la determinación del nivel de las contramedidas que se han de autorizar en virtud del párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*. En cambio, como hemos sostenido anteriormente, pensamos que esas consideraciones son un elemento fundamental de lo que es pertinente en una evaluación del carácter "apropiado".

4.107 Por lo tanto, nuestra interpretación es que la diferencia de redacción entre el párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*, por un lado, y el párrafo 4 del artículo 22 del ESD y el párrafo 9 del artículo 7 del *Acuerdo SMC*, por otro, así como el empleo del término "apropiadas" en el párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*, significan que una contramedida apropiada no se limita a la equivalencia exacta con el nivel de sus efectos desfavorables en el comercio del Miembro reclamante. De todos modos, las consideraciones que son la base fundamental de las determinaciones formuladas con arreglo a esas otras disposiciones no carecen de pertinencia en el marco del párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*. Por el contrario: nuestra interpretación de los términos del párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* es que permiten una mayor flexibilidad en el contexto de las contramedidas concernientes a subvenciones prohibidas para tomar en cuenta las características específicas de la situación concreta, pero siempre teniendo presente la repercusión de la medida ilegal en el Miembro reclamante.

¹⁶⁶ Comunicación escrita del Brasil, párrafo 36.

¹⁶⁷ Respuestas del Brasil a las preguntas adicionales del Árbitro, pregunta 75, párrafo 36.

¹⁶⁸ Respuestas de los Estados Unidos a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 43, párrafo 55.

¹⁶⁹ El cálculo *exacto* de esos efectos es difícil, y quizás imposible, y no es lo que se contempla en el párrafo 10 del artículo 4. A un árbitro se le puede presentar un conjunto de factores, junto con varios métodos de cálculo. El árbitro no necesita calcular la equivalencia directa y puede en cambio aceptar lo que, a su juicio, se sitúa dentro de los límites de lo apropiado en las circunstancias del caso. Sin embargo, el enfoque jurídico debe derivarse de las disposiciones del *Acuerdo SMC*, los principios económicos aplicados deben ser lógicos y uniformes y las alegaciones acerca de los efectos sobre el comercio deben ser pertinentes y razonables.

3. Objeto y fin

4.108 El Brasil pone de relieve que uno de los fines de las contramedidas previstas en el párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* es inducir al cumplimiento. En opinión del Brasil, "las contramedidas son 'apropiadas' y no 'desproporcionadas' en el grado en que dan [un] incentivo [para reconsiderar la negativa a retirar la subvención]".¹⁷⁰ Los Estados Unidos, por su parte, consideran que el objetivo de las contramedidas es "restablecer el equilibrio de derechos y obligaciones" y llegan a la conclusión de que la proporcionalidad de las contramedidas se debe evaluar teniendo en cuenta los efectos desfavorables que la medida tiene para el reclamante.

4.109 Hacemos notar que el objetivo de "inducir al cumplimiento" con respecto a medidas de retorsión fue reconocido por primera vez en el contexto de procedimientos relacionados con el párrafo 4 del artículo 22 del ESD. El Árbitro que se ocupó del asunto *CE - Banano III (Estados Unidos)* (párrafo 6 del artículo 22 - *CE*) constató lo siguiente:

"[E]l objetivo general de la compensación y de la suspensión de concesiones u otras obligaciones, establecido en el párrafo 1 del artículo 22:

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

Así pues, la autorización de suspender concesiones u otras obligaciones es una medida temporal en espera de la aplicación plena de las recomendaciones y resoluciones por el Miembro de que se trate. Coincidimos con los Estados Unidos en que ese carácter *temporal* indica que las contramedidas tienen por finalidad *inducir al cumplimiento*, pero ello no significa que el OSD deba conceder una autorización para suspender concesiones en un nivel que exceda del *equivalente* al nivel de la anulación o menoscabo. A nuestro parecer, no hay en el párrafo 1 del artículo 22 del ESD, ni menos aún en los párrafos 4 y 7 de ese mismo artículo, ninguna disposición que pueda entenderse que justifique contramedidas de carácter *punitivo*."¹⁷¹

4.110 Como indica claramente el pasaje citado, en esa diferencia los Árbitros no consideraron que el objetivo de "inducir al cumplimiento" significaba que ése fuera el criterio de referencia que permitiera cuantificar las medidas de retorsión. Por el contrario, el objetivo de inducir al cumplimiento definía el *fin* de la suspensión de concesiones u otras obligaciones, mientras que el criterio de referencia (en ese caso, el párrafo 4 del artículo 22 del ESD) exigía que el *nivel* de la suspensión de concesiones u otras obligaciones estuviera de acuerdo con los efectos en el comercio que la medida ilegal tuviese para el reclamante.

4.111 El Órgano de Apelación ha confirmado recientemente, en *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión de obligaciones*, este objetivo de la suspensión de concesiones u otras obligaciones al

¹⁷⁰ Respuestas del Brasil a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 76, párrafo 41.

¹⁷¹ Decisión de los Árbitros, *CE - Banano III (Estados Unidos)* (párrafo 6 del artículo 22 - *CE*), párrafo 6.3.

amparo del párrafo 4 del artículo 22 del ESD.¹⁷² Árbitros anteriores también han constatado que el objetivo de las contramedidas previstas en el párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* es "inducir al cumplimiento".¹⁷³

4.112 Estamos de acuerdo en que las contramedidas previstas en el párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* sirven para "inducir al cumplimiento". Sin embargo, parece ser absolutamente claro que este fin en sí mismo no distingue el párrafo 10 del artículo 4 de otras disposiciones comparables del Acuerdo sobre la OMC. Antes bien, "inducir al cumplimiento" parece ser el fin común de las medidas de retorsión en el sistema de solución de diferencias de la OMC, incluso en el contexto del párrafo 4 del artículo 22 del ESD. El hecho de que las contramedidas a que se refiere el párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* sirvan para inducir al cumplimiento no ofrece en sí y de por sí indicaciones específicas sobre el *nivel* de las contramedidas que pueden ser permisibles en virtud de esa disposición.

4.113 Esta distinción se encuentra también en las normas generales de derecho internacional, reflejadas en los Artículos de la CDI sobre la responsabilidad del Estado, a los que se ha referido el Brasil en el presente procedimiento. El artículo 49 de ese Proyecto de artículos establece como único objeto lícito de las contramedidas "inducir a cumplir las obligaciones", mientras que otra disposición, el artículo 51, aborda la cuestión del nivel admisible de las contramedidas, que se define en relación con la proporcionalidad al perjuicio sufrido, teniendo en cuenta la gravedad de la infracción.¹⁷⁴

4. Conclusión

4.114 En conclusión, hemos constatado que las palabras "contramedidas apropiadas", aclaradas por la nota 9 del *Acuerdo SMC*, dan a la parte reclamante el derecho a tomar contramedidas que sean adecuadas a las circunstancias del caso. Esto puede dar por resultado que se autorice una contramedida a un nivel que esté dentro de los parámetros del efecto de distorsión del comercio que con justicia se pueda sostener que se produce para el Miembro reclamante cuando la medida ilegal no se retira. También hemos determinado que la nota 9 nos invita asimismo a asegurarnos de que las contramedidas que se autoricen no sean excesivas, teniendo en cuenta el grado en que se ha afectado al comercio de la parte reclamante y teniendo en cuenta también el carácter prohibido de la subvención.

4.115 A nuestro juicio, en nuestra interpretación se tienen debidamente en cuenta las circunstancias propias de la diferencia de que se trata, incluidas no sólo la naturaleza prohibida de la subvención en litigio en sí misma, sino también la forma en que la medida ilegal afecta desfavorablemente a los intereses del Miembro reclamante. Queremos poner de relieve que esto de ninguna manera altera el hecho de que las recomendaciones y resoluciones del OSD obligan al Miembro interesado a retirar por completo la subvención en litigio que, según se ha determinado, está prohibida.

4.116 Se podría sostener que la medición referida a un determinado Miembro del efecto de distorsión del comercio de las subvenciones prohibidas que se hace cuando se evalúa una contramedida con arreglo al párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* limita el alcance de las contramedidas que se pueden imponer y aminora la eficacia a esas medidas, restándoles poder para inducir al cumplimiento. Sin embargo, no tenemos ninguna duda de que ésta es la interpretación correcta del párrafo 10 del artículo 4 por todos los motivos que hemos mencionado. Aunque una

¹⁷² Véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 309.

¹⁷³ Véanse la decisión del Árbitro, *Estados Unidos - EVE (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)*, párrafo 5.57, y la decisión del Árbitro, *Canadá - Créditos y garantías para las aeronaves (párrafo 6 del artículo 22 - Canadá)*, párrafos 3.11 y 3.47.

¹⁷⁴ Véase http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf.

contramedida autorizada que solamente aborde las repercusiones en el Miembro reclamante siempre será de menor magnitud que una que aborde las repercusiones en todos los Miembros, ello no significa que las contramedidas autorizadas no serán eficaces o no inducirán al cumplimiento. El grado de repercusión en el Miembro reclamante puede ser bastante significativo y la contramedida misma puede ser bastante fuerte en función de la relación comercial entre las partes interesadas.

4.117 Recordamos también que todos los Miembros que consideran que sus intereses están afectados por la medida infractora tienen la posibilidad de entablar procedimientos de solución de diferencias y, en última instancia, si la diferencia llega a esa etapa, de buscar contramedidas "apropiadas" que tengan debidamente en cuenta las circunstancias de esa diferencia. En este sentido, señalamos los términos del párrafo 11 del artículo 4 del ESD, que dispone que un Miembro cuya petición de que se le asocie a consultas iniciadas por otro Miembro haya sido rechazada y que considere que las ventajas que le corresponden se hallan anuladas o menoscabadas podrá iniciar sus propias consultas. Señalamos también la posibilidad de que varios Miembros presenten una pluralidad de reclamaciones sobre la misma situación fáctica, prevista en el artículo 9 del ESD. En caso de pluralidad de reclamaciones, los niveles de contramedidas "apropiadas" que se podrían alcanzar aumentarían en consecuencia, y con ellos, la contribución que las contramedidas podrían hacer para "inducir al cumplimiento".

E. EVALUACIÓN DE LAS CONTRAMEDIDAS PROPUESTAS POR EL BRASIL

4.118 Habiendo aclarado el significado del párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* y lo que constituye "contramedidas apropiadas" con arreglo a esa disposición, pasamos a efectuar ahora un examen de las contramedidas propuestas por el Brasil en relación con el programa GSM 102.

4.119 Al abordar esta determinación, recordamos nuestra constatación, formulada en el párrafo 4.22 *supra*, de que recae en los Estados Unidos la carga de demostrar que las contramedidas propuestas por el Brasil no son apropiadas. Recordamos también nuestras constataciones, que figuran en el párrafo 4.107 *supra*, de que los términos del párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* establecen cierto grado de flexibilidad en la apreciación de lo que puede constituir "contramedidas apropiadas" en el sentido de esa disposición. Hemos determinado asimismo que la expresión "contramedidas apropiadas", a la luz de la nota 9 del *Acuerdo SMC*, autoriza a la parte reclamante a adoptar contramedidas que sean adecuadas a las circunstancias del caso, y que ello puede contrarrestar por lo menos el nivel del comercio del Miembro reclamante desfavorablemente afectado por la medida ilegal. Hemos determinado asimismo que la nota también nos invita a asegurarnos de que las contramedidas que se autoricen no sean excesivas, teniendo en cuenta el grado en que el comercio de la parte reclamante ha sido afectado y tomando en consideración también el carácter prohibido de la subvención.

4.120 Teniendo presentes estas determinaciones, pasamos ahora a examinar las contramedidas propuestas por el Brasil en relación con el programa GSM 102.

1. Principales argumentos de las partes

4.121 El Brasil describe su metodología para el cálculo de las contramedidas que propone en relación con el programa GSM 102 como una metodología para "calcular contramedidas proporcionadas a la cantidad anual de las garantías de créditos a la exportación prohibidas del programa GSM 102 otorgadas para transacciones de exportación de productos no consignados en la Lista, arroz, carne de porcino y carne de aves de corral". La metodología del Brasil comprende dos elementos: i) los descuentos de intereses por deudores extranjeros solventes y no solventes sobre créditos respaldados por garantías del programa GSM 102 ("subvenciones de los tipos de interés"

o STI); y ii) una estimación de las exportaciones adicionales obtenidas por los exportadores estadounidenses como consecuencia de esos descuentos¹⁷⁵ ("adicionalidad").

4.122 El Brasil ha expuesto que esta metodología basa la cuantía de las contramedidas apropiadas en la magnitud de ciertos "beneficios" resultantes de las subvenciones prohibidas del programa GSM 102.¹⁷⁶ Según los términos empleados por el Brasil, esta metodología "capta dos beneficios diferentes que otorgan las garantías de créditos a la exportación del programa GSM 102: los tipos de interés preferenciales concedidos a compradores extranjeros de productos estadounidenses, y las exportaciones adicionales que obtienen los exportadores estadounidenses como consecuencia de la financiación preferencial posibilitada por la garantía del Gobierno de los Estados Unidos".¹⁷⁷

4.123 El Brasil aplica esta metodología a su cálculo de las garantías de créditos a la exportación del programa GSM 102 en el ejercicio fiscal 2006, operación que arroja una cifra anual de contramedidas igual a 1.155 millones de dólares EE.UU. Esta suma puede subdividirse en: i) subvenciones de intereses por valor de 237,4 millones de dólares EE.UU.; ii) una adicionalidad marginal que se eleva a 62,3 millones de dólares EE.UU.; y iii) una adicionalidad plena que asciende a 855 millones de dólares EE.UU.

4.124 A juicio de los Estados Unidos, la metodología del Brasil acumula, sin pruebas suficientes, "múltiples supuestos 'beneficios' (presuntas subvenciones de intereses y comercio adicional resultante de ellas)". Los Estados Unidos alegan que "esta acumulación de beneficios es especulativa, y (sobre todo teniendo en cuenta la falta de pruebas sobre la adicionalidad y sobre la transferencia de los beneficios) no resulta del todo claro que se trate de consecuencias del "acto ilícito" de los Estados Unidos consistente en el otorgamiento de la subvención".¹⁷⁸

4.125 Los Estados Unidos consideran que la única base para el cálculo de las contramedidas apropiadas en las circunstancias de este caso consiste en el "costo neto para el Gobierno". Al mismo tiempo, los Estados Unidos también consideran que esa cantidad debe ser luego ajustada para tener en cuenta únicamente los efectos que la medida tiene en el Brasil.¹⁷⁹ A juicio de los Estados Unidos:

"La cuantía de la subvención puede utilizarse como valor representativo de los efectos de la subvención en el comercio, en el marco de la aplicación de la norma especial y adicional prevista en el párrafo 11 del artículo 4. Sin embargo, con los dos métodos relativos a la cuantía de la subvención planteados en este procedimiento -el criterio del costo para el gobierno, utilizado anteriormente por el OSD y descrito en detalle por los Estados Unidos, y el criterio erróneo de beneficios más adicionalidad propugnado por el Brasil- se estima la cuantía total de la subvención relativa a las garantías en litigio con respecto a la totalidad del programa para los productos específicos en cuestión. En consecuencia, ambos criterios dan lugar a una cuantía que sirve como valor representativo de los efectos del programa en todo el mundo, sin tener en cuenta si la subvención afecta al Brasil.

Por consiguiente, y en consonancia con el principio de que una infracción de las normas de la OMC da lugar a la anulación o menoscabo de ventajas resultantes para

¹⁷⁵ Comunicación escrita del Brasil, párrafo 74, y Documento sobre metodología del Brasil, párrafo 5.

¹⁷⁶ Respuestas del Brasil a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 13, párrafo 145.

¹⁷⁷ Comunicación escrita del Brasil, párrafo 78.

¹⁷⁸ Respuestas de los Estados Unidos a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 43, párrafo 61.

¹⁷⁹ Véase la comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 107.

un Miembro, se requiere un método mediante el cual la cuantía total de la subvención se reduzca sólo a la parte que afecta al Brasil".¹⁸⁰

4.126 En realidad, los Estados Unidos piden que el Árbitro utilice la cuantía de la subvención como principio que debe aplicarse a la determinación de la magnitud de la contramedida; sostienen que la magnitud es el costo neto para el Gobierno; y que luego ese costo neto tiene que desglosarse aún más a fin de que la única parte que de él se tenga en cuenta a los efectos de la cuantía sea la que afecta al Brasil. Los Estados Unidos proponen, en consecuencia, un criterio de dos etapas: la primera de ellas basada en "la cuantía de la subvención", y la segunda, en sus "efectos sobre el comercio".

2. Análisis del Árbitro

4.127 El Brasil ha presentado una metodología que califica como destinado a expresar "la cuantía de la subvención". Los Estados Unidos no discrepan de la elección de "la cuantía de la subvención" como punto de partida de los cálculos pero consideran que en los hechos el criterio del Brasil para el cálculo de la cuantía de la subvención está viciado. Concretamente, consideran que el criterio del Brasil, cuyo fundamento es que la cuantía de la subvención debe basarse en el cálculo de determinados "beneficios" resultantes del programa GSM 102, acumula en realidad diversos "beneficios" de forma especulativa. Los Estados Unidos también argumentan que las cantidades aducidas por el Brasil no son, en realidad, "beneficios" en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del *Acuerdo SMC*, contrariamente a la alegación del Brasil de que pueden considerarse tales. A juicio de los Estados Unidos, el criterio adecuado para calcular la "cuantía de la subvención" debe ser, en cambio, el "costo neto" para el Gobierno de los Estados Unidos del otorgamiento de las subvenciones del programa GSM 102, porque en él reside el fundamento jurídico de las constataciones básicas que se formularon en este asunto. Además, los Estados Unidos consideran que esa cantidad debe a su vez ajustarse, para que sólo corresponda a la parte del costo neto que ha tenido efectos en el Brasil.

4.128 Recordamos nuestra anterior determinación de que nuestro mandato nos obliga a examinar si las contramedidas propuestas por el Brasil son "apropiadas" en el sentido del párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*. También recordamos que en los Estados Unidos, como parte que impugna las contramedidas propuestas, recae la carga de demostrar que *no* son apropiadas. El punto de partida de nuestro análisis será la explicación de las contramedidas propuestas por el Brasil. Una vez hecho esto, examinaremos el argumento de los Estados Unidos según el cual el criterio de los "beneficios" propuesto por el Brasil no corresponde en realidad con precisión, como aduce el Brasil, a la "cuantía de la subvención".

4.129 En caso de que determinemos que los Estados Unidos han demostrado que las contramedidas propuestas por el Brasil, tal como han sido presentadas (o cualquier elemento de ellas), no serían "apropiadas", tendríamos que determinar si la propuesta de los Estados Unidos, por su parte, era "apropiada", o si es preciso adoptar una metodología diferente para determinar lo que constituiría "contramedidas apropiadas" en las circunstancias de este caso.

a) El criterio de los "beneficios" propuesto por el Brasil

4.130 El Brasil ha indicado que la metodología que ha propuesto para el cálculo de las contramedidas se basa en un cálculo de "la cuantía de la subvención". Los Estados Unidos no discrepan de este criterio como punto de partida para el cálculo de las contramedidas propuestas, aunque consideran que esa cuantía debe ajustarse posteriormente para tener en cuenta exclusivamente los efectos de la subvención en el Brasil. Sin embargo, los Estados Unidos también consideran que la

¹⁸⁰ Respuestas de los Estados Unidos a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 104, párrafos 86 y 87.

metodología del Brasil para el cálculo de "la cuantía de la subvención" no refleja correctamente esa cuantía.

4.131 Al tratar esta cuestión, nos parece conveniente aclarar en primer término el concepto de "cuantía de la subvención", en el que se apoyan los argumentos de ambas partes como base para el cálculo de las "contramedidas apropiadas" previstas en el párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*. Seguidamente examinaremos la impugnación por los Estados Unidos del criterio propuesto por el Brasil para determinar la "cuantía de la subvención".

i) *La "cuantía de la subvención" como base para el cálculo de las contramedidas apropiadas*

4.132 En los tres asuntos anteriores en que se examinaron contramedidas en el marco del párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*, los árbitros recurrieron a la "cuantía de la subvención" como base para el cálculo de las "contramedidas apropiadas".¹⁸¹ También es éste el principio sobre el cual el Brasil pretende calcular el nivel de las "contramedidas apropiadas" en el presente procedimiento. Los Estados Unidos, como ya se ha señalado, no discrepan, en principio, de la utilización de la cuantía de la subvención como punto de partida del análisis del Árbitro en este caso.

4.133 Sin embargo, la utilización de la "cuantía de la subvención" en asuntos anteriores no significa que los árbitros de esos asuntos anteriores hayan considerado necesariamente que la "cuantía de la subvención" fuera la única base sobre la cual pudieran haberse calculado las "contramedidas apropiadas". En realidad, según entendemos, en esos asuntos los árbitros tuvieron en cuenta que el criterio jurídico consagrado en el párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* permite una flexibilidad mayor que la establecida en el párrafo 4 del artículo 22 del ESD o en el párrafo 9 del artículo 7 del *Acuerdo SMC* para adecuar las contramedidas a las circunstancias concretas del caso de que se trate, pero no excluyeron los efectos sobre el comercio como consideración pertinente. En realidad, en estas decisiones se tomaron en consideración de algún modo los efectos de la medida sobre el comercio del Miembro reclamante.¹⁸² Como han reconocido los Estados Unidos en este

¹⁸¹ En el asunto *Brasil - Aeronaves* (párrafo 6 del artículo 22 - *Brasil*) se tomó como base del cálculo la totalidad de los pagos hechos en aplicación del programa. En el asunto *Estados Unidos - EVE* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*), el cálculo se basó en los desembolsos anuales del Gobierno de los Estados Unidos. Por último, en el asunto *Canadá - Créditos y garantías para las aeronaves* (párrafo 6 del artículo 22 - *Canadá*), la cuantía de la subvención se calculó sobre la base de los beneficios conferidos por el préstamo, constatándose que correspondían 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" (decisión del Árbitro, *Canadá - Créditos y garantías para las aeronaves* (párrafo 6 del artículo 22 - *Canadá*), párrafo 3.60).

¹⁸² En el asunto *Brasil - Aeronaves* (párrafo 6 del artículo 22 - *Brasil*), ambas partes sugirieron que el cálculo podía basarse en la cuantía de la subvención. El Árbitro consideró que esto era "apropiado". Sin embargo, señaló también que, a su juicio, "un cálculo basado en el nivel de la anulación o el menoscabo arrojaría, como sugiere el cálculo del Canadá basado en el perjuicio causado a su rama de producción, cifras más altas que un cálculo basado exclusivamente en la cuantía de la subvención" (decisión de los Árbitros, *Brasil - Aeronaves* (párrafo 6 del artículo 22 - *Brasil*), párrafo 3.54.)

En el asunto *Estados Unidos - EVE* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*), el Miembro reclamante había pedido autorización para adoptar contramedidas basadas en la cuantía desembolsada por el Miembro otorgante de la subvención (los Estados Unidos) al otorgarla. El árbitro, tras haber determinado que los términos del párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* no limitan las contramedidas a los efectos sobre el comercio, examinó en primer lugar las contramedidas propuestas en relación con la subvención prohibida, y consideró que las contramedidas propuestas por las Comunidades Europeas podían considerarse "apropiadas" según los términos del párrafo 10 del artículo 4, "sobre la base de su relación con la medida infractora inicial". No obstante, el Árbitro continuó su análisis y examinó las contramedidas propuestas sobre la base de su relación con los efectos de la subvención en el comercio de las Comunidades Europeas, recordando sus anteriores constataciones de que no había interpretado que el párrafo 10 del artículo 4 "impida que un Miembro adopte contramedidas diseñadas expresamente para contrarrestar los efectos desfavorables que haya sufrido a resultas

procedimiento, "si bien otros árbitros anteriores que examinaron solicitudes de contramedidas por subvenciones prohibidas han aplicado un criterio basado en la 'cuantía de la subvención', también han reconocido el criterio de los 'efectos en el comercio'" ¹⁸³.

4.134 Las subvenciones pueden funcionar de múltiples formas, y, tanto según su diseño como según su funcionamiento real en el mercado, la determinación de sus efectos en el comercio puede resultar compleja. Lo ilustran claramente los asuntos *Canadá - Créditos y garantías para las aeronaves (párrafo 6 del artículo 22 - Canadá)* y *Estados Unidos - EVE (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)*. Como ya hemos señalado, los términos del párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* autorizan cierta flexibilidad en cuanto a la forma en que pueden calcularse las "contramedidas apropiadas".

4.135 Sin embargo, el Árbitro no está persuadido de que un criterio basado en la "cuantía de la subvención", de por sí y sin ajustes, esté siempre en conformidad con el criterio jurídico del párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*. En realidad, pensamos que en la mayoría de los casos no será un criterio "apropiado", a pesar de su conveniencia desde el punto de vista del cálculo y de su atractivo literal desde el punto de vista del retiro de la subvención. Según hemos determinado *supra*, el examen del carácter "apropiado" de las contramedidas, y en particular la prescripción de que no deben ser "desproporcionadas", sugieren que debe existir algún grado de relación entre el nivel de las contramedidas y los efectos de distorsión del comercio de la medida en el Miembro reclamante.

4.136 Como hemos señalado *supra*, no excluimos la posibilidad de que, en circunstancias particulares, el Miembro reclamante pueda alegar con razón que una contramedida de cuantía equivalente a la subvención es "apropiada". Sin embargo, en la mayor parte de los casos los efectos de distorsión del comercio que la subvención tiene en otro Miembro, o en varios, no guardan necesariamente una relación determinada con la cuantía de la subvención. Como han señalado árbitros anteriores, la cuantía de la subvención puede, en realidad, ser inferior a sus efectos en el comercio y su prorrateo sólo llevaría por lo general a exacerbar tal probabilidad. ¹⁸⁴ Por consiguiente, esa cuantía no nos parece apropiada *a priori*, ni es necesariamente proporcionada al grado en que se ha visto desfavorablemente afectado el comercio del Miembro de que se trate. En estas circunstancias, no es posible suponer que la cuantía total de la subvención sea una medida apropiada

de la medida ilegal", y de que "la expresión 'contramedidas apropiadas', en [su] opinión, autoriza al Miembro demandante a adoptar contramedidas que contrarresten al menos el efecto perjudicial de la persistencia en la medida ilegal".

En el asunto *Canadá - Créditos y garantías para las aeronaves (párrafo 6 del artículo 22 - Canadá)*, el Árbitro examinó en primer lugar el criterio propuesto por el Miembro solicitante (el Brasil), basado en los efectos desfavorables de la subvención en el comercio del Brasil (la pérdida de ventas y el perjuicio competitivo). Fue sólo después de haber determinado que las premisas en que se basaba la metodología propuesta por el Miembro solicitante no eran válidas, y que dicha metodología propuesta no justificaba el nivel de las contramedidas, que el Árbitro pasó a un cálculo de las contramedidas "apropiadas" basado en la cuantía de la subvención. La resolución del Árbitro en ese asunto, según la entendemos, no excluyó *a priori* que el cálculo basado en los efectos en el comercio pudiera servir de fundamento para "contramedidas apropiadas", sino que sólo descartó el criterio basado en los efectos en el comercio propuesto por el Miembro solicitante porque no estaba convencido de que el cálculo concreto propuesto por éste reflejara debidamente dichos efectos.

¹⁸³ Respuestas de los Estados Unidos a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 71, párrafo 5.

¹⁸⁴ Véase la decisión de los Árbitros, *Brasil - Aeronaves (párrafo 6 del artículo 22 - Brasil)*, párrafo 3.54: "dado que normalmente las subvenciones a la exportación tienen un efecto multiplicador (una cantidad dada permite a una empresa hacer una serie de ventas, que a su vez le permiten introducirse en un mercado específico, con la posibilidad de expandirse y capturar cuotas de mercado), opinamos que un cálculo basado en el nivel de la anulación o el menoscabo arrojaría, como sugiere el cálculo del Canadá basado en el perjuicio causado a su rama de producción, cifras más altas que un cálculo basado exclusivamente en la cuantía de la subvención". Este pasaje figura citado también por el Árbitro del asunto *Estados Unidos - EVE (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)*, en la nota 88 de su decisión.

de sus efectos en el comercio, ni siquiera que constituya necesariamente un "valor representativo" pertinente de tales efectos.

4.137 Los Miembros reclamantes disponen efectivamente de opciones con respecto a la cuantía de las contramedidas que han de aplicar, y es tarea del árbitro determinar si la elección que han realizado da lugar a un resultado apropiado, que sea compatible con los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados, con la naturaleza de la subvención de que se trata y de la medida correctiva que se ofrece, y con el logro de un equilibrio entre los derechos entre todos los Miembros. Recordamos a este respecto nuestra interpretación del "carácter apropiado" en el caso de las contramedidas por subvenciones prohibidas, en particular sus limitaciones cuantitativas menos precisas. En particular, señalamos nuestra anterior observación de que puede presentarse a un árbitro una variedad de factores, junto con diversos métodos de cálculo. No es necesario que el árbitro calcule una equivalencia directa; puede, en cambio, aceptar lo que estime que está comprendido dentro de los límites de lo apropiado en las circunstancias del caso. El enfoque jurídico debe emanar de los términos del *Acuerdo SMC*; los principios económicos aplicados deben ser lógicos y estar unificados; y las alegaciones referentes a los efectos en el comercio deben ser pertinentes y razonables.

4.138 A pesar de estas observaciones, en vista de que el Brasil ha propuesto basar sus contramedidas en el principio de que la cuantía de la subvención es un elemento de referencia "apropiado", y los Estados Unidos no impugnan ese principio como punto de partida del cálculo, examinaremos ahora la metodología propuesta por el Brasil para el cálculo de la cuantía de la subvención del programa GSM 102.

ii) *El criterio de los "beneficios" adoptado por el Brasil para el cálculo de la "cuantía de la subvención"*

4.139 El Brasil pretende aplicar contramedidas sobre la base de la cuantía de la subvención. Según el Brasil, esa cuantía comprende dos "beneficios" de la subvención, en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del *Acuerdo SMC*¹⁸⁵: i) las subvenciones de los tipos de interés ("STI"); y ii) las ventas adicionales resultantes de los pagos del programa GSM 102.

4.140 En respuesta a una pregunta del Árbitro, el Brasil ha explicado que "la cuantía de la subvención es el valor monetario de los beneficios o, para decirlo en términos del Órgano de Apelación, las 'ventajas', otorgadas por una contribución financiera" y que "el Brasil propone una fórmula de cálculo de la 'cuantía de la subvención' basada en dos 'beneficios' o 'ventajas' distintos dimanantes de las 'contribuciones financieras' otorgadas por medio de garantías del programa GSM 102". Por lo tanto, "en este procedimiento, el Brasil emplea la expresión 'cuantía de la subvención' como intercambiable con la cuantía acumulativa de esas dos ventajas o 'beneficio[s]' que 'otorga[n]' las garantías del programa GSM 102".¹⁸⁶

4.141 Según el Brasil, "aplicando los términos de esa disposición", la "cuantía de la subvención" puede calcularse a los efectos de este asunto sobre la base de los dos "beneficios" que el Brasil señala.¹⁸⁷ El Brasil se apoya en la interpretación del concepto de "beneficio" del artículo 1 del *Acuerdo SMC* hecha por el Órgano de Apelación, destacando en particular que éste ha definido el término "beneficio" como una "ventaja" y que, para expresarlo con las palabras del Órgano de Apelación, "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".¹⁸⁸ El Brasil

¹⁸⁵ Comunicación escrita del Brasil, párrafo 74.

¹⁸⁶ Respuestas del Brasil a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 85, párrafo 74.

¹⁸⁷ Respuestas del Brasil a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 88, párrafo 97.

¹⁸⁸ Respuestas del Brasil a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 86, párrafo 76.

llega a la conclusión de que la cuestión pertinente que se plantea es "en qué medida queda el receptor 'en una situación mejor' que la que habría tenido de no existir la contribución financiera".¹⁸⁹

4.142 El Brasil considera que los dos "beneficios" que señala en relación con las garantías del programa GSM 102 corresponden a ventajas que los beneficiarios no habrían obtenido en el mercado si no existiera la contribución financiera del Gobierno de los Estados Unidos. Con respecto al elemento de su cálculo relativo a la subvención de intereses, el Brasil explica que "mediante las garantías del programa GSM 102 se facilita una financiación con descuento, en condiciones que son mejores que las que habrían podido obtenerse de otro modo. De hecho, en algunos casos no habría podido obtenerse en el mercado ninguna financiación, por no ser solvente el deudor extranjero. Se trata de ventajas comerciales y económicas valiosas y mensurables que constituyen un 'beneficio'".¹⁹⁰ El Brasil explica asimismo que el elemento de "adicionalidad" de las contramedidas que propone también constituye un "beneficio": "mediante las garantías del programa GSM 102, los exportadores estadounidenses pueden exportar cantidades mayores ('adicionales') de productos agrícolas que las que habrían exportado sin esas garantías. También en este caso se trata de ventajas comerciales y económicas valiosas y mensurables que constituyen un 'beneficio'".¹⁹¹

4.143 Los Estados Unidos aducen que la "acumulación de beneficios" hecha por el Brasil es "especulativa" y que no resulta claro en absoluto que se trate de consecuencias del "acto ilícito" de los Estados Unidos consistente en el otorgamiento de la subvención.¹⁹² Los Estados Unidos señalan que los argumentos del Brasil sugieren que cualquier "beneficio" que resulte de una subvención puede calificarse como un beneficio. A juicio de los Estados Unidos, "a los efectos de este procedimiento es indispensable ser más precisos debido a la importancia de estos conceptos en la determinación de un principio para la autorización de contramedidas. Son 'beneficios' los otorgados por la contribución financiera del gobierno. Pueden producirse otras consecuencias, como los efectos en el comercio; pero no son 'beneficios' en el sentido que establece el *Acuerdo SMC*".¹⁹³

4.144 Los Estados Unidos consideran que lo que el Brasil ha calificado como "beneficios" no representa realmente "beneficios" en el sentido del *Acuerdo SMC*. En consecuencia, examinaremos si los dos "beneficios" expuestos por el Brasil en su metodología para el cálculo de la cuantía de la subvención constituyen efectivamente tales "beneficios" en el sentido del *Acuerdo SMC*, como aduce el Brasil.

4.145 El párrafo 1 del artículo 1 del *Acuerdo SMC* define el término "subvención".¹⁹⁴ Con arreglo a esa disposición, existe subvención "cuando haya una contribución financiera de un gobierno" y "con ello se otorgue un beneficio", a tenor del apartado b) de dicho párrafo. El Órgano de Apelación ha aclarado que el beneficio "puede identificarse determinando si el receptor ha recibido una 'contribución financiera' en condiciones más favorables que las que hubiera podido obtener en el mercado".¹⁹⁵

4.146 Las partes discrepan respecto de la naturaleza exacta de la subvención de que se trata en este procedimiento. El Brasil nos invita a adoptar una interpretación específica de la expresión "cuantía de la subvención" a los efectos del presente procedimiento, basada en el concepto de "beneficio" que figura en el párrafo 1 b) del artículo 1 del *Acuerdo SMC*, y que abarca dos "beneficios" distintos,

¹⁸⁹ Respuestas del Brasil a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 86, párrafo 77.

¹⁹⁰ Respuestas del Brasil a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 86, párrafo 78.

¹⁹¹ Respuestas del Brasil a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 86, párrafo 79.

¹⁹² Respuestas de los Estados Unidos a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 43, párrafo 61.

¹⁹³ Observaciones de los Estados Unidos sobre las respuestas del Brasil a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 90, párrafo 68.

¹⁹⁴ Respuestas del Brasil a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 88, párrafo 97.

¹⁹⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Aeronaves*, párrafo 157.

consistentes en las STI y la "adicionalidad". Según los Estados Unidos, no existe ningún fundamento para constatar que cualquier venta adicional hecha por exportadores estadounidenses constituye un "beneficio" en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del *Acuerdo SMC*.

4.147 La premisa básica en que se apoya el argumento del Brasil es que las STI y la adicionalidad son beneficios distintos otorgados por una misma contribución financiera: la garantía del programa GSM 102.¹⁹⁶ El beneficio se determina en el primer caso¹⁹⁷ haciendo referencia a los términos en que se otorga una contribución financiera al receptor. Esto está en consonancia con la orientación contextual que ofrece el artículo 14 del *Acuerdo SMC*, que establece directrices para calcular la cuantía de la subvención en función del beneficio obtenido por el receptor. La contribución financiera, en el presente caso, es la garantía de préstamos del programa GSM 102. Siguiendo la orientación contextual que ofrece el apartado c) del artículo 14 del *Acuerdo SMC*, que se refiere expresamente a las garantías crediticias, el Brasil afirma que la cuantía del beneficio otorgado por las garantías de préstamos del programa GSM 102 consiste en "la diferencia entre la cantidad que paga la empresa que recibe la garantía [es decir, el receptor] ... y la suma que pagaría la empresa [es decir, el receptor] por un préstamo comercial comparable sin la garantía del gobierno". Observamos que el Brasil determinó la cuantía de las STI con referencia al "*valor actual* de la diferencia existente entre: i) el tipo de interés al que esos deudores habrían podido tomar préstamos sin las garantías de crédito a la exportación del programa GSM 102; y ii) el tipo de interés subvencionado que esas garantías hicieron posible".¹⁹⁸ A nuestro juicio, esto es compatible en general con el criterio establecido en el apartado c) del artículo 14 del *Acuerdo SMC*, en el sentido de que se calcula la cuantía de la subvención de intereses para el receptor de la garantía del programa GSM 102 (observando que el receptor es, inicialmente, un deudor extranjero y no una parte que se encuentra en los propios Estados Unidos).

4.148 Habiendo calculado la cuantía del beneficio otorgado por las garantías del programa GSM 102 en conformidad con lo dispuesto en el apartado c) del artículo 14 del *Acuerdo SMC*, no vemos ningún otro fundamento para que el Brasil pudiera calcular algún beneficio *adicional* otorgado por esas garantías, según la definición de esta expresión a los efectos del párrafo 1 del artículo 1 del *Acuerdo SMC*. Puesto que el beneficio se determina en el primer caso con referencia al receptor de una contribución financiera, la existencia de cualquier beneficio otorgado por las garantías del programa GSM 102 debe determinarse con respecto al receptor de esas garantías, es decir, el deudor extranjero. Por lo tanto, al haber calculado el beneficio otorgado a los deudores extranjeros, el Brasil ha agotado efectivamente las posibilidades de establecer beneficios otorgados por esas contribuciones financieras.¹⁹⁹

¹⁹⁶ Véase, por ejemplo, el párrafo 10 de las respuestas del Brasil a las preguntas ("la subvención de intereses y la adicionalidad son ... ambas 'beneficio[s]' que se 'otorga[n]' por medio de una 'contribución financiera' en forma de garantía del programa GSM 102").

¹⁹⁷ Como se analizará más adelante, también puede determinarse la existencia de beneficio en el segundo caso en virtud del concepto de "transferencia".

¹⁹⁸ Documento sobre metodología del Brasil, párrafo 8.

¹⁹⁹ El Brasil ha hecho referencia a las constataciones del Grupo Especial que se ocupó del asunto *Brasil - Aeronaves (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá II)* en apoyo de su argumento de que las garantías del programa GSM 102 otorgan un beneficio adicional a los exportadores estadounidenses. Se trataba allí de un caso en que el Gobierno del Brasil otorgaba créditos a la exportación mediante pagos de equiparación de los tipos de interés a entidades que financiaban exportaciones de aeronaves regionales. Esos pagos permitían a los otorgantes de préstamos ofrecer mejores condiciones de crédito a la exportación que las que de otro modo habrían podido suministrar. El Brasil se apoya, en particular, en el siguiente pasaje del informe del Grupo Especial:

"Observamos que los pagos PROEX III se efectúan en apoyo de los créditos a la exportación concedidos al *comprador*, y no al *productor*, de aeronaves regionales brasileñas. En nuestra opinión, sin embargo, en la medida en que el Canadá pueda demostrar que los pagos en el

4.149 En consecuencia, rechazamos el argumento del Brasil de que las ventas adicionales resultantes de los pagos del programa GSM 102 constituyen un "beneficio" en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del *Acuerdo SMC* que deba incluirse en la cuantía de las subvenciones de las garantías de ese programa además del beneficio de las STI. Aunque las garantías del programa GSM 102 puedan en última instancia generar tales ventas adicionales, éstas deben considerarse efectos en el comercio no comprendidos en la definición de subvención enunciada en el párrafo 1 del artículo 1 del *Acuerdo SMC*, y no forman parte de la "cuantía de la subvención" a los efectos que nos interesan.

4.150 En respaldo de esta tesis, señalamos también que el apartado a) y el apartado b) del párrafo 1 del artículo 1 definen acumulativamente la "subvención" a los efectos del *Acuerdo SMC*. No es posible determinar la existencia de una subvención a menos que se haya hecho una contribución financiera, criterio al que se refiere el apartado a) de dicho párrafo. Por lo tanto, no basta que el Brasil alegue que la adicionalidad constituye un "beneficio" para que haya de incluirse en el cálculo de la *cuantía de la subvención* constituida por las garantías del programa GSM 102. El Árbitro observa que los ingresos resultantes de ventas adicionales no son una contribución financiera de un gobierno (el Gobierno de los Estados Unidos), y tampoco se encomienda ni ordena a importadores extranjeros

marco del PROEX III permiten a los compradores de un producto obtener créditos a la exportación en condiciones más favorables que las disponibles para ellos en el mercado, esto, como mínimo, representa una presunción *prima facie* de que los pagos otorgan también un beneficio a los *productores* de ese producto, dado que hacen bajar el costo del producto para sus compradores y, por tanto, hacen que su producto resulte más atractivo frente a productos competidores." (Informe del Grupo Especial, *Brasil - Aeronaves* (párrafo 5 del artículo 21 - *Canadá II*), nota 42 (las cursivas figuran en el original).)

Aunque este pasaje efectivamente hace referencia al otorgamiento de un beneficio a los productores, no consideramos que, visto en su debido contexto, dé fundamento alguno para constatar que la adicionalidad señalada por el Brasil constituye un "beneficio" distinto y complementario del beneficio de las STI que redundan en favor del deudor extranjero. Por el contrario, el asunto *Brasil - Aeronaves* (párrafo 5 del artículo 21 - *Canadá II*) se refiere al caso de un beneficio otorgado inicialmente al receptor de la contribución financiera que "se transfiere" en un segundo momento a otras entidades. Por eso, antes del pasaje citado, el Grupo Especial del asunto *Brasil - Aeronaves* (párrafo 5 del artículo 21 - *Canadá II*) observó lo siguiente:

"Dado que el *Acuerdo SMC* se encuentra en el Anexo 1A sobre el comercio de *mercancías*, y como este caso se relaciona con presuntas subvenciones a la exportación con respecto a determinada mercancía -aeronaves regionales brasileñas- corresponde al Canadá demostrar que el beneficio derivado de los pagos PROEX III no queda exclusivamente en manos del prestamista sino que *se transfiere* de alguna manera a los productores de aeronaves regionales." (Informe del Grupo Especial, *Brasil - Aeronaves* (párrafo 5 del artículo 21 - *Canadá II*), nota 41 (sin cursivas en el original).)

En otras palabras, como el *Acuerdo SMC* sólo impone disciplinas en materia de subvenciones respecto del comercio de mercancías, y no de servicios (financieros), correspondía al Canadá "demostrar que el beneficio de los pagos PROEX III ... *se transfiere* de alguna manera a los productores de aeronaves regionales" (sin cursivas en el original). A este respecto, el Grupo Especial constató que las pruebas de que los pagos en el marco del PROEX III permiten a los compradores de un producto obtener créditos a la exportación en condiciones más favorables que las disponibles para ellos en el mercado ... representan una presunción *prima facie* de que los pagos otorgan también un beneficio a los *productores* de ese producto ..." (informe del Grupo Especial, *Brasil - Aeronaves* (párrafo 5 del artículo 21 - *Canadá II*), nota 42 (las cursivas figuran en el original)). Esto no significa que el beneficio obtenido por los productores de aeronaves regionales se considerara distinto y complementario del beneficio otorgado ya a los receptores de la contribución financiera, sino que el beneficio otorgado a los productores formaba parte sencillamente del beneficio ya otorgado a quienes la habían recibido, y que en un segundo momento se había transferido a los productores. En otras palabras, el beneficio otorgado a los productores era fundamentalmente el mismo que se había otorgado inicialmente a los otorgantes de préstamos, visto simplemente con otra perspectiva. Por lo tanto, aunque pudiera constatare que el beneficio de las STI otorgado a los deudores extranjeros se transfiere en un segundo momento a los exportadores estadounidenses, la cuantía total del beneficio conferido por las garantías del programa GSM 102 no aumentaría.

que realicen tales pagos (es decir, los pagos de sus compras de productos exportados por los Estados Unidos).

4.151 Habiendo determinado que la base en que se apoya la metodología del Brasil para el cálculo de sus contramedidas excede de la cuantía de la subvención, porque toma en consideración "beneficios" que van más allá del sentido del párrafo 1 del artículo 1 del *Acuerdo SMC*, constatamos que los Estados Unidos han cumplido la carga de la prueba que recaía en ellos. El principio planteado por el Brasil para el cálculo de las contramedidas que propone está viciado. A pesar de que se plantea sobre la base de la "cuantía de la subvención", incluye también elementos que no constituyen "beneficios" en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1, sino que reflejan asimismo ciertos efectos de la medida en el comercio. Por lo tanto, aunque estuviésemos convencidos de que el criterio de la "cuantía de la subvención" constituye un elemento de referencia adecuado para pronunciarnos sobre el carácter apropiado de la contramedida propuesta por el Brasil, no podríamos convenir, por un principio jurídico, en que el criterio del Brasil mide realmente esa cuantía.

4.152 Observamos también que el principio aplicado por el Brasil no tiene en cuenta la necesidad de que la cuantía de la subvención se prorratee de tal modo que capte únicamente la parte de la subvención que causa anulación o menoscabo sufridos por el Brasil. Aunque el criterio basado en los "beneficios" adoptado por el Brasil hubiera sido un punto de partida apropiado, aun así habríamos tenido que determinar si la totalidad de la "cuantía de la subvención" podía ser la cuantía de la contramedida en circunstancias en que los efectos de la subvención fueron sufridos también por otros Miembros y no sólo por el Brasil. Sin embargo, no llegamos a tal determinación, ni en el examen de si los Estados Unidos han cumplido la carga de la prueba que les correspondía ni en nuestra propia evaluación de lo que puede ser "apropiado" en las circunstancias de este caso, y la cuestión carece de relevancia.

4.153 En consecuencia, constatamos que los Estados Unidos han cumplido la carga que les correspondía en cuanto a probar que la contramedida propuesta por el Brasil era inapropiada, en la forma en que fue propuesta al Árbitro. En consecuencia, debemos pasar a examinar la cuestión de determinar qué *constituiría* una base adecuada para calcular en este caso "contramedidas apropiadas". Examinaremos en primer lugar si el criterio alternativo propuesto por los Estados Unidos es "apropiado".

b) El criterio alternativo del "costo neto para el gobierno" propuesto por los Estados Unidos

4.154 En este asunto, a juicio de los Estados Unidos, las contramedidas apropiadas son las basadas en el costo neto para el gobierno, y "otras contramedidas, cualesquiera que sean, no tienen fundamento en las circunstancias específicas de este caso".²⁰⁰ Al mismo tiempo, los Estados Unidos consideran que esa suma debería a continuación ajustarse para tener en cuenta los efectos que tiene la subvención únicamente sobre el Brasil.

4.155 Los Estados Unidos afirman que, como las constataciones del Grupo Especial inicial y del Grupo Especial sobre el cumplimiento se basaron, en la parte pertinente, en el punto j) de la Lista ilustrativa, esta disposición constituye el único fundamento apropiado para determinar la cuantía de las contramedidas que hayan de autorizarse. Los Estados Unidos sostienen que no sería apropiado autorizar contramedidas sobre la base del criterio del "beneficio" propuesto por el Brasil.

4.156 A juicio de los Estados Unidos, este enfoque coincide con el del Órgano de Apelación, porque las constataciones formuladas en este asunto se basaron en el punto j) de la Lista ilustrativa de subvenciones a la exportación del *Acuerdo SMC*, y el Órgano de Apelación ha explicado que "la medida del valor conforme al punto j) es el costo global para el Gobierno, como proveedor del

²⁰⁰ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 25.

servicio, del suministro del servicio".²⁰¹ Los Estados Unidos proponen que el "costo para el Gobierno" del programa GSM 102 se determine sobre la base del criterio del valor actual neto, seguido por los organismos del Gobierno de los Estados Unidos respecto de todos los programas de garantías de créditos y de préstamos directos.

4.157 Los Estados Unidos hacen referencia a arbitrajes anteriores en apoyo de su tesis de que la cuantía de la subvención, según se refleja en su costo neto para el gobierno, constituye "la" metodología apropiada para determinar la cuantía de las "contramedidas apropiadas" en este caso. Los Estados Unidos explican que "en arbitrajes anteriores, varios de los cuales también se referían a la financiación de exportaciones o créditos a la exportación, se ha determinado que, en el caso de las subvenciones a la exportación prohibidas, la cuantía de la subvención es una base adecuada para calcular 'contramedidas apropiadas'. En este caso concreto, la metodología apropiada es utilizar la cuantía de la subvención que se refleja en el costo neto para el gobierno".²⁰²

4.158 Por las razones que se exponen a continuación, no nos es posible aceptar la posición de los Estados Unidos.

4.159 En primer lugar, observamos que, aunque las constataciones pertinentes del Grupo Especial inicial y el Grupo Especial sobre el cumplimiento se basaron en el punto j), se constató en realidad que los Estados Unidos infringían el párrafo 1 a) del artículo 3 del *Acuerdo SMC*. Esa disposición prohíbe las "subvenciones" que están supeditadas a los resultados de exportación. Es el no retiro de esas subvenciones por los Estados Unidos lo que da origen al derecho del Brasil de imponer contramedidas. Por otra parte, el Grupo Especial sobre el cumplimiento estuvo de acuerdo con los Estados Unidos en que el criterio del costo para el gobierno, que figura en el punto j), y el criterio del beneficio, que figura en el párrafo 1 b) del artículo 1, no eran más que "*argumentos alternativos*" que podrían examinarse para evaluar si el programa GSM 102 revisado constituía o no una subvención a la exportación.²⁰³

4.160 En segundo lugar, en los procedimientos inicial y sobre el cumplimiento se recurrió al punto j) para determinar la existencia de subvenciones prohibidas. No fue utilizado para calcular la cuantía de esas subvenciones. En el presente caso, los Estados Unidos proponen el punto j) como único medio adecuado para calcular la cuantía de las subvenciones del programa GSM 102. A nuestro juicio, el punto j) no es la única base apropiada, ni es necesariamente la más apropiada, para hacer ese cálculo.

4.161 En tercer lugar, no consideramos que haya un fundamento legítimo para aceptar la interpretación *a contrario sensu* del punto j) que proponen los Estados Unidos. El punto j) es ilustrativo de una situación en que el otorgamiento por los gobiernos de programas de garantía de créditos a la exportación constituye una subvención a la exportación. En particular, especifica que los programas de garantía de créditos a la exportación constituyen subvenciones a la exportación cuando los tipos de primas son insuficientes para cubrir a largo plazo los costes y pérdidas de funcionamiento del programa. Pero no se desprende de ello necesariamente que un programa de garantía de créditos a la exportación nunca pueda constituir una subvención, o una subvención a la exportación prohibida, si los tipos de primas *son* suficientes para cubrir a largo plazo los costes y pérdidas de funcionamiento. Desde el punto de vista jurídico, es posible que, en el caso de un programa de garantía de créditos a la exportación compatible con el punto j), se constate sin embargo que otorga un "beneficio", sobre la base del criterio establecido en el apartado c) del artículo 14 del *Acuerdo SMC*.

²⁰¹ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 26.

²⁰² Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 28.

²⁰³ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Algodón americano (upland)* (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil), párrafo 14.51.

4.162 Por último, una observación conexas es el de que la modificación de los tipos de primas pertinentes para que las subvenciones del programa GSM 102 sean compatibles con el punto j) no aseguraría necesariamente el retiro total²⁰⁴ de la subvención a la exportación prohibida. Como se ha señalado antes, el solo hecho de que el programa GSM 102 se haga compatible con el punto j) no excluye que el programa pueda no obstante seguir otorgando un "beneficio" sobre la base del criterio establecido en el apartado c) del artículo 14. Puesto que el Brasil tendría derecho a seguir aplicando contramedidas hasta que se hubiera retirado plenamente el beneficio del programa GSM 102, no consideramos apropiado excluir del examen la cuantía total del beneficio al considerar la cuestión inicial del alcance cuantitativo de esas contramedidas.

4.163 En consecuencia, no consideramos que el criterio del "costo neto para el gobierno", propuesto por los Estados Unidos, nos ofrezca una base sólida para el cálculo de la "cuantía de la subvención".

4.164 En resumen, a esta altura de nuestro análisis, hemos determinado que la metodología del Brasil, que según la describe éste representa la "cuantía de la subvención" en forma de "beneficios", en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del *Acuerdo SMC*, no representa en realidad esos "beneficios". Hemos determinado también que el cálculo alternativo propuesto por los Estados Unidos, basado en el "costo para el gobierno", no constituiría una base apropiada para el cálculo de la "cuantía de la subvención" en las circunstancias de este caso. No llegamos a la segunda etapa del criterio propugnado por los Estados Unidos, consistente en ajustar la "cuantía de la subvención" de modo que sólo refleje los efectos de la subvención en el Brasil, y no formularemos ninguna determinación a ese respecto.

4.165 Habiendo, por tanto, determinado que no es satisfactorio ninguno de los criterios propuestos por las partes, debemos examinar seguidamente qué constituiría "contramedidas apropiadas" en las circunstancias de este caso. Al abordar esta determinación, consideramos que no estamos obligados a limitarnos a los criterios expuestos por las partes y estamos facultados, en la medida de lo necesario, a desarrollar nuestras propias evaluación y metodología para determinar lo que constituiría "contramedidas apropiadas".²⁰⁵

4.166 Sin embargo, antes de proceder a esa evaluación deseamos formular algunas observaciones de carácter general sobre los criterios propuestos por las partes en este asunto.

4.167 Ambas partes han descrito los criterios que proponen para el cálculo de contramedidas "apropiadas" como basados en la "cuantía de la subvención". El Brasil considera que esa cuantía queda debidamente reflejada en los "beneficios" de las STI y la "adicionalidad", mientras que los Estados Unidos proponen basar las contramedidas en el costo de la subvención para el gobierno y "ajustar" seguidamente esa cuantía a fin de que sólo refleje los efectos de la subvención en el Brasil.

4.168 Ahora bien, no estamos convencidos de que el criterio de ninguna de las dos partes esté, en realidad, basado exclusivamente en "la cuantía de la subvención". Como ya hemos determinado, el cálculo de los "beneficios" hecho por el Brasil comprende no sólo una cantidad que puede

²⁰⁴ En *Estados Unidos - EVE (párrafo 5 del artículo 21 - CE II)*, el Órgano de Apelación confirmó que se requiere el retiro total de la subvención:

"[La] recomendación de conformidad con el párrafo 7 del artículo 4 sigue en vigor hasta que el Miembro afectado haya cumplido su obligación retirando *plenamente* la subvención prohibida. Cuando un Miembro retira sólo en parte una subvención prohibida, no cumple *plenamente* su obligación en el marco de la OMC y la recomendación de conformidad con el párrafo 7 del artículo 4 sigue en vigor con respecto a la parte de la subvención que no ha sido retirada."

(Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EVE (párrafo 5 del artículo 21 - CE II)*, párrafo 83 (las cursivas figuran en el original).)

²⁰⁵ Véanse los párrafos 4.24 y 4.25 *supra*.

caracterizarse debidamente como "beneficio" con arreglo al párrafo 1 del artículo 1 del *Acuerdo SMC* (las STI), sino también una cantidad que sería más exacto describir como expresión de los "efectos en el comercio" de los pagos del programa GSM 102 (las ventas adicionales obtenidas por exportadores estadounidenses como consecuencia de esos pagos). En realidad, el propio Brasil también describe los dos elementos de su cálculo como expresión de las "consecuencias económicas" de los pagos del programa GSM 102. A nuestro juicio, esto no es lo mismo que "la cuantía de la subvención".

4.169 Los Estados Unidos, por su parte, proponen utilizar la cuantía de la subvención como punto de partida, pero consideran que a continuación se debería ajustar para tener en cuenta solamente los efectos en el Brasil. En respuesta a una solicitud de aclaración hecha por el Árbitro, los Estados Unidos explicaron que su criterio se basa tanto en la "cuantía de la subvención" como en el de los "efectos en el comercio". Los Estados Unidos también explicaron que utilizan la cuantía de la subvención como "valor representativo" de sus efectos en el comercio.²⁰⁶ Sin embargo, como ya hemos explicado, no vemos ningún fundamento particular para suponer que la cuantía de la subvención sea un valor representativo pertinente del total de los efectos de la subvención sobre el comercio. Como señaló el Árbitro en el asunto *Estados Unidos - EVE (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)*, "el planteamiento por aproximación propuesto por los Estados Unidos no se basa en ningún razonamiento económico particular. Presupone sencillamente una correspondencia uno a uno entre cada dólar de subvención y cada dólar de impacto sobre el comercio. Esto es manifiestamente arbitrario".²⁰⁷

4.170 En síntesis, nos parece que ambas partes, a pesar de pretender aplicar un criterio basado primariamente en "la cuantía de la subvención", en realidad han incorporado en su análisis elementos que tienen la finalidad de captar los efectos de la medida en el comercio, y no su "cuantía". El Brasil aborda esos efectos cuantificando las "ventas adicionales" obtenidas por los Estados Unidos como consecuencia de la subvención, mientras que los Estados Unidos nos invitan a ajustar la cuantía de la subvención para incluir únicamente los efectos de la subvención sobre el Brasil.

4.171 De este modo, ambas partes han tomado teóricamente como punto de partida el concepto de la "cuantía de la subvención", pero en los hechos han incluido después el examen de otros elementos. Esto nos reafirma en nuestro punto de vista de que no existe ningún fundamento particular para presumir, *a priori*, que la cuantía de la subvención refleje adecuadamente, por sí sola, las circunstancias pertinentes a efectos del cálculo de las contramedidas "apropiadas". En estas condiciones, la referencia a la "cuantía de la subvención" como base de la cantidad que hemos de asignar nos parece un tanto artificial, a falta de un motivo concreto para abordar la cuestión en esos términos en la diferencia que examinamos. Ello nos reafirma también en nuestro punto de vista de que el examen de los efectos de distorsión del comercio causados por la subvención, en los que ambas partes se han apoyado de hecho en sus respectivos enfoques (aunque de formas diferentes), constituye la expresión más pertinente de las consecuencias que resultan de la infracción, a fin de cuantificar las contramedidas "apropiadas".

4.172 Teniendo presentes estas observaciones, pasaremos ahora a nuestra propia evaluación de lo que puede constituir "contramedidas apropiadas" en conformidad con las prescripciones del párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*, según lo hemos interpretado en la sección IV.D *supra*.

²⁰⁶ Véanse las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas formuladas por el Árbitro, preguntas 104 y 105.

²⁰⁷ Decisión del Árbitro, *Estados Unidos - EVE (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)*, párrafo 6.39.

c) Criterio del Árbitro

4.173 El Brasil considera que las STI y la "adicionalidad", en caso de que constatemos que no constituyen acumulativamente "beneficios" en el sentido del párrafo 1 del artículo 1 del *Acuerdo SMC*, pueden igualmente utilizarse conjuntamente como base del cálculo, por ser "consecuencias claramente mensurables y valiosas de las garantías del programa GSM 102". A juicio del Brasil, ello sería adecuado "a la luz de la naturaleza y la condición jurídica de las garantías del programa GSM 102". El Brasil sugiere que este enfoque, además de estar ajustado a las características específicas del programa GSM 102, podría alentar a los Estados Unidos a reconsiderar su negativa a "retirar la subvención".²⁰⁸

4.174 Los Estados Unidos consideran que la sugerencia del Brasil "de que el laudo podría incluir cantidades correspondientes a la supuesta cuantía de la subvención y a sus efectos en el comercio no encuentra apoyo en arbitrajes anteriores. Los árbitros han tomado como base de los cálculos el principio de los 'efectos en el comercio' o, en el caso de las subvenciones prohibidas, el de la 'cuantía de la subvención'. No han sumado dos conjuntos de resultados de cálculos, como pretende hacerlo el Brasil. Cuando los árbitros han tomado en consideración dos criterios, lo han hecho claramente como alternativa entre uno y otro".²⁰⁹

4.175 Los Estados Unidos alegan que no habría ningún fundamento para acumular los dos elementos de los cálculos del Brasil, es decir, la "cuantía de la subvención" y sus "efectos en el comercio", como el Brasil propone. Los Estados Unidos observan que "el criterio del Brasil permitiría incluir los dos componentes en un laudo, ya que desde el punto de vista de la teoría económica ambos pueden existir y pueden ser medidos". Los Estados Unidos observan que "el hecho de que puedan existir distintos componentes no constituye un principio en que pueda basarse el Árbitro para autorizar contramedidas. Si así ocurriera, una parte podría acumular múltiples aspectos de una subvención (por ejemplo: el costo para el gobierno, el beneficio para el receptor y los efectos en las exportaciones) e incluirlos todos en el cálculo de las contramedidas sin tener en cuenta si son 'apropiados' conforme a un principio como la 'cuantía de la subvención' o los 'efectos en el comercio'".²¹⁰

4.176 Los Estados Unidos también consideran que no sería "apropiado" fijar una cuantía de las contramedidas sobre la base de ambos componentes porque esa cuantía resultaría "desproporcionada" respecto del nivel de anulación o menoscabo sufrido por el Brasil.²¹¹

4.177 Estamos de acuerdo en que la cuantía de las "contramedidas apropiadas" no puede basarse simplemente en una suma de diversos valores económicos que representan diferentes aspectos de la situación que no tendría ningún fundamento lógico. El párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* exige y autoriza al mismo tiempo que las contramedidas sean apropiadas a las circunstancias del caso, y ello puede suponer legítimamente un examen de diversos aspectos de éstas. Pero debe existir alguna razón de principio y justificable para basar las contramedidas en un determinado criterio, a la luz de esas circunstancias.

4.178 Hemos determinado *supra*, en nuestra interpretación del párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*, que la prescripción de que las contramedidas no sean "desproporcionadas" no puede

²⁰⁸ Respuestas del Brasil a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 71, párrafo 13.

²⁰⁹ Observaciones de los Estados Unidos sobre las respuestas del Brasil a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 71, párrafo 15.

²¹⁰ Observaciones de los Estados Unidos sobre las respuestas del Brasil a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 72, párrafo 17.

²¹¹ Observaciones de los Estados Unidos sobre las respuestas del Brasil a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 71, párrafo 16.

equipararse a una prescripción de que esas contramedidas equivalgan exactamente al nivel de anulación o menoscabo sufrido por el Miembro reclamante, y que la norma de las "contramedidas apropiadas" supone cierta flexibilidad adicional. No obstante, somos conscientes de que el párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* nos obliga a asegurarnos de que las contramedidas no sean "desproporcionadas" en el sentido de la nota 9, y de que esa evaluación debe tener en cuenta los efectos desfavorables de la subvención en el comercio del Miembro reclamante, tomando también en consideración el carácter prohibido de la subvención.

4.179 A la luz de estas consideraciones debemos determinar si, en las circunstancias de este caso, habría algún fundamento particular para utilizar los componentes de las STI y de "adicionalidad" del enfoque del Brasil como base para determinar las "contramedidas apropiadas", como propone el Brasil.

4.180 El Brasil califica sus cálculos como representativos de "consecuencias claramente mensurables y valiosas de las garantías del programa GSM", que podrían servir de base para un laudo sobre las contramedidas. No estamos de acuerdo en que las consecuencias "valiosas" de las garantías sean un concepto adecuado para utilizar, desde la perspectiva del Brasil, cuando se trata de establecer los efectos de distorsión del comercio causados por las garantías. Sin embargo, las ventajas resultantes para un Miembro que otorga subvenciones pueden tener relación con los efectos de distorsión del comercio sufridos por otros Miembros, por lo que desde el punto de vista económico conviene analizarlos más detenidamente.

4.181 En consecuencia, examinaremos si los dos elementos del cálculo del Brasil, es decir, las "STI" y la "adicionalidad", pueden constituir un punto de partida apropiado para medir los efectos de distorsión del comercio del programa GSM 102, y servir así de base para el cálculo de las "contramedidas apropiadas" en conformidad con los términos del párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*, según los hemos interpretado en la sección IV.D *supra*.

i) *Efectos en el comercio del programa GSM 102*

4.182 Recordamos nuestras determinaciones *supra* de que las STI pueden caracterizarse debidamente como la cuantía de la subvención del programa GSM 102, mientras que la "adicionalidad" refleja más bien sus efectos en el comercio. El Brasil divide la adicionalidad, a su vez, en adicionalidad plena (ventas a deudores extranjeros no solventes, que de otro modo simplemente no habrían sido posibles) y adicionalidad marginal (ventas a prestatarios solventes, en que las STI actúan como un descuento en las ventas a deudores extranjeros).

4.183 Para dilucidar los efectos en el comercio del programa GSM 102, observamos que funciona como una subvención a la exportación, aunque con destinatarios específicos: no es una subvención general para todos los exportadores estadounidenses. Sin embargo, como toda subvención a la exportación, cabe prever que afecte tanto al volumen del comercio como al precio al cual éste se realiza.²¹² El programa GSM 102 tiene posibilidades de fomentar exportaciones adicionales de los Estados Unidos y de influir en el precio de esas exportaciones en los mercados destinatarios. Esta competencia ilegalmente subvencionada tiene efectos desfavorables para los productores y

²¹² Estimamos adecuado evaluar el perjuicio económico sufrido por un reclamante a través de la cuantía y el valor potenciales del comercio que puede resultar afectado por la aplicación de políticas objeto de la reclamación. Reconocemos que los economistas también evalúan los efectos de una medida desde el punto de vista del bienestar, es decir, considerando en qué grado el país objeto de investigación queda en mejor o peor situación en virtud de las políticas. Los efectos en el comercio se manifiestan en respuesta a la reasignación de recursos entre diferentes usos posibles como consecuencia de una aplicación de políticas. Puesto que las contramedidas que han de autorizarse consistirán en la suspensión de un determinado volumen de comercio, consideramos justificado que al evaluar el nivel apropiado de las contramedidas tratemos de calcular los efectos de las subvenciones del programa GSM 102 en la asignación de recursos, y no sus efectos en el bienestar.

exportadores del resto del mundo. La cuestión que se nos plantea es cómo medir esos efectos desfavorables, y si los conceptos de STI y adicionalidad, propuestos por el Brasil, son de utilidad para ello. Evaluaremos en primer término esta cuestión desde el punto de vista teórico, antes de pasar a las circunstancias concretas de este caso.

Efectos de distorsión del comercio causados por el programa GSM 102 en el volumen del comercio

4.184 El Brasil ha definido la adicionalidad como la "actividad económica adicional de los exportadores estadounidenses que de otro modo no se había producido".²¹³ El Brasil admite que algunas exportaciones de los Estados Unidos hechas con el apoyo de una subvención a la exportación prohibida del programa GSM 102 se habrían producido en ausencia de esa garantía. Respondiendo a una pregunta del Árbitro, el Brasil dice lo siguiente: "En lo que respecta a los deudores extranjeros solventes, el criterio de la adicionalidad planteado por el Brasil reconoce efectivamente que algunas exportaciones estadounidenses hechas con el apoyo de una subvención a la exportación prohibida del programa GSM 102 se habrían producido en ausencia de esa garantía."²¹⁴

4.185 Pero esto también supone que algunas de las exportaciones no se habrían producido sin las garantías de créditos a la exportación. Con respecto a esas otras exportaciones hay efectos de distorsión del comercio sufridos por el Brasil, ya que actuarían las mismas fuerzas económicas. Se otorga una subvención, que se transfiere a un precio efectivo más bajo de suministro de los productos agropecuarios estadounidenses, causando efectos de distorsión del comercio en los productores del país de importación o en los exportadores del resto del mundo que venden al país de importación. A juicio del Brasil, la única diferencia es que, para la misma cantidad de transacciones del programa GSM 102, los efectos de distorsión del comercio causados por la transacción serán menores si el deudor es solvente, porque una parte de esas transacciones se habría producido aunque no existieran las subvenciones.

4.186 En realidad, utilizando su "modelo de adicionalidad marginal", el Brasil alega que todas las ventas con respaldo del programa GSM, incluso a deudores extranjeros solventes, son atribuibles a las STI.²¹⁵ La intuición económica en que se basa esta alegación es el supuesto, aplicado por el Brasil, de que la curva de la demanda ante los exportadores estadounidenses con pequeña participación en el mercado es esencialmente horizontal. Sin la subvención, "si los Estados Unidos retirasen sus subvenciones del programa GSM 102 ..., los exportadores estadounidenses perderían su ventaja de precio y, en consecuencia, perderían *todas* las transacciones con respaldo de ese programa en beneficio de sus competidores de todo el mundo" (sin cursivas en el original).²¹⁶ Más adelante analizaremos si esta conclusión nos parece convincente o no.

4.187 Hemos examinado el argumento de los Estados Unidos de que la adicionalidad significa una adición neta a la demanda mundial resultante de la subvención de las garantías de créditos a la exportación.²¹⁷ A nuestro juicio, un problema fundamental que plantea la definición de los Estados Unidos es que desconoce el aumento de las ventas estadounidenses en los mercados destinatarios debido a la desviación del comercio.²¹⁸ Por lo tanto, a los efectos de nuestro análisis, la definición de

²¹³ Documento sobre metodología del Brasil, párrafo 39.

²¹⁴ Respuestas del Brasil a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 26, párrafo 311.

²¹⁵ Anexo I de la comunicación escrita del Brasil ("declaración de Sumner y Sundaram"), párrafos 1 y 2.

²¹⁶ Anexo I de la comunicación escrita del Brasil ("declaración de Sumner y Sundaram"), párrafo 3.

²¹⁷ Véase, en particular, la sección II de la Prueba documental 93 presentada por los Estados Unidos.

²¹⁸ "Cualquier intento de utilizar la adicionalidad como justificación de créditos a la exportación en un contexto multilateral debe restringir la definición a los casos en que la expansión de la demanda es mundial, sin una reasignación en favor de un país determinado. Esta definición excluye los programas que favorecen a un exportador determinado, en parte a expensas de las exportaciones de otros países." (Estados Unidos - Prueba

la adicionalidad presentada por el Brasil, que se refiere a las ventas estadounidenses adicionales que de otro modo no se habrían producido, constituye una medida más apropiada de las consecuencias desfavorables del programa GSM. Estamos de acuerdo con el Brasil en que las subvenciones de ese programa permiten realizar transacciones que de otro modo simplemente no habrían sido posibles.²¹⁹

4.188 Sin embargo, la utilización del concepto de adicionalidad del Brasil como medida de los efectos de distorsión del comercio del programa GSM 102 en otros países suscita tres problemas que merecen una consideración más detenida. El primero es la posibilidad de que las ventas hechas con respaldo del programa GSM en un mercado destinatario desplacen simplemente exportaciones comerciales estadounidenses a ese mercado, lo que supone que esas ventas no dan lugar a una actividad económica adicional de los exportadores de los Estados Unidos. Cuando las ventas adicionales "netas" de los Estados Unidos son inferiores al valor bruto de las transacciones respaldadas por el programa GSM, se reducen los efectos desfavorables en el comercio de otros países. Los Estados Unidos señalan que una ausencia teórica del programa GSM 102 no significaría por fuerza que la exportación misma no se hubiera producido. Los Estados Unidos recuerdan que la financiación del programa GSM 102 la recibe el banco extranjero, no el importador, y que si no existiera ese programa los importadores siempre podrían buscar y obtener financiación de otro banco, o incluso del mismo banco, para facilitar la transacción.²²⁰ El Brasil responde a esta crítica considerando por separado a los prestatarios solventes y a los no solventes. En el caso de los prestatarios solventes, el Brasil acepta que, en principio, podría ocurrir cierto desplazamiento de las exportaciones comerciales estadounidenses y propone su "modelo de adicionalidad marginal" para calcularlo. Evaluaremos *infra* su utilización de este modelo. En el caso de los prestatarios que no son solventes, destaca que el programa GSM está dirigido a destinatarios específicos. Presenta una amplia documentación sobre declaraciones del USDA y del FAS y las reglamentaciones que rigen el programa GSM 102. En virtud de las normas de ese plan, las garantías de créditos a la exportación sólo se ofrecen para financiar exportaciones que de otro modo no se realizarían. El Brasil afirma que es pertinente el hecho de que la reglamentación del programa GSM disponga que "los programas se aplican de una manera que pretende no interferir en los mercados de ventas al contado".²²¹ Debido a la existencia de estos mercados segmentados, no es contradictorio observar exportaciones comerciales y exportaciones respaldadas por el programa GSM realizadas por los Estados Unidos a un mismo país. Cuando los mercados están segmentados, el Árbitro admite que es razonable suponer que las exportaciones del programa GSM no desplazan exportaciones comerciales estadounidenses, sino exportaciones y producción nacional de terceros países.

4.189 Aun cuando las ventas realizadas con apoyo del programa GSM a un determinado mercado sean efectivamente adicionales (es decir, no se habrían realizado de no existir el programa), cabe una segunda crítica en cuanto pueden no representar exportaciones adicionales de los Estados Unidos si esas ventas simplemente se desvían de las ventas comerciales estadounidenses a otro mercado. Observamos que el Brasil acepta esta posibilidad, al decir lo siguiente: "... es razonable tratar de obtener alguna idea de la magnitud de la compensación causada por los efectos indirectos del programa GSM 102 en las exportaciones estadounidenses destinadas a segmentos de mercado no admisibles en el programa".²²² El Brasil presenta seguidamente una metodología para ello, pero llega a la conclusión de que "el desplazamiento compensador de exportaciones comerciales es

documental 92, página 4, donde se cita el estudio de la OCDE que figura en la Prueba documental 93 presentada por los Estados Unidos, párrafo 42.)

²¹⁹ Declaración conjunta del Profesor Daniel Sumner y Rangarajan Sundaram sobre la crítica de los Estados Unidos al criterio de "adicionalidad marginal" del Brasil, párrafo 9.

²²⁰ Observaciones de los Estados Unidos sobre las respuestas del Brasil a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 93, párrafos 76-82.

²²¹ Comunicación escrita del Brasil, párrafo 208.

²²² Respuestas del Brasil a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 92, párrafo 123.

probablemente pequeño".²²³ Sin embargo, el cálculo depende fundamentalmente de la cifra que se atribuya al aumento de precios en el mercado interno de los Estados Unidos como consecuencia de las garantías del programa GSM, y no tenemos datos firmes acerca del valor apropiado de esta variable.

4.190 Sin embargo, a nuestro juicio no es necesario tener en cuenta este efecto para evaluar los efectos de distorsión del comercio de la subvención prohibida. Es posible que en algunos otros mercados haya *menor* competencia de las exportaciones comerciales estadounidenses porque éstas se han reasignado al abastecimiento de los mercados del programa GSM. Sin embargo, el Brasil formula una firme réplica en el sentido de que no es legítimo ni compatible con la práctica de la OMC compensar efectos de distorsión del comercio que se constatan mediante algunos posibles efectos positivos en otros mercados. El Árbitro estima conveniente citar íntegramente lo expresado por el Brasil sobre este punto en respuesta a una de las preguntas que le formuló²²⁴:

"Un beneficio que el Brasil mide es el de las corrientes comerciales adicionales de los Estados Unidos generadas por el programa GSM 102. Otros árbitros también han medido las corrientes comerciales, en particular para determinar el valor de las exportaciones perdidas por el reclamante, al cuantificar la anulación y menoscabo. En esos arbitrajes, los árbitros nunca han tenido en cuenta que los productos no exportados al mercado del demandado hubieran podido desviarse hacia otros mercados ... De este modo, en los arbitrajes anteriores, la valoración de las corrientes comerciales afectadas por las medidas incompatibles con las normas de la OMC no fue disminuida por factores potencialmente atenuantes, como los costos de oportunidad. El Brasil considera que este criterio es acertado."

4.191 El tercer problema se refiere al trato de la demanda adicional en los países destinatarios como consecuencia de las ventas hechas con apoyo del programa GSM. La demanda adicional surge como consecuencia de los efectos de las exportaciones subvencionadas en los precios, como se analizará en la sección siguiente. Las exportaciones subvencionadas hacen bajar los precios internos en los mercados destinatarios y pueden dar lugar a un aumento del consumo a medida que los consumidores se desplazan siguiendo la curva de la demanda. Cabría aducir que, como ese mayor consumo es verdaderamente adicional, la cantidad adicional no contribuye a los efectos desfavorables para los productores nacionales o para los exportadores de terceros países. En general consideramos que ese consumo adicional (que estará en función de la magnitud del efecto en los precios y de la elasticidad de la demanda) será relativamente pequeño en relación con el volumen global de las transacciones del programa GSM 102 en esos mercados, pero, en el grado en que se produzca, la medida de la adicionalidad propuesta por el Brasil sobrestimaré el desplazamiento de la producción nacional y de las exportaciones causado por el programa.

4.192 No obstante esta salvedad, si nos centramos en los efectos de distorsión del comercio causados por la subvención, constatamos que en los mercados destinatarios se produce un desplazamiento, tanto de la producción nacional como de las exportaciones de terceros países, causado por las exportaciones estadounidenses respaldadas por el programa GSM, y que en términos generales esto es lo que capta el cálculo de la adicionalidad hecho por el Brasil. Teniendo presente la latitud de que disponemos como Árbitro para determinar un nivel "apropiado" de las contramedidas, y

²²³ Respuestas del Brasil a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 92, párrafo 132. Utilizando un valor bastante alto para los efectos de las garantías de créditos a la exportación del programa GSM en los precios de los productores estadounidenses (0,5 por ciento), el Brasil calcula un posible valor de las exportaciones adicionales netas de los Estados Unidos, estimando que para los 10 productos ese valor podría alcanzar 870 millones de dólares EE.UU. (si el efecto en los precios fuese menor, este valor también lo sería). Como el valor de las transacciones del programa GSM alcanzó en 2006 a unos 1.000 millones de dólares EE.UU., esto indicaría efectivamente una redistribución más bien limitada de las exportaciones de los Estados Unidos.

²²⁴ Respuestas del Brasil a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 28, párrafo 366.

el hecho de que se trata de una subvención prohibida, hemos decidido que es procedente utilizar la medida de la adicionalidad propuesta por el Brasil como medida de la pérdida de volumen de mercado en favor de otros productores y exportadores, reconociendo al mismo tiempo que puede representar una sobrestimación de la pérdida real.

Los efectos del programa GSM 102 en los precios

4.193 Además de estos efectos en el volumen, también habrá efectos en los precios en los mercados destinatarios. Señalamos que, desde el punto de vista de los Estados Unidos, el aumento de la demanda de importaciones como consecuencia de la subvención de garantías de créditos a la exportación del programa GSM está representado por un desplazamiento de la curva de demanda de importaciones a que se enfrentan, porque representa una demanda mayor a un mismo precio mundial. Por tanto, resulta conveniente distinguir entre el costo del producto para el importador (el precio mundial, sin tener en cuenta los gastos en concepto de fletes y manipulación) y el costo total de importación, que incluye el costo de la financiación.²²⁵ Debido a la subvención de intereses, en el caso de los prestatarios solventes el costo total de importación puede ser inferior como consecuencia de la garantía ("descuento en las ventas"), aunque no haya cambiado el precio mundial del producto. En el caso de los prestatarios insolventes la garantía puede dar lugar a una atenuación de las restricciones del crédito o de la liquidez que permite que se realicen transacciones que en caso contrario no serían posibles.²²⁶ Las dos situaciones están representadas correctamente como un desplazamiento de la curva de demanda de importaciones a que se enfrentan las exportaciones estadounidenses.

4.194 No obstante, en el mercado destinatario se produce una caída del precio. El motivo es que la subvención no altera el poder adquisitivo ni atenúa ninguna limitación de liquidez entre los consumidores nacionales, ni afecta a los costos de producción de los productores nacionales, y por tanto no hay ningún desplazamiento de las curvas de oferta o demanda nacionales como consecuencia de la garantía GSM. Por consiguiente, para absorber las ventas adicionales, habrá mayor competencia en el mercado interno, bajarán los precios internos, las exportaciones de algunos terceros países quedarán excluidas y los productores nacionales se verán afectados desfavorablemente aunque los consumidores nacionales aumenten al mismo tiempo la cantidad que demandan.

4.195 Recordamos que el diseño y el funcionamiento de la subvención del programa GSM 102 son tales que el receptor de las STI, es decir el deudor, es un proveedor de servicios cuyos servicios sirven para garantizar una transacción de venta de exportación en relación con determinadas mercancías. En última instancia es la exportación de esas mercancías la que se ve facilitada mediante la concesión de la subvención y es el comercio de esas mercancías el que resulta afectado por la concesión de la subvención.

4.196 El efecto de las STI es reducir el costo de financiación, y por lo tanto el precio de suministro efectivo, de las importaciones estadounidenses en los mercados destinatarios. Señalamos que el programa GSM concede crédito subvencionado a deudores extranjeros que en todos los casos son bancos. Estos bancos transfieren estas condiciones crediticias favorables a los compradores finales de las exportaciones de los Estados Unidos. Si no hay ningún cambio en las condiciones crediticias de los compradores definitivos no puede haber ventas adicionales de los Estados Unidos (ni adicionalidad en el sentido estadounidense de demanda adicional). Los Estados Unidos indican,

²²⁵ Esta distinción se establece en la comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 212. El Brasil está de acuerdo con ella y denomina el costo total de importación "precio de suministro efectivo". (Comunicación escrita del Brasil, párrafo 217.)

²²⁶ El Brasil señala que "el programa GSM funciona exclusivamente en aquellas circunstancias en que de otro modo no podría obtenerse crédito para financiar la exportación de productos agropecuarios estadounidenses". (Comunicación escrita del Brasil, párrafo 208.)

correctamente, que el Brasil supone en sus cálculos una transferencia del 100 por ciento de la subvención de intereses.²²⁷ Sin embargo, aunque plantean una duda sobre la validez de esta hipótesis, no demuestran de manera concluyente que no sea una hipótesis razonable.²²⁸

4.197 En determinadas circunstancias la pérdida de ingresos debida al efecto en el precio será igual a las STI definidas por el Brasil. El primer requisito es que el programa de garantías de créditos a la exportación no tenga ningún efecto en el precio del mercado mundial. El Brasil y los Estados Unidos están de acuerdo en que el programa GSM 102 no afecta al precio del mercado mundial.²²⁹ Los otros requisitos son que las ventas realizadas con apoyo del programa GSM reemplacen en relación de 1 a 1 a la producción nacional o a las importaciones no subvencionadas y que la curva de oferta de otros suministros y la curva de demanda sean perfectamente inelásticas y no respondan al precio. En general el efecto en el precio en el mercado destinatario estará en función de la cantidad de ventas adicionales respaldadas por el programa GSM y de las elasticidades de otros suministros y de la demanda interna. En particular, a medida que la suma de las demás elasticidades de oferta y demanda se acerca al infinito, el efecto en el precio se aproxima a cero.

4.198 Evaluar con exactitud el efecto en el precio con respecto a cada producto respaldado por el programa GSM en cada mercado destinatario exigiría por tanto información sobre todas las elasticidades pertinentes de la oferta y la demanda internas, así como de la proporción de los suministros totales en cada mercado que representen las ventas amparadas por el programa GSM. Como hemos visto en otros aspectos de esta diferencia, se trata de parámetros que pueden ser sumamente controvertidos. Teniendo presente la flexibilidad de que disponemos como Árbitro para determinar un nivel de contramedidas "apropiado", y el hecho de que se trata de una subvención prohibida, hemos decidido que es oportuno utilizar las STI como una medida de la pérdida total de ingresos para productores y exportadores no estadounidenses debido al efecto en el precio, aunque reconociendo que de ese modo se podría sobrestimar la pérdida real.

Prorratio

4.199 A la luz de lo anterior, el Árbitro considera que es adecuado utilizar la metodología del Brasil para calcular los efectos de distorsión del comercio de las exportaciones amparadas por el programa GSM 102. Sin embargo, habida cuenta de que también hemos determinado que las contramedidas deben estar vinculadas, aunque no tienen que ser necesariamente equivalentes, a los efectos de distorsión del comercio causados por la medida sobre el Brasil, la cuantía de la adicionalidad y las STI deben prorratearse en función de la parte de mercado del Brasil.

4.200 Al prorratear la cuantía de la adicionalidad en función de la parte de mercado del Brasil, tenemos que distinguir entre los efectos de distorsión del comercio que se producen en el mercado interno del Brasil como consecuencia de las transacciones del programa GSM 102 en que participan deudores brasileños, y los efectos de distorsión del comercio que se producen en mercados no brasileños. El prorrateo será necesario para los efectos de distorsión del comercio que se producen en mercados no brasileños puesto que el perjuicio causado a los intereses del Brasil está relacionado con la magnitud de la participación que éste tenga en esos mercados. En este prorrateo, el Árbitro ha utilizado la participación del Brasil en las exportaciones mundiales de los productos del programa GSM 102, que por término medio es del 11,7 por ciento (véase el cuadro 1).²³⁰ Hemos utilizado la

²²⁷ Analizan el carácter razonable de esta hipótesis en la sección IV de la Prueba documental 92 presentada por los Estados Unidos.

²²⁸ El Brasil presenta una réplica de los argumentos de los Estados Unidos en el anexo 1 de su comunicación escrita ("Declaración de Sumner y Sundaram"), nota 10.

²²⁹ Véanse los párrafos 4.259 y 4.263 de la presente decisión.

²³⁰ La participación se basa en datos presentados por el Brasil procedentes de la Base de Datos Comtrade de las Naciones Unidas, que figuran en la Prueba documental 815 presentada por el Brasil, y en datos adicionales de la misma fuente sobre las exportaciones mundiales de productos comprendidos en el programa

participación del Brasil en el mercado mundial de exportaciones de los productos del programa GSM 102, y no su participación en las importaciones más la producción nacional de los países destinatarios. Utilizamos la participación en el mercado mundial y no en el mercado destinatario, en relación con los productos del programa GSM 102, debido a nuestra opinión de que la participación observada de las importaciones no estadounidenses en estos países se ha reducido en razón de la existencia de la competencia subvencionada por el programa GSM 102 y, en consecuencia, no es un coeficiente que sea apropiado aplicar. Somos también conscientes de que algunos de los efectos desfavorables en los mercados destinatarios serían absorbidos por los productores nacionales y no por los exportadores no estadounidenses como el Brasil. No obstante, es más probable que sean las importaciones no estadounidenses las que sufran el impacto de la competencia subvencionada dado que serán más sensibles a los efectos de la subvención en los precios (puesto que las elasticidades del comercio tienen normalmente una magnitud mayor que las elasticidades de la demanda y la oferta) y, por tanto, la participación del Brasil en las exportaciones mundiales es un indicador apropiado para el prorrateo.

Cuadro 1: Participación del Brasil en el comercio mundial de productos comprendidos en el programa GSM 102¹, 2006

Producto del programa GSM 102	Exportaciones del Brasil²	Exportaciones mundiales³	Participación del Brasil
Algodón	341.275.226	9.280.297.827	3,7%
Semillas oleaginosas	5.689.902.478	21.519.800.311	26,4%
Harinas proteínicas	2.440.792.339	16.945.389.808	14,4%
Cereales forrajeros	481.894.034	12.987.102.389	3,7%
Productos de maíz (fécula)	8.781.310	406.633.699	2,2%
Cueros/Pieles	2.693.441	4.257.484.051	0,1%
Sebo	19.710.974	3.606.485.104	0,5%
Arroz	59.872.132	10.158.656.158	0,6%
Carne de aves de corral	3.038.988.127	12.121.810.169	25,1%
Carne de porcino	1.010.288.388	20.653.942.499	4,9%
TOTAL	13.094.198.449	111.937.602.015	11,7%

Notas:

¹ La definición de los productos del programa GSM 102, expresada según el Sistema Armonizado (SA), procede de la Prueba documental 814 presentada por el Brasil.

² Datos facilitados por el Brasil obtenidos en la Base de Datos Comtrade de las Naciones Unidas y que figuran en la Prueba documental 815 presentada por el Brasil.

³ Datos obtenidos en la Base de Datos Comtrade de las Naciones Unidas (resumidos el 16 de junio de 2009).

4.201 Sin embargo, no será necesario un prorrateo en el caso de los efectos de distorsión del comercio que se producen en el mercado interno del Brasil, ya que los efectos los soportan en su totalidad sus productores nacionales o exportadores de terceros países. Reconocemos que en la

GSM 102. Los datos adicionales se han extraído de dicha base de datos el 16 de junio de 2009. La definición de los productos comprendidos en el programa GSM 102, expresada según el Sistema Armonizado (SA), procede de la Prueba documental 814 presentada por el Brasil.

medida en que algunos de los efectos de distorsión del comercio los soportan exportadores de terceros países, este procedimiento puede sobrestimar el perjuicio sufrido sólo por el Brasil, pero consideramos que la importancia de las exportaciones de terceros países al Brasil es pequeña en comparación con el valor de la producción nacional; por tanto, se trata de una flexibilidad que es razonable adoptar al definir "contramedidas apropiadas".

4.202 Como en el caso de la adicionalidad plena y la adicionalidad marginal, las STI otorgadas a deudores no brasileños también debe ser prorrateada, mientras que no lo serán las STI destinadas a deudores brasileños.

3. Cálculos

a) Metodología del Brasil

4.203 La metodología del Brasil implica determinar los descuentos de intereses obtenidos por deudores extranjeros solventes e insolventes sobre créditos respaldados por garantías del programa GSM 102 y calcular las ventas de exportación adicionales obtenidas por los exportadores estadounidenses como consecuencia de estos descuentos. El Brasil se refiere a los descuentos de intereses como "subvención de intereses" y a las ventas de exportación adicionales generadas por la subvención de intereses como "adicionalidad". Establece una distinción entre las ventas de exportación adicionales que tienen lugar gracias a garantías concedidas a deudores extranjeros solventes e insolventes, refiriéndose a las primeras como "adicionalidad marginal" y a las segundas como "adicionalidad plena".

4.204 Utilizando esta metodología, el Brasil calcula contramedidas anuales por valor de 1.122 millones de dólares EE.UU. Esta cuantía puede subdividirse en: i) subvención de intereses, que asciende a 211 millones de dólares EE.UU.; ii) adicionalidad marginal, que asciende a 94 millones de dólares EE.UU.; y iii) adicionalidad plena, que asciende a 817 millones de dólares EE.UU.²³¹

4.205 Los Estados Unidos alegan que la metodología del Brasil se basa en "hipótesis numerosas e incorrectas" que dan lugar a una cifra superior a la que es apropiada a tenor del párrafo 10 del artículo 4 del ESD. En las secciones siguientes nos ocuparemos de los problemas específicos, con inclusión de las críticas generales y ejemplos concretos, que a juicio de los Estados Unidos plantea la metodología del Brasil para calcular la subvención de intereses, la adicionalidad plena y la adicionalidad marginal.

4.206 Antes de hacerlo, señalamos que el Brasil aplicó inicialmente la metodología a sus estimaciones del valor de las transacciones respaldadas por las garantías de créditos a la exportación del programa GSM 102 sobre la base de cada deudor extranjero utilizando datos que estaban a disposición del público. Lo hizo así porque no tuvo acceso a datos internos del Departamento de Agricultura de los Estados Unidos (USDA). Sin embargo, posteriormente y en respuesta a una solicitud del Árbitro, los Estados Unidos aceptaron facilitar sus datos sobre las garantías de créditos a la exportación del programa GSM 102 en el ejercicio fiscal 2006.²³² El Brasil aplicó después su metodología a estos datos para calcular las STI y la adicionalidad.²³³

4.207 En segundo lugar, los cálculos iniciales del Brasil no tuvieron en cuenta si los volúmenes y desembolsos presupuestarios de productos consignados en la Lista excedían de los compromisos

²³¹ Declaración oral del Brasil, párrafo 100 y Brasil - Prueba documental 794.

²³² Respuestas de los Estados Unidos a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 50, párrafo 100. Véase asimismo Estados Unidos - Prueba documental 78.

²³³ Declaración oral del Brasil, párrafo 100. Véase asimismo Brasil - Prueba documental 794.

contraídos por los Estados Unidos en materia de subvenciones a la exportación en la OMC. Los Estados Unidos señalan correctamente que la elusión de sus compromisos en materia de subvenciones a la exportación sólo se produce con respecto a estos productos consignados en la medida en que las subvenciones a la exportación excedan de los volúmenes y desembolsos presupuestarios indicados en los compromisos de reducción estadounidenses.²³⁴ Los Estados Unidos aducen que "la constatación de que el programa GSM 102 otorgaba una subvención a la exportación afectaba a la totalidad del programa, pero cualquier cálculo de la cuantía de una subvención prohibida en este caso debe tener en cuenta necesariamente las subvenciones a la exportación permitidas en relación con los productos consignados en la Lista".²³⁵ El Brasil ha aceptado este argumento y ha efectuado el ajuste correspondiente en sus cálculos.²³⁶

i) *Subvención de intereses*

4.208 El Brasil define la subvención de intereses como el valor actual de la diferencia entre el tipo de interés al que el deudor extranjero habría podido obtener crédito de no existir garantías de créditos a la exportación del programa GSM 102 y el tipo de interés subvencionado que esas garantías posibilitan. Concretamente, el Brasil calcula la subvención midiendo, a lo largo del plazo del préstamo garantizado, la diferencia entre el flujo de pagos descontados de un deudor específico con arreglo a las condiciones obtenidas con una garantía de crédito a la exportación del programa GSM 102, y el flujo de pagos descontados hipotético que podría haberse obtenido de no existir la garantía de crédito a la exportación del programa GSM 102, sin las comisiones del programa.²³⁷

4.209 El Brasil aplica la "fórmula de Ohlin" para calcular la tasa de subvención correspondiente a cada deudor extranjero. La fórmula de Ohlin calcula el valor actual de la diferencia del tipo de interés de un prestatario debida a las condiciones de la garantía del préstamo GSM 102, sin las comisiones de garantía, utilizando como factor de descuento un tipo de interés hipotético de mercado.²³⁸ El Brasil alega que la fórmula de Ohlin se utiliza ampliamente para realizar cálculos del valor actual en la economía agraria.²³⁹ El cálculo se realiza de la siguiente manera:

$$S = 100 * \left(1 - \frac{g}{r}\right) * \left(1 - \frac{\frac{1}{\left(1 + \frac{r}{a}\right)^{aG}} - \frac{1}{\left(1 + \frac{r}{a}\right)^{aT}}}{r(T - G)}\right) - f$$

donde:

S = tasa de subvención, es decir, el valor actual de la diferencia del tipo de interés entre condiciones garantizadas y de mercado;

T = plazo de la garantía (en años), es decir, plazo o vencimiento;

G = período de gracia (en años);

f = comisión del exportador (en por ciento de la garantía de crédito a la exportación del programa GSM 102);

²³⁴ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 20.

²³⁵ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 86.

²³⁶ Comunicación escrita del Brasil, párrafo 118. Véase asimismo Brasil - Prueba documental 794.

²³⁷ Documento sobre metodología del Brasil, párrafo 8.

²³⁸ Documento sobre metodología del Brasil, párrafo 9.

²³⁹ Documento sobre metodología del Brasil, nota 13.

a = pagos parciales (en pagos por año);

g = tipo de interés (en por ciento) con una garantía de crédito a la exportación del programa GSM 102;

r = tipo de descuento anual (tipo de interés del mercado, es decir, tipo ajustado al riesgo del importador).

4.210 Como puede verse en la fórmula, esto exige que el Brasil calcule el tipo de interés hipotético de mercado que habrían exigido los prestamistas comerciales a los deudores extranjeros en caso de no existir una garantía de crédito a la exportación del programa GSM 102.

4.211 En la metodología del Brasil el tipo de interés del mercado consta de una prima basada en el riesgo y del tipo de interés de referencia sin riesgo que se basa en el tipo de interés interbancario del mercado de capitales de Londres ("LIBOR").²⁴⁰ Describe cuatro etapas intermedias para determinar el tipo de interés del mercado: i) identificar una metodología para calcular tipos de interés del mercado; ii) separar los deudores solventes de los insolventes; iii) identificar calificaciones de riesgo crediticio para deudores extranjeros que han obtenido calificación de solvencia y utilizar una metodología para asignar calificaciones de riesgo crediticio a deudores extranjeros no calificados; y iv) calcular el tipo de interés del mercado por clases de solvencia de los prestatarios.²⁴¹

4.212 Según el Brasil, la metodología que utiliza para calcular el tipo de interés del mercado es una que emplea el Departamento de Comercio de los Estados Unidos ("USDOC") en los procedimientos en materia de derechos compensatorios. Dice que el enfoque del USDOC parte de la premisa de que el rendimiento que espera obtener un prestamista de todos los préstamos debe ser igual²⁴², lo que significa que el tipo de interés del mercado será superior cuanto mayor sea el riesgo del prestatario. Además, el Brasil afirma que el enfoque obliga a distinguir entre dos grupos de riesgo: prestatarios solventes y prestatarios insolventes.²⁴³

4.213 En los casos en que un deudor extranjero ha recibido una calificación crediticia, el Brasil simplemente utiliza esa calificación para asignar al deudor al correspondiente grupo de riesgo crediticio. Sin embargo, no todos los deudores extranjeros tienen una calificación de los organismos de calificación crediticia. Tratándose de deudores extranjeros no calificados procedentes de países en los que al menos un deudor aprobado por la CCC ha obtenido la calificación, el Brasil considera que esos deudores extranjeros no calificados están, por término medio, un escalón por debajo del deudor que ha obtenido la peor calificación en ese país. En el caso de deudores extranjeros procedentes de países en los que ni un solo deudor extranjero aprobado por la CCC ha recibido una calificación crediticia, el Brasil asigna los índices de solvencia.

4.214 La asignación se realiza determinando en primer lugar promedios de riesgo crediticio por país para aquellos países que tienen al menos un deudor extranjero con calificación. El Brasil obtiene la probabilidad media de impago en cada país: i) sumando la probabilidad de impago de cada deudor extranjero calificado y no calificado y ii) dividiendo el resultado por el número total de deudores aprobados por la CCC para ese país. Esta probabilidad media de impago se atribuye al grupo de riesgo crediticio pertinente en la escala numérica de crédito de 1 a 18 para calcular un riesgo crediticio medio de los deudores por país.

²⁴⁰ Documento sobre metodología del Brasil, párrafo 11.

²⁴¹ Documento sobre metodología del Brasil, párrafo 18.

²⁴² Documento sobre metodología del Brasil, párrafo 19.

²⁴³ Documento sobre metodología del Brasil, párrafo 21.

4.215 En una segunda fase, el Brasil calcula la probabilidad de impago de bancos comerciales extranjeros en países deudores no calificados, utilizando información de riesgos comerciales específicos en países en los que hay al menos un deudor extranjero con calificación de solvencia. El Brasil determina el diferencial de riesgo crediticio entre el promedio de los riesgos de los bancos con calificación y el riesgo país correspondiente a cada país que tiene al menos un deudor con calificación de solvencia. El Brasil afirma que los datos indican que un banco con calificación de solvencia se encuentra, por término medio, tres "escalones" de riesgo crediticio por debajo del riesgo soberano del país en que está domiciliado. De manera congruente con su enfoque anterior de que, en caso de ser evaluados, los deudores extranjeros no calificados recibirían por término medio una calificación de solvencia que está un escalón por debajo del deudor que ha obtenido la peor calificación en un país, el Brasil considera que los deudores no calificados en países no calificados tienen una calificación crediticia inferior en cuatro escalones al riesgo soberano.

4.216 Para separar a los prestatarios insolventes de los solventes, el Brasil utiliza la información sobre calificaciones crediticias procedente de Fitch, Moody's y S&P que figura en Bankscope. Explica que Bankscope no es en sí misma una agencia de calificación, pero combina datos procedentes de distintos organismos de calificación.²⁴⁴ Utiliza esta información para clasificar a las empresas y los Estados soberanos en una escala de 18 escalones, con una clasificación numérica de 1 para el riesgo crediticio mínimo y de 18 para el riesgo crediticio máximo. Utiliza como umbral entre solvencia e insolvencia una calificación de "10" en la escala numérica de 18 puntos. El Brasil clasifica como insolventes a los prestatarios que tienen una calificación de 11 (que corresponde a calificaciones de solvencia de BB+ o Ba1 en las escalas de S&P y Moody's, respectivamente) o peor.

4.217 El Brasil justifica la utilización de este umbral diciendo que los prestatarios con una calificación de 11 o peor son designados normalmente "de calidad inferior". Dice que el umbral convencional entre solvencia e insolvencia es una calificación de 10 en la escala numérica de 18 puntos. Afirma que Moody's distingue entre nivel "primera calidad" y nivel "calidad inferior" ("basura" o "especulativo") y emplea como umbral una calificación numérica de 10.²⁴⁵

4.218 El Brasil utiliza esta información para calcular el tipo de interés del mercado que se asignará a las distintas clases crediticias de prestatarios. Este tipo de interés del mercado está constituido por un tipo de interés sin riesgo y una prima de riesgo. Para el ejercicio fiscal 2006 el Brasil aplica un tipo de interés sin riesgo del 5,18 por ciento. En la metodología del Brasil la prima de riesgo depende de las probabilidades de impago de los deudores extranjeros. El Brasil obtiene las probabilidades acumulativas de impago de un estudio de Moody's de tasas de impago históricas de emisores de bonos de sociedades en el período 1983-2005. Subdivide el grupo de deudores solventes para reflejar el riesgo crediticio de cada uno de ellos. En lugar de asignar el mismo tipo de interés de mercado a todos los prestatarios solventes, el Brasil desglosa los deudores solventes en 10 grupos distintos para reflejar el riesgo crediticio real de cada uno de los prestatarios solventes. No obstante, respecto de los deudores a los que clasifica como insolventes, el Brasil aplica una única probabilidad de impago que corresponde al grupo al que corresponde una calificación de 18.

4.219 La aplicación de la metodología del Brasil arroja una estimación de la subvención de intereses de 211 millones de dólares EE.UU. para el ejercicio fiscal 2006. La tasa de subvención estimada por deudor varía entre un mínimo del 0 por ciento (para los bancos coreanos) y un máximo del 29,24 por ciento para un deudor mexicano, con un promedio ponderado (utilizando como factor de ponderación la parte correspondiente a cada deudor del valor total de las transacciones respaldadas por el programa GSM 102) del 21,2 por ciento para todos los deudores.

²⁴⁴ Comunicación escrita del Brasil, párrafo 163.

²⁴⁵ Documento sobre metodología del Brasil, nota 35.

Argumentos de las partes

4.220 Los Estados Unidos alegan que la metodología del Brasil para imputar riesgos a los deudores extranjeros no conlleva una investigación razonable de los deudores y da como resultado estimaciones de riesgo exageradas. Los Estados Unidos objetan que se utilicen exclusivamente calificaciones de organismos de calificación del crédito como base para clasificar el riesgo de diversos deudores extranjeros. También ponen en duda el método del Brasil para asignar calificaciones a los deudores extranjeros no calificados. Alegan que, como consecuencia de estas asignaciones incorrectas del riesgo, la estimación de la subvención de intereses y los cálculos de la adicionalidad marginal y plena son demasiado elevados. Los Estados Unidos citan seguidamente ejemplos de bancos extranjeros, que fueron clasificados como insolventes por la metodología del Brasil (una calificación numérica peor que 10), pero que pudieron obtener crédito en mercados de crédito ordinarios.²⁴⁶

4.221 Los Estados Unidos ponen en entredicho la afirmación del Brasil de que aplicaba la metodología del USDOC para calcular la subvención de intereses, y alegan en cambio que el Brasil ha interpretado y aplicado erróneamente el enfoque del USDOC. Según los Estados Unidos, el Departamento de Comercio aplica la fórmula del rendimiento previsto para reconstruir un tipo interés hipotético de mercado únicamente si se determina primero, tras un análisis detallado de los estados financieros, que la empresa concreta que se examina es "insolvente".²⁴⁷ La definición del Departamento de Comercio de "prestatario insolvente" no incluye a todos los prestatarios que tienen una calificación de solvencia inferior a la primera calidad, sino al prestatario que el Departamento determina, tras un análisis minucioso de la solidez financiera del prestatario y su capacidad para el servicio de la deuda, que no puede obtener financiación de fuentes comerciales convencionales. La determinación de solvencia efectuada por el Departamento de Comercio se basa en varios factores, como la recepción de préstamos comerciales a largo plazo, la solidez financiera actual y anterior de la empresa, la capacidad de la empresa para sufragar sus costos y satisfacer sus obligaciones financieras fijas, y elementos indicativos de la posición financiera futura de la empresa.²⁴⁸

4.222 Por otra parte, los Estados Unidos dicen que el Brasil no ha hecho ningún intento para discernir préstamos comerciales comparables obtenidos por cualquiera de los deudores durante el período pertinente, ni ha intentado tener en cuenta promedios nacionales de los tipos de interés en su afirmación de que los deudores son insolventes. Por el contrario, el Brasil supone que todo prestatario con una calificación numérica de 10 o peor es insolvente. Sin embargo, según los Estados Unidos, el conjunto de prestatarios que no puede obtener financiación de fuentes comerciales convencionales es esencialmente distinto del conjunto de prestatarios que pueden obtener financiación de fuentes comerciales convencionales pero simplemente no a tipos aplicables a obligaciones de primera calidad. Estos últimos prestatarios son solventes por definición; simplemente no tienen una solvencia de primera calidad.²⁴⁹ Dicen que en la propia comunicación escrita del Brasil se reconoce que las expresiones "calidad inferior" o "calidad especulativa" no son sinónimas de "insolvente" y que por tanto los mercados de capitales no dan el mismo sentido de insolvencia absoluta que da el Brasil a una calificación peor que 10.²⁵⁰

4.223 Por último, los Estados Unidos alegan que el análisis que han hecho de las publicaciones académicas sobre garantías de créditos a la exportación indica que la metodología del Brasil es

²⁴⁶ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 151-153.

²⁴⁷ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 157.

²⁴⁸ Respuestas de los Estados Unidos a las preguntas formuladas por los Árbitros, pregunta 53, párrafo 128.

²⁴⁹ Respuestas de los Estados Unidos a las preguntas formuladas por los Árbitros, pregunta 53, párrafo 128.

²⁵⁰ Respuestas de los Estados Unidos a las preguntas formuladas por los Árbitros, pregunta 51, párrafo 107.

insostenible. Esa metodología se basa en una subvención de intereses de más del 20 por ciento, pero la escala de posibles subvenciones de intereses que figura en las publicaciones descritas en la Prueba documental 92 de los Estados Unidos comienza en cerca de cero y tiene un máximo de menos del 11 por ciento.²⁵¹

4.224 El Brasil defiende su método para asignar riesgos a los deudores extranjeros que utilizaron garantías de créditos a la exportación del programa GSM 1002 en el ejercicio fiscal 2006. Señala que los Estados Unidos no critican la ecuación de Ohlin y que han utilizado ellos mismos la fórmula.²⁵² Justifica la utilización de información de organismos de calificación crediticia -Fitch, Moody's y S&P- para determinar la calidad crediticia de los distintos deudores extranjeros. Se trata de organismos de calificación reconocidos por la Comisión de Bolsa y Valores de los Estados Unidos como organizaciones de calificación estadística reconocidas a nivel nacional.²⁵³ Al formarse sus opiniones sobre la calidad crediticia de un determinado deudor, los organismos de calificación emplean a analistas y utilizan modelos para evaluar la situación financiera, los resultados de funcionamiento, las fuentes de financiación, la calidad de los activos, las estrategias de gestión de riesgos y las políticas.²⁵⁴

4.225 El Brasil sostiene que están justificadas las hipótesis en que se basa su asignación de calificaciones: i) a deudores no calificados en "países con deudores calificados" y ii) a deudores no calificados en "países con deudores no calificados". Aduce que los propios bancos solicitan calificaciones. Un banco fuerte desearía que su fortaleza financiera se hiciera pública o que se indicara a la población inversora o acreedora en general. Si el banco opta por no utilizar un mecanismo fiable de indicación de la calidad cuando hay uno disponible, un acreedor prudente, al calibrar los riesgos crediticios, considerará que ese banco es menos solvente que un banco que ha optado por indicarlo. Puesto que no sabrá por qué razón el banco no calificado ha decidido no obtener una calificación, el acreedor prudente supondrá lo peor: que el banco no calificado teme que recibiría una calificación desfavorable frente a sus competidores. En estas circunstancias, su utilización de un diferencial de un solo escalón entre los bancos no calificados y el banco aprobado por la CCC que ha obtenido la peor calificación en un país no da lugar a contramedidas inapropiadas o desproporcionadas.²⁵⁵ Defiende también el enfoque que ha adoptado respecto a la situación en que un deudor no calificado procede de un país en el que no hay ningún deudor extranjero aprobado por la CCC que haya sido calificado. En este caso se asigna al deudor una calificación cuatro "escalones" inferior al riesgo soberano, pero esto se plantea por la adopción de lo que el Brasil describe como "pasos objetivos".²⁵⁶

4.226 El Brasil explica su elección de la calificación numérica de 10 para diferenciar entre deudores solventes e insolventes como una práctica de aplicación generalizada en los mercados de capitales.²⁵⁷ El Brasil cita estudios especializados, facilitados por los organismos de calificación Fitch, Moody's y S&P, que pretenden demostrar cómo diferencian los organismos entre bonos y otros títulos de deuda "de primera calidad" y "especulativos".²⁵⁸ Explica que la expresión "primera calidad" (o "calidad inversión") se refería antiguamente a los bonos y otros títulos de deuda que los reguladores bancarios y los participantes en el mercado consideraban inversiones idóneas para las instituciones financieras. Actualmente la expresión se utiliza ampliamente para designar a los emisores y las emisiones con niveles relativamente altos de solvencia y calidad crediticia. En cambio, las expresiones "de calidad

²⁵¹ Estados Unidos - Prueba documental 92.

²⁵² Comunicación escrita del Brasil, párrafo 201.

²⁵³ Comunicación escrita del Brasil, nota 126.

²⁵⁴ Respuestas del Brasil a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 25, párrafo 271.

²⁵⁵ Comunicación escrita del Brasil, párrafo 178.

²⁵⁶ Comunicación escrita del Brasil, párrafo 179.

²⁵⁷ Comunicación escrita del Brasil, párrafo 184.

²⁵⁸ Comunicación escrita del Brasil, nota 152.

inferior" (o "no apto para inversión") o "especulativo" se refieren generalmente a títulos de deuda en los que el emisor tiene actualmente capacidad de reembolso pero se enfrenta a importantes incertidumbres, tales como circunstancias empresariales o financieras desfavorables, que podrían afectar al riesgo crediticio.²⁵⁹ Basándose en estas referencias, el Brasil determina que el término "primera calidad" haría referencia a calificaciones numéricas de 10 o mejores y que el término "especulativo" correspondería a calificaciones numéricas de 11 y peores.

4.227 El Brasil rechaza la acusación de que está aplicando erróneamente la metodología del USDOC. En primer lugar, aduce que el hecho de que el USDOC aplique su metodología para calcular un tipo de interés hipotético de mercado únicamente para deudores extranjeros insolventes no demuestra que su utilización en el caso de deudores solventes dé lugar a contramedidas inapropiadas y desproporcionadas.²⁶⁰

4.228 En segundo lugar, se opone al argumento de los Estados Unidos de que el Brasil debería haber utilizado, para hacer evaluaciones de la solvencia de los deudores extranjeros, algún elemento de la metodología del USDOC basado en un análisis detallado de los estados financieros y en la posibilidad de que el deudor hubiera obtenido préstamos sin las garantías del gobierno. Da varias razones para ello. En primer lugar, la utilización de información financiera procedente de los balances de la institución financiera emisora no indicará si ese prestatario ha podido obtener un crédito que sea equivalente al respaldado por el programa GSM 102.²⁶¹ El Brasil describe el crédito previsto en el programa GSM 102 como expresado en dólares de los Estados Unidos, no garantizado y a largo plazo con plazos de vencimiento de 3 años.²⁶² Afirmó que había analizado 24 ejemplos dados por los Estados Unidos y demostró que para ninguno de los ejemplos aplicables podía encontrarse un préstamo realmente equivalente.²⁶³ En segundo lugar, el Brasil aduce que la capacidad para obtener un solo préstamo no convierte a un deudor insolvente en solvente. Cita al propio USDOC diciendo que el hecho de que un declarante haya conseguido un único préstamo comercial no es una prueba concluyente de que la empresa sea solvente.²⁶⁴ Por último, a diferencia de la autoridad investigadora en un procedimiento estadounidense en materia de derechos compensatorios, que puede tener facultades para exigir a los declarantes una información que permita analizar sus distintos préstamos (así como la facultad de inferir conclusiones desfavorables si no se responde a sus solicitudes), el Brasil dice que no tiene la facultad de obtener la información pertinente de los deudores extranjeros al preparar su metodología.²⁶⁵

4.229 Al mismo tiempo, el Brasil alega que su enfoque es flexible y que el Árbitro puede efectuar los ajustes necesarios del cálculo de la subvención de intereses.²⁶⁶ El método mediante el cual se determinan los tipos de interés del mercado al alcance de los prestatarios solventes puede rectificarse si se dispone de información fiable de otra fuente sobre el tipo de interés. El umbral para distinguir los deudores solventes de los insolventes se puede ajustar, por ejemplo, eligiendo un umbral de 14 en lugar de 10. A los prestatarios no calificados se les puede dar la misma calificación que al banco aprobado por la CCC que tiene la peor calificación en el país. Por último, el método podría ajustarse, en caso necesario, para incluir una "ponderación" del cálculo de la adicionalidad plena a fin de

²⁵⁹ Comunicación escrita del Brasil, nota 152.

²⁶⁰ Comunicación escrita del Brasil, párrafo 193.

²⁶¹ Declaración del Profesor Rangarajan K. Sundaram sobre el programa GSM 102, Brasil - Prueba documental 793, párrafo 43.

²⁶² Declaración del Profesor Rangarajan K. Sundaram sobre el programa GSM 102, Brasil - Prueba documental 793, párrafo 42.

²⁶³ Declaración del Profesor Rangarajan K. Sundaram sobre el programa GSM 102, Brasil - Prueba documental 793, párrafo 58.

²⁶⁴ Comunicación escrita del Brasil, párrafo 192.

²⁶⁵ Comunicación escrita del Brasil, párrafo 191.

²⁶⁶ Declaración del Profesor Rangarajan K. Sundaram sobre el programa GSM 102, Brasil - Prueba documental 793, párrafo 49.

rectificar la repercusión de la evaluación de solvencia correspondiente a los deudores no calificados a los que se ha asignado una calificación de 11 o inferior.²⁶⁷

4.230 Por último, el Brasil no está de acuerdo con las conclusiones de los Estados Unidos sobre los estudios empíricos relativos a la subvención de intereses. En primer lugar, da a entender que los Estados Unidos están comparando "manzanas y naranjas". El análisis del Brasil de la subvención de intereses se refiere a datos de un año único y reciente (el ejercicio fiscal 2006), mientras que los estudios que citan los Estados Unidos utilizan períodos muy diferentes, que en su mayoría terminan a mediados de los años noventa.²⁶⁸ Alega que la utilización de períodos diferentes afecta de manera fundamental a los resultados porque el tipo de interés sin riesgo varió considerablemente a lo largo de los tres últimos decenios. Además, los cálculos del Brasil de la subvención de intereses se han hecho a nivel de cada deudor, en tanto que todos los estudios citados por los Estados Unidos utilizan información a nivel soberano. La aplicación por el Brasil de la metodología del tipo de interés a datos del ejercicio fiscal 2006 afecta a deudores de 17 países, mientras que dos estudios analizados por los Estados Unidos se ocupan de cinco y seis mercados de importación, respectivamente. En segundo lugar, el Brasil alega que los Estados Unidos se equivocan al afirmar que en ningún estudio anterior se han observado tasas de subvención de la magnitud de la del cálculo del Brasil. Como ejemplos en sentido contrario cita cinco estudios en los que se observan estimaciones de subvención de intereses equivalentes o superiores a las que el Brasil calcula.²⁶⁹

Análisis del Árbitro

4.231 Comenzaremos nuestro análisis reiterando que la subvención de intereses representa una aproximación de los efectos que tienen en los precios las garantías de créditos a la exportación del programa GSM 102. Nuestro propósito, al establecer con alguna precisión la magnitud de las STI, consiste en poder verificar la cuantía de los efectos en los precios de las garantías de créditos a la exportación, en el mercado del Brasil y en otros mercados, respecto de los productos comprendidos en el programa GSM 102.

4.232 Con arreglo a la metodología del Brasil, la subvención de intereses se calcula como la diferencia entre el tipo de la CCC y un interés de mercado hipotético, teniendo en cuenta el diferente plazo de los préstamos y las comisiones que se cobran. Los préstamos garantizados por el programa GSM 102 varían en cuanto a su plazo. Entre los 91 deudores incluidos en la muestra del Brasil, 55 tienen préstamos con un plazo de tres años; 25 deudores tienen préstamos con un plazo medio de dos años; y 11 tienen préstamos con un plazo medio de un año. Esto significa que las diferentes formas de pago tienen que hacerse comparables actualizando cada cuota a su valor presente, y el Brasil utiliza para ello la fórmula de Ohlin. El Árbitro observa que, aunque los Estados Unidos impugnan numerosos aspectos de la metodología del Brasil para el cálculo de la subvención de intereses, no oponen objeciones a la fórmula de Ohlin.

4.233 La metodología del Brasil exige un cálculo del tipo de interés de mercado hipotético que el prestatario habría tenido que pagar a un prestamista privado de no existir el programa GSM 102. Para ello, el Brasil necesita hallar una metodología que permita determinar el riesgo crediticio de los diversos deudores extranjeros, ya que el tipo de interés de mercado hipotético variará en función del grado de riesgo del prestatario. Esta característica del mercado crediticio responde al comportamiento racional de los prestamistas, que tienen que aplicar tipos de interés más elevados a los deudores de mayor riesgo para compensar el riesgo que han de asumir. Más precisamente, el prestamista neutral en cuanto al riesgo fija el precio del crédito para cada prestatario de tal modo que el rendimiento previsto de cada préstamo, o respecto de cada prestatario, sea igual. Esta regla de fijación de precios

²⁶⁷ Respuestas del Brasil a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 25, párrafo 291.

²⁶⁸ Respuestas del Brasil a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 94, párrafo 159.

²⁶⁹ Respuestas del Brasil a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 94, párrafo 164.

es un requisito necesario para que el prestamista pueda maximizar los beneficios previstos. También se basa en ella el método del USDOC para determinar los tipos de interés de mercado hipotéticos, aunque sólo se aplica a los deudores que, según determina el USDOC, no son solventes. De hecho, los Estados Unidos han censurado al Brasil por aplicar la metodología del USDOC también a deudores solventes. Pero la regla de fijación de precios tiene una aplicación mucho más general, puesto que la emplean los prestamistas que procuran maximizar los beneficios previstos. El Árbitro, por lo tanto, está de acuerdo con el Brasil en que no hay ninguna razón que impida aplicar a los deudores solventes el método del USDOC para determinar el tipo de interés hipotético de mercado.

4.234 A juicio del Árbitro, la cuestión fundamental respecto de la metodología del Brasil para el cálculo de la subvención de intereses es si la imputación de riesgo a los deudores extranjeros es exacta, y si por tanto da lugar a una estimación correcta de la subvención de intereses.

4.235 La metodología del Brasil para la imputación del riesgo se basa en gran medida en las calificaciones que proporcionan organismos internacionales de calificación del crédito: Fitch, Moody's y S&P. De los 91 deudores incluidos en los cálculos del Brasil, 56 tienen calificaciones de organismos internacionales de calificación del crédito. El Árbitro observa que Fitch, Moody's y S&P son empresas de calificación del crédito prestigiosas a las que recurren los mercados crediticios para evaluar el grado de riesgo de los deudores. Los emisores de deuda pagan por los servicios de esos organismos para calificar su solvencia. El Árbitro estima que este criterio ofrece una gran ventaja, ya que la atribución de riesgo a los deudores extranjeros se basa en decisiones adoptadas por terceros especializados que se dedican a la actividad de determinar el grado de riesgo de los emisores de deuda.

4.236 Los Estados Unidos han argumentado en favor de un enfoque por el que el grado de riesgo de los deudores extranjeros se determine sobre la base de un análisis detallado de los estados financieros, y considerando si el deudor habría podido obtener préstamos sin garantías gubernamentales. Este argumento parece apuntar a la cuestión de cómo distinguir entre los deudores solventes y los que no lo son, a la que el Árbitro se referirá más adelante. Pero el argumento podría aplicarse también a la cuestión más general de la forma de determinar el tipo de interés de mercado hipotético. El experto del Brasil ha confirmado en su testimonio las dificultades que existen para conseguir la información necesaria cuando se trata de efectuar esa evaluación a partir de balances o estados financieros de instituciones financieras.²⁷⁰ El Árbitro coincide con esta evaluación. Los préstamos obtenidos por la institución financiera tienen que ser comparables a los suministrados por el programa GSM 102, es decir, deben estar expresados en dólares, no tener garantías y ser de largo plazo. Sólo en ese caso pueden servir los tipos de interés de esos préstamos como referencia de mercado respecto de los préstamos obtenidos con la garantía del programa GSM 102. Pero no parece haber un medio que permita proceder así sistemáticamente respecto de todos los deudores de la muestra del Brasil sobre la base de información financiera a disposición del público.

4.237 La asignación de riesgo crediticio a los deudores extranjeros no está tomada en todos los casos de los organismos de calificación del crédito. Entre los 91 deudores incluidos en los cálculos del Brasil, sólo 56 tienen calificación de tales organismos, mientras que 36 no están calificados. Pero para que el Brasil pueda efectuar el cálculo de la subvención de intereses es preciso asignar calificaciones a estos deudores. El criterio expuesto por el Brasil obliga a formular juicios. Como ya se ha explicado, para los países en que hay por lo menos 1 deudor aprobado por la CCC ("países con deudores calificados"), el Brasil aplica una regla de decisión que asigna a los deudores no calificados una calificación situada un escalón por debajo de los deudores con peor calificación existentes en el país. Esto se aplica a 35 de los 36 deudores no calificados. Para los deudores de países en que no hay ningún deudor extranjero calificado y aprobado por la CCC ("países con deudores no calificados"), la

²⁷⁰ Declaración del Profesor Rangarajan K. Sundaram sobre el programa GSM 102, Brasil - Prueba documental 793, párrafos 41-44, y su apéndice.

regla de decisión seguida por el Brasil asigna una calificación situada cuatro escalones por debajo de la calificación soberana. Esto se aplica solamente a 1 deudor no calificado, del Perú.

4.238 El Árbitro está de acuerdo con la explicación del Brasil sobre estas reglas. A juicio del Árbitro, una calificación crediticia es un instrumento de "señalización" que permite al deudor indicar al mercado, de modo convincente, la calidad de su crédito. Si el deudor opta por no hacerlo, cuando se cuenta con el instrumento de señalización, es prudente tratar a ese deudor como menos solvente que otros que atienden el mismo mercado y han optado por obtener una calificación. Por consiguiente, la regla de decisión adoptada por el Brasil para los "países con deudores calificados", consistente en asignarles una calificación crediticia situada un escalón por debajo de los deudores peor calificados de ese país, es razonable y prudente. En lo que respecta a los deudores de países con deudores no calificados, el Árbitro considera esa medida como una extensión del criterio aplicado por el Brasil a los deudores de países con deudores calificados. El Brasil pregunta: ¿cuál es la diferencia media de calificación crediticia entre los deudores soberanos y los que tienen la peor calificación en los países con deudores calificados? La respuesta resulta ser igual a tres grados de calificación crediticia. Como los deudores extranjeros no calificados reciben, por término medio, una calificación crediticia situada un escalón por debajo de los deudores peor calificados del mismo país, el Brasil asigna a los deudores no calificados de países no calificados una calificación crediticia situada cuatro escalones por debajo del riesgo soberano.

4.239 La segunda cuestión importante que se deriva de la imputación de riesgo es la clasificación de los deudores en prestatarios solventes y no solventes. El Árbitro observa que esta clasificación de los prestatarios también se efectúa en la metodología del USDOC. Lo que preocupa al Árbitro es si el umbral de calificación crediticia escogido por el Brasil para diferenciar a los deudores solventes de los no solventes es el correcto. El Brasil defiende ese nivel de umbral de solvencia alegando que los organismos internacionales de calificación crediticia distinguen entre "primera calidad" y "calidad inferior". Esto supondría una calificación numérica de 10 como umbral entre los prestatarios solventes y los no solventes.

4.240 Ahora bien, sobre la base de la explicación presentada por el Brasil, y como también han señalado los Estados Unidos²⁷¹, la calidad inferior se refiere a "títulos de deuda cuyo emisor está actualmente en condiciones de efectuar el reembolso pero se enfrenta con incertidumbres importantes, tales como circunstancias financieras o empresariales desfavorables, que pueden afectar al riesgo crediticio".²⁷² Esta descripción no parece, por cierto, equivalente a la caracterización hecha por el Brasil de los deudores no solventes como "aquellos prestatarios que de otro modo no habrían podido obtener ningún crédito en el mercado"²⁷³ o como "aquellos deudores extranjeros que no habrían podido obtener un crédito comparable (es decir, un préstamo en moneda extranjera por 24 a 36 meses no garantizado) sin la garantía del programa GSM 102".²⁷⁴ Otro modo de considerar la pertinencia de ese umbral es examinar las probabilidades de impago calculadas por Moody's para los deudores con distintas calificaciones de riesgo crediticio (véase el cuadro 2). Estas probabilidades de impago son un aspecto importante de la metodología del Brasil para calcular el tipo de interés de mercado hipotético. Para los prestatarios con calificación numérica de 11 (que se clasificarían como no solventes si se adoptara el umbral de 10 adoptado por el Brasil), la probabilidad de impago en tres años es del 3,567 por ciento. (El análisis podría aplicarse igualmente a las probabilidades de impago con plazos de dos años y de un año, pero los préstamos con plazo de 3 años son los más frecuentes.) Esto significa que, en los tres años de duración del préstamo, hay una probabilidad de 1 en 28 de que el deudor incurra en impago. En cambio, la probabilidad de impago de los prestatarios peor

²⁷¹ Respuestas de los Estados Unidos a las preguntas de los Árbitros, pregunta 96, párrafo 41.

²⁷² Comunicación escrita del Brasil, nota 152.

²⁷³ Documento sobre metodología del Brasil, párrafo 40.

²⁷⁴ Observaciones del Brasil sobre las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 96, párrafo 120.

calificados (los que tienen una calificación numérica de 18) es del 43,498 por ciento. Esto significa que en los tres años de duración del préstamo tomado por esos deudores hay una probabilidad de 1 en 2 de que incurran en impago. A juicio del Árbitro, esto representa una diferencia significativa en las probabilidades de impago. La adopción de un umbral de 10 daría lugar probablemente a una estimación demasiado elevada de la subvención de intereses, ya que la metodología del Brasil exige que se asigne a los deudores con calificación de 11 o inferior una probabilidad de impago equivalente a la de los deudores peor calificados.

Cuadro 2: Probabilidad acumulativa de impago (Moody's)²⁷⁵

Calificación		Probabilidad acumulativa de impago		
Literal	Numérica	1 año	2 años	3 años
AAA	1	0,000	0,000	0,000
AA+	2	0,000	0,000	0,000
AA	3	0,000	0,011	0,048
AA-	4	0,019	0,040	0,078
A+	5	0,003	0,091	0,241
A	6	0,026	0,082	0,224
A-	7	0,037	0,175	0,358
BBB+	8	0,166	0,449	0,794
BBB	9	0,161	0,466	0,883
BBB-	10	0,335	0,965	1,680
BB+	11	0,753	2,006	3,567
BB	12	0,780	2,297	4,309
BB-	13	2,069	5,749	10,151
B+	14	3,223	8,701	14,360
B	15	5,457	12,511	18,535
B-	16	10,460	19,782	28,532
CCC+	17	20,982	33,367	43,498
CCC-C	18	20,982	33,367	43,498

Fuente: Prueba documental 36 de Hamilton, David, Praveen Varma, Sharon Ou y Richard Conato, "Moody's Special Comment on Default and Recovery Rates of Corporate Bond Issuers, 1920-2005", enero de 2006, revisado en marzo de 2006 (Brasil - Prueba documental 699 ("Informe especial de Moody's (Hamilton, Varma, Ou y Conator, 2006)").

4.241 Para asegurarse de que la imputación de riesgo no dé lugar a un cálculo exagerado de las subvenciones de intereses, el Árbitro ha decidido llevar el umbral a 14. El Árbitro observa que un deudor calificado un escalón por debajo de este umbral tiene una probabilidad de impago en tres años del 18,535 por ciento. Esto se traduce en una probabilidad de impago de 1 en 5 durante un lapso de tres años, sensiblemente más próxima a la probabilidad de los deudores peor calificados. Al efectuar esta modificación, el Árbitro señala que el Brasil ha recalcado en varias oportunidades la flexibilidad de su metodología, lo que permite al Árbitro modificar algunos de los supuestos asignándoles valores

²⁷⁵ El cuadro 2 se ha tomado de la Prueba documental 794 presentada por el Brasil.

que considere más apropiados.²⁷⁶ Esta modificación tiene como resultado que 52 de los 91 deudores extranjeros se consideren solventes, en lugar de sólo 10 de ellos cuando el umbral estaba fijado en 10.

4.242 Por último, el Árbitro se referirá a la bibliografía económica sobre el cálculo de las subvenciones de intereses que han citado el Brasil y los Estados Unidos. Los Estados Unidos alegan que esa bibliografía no da apoyo al cálculo de la subvención de intereses hecho por el Brasil, pues su examen de la bibliografía indica que la subvención de intereses se sitúa entre un 0 y un 11 por ciento. El Brasil ha discutido la pertinencia de esos estudios a los efectos de sus cálculos, alegando que se refieren a distintos períodos de tiempo y distintos programas de garantía de créditos y que no están calculados a nivel de los deudores. A su vez, el Brasil cita cinco estudios en los que, según alega, se calculan subvenciones de intereses iguales o mayores que las que el Brasil ha calculado para el programa GSM 102.²⁷⁷ Sin embargo, los Estados Unidos también discuten la pertinencia de esos estudios porque consideran períodos de tiempo diferentes, algunos de los programas evaluados no son de garantía de créditos, y en algunos no se emplea la fórmula de Ohlin.²⁷⁸

4.243 El Árbitro estima que el examen de la bibliografía llevado a cabo por las partes, aunque ilustrativo, no es determinante respecto de la cuestión concreta que el Árbitro tiene planteada, que es si la metodología del Brasil para el cálculo de la subvención de intereses da lugar a una estimación exagerada de esa subvención. La principal dificultad para extraer cualquier conclusión firme del examen de la bibliografía reside en la comparación entre cosas de diferente naturaleza, como de hecho ambas partes han destacado. Los estudios citados por las partes utilizan diferentes métodos para el cálculo de la subvención de intereses; se han llevado a cabo en períodos diferentes; abarcan diferentes países, diferentes sectores de productos y diferentes programas de garantía.

4.244 Habida cuenta de que el efecto en los precios (reflejado, para los fines de nuestros cálculos, en la subvención de intereses) forma parte de los efectos de distorsión del comercio que afectan al Brasil, sobre la base de los principios que hemos establecido en los párrafos 4.193 a 4.198 *supra*, y sobre la base de nuestro análisis de los argumentos y las pruebas presentados por las partes acerca de la metodología del Brasil para el cálculo de la subvención de intereses, determinamos que el efecto de distorsión del comercio para los productores y exportadores brasileños, reflejado en las STI, asciende a **25,27 millones de dólares EE.UU.** Esta suma se compone de dos partes. La primera, igual a 12,64 millones de dólares EE.UU., representa esos efectos en el mercado interno del Brasil. Además, determinamos que existen efectos de distorsión del comercio en mercados distintos del mercado del Brasil, por una cuantía de 108 millones de dólares EE.UU., como consecuencia de las garantías de créditos a la exportación recibidas por deudores no brasileños. Sin embargo, sólo cierta parte de esta suma representa efectos de distorsión del comercio sufridos por el Brasil. En consecuencia, esta segunda cantidad debe prorratearse en función de la proporción que corresponde al Brasil en el comercio mundial de productos del programa GSM 102, que fue del 11,7 por ciento en el año 2006. Esto lleva a un cálculo adicional de efectos de distorsión del comercio sufridos por el Brasil de 12,63 millones de dólares EE.UU. El detalle de los cálculos se expone en el **anexo 1**.

ii) *Adicionalidad plena*

4.245 El Brasil alega que las garantías de créditos a la exportación del programa GSM 102 otorgan una ventaja especial a los exportadores estadounidenses en cuanto generan exportaciones

²⁷⁶ Declaración del Profesor Rangarajan K. Sundaram sobre el programa GSM 102, Brasil - Prueba documental 793, párrafo 57.

²⁷⁷ Respuestas del Brasil a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 94, párrafo 164.

²⁷⁸ Observaciones de los Estados Unidos sobre las respuestas del Brasil a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 94, párrafos 89-91.

complementarias de los Estados Unidos que de otro modo no se habrían realizado.²⁷⁹ El Brasil aclara que esto podría resultar de una demanda nueva o provenir de la desviación de operaciones de vendedores en otros mercados. Las ventas que la metodología del Brasil no toma en consideración son aquellas exportaciones estadounidenses que se habrían realizado incluso sin las garantías de créditos a la exportación del programa GSM 102.²⁸⁰

4.246 Esta adicionalidad adopta dos formas: la adicionalidad plena, que corresponde a los deudores no solventes, y la adicionalidad marginal, que corresponde a los deudores solventes.²⁸¹ Con respecto a los deudores extranjeros clasificados como no solventes, el Brasil alega que no se habrían podido obtener créditos sin el programa GSM 102 a ningún precio viable, por lo que no se habrían realizado transacciones de exportación sin ese programa. En el caso de los deudores no solventes, la actividad económica se realiza exclusivamente debido al programa GSM 102. Por lo tanto, cada vez que se otorga una garantía de créditos a la exportación del programa GSM 102 a un prestatario no solvente, la ventaja otorgada a los exportadores estadounidenses consiste en la totalidad del volumen de las exportaciones. La adicionalidad plena se calcula, pues, como el valor íntegro de las transacciones con respaldo del programa GSM 102 en que intervienen deudores extranjeros no solventes.²⁸² El Brasil calcula la cuantía de la adicionalidad plena en el ejercicio fiscal 2006 en 817 millones de dólares EE.UU. sobre la base de su umbral numérico de 10.

4.247 El Brasil está de acuerdo en que el beneficio de adicionalidad que procede considerar es el de la "adicionalidad neta". El cálculo de la adicionalidad neta representa los efectos negativos que tienen sobre los ingresos las subvenciones del programa GSM 102 en aquellas exportaciones comerciales de los Estados Unidos que no son admisibles en dicho programa.²⁸³ Como la tasa de las STI es relativamente grande y la parte de mercado de las exportaciones respaldadas por el programa GSM 102 es muy pequeña en comparación con las demás exportaciones, la metodología del Brasil comprueba que, si se retirasen las subvenciones de ese programa, los Estados Unidos perderían la totalidad de las exportaciones que antes realizaban mediante él, respecto de la mayoría de los productos y en la mayoría de los mercados de los deudores extranjeros.²⁸⁴

Argumentos de las partes

4.248 Los Estados Unidos sostienen que el concepto de adicionalidad plena, según lo expone el Brasil, es "totalmente especulativo". A juicio de los Estados Unidos, representaría un elemento adicional e indirecto de la subvención de intereses que, según afirma el Brasil, constituye el primer componente de las contramedidas.²⁸⁵

4.249 Además, la adicionalidad plena depende totalmente de la determinación del Brasil sobre la falta de solvencia, que se apoya, según han alegado los Estados Unidos, en un cálculo "irremediabilmente viciado" de la subvención de intereses, sobre todo en lo que respecta al trato de los deudores no solventes.²⁸⁶

4.250 Basándose en su opinión sobre la bibliografía económica, los Estados Unidos aducen que no tiene respaldo la afirmación de que las exportaciones no se realizarían sin las garantías del programa GSM 102. Sostienen que una perspectiva conveniente para reflexionar sobre la

²⁷⁹ Documento sobre metodología del Brasil, párrafo 39.

²⁸⁰ Declaración del Profesor Daniel Sumner sobre el programa GSM 102, Brasil - Prueba documental 797, párrafo 3.

²⁸¹ Documento sobre metodología del Brasil, párrafo 40.

²⁸² Documento sobre metodología del Brasil, párrafo 43.

²⁸³ Respuestas del Brasil a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 92, párrafo 121.

²⁸⁴ Respuestas del Brasil a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 92, párrafo 120.

²⁸⁵ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 197.

²⁸⁶ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 196.

adicionalidad consiste en plantearse si la garantía de créditos a la exportación es capaz de ampliar la demanda mundial del producto objeto de la subvención.²⁸⁷

4.251 El Brasil defiende la adicionalidad plena remitiéndose al diseño y la aplicación del programa GSM 102. Hace referencia a declaraciones del USDA y del FAS -que tiene a su cargo la aplicación del programa GSM 102 en cooperación con la CCC- que, según alega el Brasil, confirman que dicho programa se utiliza para facilitar créditos destinados a la adquisición de productos exportados por los Estados Unidos en casos en que sin la garantía de créditos a la exportación de ese programa el deudor extranjero no podría obtener ninguna financiación.²⁸⁸ El Brasil alega que las reglamentaciones de los Estados Unidos disponen expresamente que el programa GSM 102 funciona exclusivamente en aquellas circunstancias en que de otro modo no podría obtenerse crédito para financiar la exportación de productos agropecuarios estadounidenses.²⁸⁹ Concretamente, el Brasil alega que las reglamentaciones disponen que el programa GSM 102 funciona "en los casos en que el crédito es necesario para incrementar o mantener las exportaciones de los Estados Unidos a un mercado extranjero y en que las instituciones financieras estadounidenses no están dispuestas a suministrar financiación sin garantía de la CCC".²⁹⁰ Por lo tanto, a juicio del Brasil el cálculo de la adicionalidad plena respecto de las exportaciones hechas con respaldo del programa GSM 102 en que participan deudores extranjeros no solventes coincide totalmente con la forma en que el USDA y el FAS han caracterizado el programa en sus reglamentaciones y en otros ámbitos.²⁹¹

4.252 Con respecto a los estudios empíricos citados por los Estados Unidos, el Brasil alega que tales estudios adolecen de defectos empíricos y ofrecen muy poca orientación acerca de la magnitud precisa de la repercusión de las subvenciones del programa GSM 102 en las exportaciones estadounidenses. Además, el Brasil manifiesta que una parte del análisis econométrico presentado apoya en realidad su posición.²⁹² Por ejemplo, el Brasil cita un pasaje de uno de esos estudios mencionados por los Estados Unidos, conforme al cual "un incremento del 1 por ciento en la subvención de intereses mediante la garantía del programa GSM 102 da lugar a un aumento del 3 por ciento en el valor de las exportaciones estadounidenses".²⁹³

Análisis del Árbitro

4.253 A juicio del Árbitro, una parte de los efectos de distorsión del comercio de las exportaciones hechas con respaldo del programa GSM 102 consiste en el desplazamiento de la producción brasileña en su propio mercado y de las exportaciones del Brasil en mercados de terceros países. Aunque la adicionalidad plena no es una medida equivalente de ese efecto de desplazamiento causado por las garantías de créditos a la exportación otorgadas a deudores no solventes, no resulta inadecuada como base para calcular ese efecto. También en este caso, en la medida en que podamos hacer más preciso el cálculo de la adicionalidad plena, nos aproximaremos más a la cuantía de la producción y las exportaciones brasileñas desplazadas por efecto de las garantías de créditos a la exportación.

4.254 El Árbitro ha determinado que el nivel de umbral para los deudores no solventes es 14, de modo que los deudores con calificación inferior a 14 se consideran no solventes. Entre los 91 deudores con transacciones del programa GSM 102 en el ejercicio fiscal 2006, hay 39 que quedan clasificados como no solventes sobre la base de este umbral. Ese grupo representa el 43 por

²⁸⁷ Estados Unidos - Prueba documental 92.

²⁸⁸ Comunicación escrita del Brasil, párrafo 207.

²⁸⁹ Comunicación escrita del Brasil, párrafo 208.

²⁹⁰ Respuestas del Brasil a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 25, párrafo 275.

²⁹¹ Comunicación escrita del Brasil, párrafo 211.

²⁹² Declaración del Profesor Daniel Sumner sobre el programa GSM 102, Brasil - Prueba documental 797, párrafo 17.

²⁹³ Declaración del Profesor Daniel Sumner sobre el programa GSM 102, Brasil - Prueba documental 797, párrafo 20.

ciento del número total de deudores. En conjunto, representa un porcentaje similar del total de las transacciones del programa GSM 102 en el ejercicio fiscal 2006. La subvención de intereses para los deudores no solventes es del 24,3 por ciento. Esto significa que, sin las garantías de créditos a la exportación del programa GSM 102, los deudores extranjeros no solventes habrían tenido que pagar en el mercado, por término medio, un 24,3 por ciento más.

4.255 En consecuencia, el Árbitro determina que el efecto de desplazamiento de la producción y las exportaciones brasileñas causado por las garantías de créditos a la exportación otorgadas a deudores no solventes, y respecto de cuya cuantía empleamos la adicionalidad plena como valor de aproximación, asciende a **80,8 millones de dólares EE.UU.** Esta suma se compone de dos partes. La primera es el efecto de desplazamiento en el mercado interno del Brasil, que se cifra en 36,3 millones de dólares EE.UU. La segunda consiste en los efectos de distorsión del comercio en mercados distintos del Brasil, cuya cuantía es de 380,6 millones de dólares EE.UU. Pero sólo una parte de esta cantidad representa un desplazamiento de exportaciones brasileñas, por lo que debe ser prorrateada en función de la participación del Brasil en el comercio mundial de productos comprendidos en el programa GSM 102, que en 2006 fue del 11,7 por ciento. La cantidad resultante de ese prorrateo es igual a 44,5 millones de dólares EE.UU. El detalle de los cálculos se expone en el **anexo 2.**

iii) Adicionalidad marginal

4.256 Con respecto a los deudores solventes, el Brasil calcula la adicionalidad resultante de las transacciones subvencionadas por el programa GSM 102 aplicando una hipótesis de lo que habría ocurrido "de no ser por" ese programa, calculando la disminución del volumen de ventas que los exportadores estadounidenses habrían experimentado en un determinado ejercicio fiscal si los Estados Unidos hubieran retirado el programa GSM 102.²⁹⁴

4.257 El Brasil recurre a un modelo formal para calcular la cuantía de la adicionalidad marginal. Emplea un modelo de desplazamiento lineal con equilibrio parcial respecto de la demanda de importaciones y la oferta de exportaciones, expresado en forma de diferencia lineal, para simular los efectos del retiro de la subvención de intereses del programa GSM 102 para las exportaciones estadounidenses en comparación con la situación en que las subvenciones de intereses de ese programa se encuentran en vigor. Se compara seguidamente esta situación real con la hipotética en que se retira de manera permanente el programa GSM 102 para todos los productos pertinentes. Con este método se consideran tres mercados: los Estados Unidos, un mercado de importación que se beneficia de las subvenciones de intereses del programa GSM 102, y el resto del mundo. El cálculo de la adicionalidad marginal realizado por el Brasil arroja como resultado unos beneficios para los exportadores de los Estados Unidos estimados en 93,8 millones de dólares EE.UU.

Argumentos de las partes

4.258 Los Estados Unidos presentan dos argumentos relacionados con los cálculos del Brasil sobre la adicionalidad marginal.

4.259 En primer lugar, los Estados Unidos aducen que la metodología parte del supuesto de que la subvención resultante de la garantía de créditos a la exportación se transfiere totalmente al precio mundial.²⁹⁵ Los Estados Unidos ponen en duda la justificación del supuesto de que, como consecuencia de las garantías del programa GSM 102, los importadores pueden adquirir esos productos al precio mundial con deducción de la totalidad de la subvención. Sostienen que las

²⁹⁴ Documento sobre metodología del Brasil, párrafo 46.

²⁹⁵ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 211.

investigaciones económicas no respaldan la tesis de que el precio del producto exportado mediante el programa GSM 102 es afectado siquiera en algo por la garantía de créditos a la exportación.²⁹⁶

4.260 Los Estados Unidos observan que el costo total de una importación puede considerarse la suma del precio del producto más el costo de la financiación. Reconocen que el costo de la financiación puede reducirse en virtud de la garantía de créditos a la exportación porque se supone que la garantía determina un tipo de interés inferior al que habría obtenido el importador en el mercado de no existir la garantía. El costo total de importación puede resultar entonces menor como consecuencia de la garantía, pero ello se debe por completo a la subvención de intereses y no a una modificación del precio del producto.²⁹⁷

4.261 En segundo lugar, los Estados Unidos critican el modelo formal empleado por el Brasil para calcular la adicionalidad marginal, poniendo en entredicho lo que, según indican, es una operación especial utilizada por el Brasil para ajustar los resultados de su modelo formal. Los Estados Unidos señalan una parte del modelo del Brasil (la ecuación E, modificada ahora por el Brasil, que la denomina ecuación E'), destinada a calcular las exportaciones estadounidenses adicionales derivadas de las garantías de créditos a la exportación del programa GSM 102. El Brasil parte del supuesto de que las exportaciones estadounidenses adicionales pueden situarse entre el 0 y el 100 por ciento de la cuantía de las transacciones objeto de dicho programa. Pero las simulaciones que realiza el Brasil son de tal naturaleza que los resultados siempre son superiores al 100 por ciento.²⁹⁸ A juicio de los Estados Unidos, este resultado significa que el modelo sobrestima los efectos del programa GSM 102 en las exportaciones estadounidenses. Según alegan los Estados Unidos, por último el Brasil desconoce los resultados de la simulación e impone a la elasticidad un tope de 1 (100 por ciento).²⁹⁹

4.262 También en relación con su crítica del modelo formal, los Estados Unidos cuestionan el valor de las elasticidades del algodón empleadas por el Brasil en el análisis de la adicionalidad marginal. Señalan que estas elasticidades son distintas de las empleadas en el modelo del algodón³⁰⁰ para analizar los efectos desfavorables de los préstamos para la comercialización y los pagos anticíclicos.³⁰¹ Los Estados Unidos argumentan que las elasticidades empleadas pueden ser adecuadas respecto de las reacciones básicas de la oferta y la demanda ante pequeñas modificaciones de volumen y de precios, pero no en las hipótesis en que el Brasil parte del supuesto de una transferencia total de la subvención de intereses del programa GSM 102 al precio de exportación estadounidense, en algunos casos con grandes variaciones de los precios.³⁰²

4.263 El Brasil ha presentado una defensa de sus métodos frente a las críticas de los Estados Unidos. Rechaza la primera de esas críticas, según la cual el Brasil supone una transferencia del 100 por ciento de la subvención de intereses a los precios mundiales. El Brasil aclara que, en realidad, aplica el supuesto de que los mercados mundiales de productos agropecuarios de que se trata son altamente competitivos, y la curva de la demanda para los exportadores estadounidenses es horizontal.³⁰³ A juicio del Brasil, los exportadores de todo el mundo, incluidos los estadounidenses, carecen de influencia sobre los precios, de modo que no se produce ninguna transferencia importante.

4.264 El Brasil aduce que la base de las exportaciones estadounidenses de los productos subvencionados en los mercados destinatarios reside en el descuento efectivo de precios que se

²⁹⁶ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 212.

²⁹⁷ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 212.

²⁹⁸ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 215.

²⁹⁹ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 217.

³⁰⁰ Documento sobre metodología del Brasil, párrafos 72-139 y Brasil - Prueba documental 704.

³⁰¹ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 222 y 223.

³⁰² Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 221.

³⁰³ Comunicación escrita del Brasil, párrafo 216.

concede a los deudores extranjeros a través de la subvención de intereses del programa GSM 102.³⁰⁴ El Brasil distingue entre lo que denomina "precios de suministro efectivos" y los "precios mundiales". Define los primeros como "el costo del producto más el costo de los intereses para la financiación de la compra".³⁰⁵ El Brasil alega que la subvención de intereses que resulta del programa GSM 102 de garantías de créditos a la exportación reduce en los hechos los precios de suministro efectivos, pero sin que los precios mundiales de los productos en cuestión sean afectados sustancialmente por las subvenciones del programa.³⁰⁶

4.265 El Brasil alega que no desconoce los resultados de su propia simulación cuando impone un tope a las exportaciones estadounidenses adicionales que resultan de las garantías del programa GSM 102.³⁰⁷ El Brasil explica que formula la ecuación (E') como un método basado en el criterio "de no ser por", que de hecho plantea la siguiente pregunta: "¿Cuál es la fracción que perdería el exportador estadounidense en cada transacción hecha con un determinado deudor extranjero mediante el programa GSM 102 si los Estados Unidos retirasen sus subvenciones a la exportación prohibidas de ese programa en un ejercicio económico dado?"³⁰⁸ El Brasil sostiene que, para que se obtengan resultados válidos, el factor debe situarse entre el 0 y el 100 por ciento del valor de las transacciones respaldadas por el programa GSM 102, lo que explica el tope del 100 por ciento. El Brasil explica que a continuación aplica un modelo corriente de desplazamiento con equilibrio parcial, expresado en forma de diferencia lineal, para obtener estimaciones válidas del factor de ajuste que debe incorporarse en la ecuación (E').³⁰⁹ Aduce que el resultado de esa aproximación, si no se le aplicara el tope, correspondería a una hipótesis completamente distinta de la expresada por la ecuación E'. El Brasil alega que no pregunta cómo reacciona en general un determinado deudor ante los cambios de los precios de suministro efectivos ofrecidos por los Estados Unidos, sino cómo lo hace respecto de las transacciones limitadas que se efectúan al amparo del programa GSM 102.³¹⁰ Puesto que, lógicamente, no es posible privarse de más de la fracción entera (100 por ciento) de cada venta de los Estados Unidos subvencionada por el programa GSM 102 a raíz de la eliminación del descuento en las ventas facilitado por la subvención de intereses, el Brasil sostiene que el tope del 100 por ciento es indispensable para dar una respuesta válida a la pregunta que el Árbitro tiene ante sí.

4.266 Por último, el Brasil defiende su elección de los valores de la elasticidad arguyendo que es necesario calibrarlos en función de la hipótesis de políticas en cuestión.³¹¹ Alega que en su análisis de la adicionalidad marginal el retiro de las subvenciones del programa GSM 102 afecta a una pequeña fracción del total de las transacciones de exportación estadounidenses respecto de diversos productos agrícolas. A su juicio, esta hipótesis exige un conjunto de reacciones de la oferta y la demanda que se ajuste a alteraciones de las políticas no suficientemente significativas para modificar los precios internos de los Estados Unidos ni los del mercado mundial y, por lo tanto, demasiado pequeñas para causar reacciones en gran escala de la oferta o de la demanda en los Estados Unidos y en otras partes.³¹² En cambio, el Brasil considera que la hipótesis en que se basa el modelo de simulación del algodón, en el caso de las subvenciones recurribles, exige unas elasticidades de la oferta y de la demanda que reflejen un retiro amplio y permanente de los préstamos para la comercialización y los

³⁰⁴ Comunicación escrita del Brasil, anexo I (declaración conjunta del Profesor Daniel Sumner y Rangarajan Sundaram), párrafo 2.

³⁰⁵ Comunicación escrita del Brasil, anexo I (declaración conjunta del Profesor Daniel Sumner y Rangarajan Sundaram), párrafo 28.

³⁰⁶ Comunicación escrita del Brasil, párrafo 217.

³⁰⁷ Comunicación escrita del Brasil, anexo I (declaración conjunta del Profesor Daniel Sumner y Rangarajan Sundaram), párrafo 39.

³⁰⁸ Comunicación escrita del Brasil, párrafo 221.

³⁰⁹ Comunicación escrita del Brasil, párrafo 222.

³¹⁰ Comunicación escrita del Brasil, párrafo 222.

³¹¹ Comunicación escrita del Brasil, párrafo 226.

³¹² Comunicación escrita del Brasil, párrafo 227.

pagos anticíclicos de los Estados Unidos para el algodón americano (*upland*), al tiempo que otros productos del programa seguirían acogidos a las subvenciones.³¹³

Análisis del Árbitro

4.267 En nuestro análisis de la adicionalidad plena aclaramos que la considerábamos una aproximación del desplazamiento de la producción y las exportaciones del Brasil causado por las garantías de créditos a la exportación otorgadas a deudores no solventes. De igual modo observamos que la adicionalidad marginal, aunque no es una medida equivalente del efecto de desplazamiento que causan en la producción y las exportaciones del Brasil las garantías de créditos a la exportación otorgadas, en este caso, a deudores solventes, no es una base inadecuada para calcular ese efecto. Además, en la medida en que podamos dar mayor precisión al cálculo de la adicionalidad marginal, nos aproximaremos más a la determinación de la cuantía de la producción y las exportaciones del Brasil desplazadas por las garantías de créditos a la exportación.

4.268 Con respecto a la cuestión de la transferencia, reiteramos nuestra coincidencia con la posición del Brasil de que la subvención de intereses obtenida por los deudores reduce el precio de compra global de los productos agropecuarios exportados por los Estados Unidos. Hemos explicado nuestro razonamiento en la subsección precedente (véase el párrafo 4.193).

4.269 La crítica de los Estados Unidos a las elasticidades utilizadas por el Brasil en el modelo de adicionalidad marginal consiste básicamente en una alegación de que el Brasil, en lo relativo a las elasticidades, escoge lo que más le conviene. El argumento del Brasil de que las simulaciones sobre distintas simulaciones de políticas exigen elasticidades diferentes podría prestarse fácilmente a la interpretación de los Estados Unidos. Pero aun cuando se acepte el argumento del Brasil de que las distintas simulaciones de políticas exigen elasticidades diferentes, la introducción de un tope en el modelo de adicionalidad marginal aplicado por el Brasil suscita una importante preocupación respecto de su coherencia interna. Para examinar esta cuestión más detenidamente, el Árbitro ha llevado a cabo una serie de ejercicios de aplicación del modelo.

4.270 Para el primer ejercicio, el Árbitro pidió al Brasil que utilizara su modelo de adicionalidad marginal sin el tope para calcular la cuantía de las exportaciones adicionales de los Estados Unidos resultantes de las subvenciones de intereses recibidas por deudores que el Brasil considera solventes.³¹⁴ El Árbitro recuerda que con el umbral de 10 adoptado por el Brasil para distinguir a los deudores solventes de los no solventes la metodología del Brasil sólo considera solventes a 10 deudores. Entre ellos, sólo 3 (2 de Panamá y 1 de Trinidad y Tabago) tienen subvenciones de interés positivas. En los otros 7 casos, de deudores coreanos, se constató que no disfrutaban de ninguna subvención de intereses del programa GSM 102. Respecto de los 3 deudores, el Brasil confirma que, sin el tope, su cálculo de la adicionalidad marginal arroja como resultado grandes múltiplos del valor de transacción del programa GSM 102 y de las STI correspondiente al deudor.³¹⁵ En otras palabras, aunque los deudores hubieran sido clasificados como solventes por la metodología del Brasil, la aplicación del modelo de adicionalidad marginal sin el tope generaba una adicionalidad superior a la cuantía que se habría calculado si se les hubiera clasificado como no solventes.

4.271 Otra manera de ver esta cuestión consiste sencillamente en considerar estadísticas resumidas de la elasticidad calculada sin tope mediante el modelo de adicionalidad marginal del Brasil.³¹⁶ Si se excluye a los siete deudores coreanos, la elasticidad calculada sin tope varía entre un mínimo de 6,17

³¹³ Comunicación escrita del Brasil, párrafo 226.

³¹⁴ Preguntas del Árbitro, pregunta 30.

³¹⁵ Respuestas del Brasil a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 30, párrafo 389.

³¹⁶ Véase la hoja de cálculo "Marg add. rate 2006" de la Prueba documental 794 presentada por el Brasil.

y un máximo de 107 millones. El promedio aritmético (ponderado) de las elasticidades calculadas sin tope es de 3,4 millones.

4.272 En el segundo ejercicio, el Árbitro consideró a los otros siete deudores (todos los cuales son bancos coreanos) que conforme a la metodología del Brasil se consideraban solventes. El Brasil también había determinado que la recepción de garantías de créditos a la exportación del programa GSM 102 por estos siete deudores no implicaba la subvención de intereses. Es decir, la metodología del Brasil llevaba a la conclusión de que estos siete deudores podrían haber obtenido financiación con la tasa de interés de mercado para los préstamos libres de riesgo incluso sin las garantías del programa GSM 102. En los casos de estos deudores, como no había subvención de intereses, la metodología indicaba que no había adicionalidad marginal. Las importaciones de productos agropecuarios estadounidenses en la República de Corea se habrían realizado incluso sin las garantías de créditos a la exportación del programa GSM 102.

4.273 El segundo ejercicio realizado por el Árbitro suponía verificar cuánta subvención de intereses sería necesaria en el caso de estos deudores coreanos para que la metodología del Brasil generase adicionalidad. Este ejercicio permite mantener el tope aplicado por el Brasil. Si la introducción de una pequeña subvención de intereses da lugar a un cambio súbito en los resultados que genera adicionalidad plena, habría en ello otra razón para poner en tela de juicio el modelo de adicionalidad marginal del Brasil. Además, cuanto menor sea la subvención de intereses necesaria para generar adicionalidad, más sospechoso resulta el modelo. Este segundo ejercicio indicó que incluso una subvención de intereses muy pequeña, igual a $1/10^{305}$ puntos básicos³¹⁷, generaba adicionalidad plena en el caso de los deudores coreanos. Esta cantidad 10^{305} equivale a un 1 seguido por 306 ceros. Su recíproca, $1/10^{305}$, representa por lo tanto un número "infinitesimalmente" pequeño.

4.274 El modelo de adicionalidad marginal del Brasil parece generar resultados exagerados, obteniéndose en el primer ejercicio grandes múltiplos al eliminar el tope, y bastando en el segundo subvenciones de intereses infinitesimalmente pequeñas para generar adicionalidad manteniendo el tope. Sin embargo, el Árbitro estima que, aun en el caso de los deudores solventes, la subvención de intereses que reciben da lugar a efectos de distorsión del comercio para los productores y exportadores del Brasil, y esos efectos deben tenerse en cuenta. Aunque no son necesariamente iguales al valor de las transacciones del programa GSM 102, tampoco son de valor nulo.

4.275 Para determinar esa cantidad, señalamos para empezar que el grado de riesgo, incluso de los deudores solventes, guardará relación con la magnitud de la adicionalidad marginal resultante de las transacciones del programa GSM 102 realizadas por tales deudores. De no existir el programa GSM 102, y siendo iguales todos los demás factores, cuanto mayor sea el riesgo de un deudor (cuanto más próxima sea su calificación al umbral de 14), menor será la cuantía de la financiación del comercio de productos agropecuarios de los Estados Unidos en la que haya participado. Cuanto menos riesgoso sea el deudor, mayor será la probabilidad de que haya financiado la misma cantidad de exportaciones agropecuarias estadounidenses aun en caso de no existir el programa.

4.276 Partiendo de este concepto, emplearemos los datos que ha presentado el Brasil sobre las probabilidades acumulativas de impago. Recuértese que hemos determinado que los deudores con calificación 15 o peor se consideran no solventes, lo que significa una adicionalidad igual a la totalidad del valor de las transacciones del programa GSM 102 que realizan. Supondremos que solamente representa adicionalidad una fracción del valor de la transacción del programa GSM 102

³¹⁷ Un punto básico equivale al 0,01 por ciento (la centésima parte de un punto porcentual).

realizada por el deudor solvente que recibe una subvención de intereses.³¹⁸ Concretamente, supondremos que esa fracción, en el caso de un deudor solvente con una calificación numérica i y un plazo medio de préstamo n , es igual a la relación de probabilidades de impago de un deudor solvente y de un deudor con calificación 15. Más formalmente:

$$(1) \quad t_i^n = \frac{d_i^n}{D^n}, \quad i=1, \dots, 14 \text{ y } n=1, 2, 3$$

donde:

t_i^n es la proporción de la transacción del programa GSM 102 en que participa 1 deudor solvente con calificación numérica i y un préstamo medio de plazo n que da lugar a adicionalidad;

d_i^n es la probabilidad de impago acumulativa de un deudor solvente con calificación i y un plazo medio de préstamo n ; y

D^n es la probabilidad de impago acumulativa de un deudor con calificación 15 para un plazo medio de préstamo n .

4.277 Sobre esta base, determinamos que el efecto de desplazamiento de la producción y las exportaciones del Brasil causado por las garantías de créditos a la exportación emitidas a deudores solventes, para el cual utilizamos la adicionalidad marginal como aproximación, asciende a **41,3 millones de dólares EE.UU.** También en este caso, en dicha suma pueden distinguirse los efectos de distorsión del comercio en el mercado interno del Brasil y en otros mercados. El desplazamiento de la producción brasileña causado por las transacciones del programa GSM 102 con deudores brasileños solventes se cifra en 18,7 millones de dólares EE.UU. Los efectos de distorsión del comercio en mercados distintos del brasileño causados por las transacciones de deudores solventes no brasileños se elevan a 193 millones de dólares EE.UU. Sin embargo, sólo una parte de esta suma representa un desplazamiento de exportaciones del Brasil. De conformidad con nuestro marco de análisis, la segunda suma debe prorratearse en función de la participación del Brasil en el comercio mundial de productos comprendidos en el programa GSM 102, que en el año 2006 fue del 11,7 por ciento. El efecto de distorsión del comercio sufrido por el Brasil en otros mercados equivale, por lo tanto, a 22,6 millones de dólares EE.UU. Los detalles del cálculo se exponen en el **anexo 3**.

iv) *Conclusión*

4.278 El Árbitro determina que la suma de 1.122 millones de dólares EE.UU. propuesta por el Brasil no dará lugar a contramedidas apropiadas. El Árbitro ha efectuado por consiguiente modificaciones en el cálculo de la subvención de intereses y de la adicionalidad a fin de calcular con más exactitud los efectos de distorsión del comercio del programa GSM 102 en el Brasil. Basándonos en esas modificaciones, y a la luz de las demás determinaciones que figuran *supra*, constatamos que la cuantía de las contramedidas que pueden autorizarse como apropiadas, sobre la base de la cuantía de las transacciones del programa GSM 102 en el ejercicio fiscal 2006, es de **147,4 millones de dólares EE.UU.**

³¹⁸ Debe tenerse en cuenta que, sobre la base de la metodología del Brasil respecto de las STI, siete de los deudores solventes no reciben ninguna subvención de intereses. Por lo tanto, la ecuación (1) no les es aplicable.

4.279 El Árbitro ha tomado nota de la solicitud del Brasil de que se autorice una cuantía de contramedidas que sea variable anualmente, según "el total de solicitudes de los exportadores recibidas en el marco de[] programa[] GSM 102 ... durante el ejercicio fiscal concluido más reciente". El Árbitro también ha tomado nota de que los Estados Unidos no niegan que sería admisible determinar el nivel de las contramedidas apropiadas mediante una fórmula, siempre que estuviera suficientemente bien definida para ser aplicable de forma transparente y previsible. En consecuencia, hemos decidido autorizar una cuantía de contramedidas variable anualmente que dependerá, entre otras cosas, de la cuantía total de las transacciones del programa GSM 102 durante el ejercicio fiscal concluido más reciente. Los términos de esa cuantía variable de contramedidas figuran en el **anexo 4**.

V. SOLICITUD DEL BRASIL DE APLICAR CONTRAMEDIDAS EN EL MARCO DEL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC Y DEL AGCS

5.1 En su solicitud al OSD, el Brasil pide autorización para suspender concesiones u otras obligaciones por un valor anual de aproximadamente 3.000 millones de dólares EE.UU. con respecto a las subvenciones prohibidas en litigio en esta diferencia. A su juicio, en vista de ese valor, para el Brasil es impracticable o ineficaz suspender concesiones solamente respecto de las importaciones de mercancías estadounidenses y las circunstancias son suficientemente graves para justificar la suspensión de concesiones u obligaciones en el marco de otros acuerdos abarcados. Por ello, el Brasil propone la suspensión de obligaciones en el marco del GATT de 1994 y también del AGCS y el Acuerdo sobre los ADPIC, de conformidad con el párrafo 3 c) del artículo 22 del ESD.³¹⁹

5.2 Los Estados Unidos impugnan esa solicitud sosteniendo que el Brasil no ha seguido los procedimientos y principios del párrafo 3 del artículo 22 del ESD. Los Estados Unidos dicen que, considerando el tamaño y la diversidad de la economía brasileña, el Brasil no puede justificar y demostrar su alegación de que la aplicación de contramedidas con respecto a mercancías es impracticable o ineficaz.³²⁰ Sin embargo, en este procedimiento, el Brasil ha argumentado que las disposiciones del párrafo 3 del artículo 22 del ESD no son aplicables y que su solicitud se debe considerar sobre la base del párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* únicamente.

5.3 Teniendo en cuenta que las partes están en desacuerdo en lo relativo al criterio jurídico aplicable para esta parte de nuestra evaluación, debemos en primer lugar considerar si los principios y procedimientos del párrafo 3 del artículo 22 del ESD son aplicables, antes de poder proceder a evaluar la solicitud del Brasil sobre la base del criterio jurídico aplicable.

A. ¿SE APLICAN A LA SOLICITUD DEL BRASIL LOS PRINCIPIOS Y PROCEDIMIENTOS DEL PÁRRAFO 3 DEL ARTÍCULO 22 DEL ESD?

1. Argumentos de las partes³²¹

5.4 El Brasil aduce en su Documento sobre metodología que las contramedidas propuestas por el Brasil, que incluyen la suspensión de concesiones u otras obligaciones no sólo con respecto al comercio de mercancías sino también en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC y el AGCS, son "apropiadas" y "proporcionadas al grado y naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado", en el sentido del párrafo 10 del artículo 4 y el párrafo 9 del artículo 7 del *Acuerdo SMC*. El Brasil aduce que las contramedidas que propone, tanto en sus aspectos

³¹⁹ Documento WT/DS267/21.

³²⁰ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 318 y 319.

³²¹ En esta sección, los argumentos de las partes aparecen como fueron presentados por las partes en sus comunicaciones, es decir, con referencia tanto a las subvenciones prohibidas examinadas en esta decisión como a las subvenciones recurribles tratadas en la decisión separada que figura en WT/DS267/ARB/2. En la evaluación ulterior del Árbitro de la sección 2 *infra*, solamente se tratan los argumentos relativos a las subvenciones prohibidas que son objeto de este procedimiento.

cuantitativos como en sus aspectos cualitativos, deben evaluarse únicamente en relación con las prescripciones del párrafo 10 del artículo 4 y el párrafo 9 del artículo 7 del *Acuerdo SMC*.³²² El Brasil considera que estos son los únicos criterios en función de los cuales se deben evaluar las contramedidas.³²³

5.5 El Brasil también aduce que los Estados Unidos, como parte que impugna las solicitudes de contramedidas presentadas, tienen la carga de demostrar que el tipo de contramedidas que propone el Brasil es tal que hace que no sean "apropiadas" en el sentido del párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*. Del mismo modo, con respecto a las subvenciones recurribles, el Brasil aduce que los Estados Unidos tienen la carga de demostrar que el tipo de contramedidas que propone el Brasil es tal que hace que no sean "proporcionadas al grado y naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado", como exige el párrafo 9 del artículo 7 del *Acuerdo SMC*. El Brasil alega que los Estados Unidos no han satisfecho la carga de la prueba que les corresponde porque solamente han afirmado que el párrafo 3 del artículo 22 del ESD se aplica al *Acuerdo SMC*. En opinión del Brasil, el párrafo 10 del artículo 4 y el párrafo 9 del artículo 7 del *Acuerdo SMC* prevén contramedidas que son diferentes de las disponibles en virtud del ESD.³²⁴

5.6 El Brasil sostiene que el párrafo 10 del artículo 4 y el párrafo 9 del artículo 7 del *Acuerdo SMC* prevén "contramedidas" y esas contramedidas bien pueden comprender la suspensión de concesiones u obligaciones en sectores o en el marco de acuerdos distintos de aquéllos respecto de los cuales se constató una infracción.³²⁵ Citando el artículo 49 del *Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, el Brasil dice que el propósito de una "contramedida", según ese artículo, es inducir al Estado infractor a cumplir sus obligaciones. Por consiguiente, el Brasil sostiene que no hay nada en el derecho internacional público que apoye la idea de que una contramedida tiene que tomarse en la misma esfera o en el marco del mismo acuerdo a los que se refiere la infracción.³²⁶ El Brasil opina que el párrafo 10 del artículo 4 y el párrafo 9 del artículo 7 son "normas ... especiales o adicionales" en el sentido del párrafo 2 del artículo 1 del ESD y que se refieren al nivel y el tipo de las contramedidas que puede imponer el Miembro reclamante inicial, en clara diferencia con los párrafos 4 y 3 del artículo 22 del ESD.³²⁷ El Brasil sostiene que el Árbitro debe aplicar las normas del *Acuerdo SMC* y no los principios y procedimientos del párrafo 3 del artículo 22 del ESD.³²⁸ El mandato del Árbitro es únicamente determinar si las contramedidas son "apropiadas" o "proporcionadas".³²⁹

5.7 Con respecto a la cuestión de si el *Acuerdo SMC* y el párrafo 3 del artículo 22 del ESD se pueden interpretar en el sentido de que se complementan mutuamente, el Brasil aduce que "si una norma o procedimiento especial o adicional no prevé prescripciones *adicionales* que se hayan de cumplir *conjuntamente* con las disposiciones correspondientes del ESD -de manera que efectivamente las *complementen* sin afectar negativamente su integridad jurídica- los dos conjuntos de disposiciones no se pueden *aplicar conjuntamente*". El Brasil añade que, si no se pueden aplicar conjuntamente, ello se debe a que hay una discrepancia entre ellas. En ese caso, el Brasil aduce que la norma o el procedimiento especial o adicional debe prevalecer sobre las disposiciones correspondientes del ESD.³³⁰

³²² Documento sobre metodología del Brasil, párrafo 142.

³²³ Comunicación escrita del Brasil, párrafo 450.

³²⁴ Comunicación escrita del Brasil, párrafos 452 y 453.

³²⁵ Comunicación escrita del Brasil, párrafo 454.

³²⁶ Comunicación escrita del Brasil, párrafos 458 y 459.

³²⁷ Comunicación escrita del Brasil, párrafos 464 y 465.

³²⁸ Comunicación escrita del Brasil, párrafo 472.

³²⁹ Comunicación escrita del Brasil, párrafo 470.

³³⁰ Respuestas del Brasil a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 40, párrafo 460.

5.8 El Brasil estima que el párrafo 3 del artículo 22 del ESD establece un criterio jurídico basado en la consideración por el Miembro interesado del carácter practicable y la eficacia de la suspensión de las concesiones y prevé varios elementos que hay que tener en cuenta, mientras que el párrafo 10 del artículo 4 y el párrafo 9 del artículo 7 del *Acuerdo SMC* no contienen restricciones sobre el tipo de contramedidas que se pueden adoptar. El párrafo 10 del artículo 4 y el párrafo 9 del artículo 7 del *Acuerdo SMC* dan al Miembro interesado un margen de apreciación más amplio que el que se refleja en las prescripciones del párrafo 3 del artículo 22 del ESD. No se pueden aplicar conjuntamente.³³¹

5.9 Los Estados Unidos aducen que las disciplinas del ESD referentes a la suspensión de concesiones, incluido el párrafo 3 del artículo 22, se aplican al *Acuerdo SMC*.³³² A su juicio, el hecho de que el *Acuerdo SMC* no contenga normas relativas a la suspensión intersectorial de concesiones independientes del párrafo 3 del artículo 22 del ESD, cuando se han formulado normas especiales para otras cuestiones, indica que las disciplinas sobre la suspensión intersectorial de concesiones están firmemente vinculadas con las normas y los procedimientos vigentes del ESD.³³³

5.10 Los Estados Unidos también aducen que el Brasil mismo invocó explícitamente el párrafo 3 del artículo 22 del ESD en su solicitud de contramedidas respecto de las subvenciones prohibidas y en su solicitud respecto de las subvenciones recurribles. Por lo tanto, a juicio de los Estados Unidos, el Brasil en realidad ha admitido que sus solicitudes están sujetas al párrafo 3 del artículo 22 del ESD. Los Estados Unidos también aducen que el hecho de que en el párrafo 3 g) del artículo 22 se mencionen los acuerdos a los que se aplica, entre ellos el *Acuerdo SMC*, también indica que el párrafo 3 del artículo 22 del ESD se aplica a las solicitudes de contramedidas en el marco del *Acuerdo SMC*.³³⁴

5.11 Los Estados Unidos argumentan que en vista de la norma general para la suspensión de concesiones dentro del mismo sector enunciada en el ESD, y a falta de normas en sentido contrario en el párrafo 10 del artículo 4 y el párrafo 9 del artículo 7 del *Acuerdo SMC*, no hay ningún conflicto para aplicar tanto el *Acuerdo SMC* como el párrafo 3 del artículo 22 del ESD. Por consiguiente, la mejor interpretación -que además permite que el párrafo 10 del artículo 4 y el párrafo 9 del artículo 7 del *Acuerdo SMC* se apliquen de manera complementaria con el párrafo 3 del artículo 22 del ESD- es que el párrafo 10 del artículo 4 y el párrafo 9 del artículo 7 se refieren a la cuantía de las contramedidas, mientras que el párrafo 3 del artículo 22 del ESD establece normas para determinar cuándo las contramedidas se pueden aplicar sobre una base intersectorial. En la medida en que hay un conflicto entre ellos, ese conflicto tiene que ver con el cálculo de la cantidad, o la cuantía, de la suspensión de las concesiones. Con respecto al "tipo" o la "forma", los Estados Unidos afirman que la falta de toda mención en el *Acuerdo SMC* de contramedidas intersectorial o en el marco de varios acuerdos significa que no hay "discrepancia" en el sentido del párrafo 2 del artículo 1 del ESD que obligue a dejar de lado la prueba cuidadosamente articulada y jerárquica prevista en el párrafo 3 del artículo 22.³³⁵

2. Evaluación del Árbitro

5.12 La cuestión que tenemos ante nosotros se refiere a la definición de nuestro mandato, así como al criterio jurídico sustantivo que es aplicable a la imposición de medidas de retorsión cruzada en el marco del *Acuerdo SMC*. Los dos aspectos están estrechamente relacionados porque la naturaleza y

³³¹ Respuestas del Brasil a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 40, párrafos 461 y 462.

³³² Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 320.

³³³ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 323.

³³⁴ Declaración oral de los Estados Unidos, párrafo 67.

³³⁵ Respuestas de los Estados Unidos a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 67, párrafo 185.

el alcance de nuestro mandato están lógicamente vinculados con las prescripciones sustantivas aplicables, cuya aplicación debemos examinar.

5.13 Esencialmente, las partes no están de acuerdo respecto de la medida en que las disposiciones del párrafo 3 del artículo 22 del ESD, donde se establecen principios y procedimientos específicos para autorizar la retorsión cruzada en procedimientos de solución de diferencias en el marco del ESD, son aplicables en el contexto de procedimientos sobre subvenciones prohibidas en el marco del *Acuerdo SMC*, que contiene disposiciones específicas sobre contramedidas.

5.14 Como punto de partida, tenemos que considerar los términos de las disposiciones pertinentes del *Acuerdo SMC* y del ESD. Recordamos que en el párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* se trata específicamente la cuestión de las contramedidas que se pueden autorizar en relación con las subvenciones prohibidas, y que en esa disposición se aborda el mandato del árbitro con referencia a esas contramedidas, en el caso de que se pida un arbitraje en virtud del párrafo 6 del artículo 22 del ESD con respecto a subvenciones prohibidas. El párrafo 10 del artículo 4 dispone que las contramedidas en relación con subvenciones prohibidas serán "apropiadas" y la nota 9 aclara ese término. El párrafo 11 del artículo 4, a su vez, dispone que, en caso de que una parte en la diferencia solicite un arbitraje al amparo del párrafo 6 del artículo 22 del ESD, el árbitro determinará si las contramedidas son "apropiadas".

5.15 El párrafo 6 del artículo 22 del ESD, a su vez, dispone lo siguiente:

"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, o sostiene que no se han seguido los principios y procedimientos establecidos en el párrafo 3, en el caso de que una parte reclamante haya solicitado autorización para suspender concesiones u otras obligaciones al amparo de lo dispuesto en los párrafos 3 b) o 3 c), la cuestión se someterá a arbitraje."

5.16 Los párrafos 10 y 11 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* son "normas especiales o adicionales" de conformidad con el Apéndice 2 del ESD. De acuerdo con el párrafo 2 del artículo 1 del ESD, "en la medida en que exista una discrepancia entre las normas y procedimientos del presente Entendimiento y las normas y procedimientos especiales o adicionales enunciados en el Apéndice 2, prevalecerán las normas y procedimientos especiales o adicionales enunciados en el Apéndice 2"

5.17 El Órgano de Apelación ha aclarado las circunstancias en que existiría esa "discrepancia":

"[S]ólo deben *prevalecer* esas disposiciones [especiales o adicionales] en caso de que *no sea posible* considerar que las disposiciones del ESD, de una parte, y las normas y procedimientos especiales y adicionales, de otra, *se complementan* recíprocamente. Sólo podrá llegarse a la conclusión de que una disposición especial adicional *prevalece* sobre una disposición del ESD en el supuesto de que el cumplimiento de una disposición lleve aparejada la vulneración de la otra, es decir en caso de *conflicto* entre ellas. Así pues, el intérprete, *antes* de llegar a la conclusión de que *prevalece* la disposición especial o adicional y de que la disposición del ESD no es aplicable debe identificar la existencia de una *incompatibilidad* o *discrepancia* entre una y otra disposición."³³⁶

³³⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Guatemala - Cemento I*, párrafo 65.

5.18 La cuestión que tenemos que examinar en este asunto es si se puede interpretar que el párrafo 3 del artículo 22 del ESD y los párrafos 10 y 11 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* se complementan recíprocamente, o si el cumplimiento de los principios y procedimientos contenidos en el párrafo 3 del artículo 22 del ESD llevaría aparejada la vulneración de los párrafos 10 u 11 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*, por lo cual habría un *conflicto* entre las dos disposiciones. En otras palabras, tenemos que aclarar si las normas especiales o adicionales de los párrafos 10 y 11 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* constituyen la totalidad de las normas aplicables relativas al tipo y el nivel de las contramedidas que se pueden autorizar en relación con las subvenciones prohibidas, o si se puede entender que los principios y procedimientos del párrafo 3 del artículo 22 del ESD y esas disposiciones se complementan recíprocamente para definir las normas aplicables a la suspensión de concesiones u otras obligaciones en relación con las subvenciones prohibidas.

5.19 En primer lugar observamos que los párrafos 10 y 11 del artículo 4 y, más en general, las disposiciones del artículo 4 del *Acuerdo SMC* sobre "acciones", están estrechamente relacionados con los términos y procedimientos del ESD mismo. En realidad, el arbitraje del que se trata en el párrafo 11 del artículo 4, que define el mandato del árbitro haciendo referencia a los términos del párrafo 10 del artículo 4, se define como un arbitraje solicitado "al amparo de lo dispuesto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD". El uso de esta referencia indica claramente que los procedimientos arbitrales en cuestión, aunque se refieren a subvenciones prohibidas en el marco del *Acuerdo SMC*, se inician en virtud del párrafo 6 del artículo 22 del ESD. Por consiguiente, el fundamento jurídico principal para esos procedimientos es el párrafo 6 del artículo 22 del ESD, así como el párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*.

5.20 De acuerdo con el párrafo 6 del artículo 22 del ESD, el Miembro afectado puede impugnar dos aspectos distintos de una petición de autorización para suspender concesiones u otras obligaciones. El Miembro afectado puede impugnar el "nivel de la suspensión propuesta" o puede sostener "que no se han seguido los principios y procedimientos establecidos en el párrafo 3 (del artículo 22)", en el caso de que una parte reclamante haya solicitado autorización para suspender concesiones u otras obligaciones al amparo de lo dispuesto en los párrafos 3 b) o 3 c). Si se formula una cualquiera de estas dos alegaciones, "la cuestión se someterá a arbitraje". La mención de un arbitraje solicitado "al amparo de lo dispuesto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD" que figura en el párrafo 11 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*, por sus propios términos, se refiere a la existencia de: 1) una impugnación del "nivel de la suspensión propuesta", y/o 2) a la alegación de que no se han seguido los principios y procedimientos del párrafo 3 del artículo 22 del ESD, que se han de someter a arbitraje.

5.21 En el caso de un arbitraje sustanciado en virtud del ESD únicamente, el mandato del árbitro está además definido en el párrafo 7 del artículo 22, que dispone en su primera oración que "[e]l árbitro que actúe en cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo 6 no examinará la naturaleza de las concesiones u otras obligaciones que se hayan de suspender, sino que determinará si el nivel de esa suspensión es equivalente al nivel de la anulación o el menoscabo". Ello está en consonancia con los términos del párrafo 4 del artículo 22, que dispone que el nivel de la suspensión será "equivalente al nivel de la anulación o menoscabo". Esta disposición es parecida, en su estructura, al párrafo 11 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*, que establece que el árbitro "determinará si las contramedidas son apropiadas", lo cual coincide con los términos del párrafo 10 del artículo 4, que dice que el OSD dará autorización para adoptar contramedidas "apropiadas".

5.22 Las disposiciones del párrafo 7 del artículo 22 del ESD y del párrafo 11 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* difieren en que el párrafo 7 del artículo 22 del ESD estipula también que, si el asunto sometido a arbitraje incluye la reclamación de que no se han seguido los principios y procedimientos, el árbitro examinará esa reclamación, mientras que el párrafo 11 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* no contiene un equivalente exacto. Por consiguiente, se plantea la cuestión de cómo se ha de entender el mandato del árbitro en una situación en la que una reclamación de que no se han seguido los

principios y procedimientos del párrafo 3 del artículo 22 del ESD se somete a arbitraje de acuerdo con el párrafo 6 del artículo 22 del ESD, en relación con subvenciones prohibidas.

5.23 A fin de dar un sentido útil a todos los términos del tratado, incluidos los del párrafo 3 del artículo 22 del ESD y la referencia al párrafo 6 del artículo 22 del ESD del párrafo 11 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*, debemos *a priori* entender que los términos de esa disposición contemplan que los principios y procedimientos del párrafo 3 del artículo 22 del ESD son aplicables, incluso en casos relativos a subvenciones prohibidas, y que es posible hacer una alegación en relación con esos principios y procedimientos. De conformidad con el principio de que las normas especiales o adicionales enumeradas en el Apéndice 2 del ESD sólo prevalecen si hay una "discrepancia" (es decir, si no es posible aplicar ambas disposiciones simultáneamente), sólo podemos llegar a una conclusión diferente en el caso de que determinemos que hay conflicto o incompatibilidad entre esa interpretación y los términos del párrafo 11 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*.

5.24 Nos parece que ese conflicto o incompatibilidad surgiría entre la aplicación de los principios y procedimientos del párrafo 3 del artículo 22 del ESD y los términos de los párrafos 10 y 11 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* únicamente si se interpretase que las palabras "contramedidas apropiadas" de estas disposiciones definen no sólo el nivel admisible de las contramedidas en el caso de las subvenciones prohibidas, sino también el tipo de contramedidas que es posible autorizar, de modo que los principios y procedimientos del párrafo 3 del artículo 22 del ESD no serían operativos en casos relativos a subvenciones prohibidas.

5.25 No estamos convencidos de que ello sea así. Como se expuso detalladamente en la sección IV.D *supra*, es indiscutible que la expresión "contramedidas apropiadas" define el nivel admisible de las contramedidas en relación con las subvenciones prohibidas. Según nuestra opinión, no hace más que eso. La palabra "apropiadas", tal como la explica la nota 9, que aclara que este término no permite la aplicación de contramedidas que sean "desproporcionadas", necesariamente se refiere al nivel de la suspensión que se puede autorizar. Así lo indica el empleo de la palabra "desproporcionadas", que sólo se puede entender con referencia al *nivel* de las contramedidas. Por el contrario, no está claro que estos términos den alguna orientación acerca del tipo de contramedidas que se pueden autorizar.

5.26 En vista del nivel de detalle con el que la cuestión de la retorsión intersectorial se aborda en el ESD, habría cabido esperar que los redactores del *Acuerdo SMC* hubiesen dado orientación expresa en este sentido, si hubieran querido ocuparse de manera diferente de la cuestión del tipo de las contramedidas admisibles, así como de su nivel. En realidad, ello habría sido particularmente necesario en vista de que el párrafo 6 del artículo 22 del ESD, al que se hace referencia expresa en el párrafo 11 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*, prevé que la impugnación de una suspensión propuesta de concesiones u otras obligaciones se puede basar tanto en el nivel de la suspensión propuesta como en la alegación de que "no se han seguido los principios y procedimientos establecidos en el párrafo 3 (del artículo 22 del ESD)".

5.27 Aunque la expresión "el nivel de la suspensión propuesta" en sí misma no prejuzga el criterio según el cual se podría examinar ese "nivel" y, por ello, permite que el criterio varíe en función del tipo de medida en cuestión, la referencia a los "principios y procedimientos" del párrafo 3 del artículo 22 del ESD no deja dudas acerca del criterio jurídico pertinente. Habría que interpretar el párrafo 11 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* como si excluyera la parte en la que hace referencia al párrafo 6 del artículo 22 del ESD para concluir que los principios y procedimientos del párrafo 3 del artículo 22 del ESD no se aplican en el contexto de procedimientos relativos a subvenciones prohibidas. Teniendo en cuenta el análisis que realizamos *supra*, no vemos ningún motivo para hacerlo así. También observamos que, como intérpretes del tratado, debemos "interpretar todas las

disposiciones aplicables de un tratado en una forma que dé sentido a todas ellas, armoniosamente".³³⁷ La única manera en que podemos dar sentido completo a todos los términos del tratado armoniosamente en este contexto es entendiendo que los términos de los párrafos 10 y 11 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* significan que el mandato del árbitro tal como se define en el párrafo 11 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* se refiere a la determinación del nivel de las contramedidas, mientras que los términos del mandato del árbitro en relación con una alegación de que no se han seguido los procedimientos y principios del párrafo 3 del artículo 22 del ESD figuran en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD.

5.28 Esta interpretación también es compatible, a nuestro juicio, con el contexto en que rigen estas disposiciones. Los diversos párrafos del artículo 4 del *Acuerdo SMC* no se pueden leer aisladamente del ESD. Antes bien, entendemos que los términos del artículo 4 del *Acuerdo SMC* proporcionan normas adicionales específicas sobre aspectos específicos de los procedimientos de solución de diferencias referentes a subvenciones prohibidas que reemplazan las normas equivalentes del ESD sólo en la medida en que discrepan de esas normas y son incompatibles con ellas.

5.29 En el párrafo 11 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* no era necesario que los redactores aclararan que, en relación con una alegación de que no se habían seguido los principios y procedimientos del párrafo 3 del artículo 22, el árbitro examinaría esa alegación, porque los términos del párrafo 7 del artículo 22 del ESD, que definían en general las condiciones en que se debía sustanciar un arbitraje en el marco del párrafo 6 del artículo 22, ya contemplaban esa cuestión. Solamente en la medida en que el mandato del árbitro *discrepa* del establecido en el párrafo 7 del artículo 22 del ESD, era necesario definirlo explícitamente en el párrafo 11 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* a fin de asegurar que el mandato del árbitro en relación con el nivel propuesto de las contramedidas fuese compatible con la forma en que el nivel admisible de las contramedidas se definía en el párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* para las subvenciones prohibidas. En realidad, el párrafo 7 del artículo 22 del ESD establece otros varios aspectos relativos a los procedimientos de arbitraje de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del ESD, que no se repiten en el párrafo 11 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* pero que de todos modos son claramente pertinentes y aplicables a esos procedimientos. En particular, las dos últimas oraciones del párrafo 7 del artículo 22 disponen lo siguiente:

"Las partes aceptarán como definitiva la decisión del árbitro y no tratarán de obtener un segundo arbitraje. Se informará sin demora de la decisión del árbitro al OSD; y éste, si se le pide, otorgará autorización para suspender concesiones u otras obligaciones siempre que la petición sea acorde con la decisión del árbitro, a menos que decida por consenso desestimarla."

Estas importantes disposiciones son claramente pertinentes para los procedimientos arbitrales relativos a subvenciones prohibidas en el marco del *Acuerdo SMC*.

5.30 Por último, consideramos que nuestra interpretación es fiel también al objeto y fin de los procedimientos de solución de diferencias en la OMC y a su naturaleza integrada. El ESD ofrece el marco común en el cual se inician procedimientos de solución de diferencias en la OMC y reúne todos los acuerdos abarcados. Este es el marco general en el cual se plantea la cuestión de la posibilidad de tratar de obtener la suspensión de obligaciones en un sector o en el marco de un acuerdo abarcado distintos de aquéllos respecto de los cuales se ha constatado la existencia de una infracción y esto se aborda lógicamente en el contexto del ESD.

5.31 Tenemos presente que debemos dar sentido completo a todos los términos del tratado, incluidas las normas especiales o adicionales mencionadas en el Apéndice 2 y que esas normas

³³⁷ Véanse, por ejemplo, el informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Productos lácteos*, párrafo 133, y el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Algodón americano (upland)*, párrafo 549.

especiales o adicionales pueden legítimamente prevalecer sobre cualquier norma o procedimiento pertinente del ESD. Sin embargo, no estamos convencidos de que haya un conflicto, y que por ello los principios y procedimientos del párrafo 3 del artículo 22 no sean aplicables en el caso de diferencias relativas a subvenciones prohibidas en el marco del *Acuerdo SMC*.

5.32 Teniendo en cuenta todo lo que antecede, llegamos a la conclusión de que los principios y procedimientos del párrafo 3 del artículo 22 del ESD se aplican a la alegación que estamos considerando y de que debemos examinar la alegación de los Estados Unidos de que el Brasil no ha seguido esos principios y procedimientos.

B. MANDATO DEL ÁRBITRO Y CARGA DE LA PRUEBA

5.33 Habiendo determinado que los principios y procedimientos establecidos en el párrafo 3 del artículo 22 del ESD son aplicables a la solicitud del Brasil, y que debemos examinar la alegación de los Estados Unidos de que el Brasil no ha seguido tales principios y procedimientos, es preciso que aclaremos también la naturaleza de nuestro mandato en relación con esa alegación, y cómo se le aplica la carga de la prueba.

1. Principales argumentos de las partes

5.34 Los Estados Unidos consideran que el propósito de los redactores era que la suspensión de concesiones en otros sectores o en el marco de otros acuerdos fuera la excepción y no la regla. A juicio de los Estados Unidos, el párrafo 3 del artículo 22 establece una jerarquía respecto de la suspensión: los Miembros deben tratar primeramente de suspender concesiones dentro del mismo sector, y si ello es impracticable o ineficaz, pueden pedir autorización para suspender concesiones en un sector diferente. Esta distinción es importante en el AGCS y el Acuerdo sobre los ADPIC, en los que hay múltiples sectores; pero no tiene aplicación respecto de los bienes. La restricción es aún mayor respecto de la suspensión de concesiones en el marco de otros acuerdos. Los Estados Unidos añaden que no sólo es preciso que la suspensión en el marco del mismo acuerdo sea tanto impracticable como ineficaz, sino que la infracción debe tener suficiente gravedad para justificar la suspensión en el marco de otro acuerdo.³³⁸

5.35 Los Estados Unidos consideran, además, que las disciplinas del párrafo 3 del artículo 22 son parte integrante del procedimiento de solución de diferencias y del reequilibrio de concesiones. Citan la afirmación del Árbitro en el asunto *CE - Banano III (Estados Unidos) (párrafo 6 del artículo 22 - CE)* de que "la razón de ser fundamental de esas disciplinas es la necesidad de que la suspensión de concesiones u otras obligaciones en varios sectores o en el marco de varios acuerdos -y no sólo en aquellos sectores o en el marco de aquellos acuerdos respecto de los cuales un grupo especial o el Órgano de Apelación ha constatado la existencia de infracciones- continúe siendo la excepción y no la regla". En consecuencia, los Estados Unidos consideran necesario que el Árbitro determine si el Brasil ha seguido objetivamente estos procedimientos. Sostienen asimismo que el Brasil tiene derecho a un cierto margen de apreciación al formular esa determinación, pero que el Árbitro también tiene el deber de juzgar si el Brasil ha examinado los hechos objetivamente y ha llegado a una conclusión plausible.³³⁹

5.36 Los Estados Unidos alegan que, para solicitar una suspensión de concesiones en el marco de otro acuerdo, una parte debe constatar lo siguiente:

- a) que la suspensión de concesiones u otras obligaciones es impracticable o ineficaz respecto de otros sectores correspondientes al mismo acuerdo; y

³³⁸ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 325.

³³⁹ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 326.

- b) que las circunstancias son suficientemente graves para justificar una suspensión de concesiones en el marco de otro acuerdo.

5.37 Los Estados Unidos consideran que, al analizar esos requisitos, la parte debe tener en cuenta: i) el comercio realizado en el sector o en el marco del acuerdo en que el grupo especial o el Órgano de Apelación haya constatado una infracción u otra anulación o menoscabo, y la importancia que para ella tenga ese comercio; y ii) los elementos económicos más amplios relacionados con la anulación o menoscabo y las consecuencias económicas más amplias de la suspensión de concesiones u otras obligaciones. La parte reclamante debe explicar, además, cómo ha llegado a la conclusión de que la suspensión de concesiones en el marco de otro acuerdo está justificada.³⁴⁰

5.38 El Brasil hace referencia al criterio de "plausibilidad" a juicio del árbitro, enunciado en el arbitraje en el asunto *Estados Unidos - Juegos de azar* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*). Ese criterio requiere un examen objetivo de los hechos y una conclusión plausible acerca de si es o no "practicable o eficaz" tratar de aplicar contramedidas en el mismo sector, y de si las circunstancias son suficientemente graves.³⁴¹ El Brasil considera, sin embargo, que el Árbitro debe limitarse a examinar si el Brasil ha tomado efectivamente en consideración los principios establecidos en el párrafo 3 del artículo 22 del ESD, y no si las consideraciones del Brasil son plausibles.³⁴² El Brasil señala la posición de los Estados Unidos, en la reunión del OSD sobre la adopción del informe arbitral referente al asunto *CE - Banano III (Estados Unidos)* (párrafo 6 del artículo 22 - *CE*), de que no procede que los árbitros "cuestionen *a posteriori*" las conclusiones alcanzadas por el Miembro que considera que sería impracticable o ineficaz suspender concesiones u otras obligaciones en el marco del mismo acuerdo, y que las circunstancias son suficientemente graves en el sentido del párrafo 3 del artículo 22.³⁴³

5.39 El Brasil también alega que recae sobre los Estados Unidos la carga de probar que el Brasil no ha seguido los principios establecidos en el párrafo 3 del artículo 22; concretamente: i) que la suspensión de concesiones por el Brasil exclusivamente en el sector de los bienes es tanto "practicable" como "eficaz"; o ii) que las circunstancias no son "suficientemente graves" para justificar la aplicación de contramedidas en el marco de otro acuerdo abarcado. Con respecto al párrafo 3 d) del artículo 22, el Brasil alega que los Estados Unidos deben probar que el Brasil, al escoger contramedidas, no tuvo en cuenta los elementos que se indican en los incisos i) y ii) del apartado d).³⁴⁴

2. Enfoque del Árbitro

5.40 El párrafo 3 del artículo 22 establece ciertos principios y procedimientos que la parte reclamante que trata de suspender concesiones debe seguir en lo que respecta al sector o los sectores y/o los acuerdos abarcados en cuyo marco puede tener lugar la suspensión; y los Estados Unidos alegan que el Brasil no los siguió.

5.41 Recordamos nuestra determinación anterior de que estos principios y procedimientos son aplicables a la solicitud del Brasil, y de que el párrafo 7 del artículo 22 del ESD fundamenta nuestro mandato de examinar esa alegación. El párrafo 7 del artículo 22 dispone que "si el asunto sometido a arbitraje incluye la reclamación de que no se han seguido los principios y procedimientos establecidos en el párrafo 3, el árbitro examinará la reclamación", y "[e]n el caso de que determine que no se han

³⁴⁰ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 327.

³⁴¹ Comunicación escrita del Brasil, párrafo 501.

³⁴² Comunicación escrita del Brasil, párrafo 406.

³⁴³ Comunicación escrita del Brasil, párrafo 505.

³⁴⁴ Comunicación escrita del Brasil, párrafo 509.

seguido dichos principios y procedimientos, la parte reclamante los aplicará de conformidad con las disposiciones del párrafo 3".

5.42 Por consiguiente, debemos examinar la alegación de los Estados Unidos de que el Brasil no siguió los principios y procedimientos del párrafo 3 del artículo 22 del ESD.

5.43 Como principio general, el párrafo 3 a) del artículo 22 del ESD dispone que la suspensión de concesiones u otras obligaciones debe tratar de aplicarse primeramente en el mismo sector en que se ha constatado una infracción. El párrafo 3 del artículo 22, en la parte pertinente, dice así:

"Al considerar qué concesiones u otras obligaciones va a suspender, la parte reclamante aplicará los siguientes principios y procedimientos:

- a) el principio general es que la parte reclamante deberá tratar primeramente de suspender concesiones u otras obligaciones relativas al mismo sector (los mismos sectores) en que el grupo especial o el Órgano de Apelación haya constatado una infracción u otra anulación o menoscabo;"

5.44 Los apartados b) y c) del párrafo 3 del artículo 22 especifican más detalladamente los principios y procedimientos que debe seguir la parte reclamante que desee tratar de suspender concesiones en otro sector, o en el marco de otro acuerdo, distintos del sector o el acuerdo en que se constató la infracción:

- "b) si la parte considera impracticable o ineficaz suspender concesiones u otras obligaciones relativas al mismo sector (los mismos sectores), podrá tratar de suspender concesiones u otras obligaciones en otros sectores en el marco del mismo acuerdo;
- c) si la parte considera que es impracticable o ineficaz suspender concesiones u otras obligaciones relativas a otros sectores en el marco del mismo acuerdo, y que las circunstancias son suficientemente graves, podrá tratar de suspender concesiones u otras obligaciones en el marco de otro acuerdo abarcado;"

5.45 Además, el apartado d) del párrafo 3 del artículo 22 dispone lo siguiente:

- "d) en la aplicación de los principios que anteceden la parte tendrá en cuenta lo siguiente:
 - i) el comercio realizado en el sector o en el marco del acuerdo en que el grupo especial o el Órgano de Apelación haya constatado una infracción u otra anulación o menoscabo, y la importancia que para ella tenga ese comercio;
 - ii) los elementos económicos más amplios relacionados con la anulación o menoscabo y las consecuencias económicas más amplias de la suspensión de concesiones u otras obligaciones;"

5.46 En dos arbitrajes anteriores se examinó el mandato del árbitro, establecido en el párrafo 7 del artículo 22 del ESD, respecto de los principios y procedimientos enunciados en el párrafo 3 del mismo artículo; y nos parece útil hacer referencia a sus constataciones para aclarar los términos de nuestro propio mandato.

5.47 El Árbitro en el asunto *CE - Banano III (Ecuador)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE), al determinar el alcance de sus facultades para examinar los principios y procedimientos referentes a solicitudes de suspensión de concesiones u otras obligaciones con arreglo a los apartados b) y/o c), consideró que "el hecho de que las facultades conferidas a los Árbitros en el marco de los apartados b) y c) estén previstas de manera explícita en el párrafo 6 del artículo 22 significa *a fortiori* que entre las facultades de los Árbitros figura la de examinar si el Miembro que pide la autorización de suspensión ha seguido los principios y procedimientos establecidos en los apartados de referencia".³⁴⁵

5.48 El árbitro también examinó los términos del párrafo 3 del artículo 22, incluido el hecho de que se da a la parte reclamante cierto margen de apreciación para llegar a sus conclusiones respecto de determinados elementos de hecho ("si la parte considera", en los apartados b) y c)), así como el hecho de que esa parte está obligada a aplicar los principios del párrafo 3 del artículo 22 ("aplicará los siguientes principios y procedimientos", en la parte introductoria del párrafo 3 del artículo 22). Sobre la base de ese análisis textual, el árbitro determinó lo siguiente:

"[e]l margen de examen de los Árbitros entraña la facultad de juzgar en un sentido amplio si la parte reclamante de que se trata ha considerado objetivamente los hechos necesarios y si, sobre la base de estos hechos, podría creíblemente llegar a la conclusión de que sería impracticable o ineficaz buscar una suspensión dentro del mismo sector en el marco de los mismos acuerdos, o únicamente en el marco de otro acuerdo a condición de que las circunstancias fueran suficientemente graves".³⁴⁶

5.49 El Árbitro que actuó en esa diferencia consideró también en términos más generales las disposiciones del párrafo 3 del artículo 22, y observó que "estas disposiciones entrañan una secuencia de pasos encaminados a una suspensión, compatible con la OMC, de concesiones u otras obligaciones que respete tanto un margen de apreciación de la parte reclamante como un margen de examen de los Árbitros, en el caso de que una petición de suspensión al amparo del párrafo 2 del artículo 22 sea impugnada de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 6 del mismo artículo".³⁴⁷

5.50 Al igual que el Árbitro en el asunto *Estados Unidos - Juegos de azar* (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos), estamos de acuerdo con estas determinaciones. Estamos de acuerdo en que los principios y procedimientos establecidos en el párrafo 3 del artículo 22 del ESD, que obligan a la parte reclamante a efectuar ciertas determinaciones, suponen "un margen de apreciación" para la parte reclamante al efectuarlas. Al mismo tiempo, el párrafo 3 del artículo 22 establece principios y procedimientos concretos que la parte reclamante debe seguir; y entendemos que la función del árbitro que actúa en virtud de lo dispuesto en el párrafo 7 del artículo 22 del ESD entraña un examen de si se siguieron tales principios y procedimientos. No bastaría que una parte reclamante hubiera considerado esos principios y procedimientos exclusivamente con vistas a poder afirmar que lo hizo. La consideración debe ser sustantiva y razonada; y la pretensión de ser autorizado para imponer contramedidas fuera del sector en cuestión, y en su caso fuera del acuerdo en cuestión, debe resultar de esa consideración.

5.51 También estamos de acuerdo con el Árbitro en el asunto *CE - Banano III (Ecuador)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE) en que este mandato incluye una determinación acerca de "si la parte reclamante de que se trata ha considerado objetivamente los hechos necesarios" y también de "si, sobre la base de estos hechos, podría creíblemente llegar a la conclusión de que sería impracticable o ineficaz buscar una suspensión dentro del mismo sector en el marco de los mismos acuerdos, o únicamente en el marco de otro acuerdo a condición de que las circunstancias fueran suficientemente graves".

³⁴⁵ Decisión de los Árbitros, *CE - Banano III (Ecuador)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE), párrafo 50.

³⁴⁶ Decisión de los Árbitros, *CE - Banano III (Ecuador)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE), párrafo 52.

³⁴⁷ Decisión de los Árbitros, *CE - Banano III (Ecuador)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE), párrafo 55.

5.52 Además, en caso de que determinemos que el Brasil no ha seguido estos procedimientos o principios, consideramos que es necesario y es apropiado que expresemos de qué modo el análisis podría efectuarse debidamente en la medida necesaria para asegurar que el Brasil esté en condiciones de aplicar esos procedimientos y principios "de conformidad con las disposiciones del párrafo 3" y presentar una solicitud "acorde con la decisión del árbitro" en una etapa ulterior de este procedimiento de solución de diferencias, conforme a lo previsto en el párrafo 7 del artículo 22 del ESD.

5.53 Observamos a este respecto que el párrafo 7 del artículo 22, en la parte pertinente, dispone lo que sigue:

[S]i el asunto sometido a arbitraje incluye la reclamación de que no se han seguido los principios y procedimientos establecidos en el párrafo 3, el árbitro examinará la reclamación. *En el caso de que determine que no se han seguido dichos principios y procedimientos, la parte reclamante los aplicará de conformidad con las disposiciones del párrafo 3.* Las partes aceptarán como definitiva la decisión del árbitro y no tratarán de obtener un segundo arbitraje. Se informará sin demora de la decisión del árbitro *al OSD: y éste, si se le pide, otorgará autorización para suspender concesiones u otras obligaciones siempre que la petición sea acorde con la decisión del árbitro, a menos que decida por consenso desestimarla.*" (sin cursivas en el original)

5.54 Este enfoque está en conformidad con el objetivo de una solución pronta y positiva de las diferencias. También está en conformidad con la práctica de los árbitros que han actuado en el marco del párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* o del párrafo 6 del artículo 22 del ESD, de llevar a cabo un cálculo del nivel admisible de las contramedidas en caso de constatar que las propuestas no se ajustan al criterio jurídico aplicable.³⁴⁸

5.55 En lo que respecta a la carga de la prueba, consideramos que corresponde a los Estados Unidos, en su carácter de parte que impugna las determinaciones del Brasil, demostrar que éste no ha seguido los principios y procedimientos del párrafo 3 del artículo 22 del ESD. Al mismo tiempo, es esencial que el Brasil nos dé explicaciones sobre la forma en que efectuó esta determinación, para que estemos en condiciones de examinarla y determinar si el Brasil, al realizarla, "ha considerado objetivamente los hechos necesarios", y si podía llegar plausiblemente a las conclusiones a las que llegó.

5.56 Los Estados Unidos también piden que el Árbitro indique en su decisión, de ser necesario, la cuantía máxima de la suspensión de concesiones que se permitiría al Brasil imponer en el marco de un acuerdo diferente.³⁴⁹ Solicitan al Árbitro que dicte laudos separados, uno en relación con las subvenciones prohibidas y otro acerca de las subvenciones recurribles, de modo que, en caso de que los Estados Unidos pongan una de las subvenciones en conformidad con las recomendaciones y resoluciones del OSD antes de que puedan cumplir respecto del otro laudo, los laudos separados proporcionen un fundamento jurídico que preserve, en esa situación, la conformidad de las contramedidas con los criterios jurídicos del *Acuerdo SMC* y el ESD.³⁵⁰

³⁴⁸ Véase, por ejemplo, la decisión de los Árbitros, *CE - Hormonas (Estados Unidos)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE) párrafo 12.

³⁴⁹ Respuestas de los Estados Unidos a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 134, párrafo 165.

³⁵⁰ Observaciones de los Estados Unidos sobre las respuestas del Brasil a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 134, párrafo 171.

5.57 Recordamos en primer lugar que se están formulando dos decisiones separadas, una en relación con las subvenciones prohibidas (la presente decisión) y otra acerca de las subvenciones recurribles (en WT/DS267/ARB/2), tal como piden los Estados Unidos.³⁵¹

5.58 Estamos de acuerdo en que, en la medida en que determinemos que el Brasil puede imponer parte de las contramedidas propuestas en otro sector o en el marco de otro acuerdo, tendremos que indicar con claridad la cuantía de las contramedidas respecto de las cuales podrá suspender concesiones u otras obligaciones en ese otro sector o en el marco de ese otro acuerdo.

5.59 En cambio, no nos parece necesario determinar en esta decisión cuál podría ser nuestra conclusión en el caso de que los Estados Unidos, en algún momento del futuro, cumplieran las recomendaciones y resoluciones del OSD en relación con las medidas abarcadas por el otro procedimiento.³⁵² Se trata de una cuestión hipotética sobre la cual no procede que especulemos. Nuestra evaluación se basará en la situación tal como existe en el momento de nuestra determinación, lo que incluye el hecho de que los Estados Unidos no han cumplido dos aspectos separados de las recomendaciones y resoluciones formuladas en esta diferencia y de que como consecuencia de ello el Brasil tiene derecho a adoptar contramedidas en relación con ambos aspectos.

5.60 Al mismo tiempo, recordamos que nuestras determinaciones en este procedimiento sólo se refieren a la solicitud del Brasil relacionada con las subvenciones prohibidas de que se trata. Nuestras determinaciones acerca de la solicitud del Brasil para aplicar una retorsión intersectorial tienen en cuenta las circunstancias de hecho derivadas de los procedimientos separados referentes a las subvenciones recurribles que también fueron objeto de resolución en el procedimiento inicial; pero la presente decisión no genera para el Brasil ningún derecho a adoptar contramedidas en relación con esas subvenciones.

C. LA DETERMINACIÓN DEL BRASIL DE QUE ES IMPRACTICABLE O INEFICAZ ADOPTAR CONTRAMEDIDAS ÍNTEGRAMENTE EN MATERIA DE COMERCIO DE BIENES Y DE QUE LAS CIRCUNSTANCIAS SON SUFICIENTEMENTE GRAVES

1. Los principios y procedimientos del párrafo 3 del artículo 22 del ESD

5.61 El párrafo 3 del artículo 22 del ESD, como ya hemos observado, dispone que la parte reclamante debe seguir ciertos "procedimientos y principios" para tratar de suspender concesiones en otro sector o en el marco de otro acuerdo distintos del sector y el acuerdo respecto de los cuales se constató la infracción.

5.62 Como observó el Árbitro en el asunto Estados Unidos - Juegos de azar (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos):

"[E]stas disposiciones entrañan una secuencia de pasos encaminados a una suspensión, compatible con la OMC, de concesiones u otras obligaciones'.³⁵³ Dicho de otro modo, como Antigua ha indicado, el párrafo 3 del artículo 22 del ESD establece una 'jerarquía' de medidas correctivas a las que debe atenerse la parte reclamante al determinar en qué sectores o en el marco de qué acuerdo puede buscarse la suspensión de concesiones u otras obligaciones: 1) tratar de suspenderlas

³⁵¹ Véase la sección 1.C *supra*, párrafos 1.27-1.31.

³⁵² Véase WT/DS267/ARB/2.

³⁵³ (nota del original) decisión de los Árbitros, CE - Banano III (solicitud del Ecuador), párrafo 55.

en el mismo sector del mismo acuerdo; 2) tratar de suspenderlas en el mismo acuerdo y 3) tratar de suspenderlas en el marco de otro acuerdo.³⁵⁴

5.63 En el presente asunto, la infracción inicial se constató en relación con el comercio de bienes, y es éste el "sector" (conforme a la definición que figura en el apartado g) del párrafo 3 del artículo 22) en el cual el Brasil debería aplicar normalmente sus contramedidas con arreglo al apartado a). El apartado b) admite la posibilidad de tratar de suspender concesiones u otras obligaciones "en otros sectores en el marco del mismo acuerdo". A los efectos de esta disposición, todos los acuerdos enumerados en el Anexo 1A del Acuerdo sobre la OMC, "tomados en conjunto", se consideran un "acuerdo"; y se define un "sector", en lo que concierne a bienes, como "todos los bienes".

5.64 Por lo tanto, la aplicación del apartado b) permitiría al Brasil, en principio, tratar de suspender concesiones u otras obligaciones respecto de todos los bienes, en el marco de los Acuerdos sobre el comercio de bienes. El Brasil desea aplicar contramedidas en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC y el AGCS. Esto constituiría una suspensión de concesiones u otras obligaciones "en el marco de otro acuerdo" en el sentido del apartado c) del párrafo 3 del artículo 22.

5.65 En consecuencia, el Brasil habrá seguido los principios y procedimientos del párrafo 3 del artículo 22 si ha determinado, en conformidad con las disposiciones del apartado c), lo siguiente:

- a) que "es impracticable o ineficaz" tratar de suspender concesiones en el marco del mismo acuerdo (es decir, en el marco de los acuerdos sobre el comercio de bienes); y
- b) que "las circunstancias son suficientemente graves".

5.66 Además, al aplicar estos principios, el Brasil está obligado a tener en cuenta los factores indicados en el apartado d) del párrafo 3 del artículo 22.

5.67 Como hemos determinado *supra*, nuestro mandato requiere que examinemos si el Brasil, al efectuar estas determinaciones, consideró objetivamente los hechos necesarios y si, sobre la base de esos hechos, podía llegar plausiblemente a la conclusión de que era impracticable o ineficaz tratar de aplicar la suspensión de concesiones en el marco del mismo acuerdo y de que las circunstancias eran suficientemente graves. Para llevar a cabo esta evaluación debemos aclarar en primer lugar los términos de estas prescripciones, así como la función de los elementos que se mencionan en el apartado d).

5.68 Observamos para empezar que las dos prescripciones que figuran en el apartado c) son acumulativas; es decir, el Miembro reclamante debe examinar si "es impracticable o ineficaz" tratar de suspender concesiones u otras obligaciones en el marco del mismo acuerdo, y si "las circunstancias son suficientemente graves". La prescripción complementaria enunciada en el apartado d), de tener en cuenta determinadas consideraciones, matiza la forma en que deben aplicarse los principios que figuran en el apartado c).

- a) Primer requisito del apartado c): determinación de que "es impracticable o ineficaz" la suspensión de concesiones u otras obligaciones respecto de otros sectores en el marco del mismo acuerdo

5.69 Para poder tratar de suspender concesiones u otras obligaciones en el marco de otro acuerdo, la parte reclamante debe considerar en primer lugar que es "impracticable o ineficaz" tratar de

³⁵⁴ Decisión del Árbitro, *Estados Unidos - Juegos de azar (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)*, párrafo 4.19.

suspender concesiones en el marco del mismo acuerdo. El Brasil considera que no es preciso que se cumplan al mismo tiempo los criterios de "impracticabilidad" y de "ineficacia", y que basta que se satisfaga una de las dos condiciones.³⁵⁵

5.70 Estamos de acuerdo en que la redacción de la disposición implica que la parte reclamante puede considerar tanto que es "impracticable" tratar de suspender concesiones en el marco del mismo acuerdo como que ello es "ineficaz", y que no le es preciso llegar a la conclusión de que la suspensión en el marco del mismo acuerdo es al mismo tiempo "impracticable" e "ineficaz" para concluir que es "impracticable o ineficaz".³⁵⁶

i) "impracticable"

5.71 A juicio del Brasil, el criterio de "practicabilidad" se refiere, en el párrafo 3 del artículo 22, a que la suspensión de concesiones únicamente en el sector de los bienes esté disponible para aplicarse en la práctica.³⁵⁷ A juicio del Brasil, la "practicabilidad" se refiere a si la suspensión en el mismo sector o en el marco del mismo acuerdo *está disponible para aplicarse en la práctica*, y además *es apta para su empleo en un caso particular*. Si no constituye una posibilidad real o no es apta para su empleo en las circunstancias del caso, será impracticable.³⁵⁸ Así interpretaron esa expresión los árbitros en los asuntos *CE - Banano III* y *Estados Unidos - Juegos de azar*, y estamos de acuerdo con esa determinación.

5.72 Tal como lo expone el Brasil, y lo expresó el Árbitro en el asunto *CE - Banano III (Ecuador)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE), el examen de si la suspensión de concesiones en determinado sector o en el marco de determinado acuerdo es "practicable" se refiere principalmente a si realmente "está disponible en la práctica" para su aplicación por la parte reclamante. Nos parece útil el ejemplo utilizado por el Árbitro en el asunto *CE - Banano III (Ecuador)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE) para aclarar los tipos de consideraciones que pueden ser pertinentes a los efectos de tal determinación:

"Para citar un ejemplo evidente, no está disponible para aplicarse en la práctica y, por ende, no se puede considerar practicable una suspensión de compromisos en subsectores de servicios o respecto de modos de suministro de los servicios que una determinada parte reclamante no haya consolidado en su Lista anexa al AGCS."³⁵⁹

5.73 Puede haber todo un conjunto de situaciones en las que la suspensión de concesiones u otras obligaciones en relación con determinado sector o en el marco de determinado acuerdo no "está disponible en la práctica". A nuestro juicio, lo esencial de un examen de la "practicabilidad" de la suspensión de concesiones es que se relacione con su efectiva disponibilidad y viabilidad. La impracticabilidad puede ser de índole jurídica, como se indica en el ejemplo propuesto en el asunto *CE - Banano III (Ecuador)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE), o bien de naturaleza fáctica, como la que podría darse si la contramedida excede de la cuantía total del comercio al que puede afectar la contramedida.

ii) "ineficaz"

5.74 Citando al Árbitro en el asunto *CE - Banano III (Ecuador)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE), el Brasil alega que el criterio de "eficacia" alienta al Estado infractor a cumplir sus obligaciones de la

³⁵⁵ Respuestas del Brasil a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 8, párrafo 127.

³⁵⁶ Véanse las Decisiones de los Árbitros, *Estados Unidos - Juegos de azar* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*), párrafo 4.29, y *CE - Banano III (Ecuador)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE), párrafo 74.

³⁵⁷ Comunicación escrita del Brasil, párrafo 510.

³⁵⁸ Respuestas del Brasil a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 8, párrafo 126.

³⁵⁹ Decisión de los Árbitros, *CE - Banano III (Ecuador)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE), párrafo 71.

normativa de la OMC; en otras palabras, induce al cumplimiento³⁶⁰ y permite a la parte que trata de suspender concesiones lograr que los efectos de la suspensión sean enérgicos y alcancen el resultado deseado, es decir, que induzcan al cumplimiento. El Brasil considera que "las contramedidas más adecuadas para provocar esa reacción son las que puedan maximizar la probabilidad de cumplimiento".³⁶¹

5.75 A juicio de los Estados Unidos, la probabilidad de cumplimiento no es un factor que el ESD haya establecido para evaluar el nivel apropiado o la naturaleza de la contramedida.³⁶² Los Estados Unidos consideran que el ESD autoriza a reequilibrar las concesiones comerciales en caso de que un Miembro no cumpla sus obligaciones comerciales. Aunque en última instancia el objetivo de política del ESD sea el de fomentar el cumplimiento, los criterios jurídicos para evaluar las contramedidas son los efectos de anulación y menoscabo, y en opinión de los Estados Unidos se trata de dos cuestiones separadas.³⁶³

5.76 Los Estados Unidos consideran que la palabra "ineficaz" significa que no debe impedirse a los Miembros imponer contramedidas que tengan el peso que se pretende como consecuencia de que tales contramedidas se limiten al mismo sector o acuerdo. El "peso" que se pretende es lo autorizado sobre la base del criterio aplicable, incluso cuando son de aplicación reglas especiales o complementarias. Así pues, el Miembro debe estar en condiciones de adoptar contramedidas de una cuantía "apropiada" respecto de las subvenciones prohibidas; y, cuando se trata de subvenciones que causan efectos desfavorables, el Miembro debe estar en condiciones de adoptar contramedidas proporcionadas a esos efectos.³⁶⁴

5.77 Las definiciones del término "*effective*" ("eficaz") que dan los diccionarios incluyen "*producing a decided, decisive, or desired effect*" ("que causa un efecto decidido o decisivo, o el efecto deseado")³⁶⁵, y "*powerful in effect; producing a notable effect; effectual*" ("de efecto poderoso; que causa un efecto notable; efectivo").³⁶⁶ El Árbitro en el asunto *CE - Banano III (Ecuador)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE) se basó en definiciones comparables para concluir que "el sentido principal de este criterio es dar a la parte que trata de efectuar una suspensión la facultad de asegurarse de que la suspensión tenga una repercusión fuerte y produzca el resultado deseado, esto es, inducir al cumplimiento por parte del Miembro que, dentro de un plazo prudencial, no ponga las medidas incompatibles con la OMC en conformidad con las resoluciones del OSD".³⁶⁷ El árbitro añadió consideraciones sobre los tipos de circunstancias en las que una parte reclamante podría considerar que la suspensión en determinado sector o en el marco de determinado acuerdo sería "ineficaz":

"Cabe preguntarse si alguna vez se podrá alcanzar este objetivo [de inducir al cumplimiento] en una situación en que exista un gran desequilibrio, en cuanto al volumen de comercio y el poder económico, entre la parte reclamante que trata de efectuar una suspensión y la otra parte que no ha puesto sus medidas incompatibles con la OMC en conformidad con las disposiciones de la Organización. En ese caso, y en situaciones en que la parte reclamante depende mucho de las importaciones

³⁶⁰ Comunicación escrita del Brasil, párrafo 511. *CE - Banano III (Ecuador)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE), párrafo 72.

³⁶¹ Documento sobre metodología del Brasil, párrafo 143.

³⁶² Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 337.

³⁶³ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 339 y 341.

³⁶⁴ Respuestas de los Estados Unidos a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 137, párrafo 177.

³⁶⁵ En *Merriam-Webster Online Dictionary*. Consultado el 4 de junio de 2009 en: <http://www.merriam-webster.com/dictionary/effective>.

³⁶⁶ *Oxford English Dictionary*, en www.oed.com.

³⁶⁷ Decisión de los Árbitros, *CE - Banano III (Ecuador)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE), párrafo 72.

procedentes de la otra parte, podrá suceder que la suspensión de determinadas concesiones o algunas otras obligaciones ocasione efectos más perjudiciales para la parte que trata de efectuar la suspensión que para la otra parte.²⁹ En tales circunstancias, el hecho de que la parte reclamante considerara en qué sector o en el marco de cuál acuerdo podría esperar que la suspensión le resultara menos perjudicial nos parecería suficiente para constatar que la consideración por la parte reclamante del criterio de eficacia es compatible con la exigencia de seguir los principios y procedimientos establecidos en el párrafo 3 del artículo 22.³⁶⁸

(*nota del original*) ²⁹ Evidentemente siempre es probable que la suspensión de concesiones u otras obligaciones también resulte perjudicial, dentro de ciertos límites, para la parte reclamante que solicita autorización al OSD.

5.78 No compartimos el punto de vista del Árbitro que actuó en el asunto *CE - Banano III (Ecuador)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE) de que la consideración, por la parte reclamante, del sector o el acuerdo en que la suspensión de concesiones sería "menos perjudicial" para ella misma sea necesariamente pertinente. Según interpretamos los términos de los apartados b) y c), el examen del criterio de "eficacia" con arreglo a esas disposiciones requiere una evaluación de la eficacia -o ineficacia- de la suspensión de concesiones *en el mismo sector o en el marco del mismo acuerdo*, y no una evaluación comparativa de la eficacia de tal suspensión en relación con la suspensión en otro sector o en el marco de otro acuerdo. En otras palabras, los procedimientos y principios del párrafo 3 del artículo 22 no dan derecho a la parte reclamante a escoger libremente el sector o el acuerdo *más* eficaces para tratar de suspender concesiones en él. El derecho que la disposición da a la parte reclamante es el de apartarse del mismo sector, o del mismo acuerdo, cuando considere que la suspensión *en ese sector o en el marco de ese acuerdo* es "impracticable o ineficaz".

5.79 Sin embargo, estamos de acuerdo con el Árbitro que actuó en el asunto *CE - Banano III (Ecuador)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE) en que la cuestión de si "la suspensión de determinadas concesiones o algunas otras obligaciones ocasiona efectos más perjudiciales para la parte que trata de efectuar la suspensión que para la otra parte" sería pertinente para la consideración de la "eficacia" de la suspensión de concesiones. De hecho, como observa el citado árbitro, puede haber situaciones en las que, por ejemplo, la parte reclamante dependa mucho de importaciones procedentes de la otra parte, en tal medida que se causaría mayor perjuicio a sí misma que a la otra parte si suspendiera concesiones u otras obligaciones en relación con esas importaciones. En tal situación, en que la parte reclamante se causaría un perjuicio desproporcionado a sí misma, de modo que de hecho le sería imposible utilizar la autorización, habría fundamento para concluir que tal suspensión de concesiones sería "ineficaz".

5.80 Bien puede ser cierto que "siempre es probable que la suspensión de concesiones u otras obligaciones también resulte perjudicial, dentro de ciertos límites, para la parte reclamante" que las aplica. Sin embargo, esto no significa, a nuestro juicio, que la consideración de ese perjuicio no sea pertinente a los efectos de evaluar la "eficacia" de la suspensión de concesiones en determinado sector o en el marco de determinado acuerdo. Al prever que la parte reclamante puede considerar que la suspensión de concesiones en el mismo sector o en el marco del mismo acuerdo es "impracticable o ineficaz", los redactores del ESD han admitido y reconocido precisamente la posibilidad de que se den circunstancias en las que la suspensión de ciertas obligaciones no sería eficaz, y han procurado dar a la parte reclamante la posibilidad de tener a su disposición, a pesar de ello, un recurso eficaz en tales circunstancias; es decir, un recurso que pueda producir los efectos que se pretenden. A nuestro juicio, esto incluye las situaciones en las que una suspensión de concesiones en el mismo sector o en el marco del mismo acuerdo causaría a la parte reclamante perjuicios de tal importancia que la disuadirían de recurrir a ella.

³⁶⁸ Decisión de los Árbitros, *CE - Banano III (Ecuador)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE), párrafo 73.

5.81 Esto está en conformidad con el objetivo de inducir al cumplimiento, en cuanto que la disposición procura asegurar que la parte reclamante esté en condiciones de recurrir efectivamente a la medida correctiva autorizada, haciéndole posible contribuir a inducir el cumplimiento como es su legítimo propósito. Al mismo tiempo, estamos de acuerdo con los Estados Unidos en que la "probabilidad de cumplimiento", en sí misma, no es objeto de esta determinación. Lo que es objeto de ella es la posibilidad de la parte reclamante de utilizar efectivamente las contramedidas autorizadas con el fin de inducir a ese cumplimiento.

- b) Segundo elemento del apartado c): determinación de que "las circunstancias son suficientemente graves"

5.82 Como señaló el Árbitro en el asunto *Estados Unidos - Juegos de azar* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*), el texto del párrafo 3 c) del artículo 22 no da ninguna orientación específica sobre la forma en que procede interpretar la expresión "las circunstancias son suficientemente graves". Sin embargo, los elementos del apartado d) ofrecen a ese respecto una orientación útil.

5.83 Consideramos, en consecuencia, que el comercio en cuestión, y su importancia para la parte reclamante, así como los elementos económicos más amplios relacionados con la anulación o menoscabo y las consecuencias económicas más amplias de la suspensión, pueden ser otros tantos elementos pertinentes para evaluar si, en un caso determinado, "las circunstancias son suficientemente graves".

5.84 Al mismo tiempo, estimamos que estas expresiones admiten intrínsecamente cierto grado de flexibilidad al evaluar qué "circunstancias" pueden ser pertinentes en cada caso, de modo que las consideraciones mencionadas pueden no ser las únicas pertinentes a los efectos de esa evaluación. Estamos de acuerdo, a este respecto, con las siguientes determinaciones del Árbitro en el asunto *Estados Unidos - Juegos de azar* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*):

"Consideramos también, en términos más generales, que este aspecto de la determinación, que guarda relación con las 'circunstancias', constituye necesariamente una evaluación que se ha de realizar caso por caso, y que las circunstancias que son pertinentes pueden variar de un caso a otro. Observamos, sin embargo, que estas circunstancias deberían ser 'suficientemente graves', lo cual da a entender que sólo cuando alcanzan un determinado grado o nivel de importancia las circunstancias pueden considerarse 'suficientemente graves'".³⁶⁹

- c) Los elementos del apartado d) del párrafo 3 del artículo 22

5.85 El apartado d) del párrafo 3 del artículo 22 dispone que la parte reclamante tendrá en cuenta dos consideraciones concretas al aplicar los principios de los apartados precedentes:

- a) el comercio realizado en el sector o en el marco del acuerdo en que el grupo especial o el Órgano de Apelación haya constatado una infracción u otra anulación o menoscabo, y la importancia que para [la parte reclamante] tenga ese comercio;
- b) los elementos económicos más amplios relacionados con la anulación o menoscabo y las consecuencias económicas más amplias de la suspensión de concesiones u otras obligaciones.

³⁶⁹ Decisión del Árbitro, *Estados Unidos - Juegos de azar* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*), párrafo 4.108.

5.86 El primer elemento, "el comercio realizado en el sector o en el marco del acuerdo en que el grupo especial o el Órgano de Apelación haya constatado una infracción", debe entenderse con referencia a las definiciones de los términos "sector" y "acuerdo" que figuran en el apartado g) del mismo párrafo. Como observó el Árbitro en el asunto *Estados Unidos - Juegos de azar* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*):

"[P]ara determinar si la suspensión es practicable o eficaz en determinado sector, es apropiado tener en cuenta todo el comercio realizado en ese sector, así como la importancia que tiene para la parte reclamante. A nuestro parecer esta interpretación es también compatible con la finalidad de esta disposición, que es proporcionar algunos parámetros objetivos a los que han de atenerse las determinaciones de esa naturaleza."³⁷⁰

5.87 En las circunstancias del presente caso, esto significa que lo que debe tenerse en cuenta es "el comercio" de todos los bienes en el marco del acuerdo sobre el comercio de mercancías, es decir, el comercio de mercancías en general y su importancia para el Brasil.

5.88 La segunda consideración que debe tenerse en cuenta consiste en "los elementos económicos más amplios relacionados con la anulación o menoscabo" y "las consecuencias económicas más amplias" de la suspensión. Estamos de acuerdo con las siguientes determinaciones del Árbitro en el asunto *CE - Banano III (Ecuador)* (párrafo 6 del artículo 22 - *CE*), que también hizo suyas el Árbitro que actuó en el asunto *Estados Unidos - Juegos de azar* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*):

"El hecho de que el criterio mencionado en primer término esté relacionado con la 'anulación o menoscabo' indica, en nuestra opinión, que este factor atañe ante todo a 'los elementos económicos más amplios' relacionados con el Miembro que sufre dicha anulación o menoscabo, es decir el Ecuador en este caso.

Estimamos, no obstante, que el hecho de que el criterio mencionado en último término esté relacionado con la suspensión de concesiones u otras obligaciones no constituye necesariamente una indicación de que 'las consecuencias económicas más amplias' estén relacionadas exclusivamente con la parte con respecto a la cual se constató un cumplimiento de la normativa de la OMC, es decir, las Comunidades Europeas en este caso. Como se ha señalado *supra*, la suspensión de concesiones puede afectar no sólo a la parte que es objeto de medidas de retorsión, sino que también puede tener, por lo menos hasta cierto punto, efectos desfavorables para la parte reclamante que trata de lograr la suspensión, en especial cuando entre una y otra parte hay un gran desequilibrio en cuanto al volumen del comercio y al poder económico, como sucede en el caso presente, en que son sustanciales las diferencias entre el Ecuador y las Comunidades Europeas en lo que respecta al tamaño de sus economías y al nivel de desarrollo socioeconómico."³⁷¹

5.89 Por consiguiente, los "elementos económicos más amplios relacionados con la anulación o menoscabo" que deben tenerse en cuenta en este caso son los relacionados con la anulación o menoscabo sufridos por el Brasil a causa de las subvenciones en litigio, mientras que las consecuencias económicas más amplias de la suspensión pueden incluir la consideración de las consecuencias económicas de la suspensión tanto para el Brasil como para los Estados Unidos.

³⁷⁰ Decisión del Árbitro, *Estados Unidos - Juegos de azar* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*), párrafo 4.34.

³⁷¹ Decisión de los Árbitros, *CE - Banano III (Ecuador)* (párrafo 6 del artículo 22 - *CE*), párrafos 85 y 86. Véase también la decisión del Árbitro, *Estados Unidos - Juegos de azar* (párrafo 6 del artículo 22 - *Estados Unidos*), párrafo 4.35.

5.90 Los términos del apartado d), que requieren tener en cuenta estos elementos al aplicar los principios del apartado c), ponen de manifiesto que una evaluación de si la suspensión de concesiones en el mismo sector o en el marco del mismo acuerdo es "impracticable o ineficaz" y de si "las circunstancias son suficientemente graves" puede legítimamente tomar en consideración, y de hecho *debe* tomar en consideración, no sólo el comercio al que se aplicaría la suspensión, sino también las consecuencias económicas derivadas de ella.

5.91 Teniendo presentes estas consideraciones, pasamos ahora a examinar si en el presente caso podía o no hacerse una determinación plausible de que la suspensión de obligaciones únicamente en el comercio de bienes es impracticable o ineficaz, y de que las circunstancias son suficientemente graves, de modo que puede otorgarse autorización para suspender concesiones u otras obligaciones también en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC y del AGCS.

2. Supuestos de hecho

5.92 Como hemos constatado *supra*, nuestro mandato nos obliga a considerar si el Brasil ha seguido los procedimientos y principios del párrafo 3 del artículo 22 del ESD al determinar que es impracticable o ineficaz suspender concesiones en el comercio de bienes y en el marco de los acuerdos del Anexo 1A, y que las circunstancias son suficientemente graves.

5.93 Al efectuar sus determinaciones, el Brasil partió del supuesto de que las contramedidas serían de la cuantía que había solicitado, es decir, por un total de 1.644 millones de dólares EE.UU. en relación con las subvenciones prohibidas en litigio en este procedimiento (Fase 2 y GSM 102). Hemos determinado, sin embargo, que en el presente caso serían "apropiadas" contramedidas de una cuantía anual de 147,4 millones de dólares EE.UU.³⁷²

5.94 Además, nuestra determinación en este procedimiento se efectúa con el contexto de otro procedimiento arbitral referente a subvenciones recurribles, en el cual el Brasil pidió contramedidas de una cuantía de 1.037 millones de dólares EE.UU. por año. El Árbitro en ese procedimiento ha determinado que serían "proporcionadas al grado y naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia se ha[] determinado", en el sentido del párrafo 9 del artículo 7 del *Acuerdo SMC*, contramedidas de una cuantía de 147,3 millones de dólares EE.UU.³⁷³

5.95 Estas circunstancias plantean dos problemas que debemos considerar. En primer lugar debemos examinar si, a los efectos de nuestra evaluación, hemos de tener en cuenta la cuantía acumulada de las contramedidas resultantes de los dos procedimientos, o únicamente la que corresponde a la presente decisión. En segundo lugar, debemos examinar qué consecuencias tiene el hecho de que el Brasil, al formular su determinación, haya partido del supuesto de una cuantía de las contramedidas que excede considerablemente de la que se ha determinado es admisible.

a) ¿Procede considerar la cuantía acumulada de las contramedidas derivadas de ambos procedimientos?

5.96 Aunque se llevaron a cabo paralelamente los procedimientos arbitrales relativos a las subvenciones prohibidas y a las subvenciones recurribles, se relacionan con distintos aspectos de las constataciones del OSD en esta diferencia y son jurídicamente independientes. En ambos casos el Brasil ha solicitado autorización para aplicar las contramedidas propuestas en forma de una suspensión de obligaciones dimanantes del AGCS y el Acuerdo sobre los ADPIC, así como en

³⁷² Recordamos que no se trata de una suma fija, por lo que puede variar con el tiempo. Sin embargo, a esta altura de nuestro análisis nos parece adecuado basarnos en la cantidad que hemos calculado para el ejercicio fiscal 2006.

³⁷³ Véase el documento WT/DS267/ARB/2, párrafo 4.195.

materia de comercio de bienes. Se plantea, por lo tanto, la cuestión de la medida en que el Árbitro, al evaluar en este procedimiento si el Brasil ha seguido los principios y procedimientos del párrafo 3 del artículo 22 del ESD, debe tener en cuenta las determinaciones del Árbitro del otro procedimiento.

5.97 El Brasil considera que la cuantía de las contramedidas por subvenciones prohibidas y la cuantía de las que corresponden por subvenciones recurribles deben acumularse al considerar si es practicable o eficaz la suspensión de concesiones u otras obligaciones en el sector de los bienes. El Brasil observa que la cuantía total de las contramedidas forma parte de la realidad objetiva en que el Miembro actúa y en la cual realiza su examen de la practicabilidad y la eficacia de las contramedidas con arreglo al párrafo 3 del artículo 22 del ESD.³⁷⁴

5.98 Los Estados Unidos alegan que, como el Árbitro debe formular dos informes separados correspondientes a dos procedimientos arbitrales independientes, sería preciso realizar evaluaciones separadas de las solicitudes de contramedidas presentadas por el Brasil en el marco del AGCS y el Acuerdo sobre los ADPIC.³⁷⁵ Sin embargo, los Estados Unidos también consideran que el Árbitro de cada procedimiento puede tomar en consideración las circunstancias del otro procedimiento. Por consiguiente, el Árbitro de uno de ellos puede tener en cuenta las contramedidas autorizadas en el otro al determinar si el total de las contramedidas autorizadas en los dos procedimientos conjuntamente justificaría la suspensión de concesiones en otro sector o en el marco de otro acuerdo.³⁷⁶

5.99 Tomamos nota en primer lugar del acuerdo de las partes en que, incluso en el contexto de evaluaciones separadas efectuadas en los dos procedimientos, el Árbitro de cada uno de ellos estaría facultado, en las circunstancias de este asunto, para tener en cuenta la cuantía de las contramedidas autorizadas en el otro procedimiento.

5.100 Las determinaciones resultantes de la presente decisión conciernen únicamente a las contramedidas referentes a las subvenciones comprendidas en este procedimiento, es decir, las propuestas del Brasil relativas a los pagos de la Fase 2 y el programa GSM 102. Al mismo tiempo, estamos de acuerdo en que procede que tengamos en cuenta la cuantía de las contramedidas que el Brasil esté facultado para aplicar en virtud del otro procedimiento. Como lo ha expresado el Brasil, la cuantía de las contramedidas determinadas en el otro procedimiento "forma parte de la realidad objetiva en que el Miembro actúa". Suponemos que ambas cantidades serían aplicables al mismo tiempo, y que el Brasil podría aplicar las dos cantidades de contramedidas acumulativamente. Esta circunstancia puede tener consecuencias en una evaluación acerca de si es "practicable y eficaz" tratar de aplicar contramedidas en el mismo sector o en el marco del mismo acuerdo, y de si "las circunstancias son suficientemente graves". Como se ha observado *supra*, las partes están de acuerdo en que podemos adoptar en este caso un enfoque acumulativo.³⁷⁷

5.101 En consecuencia, tendremos en cuenta el nivel acumulado de contramedidas resultante de las dos decisiones, que se cifra en 294,7 millones de dólares EE.UU. por año, al examinar si el Brasil ha seguido los principios y procedimientos del párrafo 3 del artículo 22 del ESD al determinar que es impracticable o ineficaz tratar de suspender concesiones u otras obligaciones en el comercio de bienes exclusivamente, y que las circunstancias son suficientemente graves.

³⁷⁴ Respuestas del Brasil a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 9, párrafo 133.

³⁷⁵ Respuestas de los Estados Unidos a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 9, párrafo 47.

³⁷⁶ Respuestas de los Estados Unidos a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 9, párrafo 48.

³⁷⁷ Véase el párrafo 5.94.

- b) Consecuencias de la diferencia entre el nivel de contramedidas solicitado por el Brasil y el nivel cuya admisibilidad se ha determinado

5.102 La cuantía de la contramedida constituye un aspecto central, posiblemente el de importancia más decisiva, en la consideración que el Miembro reclamante está obligado a efectuar al seguir los principios y procedimientos del párrafo 3 del artículo 22 del ESD.

5.103 En este procedimiento, al aplicar los procedimientos y principios del párrafo 3 del artículo 22, el Brasil ha partido del supuesto de que estaría facultado para aplicar contramedidas por una cuantía total de 2.681 millones de dólares EE.UU. (1.644 millones de dólares EE.UU. en relación con las subvenciones prohibidas más 1.037 millones de dólares EE.UU. en relación con las subvenciones recurribles). Sin embargo, como hemos determinado *supra*, la cuantía acumulada de las contramedidas que el Brasil está facultado para aplicar es de 294,7 millones de dólares EE.UU.

5.104 En este caso, la cuantía de las contramedidas cuya admisibilidad hemos determinado es considerablemente inferior a la suma que el Brasil presupuso en su solicitud; y este solo hecho obliga a constatar que la parte reclamante no ha seguido los principios y procedimientos del párrafo 3 del artículo 22. Por consiguiente, debemos constatar que la parte reclamante, al adoptar el supuesto de contramedidas por un valor total de 2.681 millones de dólares EE.UU. como "hecho" central en que se basó su consideración con arreglo al párrafo 3 del artículo 22, no "consideró objetivamente los hechos necesarios" en debida forma, o no puede estimarse que lo haya hecho. En consecuencia, el Brasil no puede haber aplicado debidamente los principios y procedimientos del párrafo 3 del artículo 22 sobre la base de estos hechos. Por lo tanto, nuestra constatación debe ser que el Brasil no ha seguido los principios y procedimientos establecidos en ese párrafo.

5.105 El Brasil no puede "retrotraerse en el tiempo" para rectificar su solicitud a los efectos de este procedimiento teniendo en cuenta nuestra determinación acerca de la cuantía admisible de las contramedidas.³⁷⁸ Sin embargo, tendrá derecho a presentar al OSD una solicitud de contramedidas en el nivel establecido en esta decisión. Por lo tanto, no sería razonable ni instructivo guardar silencio sobre la forma en que los principios y procedimientos deberían aplicarse a la contramedida de menor cuantía calculada por el Árbitro.

5.106 Recordamos a este respecto nuestra determinación, expuesta en el párrafo 5.52 *supra*, de que, en caso de que determinemos que el Brasil no ha seguido esos procedimientos o esos principios, procede que expresemos de qué modo el análisis podría efectuarse debidamente en la medida necesaria para asegurar que el Brasil esté en condiciones de aplicar esos procedimientos y principios "de conformidad con las disposiciones del párrafo 3" y presentar una solicitud "acorde con la decisión del árbitro" en una etapa ulterior de este procedimiento de solución de diferencias, conforme a lo previsto en el párrafo 7 del artículo 22 del ESD.

5.107 A la luz de estas consideraciones, y no obstante nuestra determinación de que el Brasil no siguió los principios y procedimientos del párrafo 3 del artículo 22 porque basó su determinación en una cuantía de contramedidas que excede considerablemente de la cuantía que hemos autorizado, procederemos ahora a describir en qué forma debería aplicarse a nuestro juicio el párrafo 3 del artículo 22 respecto de una contramedida de una cuantía de 294,7 millones de dólares EE.UU.

³⁷⁸ Esto no significa que un Miembro no pueda basar su consideración en una gama de posibles cuantías de las contramedidas para presentarse ante un árbitro en un procedimiento del párrafo 6 del artículo 22 y afirmar válidamente que aplicó un conjunto de supuestos fácticos y llegó a iguales o diferentes conclusiones respecto de la retorsión en otro sector o en el marco de otro acuerdo. En el presente procedimiento no ha ocurrido tal cosa.

5.108 Al realizar este análisis tomaremos en consideración los elementos y los argumentos que el Brasil y los Estados Unidos nos han presentado en este procedimiento. Reconocemos que el Brasil aplicó esos argumentos a una cuantía de contramedidas considerablemente mayor. Lo que procuramos determinar con nuestro examen de esta cuestión es si las consideraciones planteadas por el Brasil para explicar por qué consideró impracticable o ineficaz suspender concesiones u otras obligaciones exclusivamente en el comercio de bienes al nivel en que suponía que estaría facultado para hacerlo justificarían igual conclusión al aplicarlas al nivel de contramedidas que hemos determinado sería "apropiado".

3. ¿Sería practicable y eficaz para el Brasil suspender concesiones en el comercio de bienes?

5.109 Aunque el Brasil considera que las contramedidas deben evaluarse exclusivamente sobre la base de las prescripciones del párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*, alega también que, de cualquier modo, ha seguido los principios y procedimientos del párrafo 3 del artículo 22 del ESD. Concretamente, el Brasil considera que es impracticable o ineficaz suspender concesiones u otras obligaciones exclusivamente respecto del comercio de bienes, y que las circunstancias son suficientemente graves para justificar la suspensión de concesiones u otras obligaciones en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC y el AGCS.³⁷⁹ El Brasil alega también que tomó en consideración los elementos indicados en el párrafo 3 d) del artículo 22 del ESD.³⁸⁰

5.110 Los Estados Unidos alegan que el texto del ESD no define expresamente las contramedidas que son "practicables o eficaces", pero que fue claro el propósito de los negociadores de colocar aquí el listón muy alto. El Brasil no lo alcanza. A juicio de los Estados Unidos, el Brasil plantea una pretensión de suspensión de concesiones en el marco de otros acuerdos y en el sector que es contraria a las disciplinas del párrafo 3 del artículo 22.³⁸¹ Los Estados Unidos, en consecuencia, piden al Árbitro que rechace la solicitud del Brasil de suspender concesiones respecto del Acuerdo sobre los ADPIC y el AGCS por no haber cumplido el Brasil las prescripciones del párrafo 3 del artículo 22.³⁸²

a) Principales argumentos de las partes

5.111 El Brasil dice que no considera adecuado suspender concesiones "creando obstáculos a las importaciones brasileñas de bienes estadounidenses e imponiendo con ello costos adicionales a la economía brasileña en general".³⁸³

5.112 Los Estados Unidos consideran que este argumento choca frontalmente con el diseño meditado y con claros objetivos del sistema del ESD. Según los Estados Unidos, los negociadores del tratado crearon expresamente un sistema en el que los Miembros tendrían que recurrir en primer término a la suspensión de concesiones en el marco del acuerdo respectivo. La suspensión de concesiones respecto de bienes siempre supone crear obstáculos para los bienes de otro Miembro, imponiendo con ello costos adicionales a la economía del Estado que aplica la sanción. Los Estados Unidos alegan que los negociadores del ESD tenían perfecta conciencia de que la suspensión de concesiones respecto de bienes sería gravosa para el gobierno sancionado y para el gobierno que impone la sanción.³⁸⁴ A juicio de los Estados Unidos, si la mera circunstancia de un costo adicional

³⁷⁹ Documento sobre metodología del Brasil, párrafo 144; y comunicación escrita del Brasil, párrafo 499.

³⁸⁰ Comunicación escrita del Brasil, párrafo 506.

³⁸¹ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 329.

³⁸² Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 342.

³⁸³ Documento sobre metodología del Brasil, párrafo 143.

³⁸⁴ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 329.

para la economía interna del Brasil bastara para hacer impracticable o ineficaz la suspensión de concesiones en el mismo sector, podría aducirse que absolutamente todas las infracciones respecto de bienes justificarían la suspensión de concesiones en el marco de otro acuerdo. Los Estados Unidos alegan que este enfoque es incompatible con el hecho de que quienes elaboraron el ESD optaron por imponer disciplinas a la suspensión de concesiones.³⁸⁵

5.113 Los Estados Unidos consideran que pueden demostrar que el Brasil puede suspender concesiones respecto de bienes de forma eficaz y practicable, y que cualquier solicitud del Brasil de suspender concesiones en otros sectores o en el marco de otros acuerdos no constituye una evaluación razonable y objetiva de las condiciones conforme a lo establecido en el párrafo 3 del artículo 22.³⁸⁶ Los Estados Unidos señalan que el Brasil importa de los Estados Unidos una cantidad de mercancías suficiente para hacer posible una suspensión de concesiones practicable y eficaz. Entre 2005 y 2007 el Brasil importó bienes estadounidenses por valor de entre 15.300 y 24.600 millones de dólares EE.UU. por año.³⁸⁷ En bienes de consumo, sin incluir los productos alimenticios ni los de la industria del automóvil, el Brasil importó anualmente durante el mismo período por valor de entre 1.125 y 1.676 millones de dólares EE.UU. Si se incluyen en la categoría de los bienes de consumo los productos alimenticios y los de la industria del automóvil, el nivel de las importaciones pasa a situarse entre 1.826 y 2.717 millones de dólares EE.UU. por año.

5.114 Según los Estados Unidos, el nivel del comercio bilateral entre los Estados Unidos y el Brasil es suficiente, por lo tanto, para hacer posible la suspensión de concesiones respecto de bienes exclusivamente. Además, teniendo en cuenta el gran volumen y la diversidad de la economía del Brasil, así como el nivel efectivo de la anulación y menoscabo causados por las medidas estadounidenses en cuestión, la suspensión de concesiones respecto de bienes de consumo exclusivamente debería ser eficaz y practicable.³⁸⁸ A juicio de los Estados Unidos, el volumen y la diversidad de la economía del Brasil le permiten suspender concesiones en el sector de los bienes sin recurrir a contramedidas intersectoriales excepcionales.³⁸⁹ En el pasado, el Brasil propuso, en la diferencia *Canadá - Créditos y garantías para las aeronaves (párrafo 6 del artículo 22 - Canadá)*, una suspensión de concesiones exclusivamente en el sector de los bienes por una cuantía de 3.360 millones de dólares EE.UU. A juicio de los Estados Unidos, resulta difícil comprender por qué era practicable y eficaz suspender concesiones en el sector de los bienes en esa diferencia, mientras que en éste el Brasil considera que es impracticable o ineficaz hacerlo.³⁹⁰

5.115 Citando el arbitraje en el asunto *CE - Banano III (Ecuador) (párrafo 6 del artículo 22 - CE)*, los Estados Unidos alegan que si un país en desarrollo, incluso un país con una economía relativamente pequeña y poco diversificadas como el Ecuador, tiene suficiente comercio bilateral de bienes de consumo para imponer una suspensión de concesiones, debe hacerlo así. El ESD sólo permite la suspensión de concesiones en el marco de otro acuerdo si el Gobierno no tiene la posibilidad de suspender concesiones en el marco del mismo.³⁹¹

³⁸⁵ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 330.

³⁸⁶ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 335.

³⁸⁷ Prueba documental 62 presentada por los Estados Unidos, datos sobre exportación al Brasil de la Comisión de Comercio Internacional de los Estados Unidos.

³⁸⁸ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 336. El Árbitro toma nota de que estos argumentos de los Estados Unidos se formulan en relación con la cuantía de las contramedidas solicitadas por el Brasil, es decir, 1.644 millones de dólares EE.UU. por las subvenciones prohibidas y 1.037 millones de dólares EE.UU. por las subvenciones recurribles.

³⁸⁹ Respuestas de los Estados Unidos a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 135, párrafos 168-170.

³⁹⁰ Declaración oral de los Estados Unidos, párrafo 71.

³⁹¹ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 333.

5.116 El Brasil explica que no sería viable ni razonable aplicar contramedidas respecto de bienes de capital, bienes intermedios u otros insumos esenciales para la economía del Brasil, que según afirma representan un 95 por ciento de las importaciones brasileñas procedentes de los Estados Unidos. El costo de un cambio de proveedores sería normalmente prohibitivo por lo que respecta a los bienes de capital y los bienes intermedios. Además de los precios, las decisiones sobre la adquisición de bienes de capital o bienes intermedios están condicionadas por varios factores que restringen gravemente la capacidad de los productores para cambiar de proveedores. Entre esos factores figuran los siguientes: i) la imposibilidad de rescindir los contratos de largo plazo fácilmente o sin incurrir en fuertes sanciones pecuniarias; ii) los bienes de capital, en particular, se fabrican especialmente para responder a las necesidades particulares del productor, y se encargan con una antelación de muchos meses, e incluso de años; iii) en la mayoría de las industrias, los insumos deben tener las especificaciones técnicas exactas que correspondan a las necesidades de la maquinaria instalada; esas especificaciones pueden ser distintas según la marca, el origen, la antigüedad, etcétera, de la maquinaria existente en las líneas de montaje, y debido a ello no es posible sustituir productos aunque sean teóricamente similares; iv) la protección de la propiedad intelectual y el comercio intraempresarial determinan las decisiones de compra y restringen las posibilidades de cambiar de proveedores que tienen los productores.³⁹²

5.117 Además, el Brasil afirma que sus importaciones de bienes de consumo procedentes de los Estados Unidos alcanzan un valor de 1.270 millones de dólares EE.UU. De esta suma, casi 1.100 millones, equivalentes a un 86 por ciento, corresponden a suministros médicos y educativos, productos alimenticios, productos de la industria del automóvil y armas, sectores en los que, según el Brasil, cualquier creación de obstáculos supondría costos considerables e irrazonables para su economía.³⁹³ A juicio del Brasil, el perfil de sus importaciones de bienes de consumo procedentes de los Estados Unidos le deja un margen de maniobra muy escaso para adoptar contramedidas dirigidas a tales productos.³⁹⁴

5.118 Sin embargo, el Brasil también considera que, del total de 1.270 millones de dólares EE.UU. de importaciones anuales de bienes de consumo procedentes de los Estados Unidos (en 2007), unos 28,5 millones de dólares, equivalentes al 2,2 por ciento, pueden considerarse artículos de lujo, en relación con los cuales cabe aducir que la imposición de contramedidas no sería desproporcionadamente gravosa para el Brasil. A juicio del Brasil, esos artículos de lujo son consumidos por una proporción muy pequeña de su población, y un incremento del costo de su importación probablemente generaría efectos limitados en la economía brasileña en general.³⁹⁵

5.119 Los Estados Unidos observan que el Brasil no ha explicado por qué es impracticable o ineficaz la suspensión de concesiones en el sector de los bienes, habida cuenta de la disponibilidad de fuentes de suministro sustitutivas. Según alegan los Estados Unidos, el Brasil simplemente excluye de la consideración una amplia categoría de bienes basándose en meras aseveraciones.³⁹⁶ Los Estados Unidos consideran que el sector de los bienes consiste en "todos los bienes", y que si bien puede ser apropiado examinar los efectos negativos en determinados bienes que son de primera necesidad, cuando los bienes no lo son, o cuando se dispone de otras fuentes de suministro, no hay fundamento para afirmar que la suspensión de concesiones respecto de tales bienes es impracticable o ineficaz.³⁹⁷

³⁹² Respuestas del Brasil a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 140, párrafo 334.

³⁹³ Respuestas del Brasil a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 140, párrafo 336.

³⁹⁴ Comunicación escrita del Brasil, párrafo 516.

³⁹⁵ Comunicación escrita del Brasil, párrafo 523.

³⁹⁶ Respuestas de los Estados Unidos a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 135, párrafo 171.

³⁹⁷ Respuestas de los Estados Unidos a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 135, párrafo 166.

5.120 El Brasil considera que recae en los Estados Unidos la carga de probar que sería practicable y eficaz para el Brasil cambiar de proveedores al adoptar contramedidas exclusivamente en el sector de los bienes, y que no basta con indicar simplemente la existencia de fuentes de suministro sustitutivas para algunos productos.³⁹⁸ A este respecto, el Brasil considera que los Estados Unidos no han demostrado que la adopción de contramedidas únicamente en el sector de los bienes es "practicable" y "eficaz".³⁹⁹

5.121 El Brasil considera que la cuestión crucial no es si existen o no fuentes de suministro sustitutivas, sino si para el Brasil, en la práctica, sería viable y sensato obligar a sus agentes económicos a recurrir a otros proveedores. Ese análisis tendría que tomar en consideración, entre otros factores, la parte correspondiente a los Estados Unidos en las importaciones totales del Brasil; los niveles de precios de otros proveedores; las especificaciones técnicas y la diferenciación de los productos; las restricciones derivadas de la propiedad intelectual y del comercio intraempresarial; y los costos económicos, de bienestar e inflacionarios resultantes de la perturbación de las cadenas de producción y suministro.⁴⁰⁰ El Brasil considera que recae en los Estados Unidos la carga de explicar por qué y cómo las importaciones procedentes de los Estados Unidos podrían sustituirse por las de otras fuentes de modo que fuera practicable para el Brasil adoptar contramedidas únicamente en el sector de los bienes.⁴⁰¹

5.122 Los Estados Unidos observan que el Brasil centra su atención en una gama de productos aún más limitada que el Árbitro en el asunto *CE - Banano III (Ecuador)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE). En esa diferencia, el Árbitro examinó la categoría de los bienes de consumo porque la suspensión de concesiones respecto de esos bienes no podía causar ningún efecto perjudicial directo a las industrias nacionales ecuatorianas de fabricación y elaboración. Los Estados Unidos afirman que no hay razón alguna para excluir productos de uso final como los "libros" y los "productos alimenticios" (que el Brasil señala como productos de primera necesidad) de los productos a los que se han de aplicar contramedidas. Además, los Estados Unidos consideran que el eventual costo del cambio de proveedores no es un hecho anómalo, sino una consecuencia prevista de la suspensión de concesiones. El principal argumento de los Estados Unidos es que el Brasil no está limitado a una gama de productos tan restringida como sugiere, habida cuenta de que se trata de una de las mayores economías del mundo y de que cuenta con numerosas fuentes de suministro.⁴⁰²

5.123 El Brasil alega, además, que dentro del ámbito muy limitado de bienes de consumo contra los que puede dirigir sus medidas, los costos y los efectos de reducción del bienestar resultantes de la adopción de contramedidas exclusivamente en ese sector harían que esa alternativa fuera impracticable. A juicio del Brasil, los mayores costos generados por esas medidas reforzarían las presiones inflacionarias -en momentos en que los aumentos de precios han indicado una situación inflacionista preocupante- y limitarían el acceso de los consumidores brasileños a estos bienes importados, afectando desfavorablemente a la economía del Brasil y al bienestar de su población.⁴⁰³

5.124 Además, a juicio del Brasil, cualquier medida que fuese contraria a los objetivos de un país en desarrollo de asegurar un desarrollo constante y sostenible, lograr altas tasas de crecimiento, combatir la pobreza y promover el mayor bienestar de su población en un entorno macroeconómico estable sería, por definición, necesariamente costosa e impracticable.⁴⁰⁴ El Brasil también sostiene que el

³⁹⁸ Respuestas del Brasil a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 140, párrafo 337.

³⁹⁹ Respuestas del Brasil a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 140, párrafo 349.

⁴⁰⁰ Respuestas del Brasil a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 140, párrafo 337.

⁴⁰¹ Observaciones del Brasil sobre las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 135, párrafo 394.

⁴⁰² Observaciones de los Estados Unidos sobre las respuestas del Brasil a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 140, párrafos 179-181.

⁴⁰³ Comunicación escrita del Brasil, párrafos 517-519.

⁴⁰⁴ Comunicación escrita del Brasil, párrafo 520.

carácter considerablemente desequilibrado de las relaciones comerciales entre el Brasil y los Estados Unidos, así como las considerables diferencias económicas entre los dos países, hacen que la suspensión de concesiones y otras obligaciones únicamente respecto del comercio de bienes sea impracticable e ineficaz como respuesta al incumplimiento por los Estados Unidos de sus obligaciones.⁴⁰⁵

5.125 A juicio del Brasil, unas contramedidas que simplemente tienen la mayor probabilidad de acentuar esos costos y esos efectos son impracticables, pues el Gobierno del Brasil no considera que puedan utilizarse en la práctica.⁴⁰⁶

5.126 El Brasil también considera que las contramedidas limitadas únicamente al comercio de bienes no pueden tener suficiente influencia política para ejercer presión en favor de que los Estados Unidos retiren las subvenciones de miles de millones de dólares que pagan anualmente, o eliminen sus efectos desfavorables. Por consiguiente, esas contramedidas no son "eficaces" a efectos de alentar al cumplimiento.⁴⁰⁷

5.127 El Brasil afirma que, como mínimo, "podía llegar plausiblemente a la conclusión de que era impracticable o ineficaz suspender concesiones y otras obligaciones" únicamente respecto de la importación de bienes.⁴⁰⁸ Reitera que, además de estar autorizado a adoptar contramedidas respecto del comercio de bienes, necesita tener la posibilidad de suspender concesiones u otras obligaciones en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC y el AGCS. A este respecto, el Brasil procura adoptar contramedidas que "generen la máxima probabilidad de cumplimiento con el mínimo daño para su propia economía", como observaron los propios Estados Unidos en la reunión del OSD en que se adoptó el informe arbitral sobre el asunto *CE - Banano III (Ecuador) (párrafo 6 del artículo 22 - CE)*.⁴⁰⁹

b) Análisis del Árbitro

5.128 Recordamos nuestra determinación anterior de que no puede estimarse que el Brasil ha efectuado una consideración en debida forma de los principios y procedimientos del párrafo 3 del artículo 22, porque adoptó como supuesto una cuantía de contramedidas que era muy superior a la determinada por el Árbitro. No obstante, hemos continuado nuestro análisis para dar orientación acerca de si, sobre la base del nivel de las contramedidas autorizadas de conformidad con esta decisión y en las circunstancias del comercio entre los dos Miembros de que se trata, podría llegarse a una conclusión objetiva y plausible de que es "ineficaz o impracticable" tratar de suspender concesiones únicamente en el comercio de bienes, y de que "las circunstancias son suficientemente graves".

5.129 Recordamos también que, como explicamos en nuestras observaciones preliminares *supra*, en nuestro examen de las determinaciones del Brasil tendremos en cuenta la cuantía de las contramedidas que hemos determinado que el Brasil está facultado para aplicar en relación con los préstamos para la comercialización y los pagos anticíclicos (147,3 millones de dólares EE.UU.), así como la cuantía de las contramedidas que se ha determinado son "apropiadas" en el procedimiento separado relativo a las subvenciones prohibidas en litigio en la diferencia inicial (147,4 millones de dólares EE.UU.). Por lo tanto, la cuantía total de las contramedidas en relación con las cuales examinaremos las determinaciones del Brasil es de 294,7 millones de dólares EE.UU.

⁴⁰⁵ Comunicación escrita del Brasil, párrafo 521.

⁴⁰⁶ Comunicación escrita del Brasil, párrafo 522.

⁴⁰⁷ Comunicación escrita del Brasil, párrafo 524.

⁴⁰⁸ Comunicación escrita del Brasil, párrafo 526.

⁴⁰⁹ Comunicación escrita del Brasil, párrafo 527; documento WT/DSB/M/78, párrafos 44 y 45.

i) *Observaciones iniciales*

5.130 El Brasil observa en primer lugar que no sería adecuado suspender concesiones "creando obstáculos a las importaciones brasileñas de bienes estadounidenses e imponiendo con ello costos adicionales a la economía brasileña en general". Los Estados Unidos responden que la suspensión de concesiones relativas a bienes siempre supone crear obstáculos para los bienes de otro Miembro, imponiendo con ello costos adicionales a la economía del Estado que aplica las sanciones, y que los negociadores del ESD tenían "perfecta consciencia de que la suspensión de concesiones respecto de bienes sería gravosa para el gobierno sancionado y para el gobierno que impone la sanción". Si el simple hecho de que se impongan costos adicionales a la economía interna del Brasil bastara para que la suspensión de concesiones en el mismo sector fuera impracticable o ineficaz, observan los Estados Unidos, en tal caso se podría aducir que "absolutamente todas las infracciones respecto de bienes justificarían la retorsión cruzada".

5.131 Estamos de acuerdo con los Estados Unidos en que "el simple hecho de que se impongan costos adicionales a la economía interna del Brasil" no bastaría, por sí mismo, para llegar a la conclusión de que la suspensión de concesiones u otras obligaciones es "impracticable o ineficaz" en el sentido del párrafo 3 del artículo 22 del ESD. En la medida en que la imposición de un obstáculo al comercio respecto de determinadas importaciones genera intrínsecamente costos económicos al Miembro que lo impone, la suspensión de concesiones respecto al comercio de mercancías siempre puede causar algún perjuicio a la economía del Miembro que impone los obstáculos. Suponer que esto justificaría intrínsecamente el recurso a la retorsión cruzada equivaldría a hacer una interpretación del párrafo 3 del artículo 22 que excluyera el principio que figura en su apartado a). Por el contrario, los apartados b) y c) del párrafo 3 del artículo 22 enuncian las circunstancias específicas en que un Miembro reclamante puede tener derecho a tratar de suspender concesiones en otro sector o en el marco de otro acuerdo, cualquiera que sea el sector en que se constató la infracción.

5.132 Al mismo tiempo, como hemos observado en el análisis que hemos hecho *supra* de los términos "impracticable o ineficaz", es muy posible que los costos que podría causar la suspensión de concesiones u otras obligaciones en un determinado sector o en el marco de un acuerdo determinado sean precisamente de tal grado y magnitud que dicha suspensión sea "impracticable o ineficaz". El hecho de que el apartado d) exija que se tengan en cuenta las "consecuencias económicas más amplias de la suspensión" confirma además, a nuestro juicio, que es adecuado y legítimo que la parte reclamante tenga en cuenta los posibles costos que pueden estar relacionados con la suspensión, y no simplemente la viabilidad jurídica de esa suspensión, en la determinación de si es "practicable o eficaz".

5.133 En síntesis, es legítimo tomar en consideración los costos económicos ocasionados por la suspensión, pero no *cualquier* costo económico relacionado con la suspensión de concesiones u otras obligaciones en un determinado sector o en el marco de un acuerdo determinado justificaría una conclusión de que esa suspensión sería "impracticable o ineficaz". Antes bien, los costos en cuestión tendrían que ser de tal grado y magnitud que la suspensión fuera "impracticable o ineficaz".

5.134 En el presente procedimiento el Brasil ha dado explicaciones generales sobre la estructura de su comercio con los Estados Unidos, que a su juicio afecta a su capacidad de suspender concesiones u otras obligaciones en el comercio de mercancías, así como explicaciones específicas de por qué considera que sería impracticable o ineficaz tratar de suspender obligaciones con respecto a determinadas categorías de importaciones de bienes procedentes de los Estados Unidos, de tal modo que la gama de importaciones a que realmente puede dirigir sus medidas es muy limitada. Por último, el Brasil aduce también que, incluso dentro de la gama de productos que podría elegir como objetivos, la suspensión sería "impracticable o ineficaz" por varias razones. Examinaremos sucesivamente estos tres aspectos.

ii) *Estructura general de las importaciones de bienes de los Estados Unidos al Brasil*

5.135 El Brasil aduce que hay un gran desequilibrio comercial entre el Brasil y los Estados Unidos y que sus importaciones representan solamente una pequeña parte, el 1,7 por ciento (ó 18.700 millones de dólares EE.UU.) del total de las exportaciones estadounidenses (1,16 billones de dólares EE.UU.). Por tanto, un aumento de los aranceles impuestos a este comercio no afectaría suficientemente a los Estados Unidos y por consiguiente sería una respuesta ineficaz al mantenimiento del incumplimiento de sus obligaciones en la presente diferencia.⁴¹⁰

5.136 A juicio del Brasil, sería mucho más fácil para los Estados Unidos desviar el 1,7 por ciento de sus exportaciones a otros destinos que para el Brasil encontrar otras fuentes apropiadas para sus importaciones. El Brasil depende mucho más de las importaciones procedentes de los Estados Unidos. Indica que, por lo que respecta a los 20 principales productos de su lista de importaciones procedentes de los Estados Unidos, más del 50 por ciento de las importaciones brasileñas totales de 12 de esos productos, y más del 90 por ciento de las importaciones brasileñas de 5 de ellos, corresponden a los Estados Unidos.⁴¹¹ El Brasil ha presentado también una Prueba documental que muestra que, por lo que se refiere a los 30 capítulos del SA que en valor representan el 96 por ciento de las importaciones totales del Brasil procedentes de los Estados Unidos en 2007, la parte correspondiente a los Estados Unidos fue superior al 10 por ciento en 26 casos. Esta parte fue superior al 20 por ciento en 20 casos y superó el 30 por ciento en 8 casos.⁴¹²

5.137 Los Estados Unidos responden que la diferencia entre el porcentaje de las importaciones estadounidenses al Brasil y el porcentaje de las importaciones del Brasil a los Estados Unidos no es la cuestión. De lo que se trata es de si, dentro del comercio que efectivamente tiene lugar con los Estados Unidos, sería practicable o eficaz imponer contramedidas en el sector de los bienes. Los Estados Unidos consideran que el Brasil, al configurar sus contramedidas, podría tener en cuenta la dificultad de encontrar bienes sustitutivos procedentes de otras fuentes (por ejemplo, centrándose en la medida de lo posible en los bienes de lujo, en los que el aumento de los precios tendría escasa repercusión, y después buscar otros bienes para los que haya disponibles bienes sustitutivos).⁴¹³ Teniendo en cuenta la importancia y diversidad de la economía brasileña, y la disponibilidad de bienes procedentes de otros países o del propio Brasil, éste tiene muchos medios a su disposición para aplicar contramedidas en el sector de los bienes.⁴¹⁴

5.138 Los Estados Unidos observan además que el Brasil es un mercado importante para ellos, que exportaron al año al Brasil entre 15.300 y 24.600 millones de dólares EE.UU. entre 2005 y 2007. Si el Brasil suspende concesiones en el sector de los bienes, privaría a los Estados Unidos de acceso al importante mercado brasileño. En una época de problemas económicos la pérdida de este gran mercado daría lugar a un costo económico importante.⁴¹⁵

5.139 Tomamos nota del hecho de que el valor anual total del comercio de bienes procedentes de los Estados Unidos representa más del 15 por ciento de las importaciones brasileñas totales, y que esto representa menos del 2 por ciento de las exportaciones totales de bienes de los Estados Unidos. Sin embargo, no estamos convencidos de que este "desequilibrio" que el Brasil describe en su comercio de bienes procedentes de los Estados Unidos sea en sí mismo un fundamento suficiente para concluir que la suspensión de concesiones u otras obligaciones en relación con esos bienes sería "una

⁴¹⁰ Comunicación escrita del Brasil, párrafo 514.

⁴¹¹ Comunicación escrita del Brasil, párrafo 515.

⁴¹² Declaración oral del Brasil, párrafo 124.

⁴¹³ Respuestas de los Estados Unidos a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 68, párrafos 202 y 203.

⁴¹⁴ Respuestas de los Estados Unidos a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 68, párrafo 206.

⁴¹⁵ Declaración oral de los Estados Unidos, párrafo 69.

respuesta ineficaz", como sostiene el Brasil. Para llegar a la conclusión de que la suspensión en un sector determinado o en el marco de un acuerdo determinado es "impracticable o ineficaz", conviene realizar un examen más detallado de las posibilidades de suspensión de concesiones u obligaciones dentro de la gama de importaciones que podrían elegirse como objetivo, especialmente cuando el nivel total de importaciones no es insignificante y supera con creces el nivel de contramedidas admisibles a que tiene derecho la parte reclamante.

5.140 Señalamos que el valor total de las importaciones brasileñas de bienes procedentes de los Estados Unidos, como lo ha calculado el Brasil, es de 18.700 millones de dólares EE.UU. Los Estados Unidos calculan que el valor de estas importaciones es de entre 15.300 millones y 24.600 millones de dólares EE.UU. al año. La estimación que hace el Brasil del valor de sus importaciones totales de bienes procedentes de los Estados Unidos se encuentra por tanto dentro de los límites citados por los Estados Unidos.

5.141 Estas cifras dan a entender que, en principio, el Brasil tiene a su disposición un valor total de 18.700 millones de dólares EE.UU. de exportaciones estadounidenses que podrían quedar sujetas a la suspensión de concesiones u otras obligaciones. La cuestión que debemos examinar ahora es si el Brasil podría haber considerado de manera plausible que, basándose en esas importaciones, es impracticable o ineficaz suspender concesiones u otras obligaciones solamente en el marco de los acuerdos sobre el comercio de mercancías, a un nivel de 294,7 millones de dólares EE.UU. Somos conscientes de que el Brasil, al hacer su determinación, estaba suponiendo que tendría derecho a un nivel total de suspensión muy superior a esta cifra y ya hemos explicado a grandes rasgos por qué estamos revisando la aplicación de los principios y el procedimiento del párrafo 3 del artículo 22 a pesar de ese obstáculo sobrevenido a la alegación del Brasil en las circunstancias de este asunto (a saber, que realmente no hizo el examen que tendría que haber hecho para exponer su posición al Árbitro).

5.142 Recordamos que hemos determinado *supra* que la cuestión de si la suspensión en un determinado sector o en el marco de un acuerdo determinado es "practicable" se refiere esencialmente a si está disponible o es viable en la práctica. A esta pregunta se responde parcialmente mediante un análisis del nivel total de comercio al que podría aplicarse la suspensión de concesiones u otras obligaciones. En la medida en que el nivel total de las importaciones procedentes de los Estados Unidos excede del valor total de las importaciones a que podría aplicarse la suspensión, esa suspensión está al menos en principio disponible. Recordamos también nuestra determinación de que la cuestión de si la suspensión en un determinado sector o en el marco de un determinado acuerdo es "eficaz" se refiere más directamente a la cuestión de si la parte reclamante podría utilizar eficazmente la autorización, y que esto puede depender en particular de si esa parte se causaría a sí misma perjuicios importantes al suspender concesiones sobre las importaciones en cuestión en tal grado que la suspensión no sería eficaz.

5.143 Teniendo presentes estas consideraciones generales, examinaremos a continuación los argumentos del Brasil en el sentido de que sólo tiene, de hecho, un campo de acción limitado para tratar de obtener la suspensión en relación con sus importaciones de bienes procedentes de los Estados Unidos.

iii) *Estructura detallada de las importaciones de los Estados Unidos al Brasil y disponibilidad de la suspensión en relación con varias categorías de importaciones*

5.144 Por lo que respecta a sus 18.700 millones de dólares EE.UU. de importaciones anuales procedentes de los Estados Unidos, el Brasil indica que el 95 por ciento está constituido por importaciones de bienes intermedios, bienes de capital y otros insumos esenciales en su economía. Aduce que los costos que supone cambiar de proveedores son normalmente prohibitivos en el caso de los bienes de capital y los bienes intermedios. Aduce además que, de los 1.270 millones de

dólares EE.UU. de importaciones anuales de bienes de consumo procedentes de los Estados Unidos, casi 1.100 millones de dólares EE.UU., o el 86 por ciento, corresponden a suministros médicos y educativos, alimentos, productos de la industria del automóvil y armas, sectores en los que cualquier aumento de los obstáculos supondría costos considerables e irrazonables para la economía brasileña.⁴¹⁶ Examinaremos sucesivamente la determinación del Brasil relativa a los bienes de capital, los bienes intermedios y otros insumos y su determinación respecto de los bienes de consumo.

Bienes de capital, bienes intermedios y otros bienes que constituyen insumos en la economía del Brasil

5.145 El Brasil observa que además de los precios, las decisiones sobre la adquisición de bienes de capital o intermedios están condicionadas por varios factores que limitan considerablemente la capacidad de los productores para cambiar de proveedores, entre los que pueden mencionarse la existencia de contratos a largo plazo que no pueden rescindirse fácilmente o sin importantes sanciones pecuniarias, el hecho de que los bienes de capital en particular están fabricados a medida para responder a las necesidades específicas del productor y los pedidos se hacen con muchos meses o incluso años de antelación, el hecho de que en la mayoría de las industrias los insumos deben tener las especificaciones técnicas exactas que se corresponden con los requisitos de la maquinaria instalada, así como el hecho de que la protección de la propiedad intelectual y el comercio intraempresarial determinan las decisiones de compra y limitan la capacidad de los productores para cambiar de proveedores.⁴¹⁷

5.146 Los Estados Unidos no se refieren específicamente a la evaluación del Brasil de que la suspensión de concesiones relativas a los bienes de capital, los bienes intermedios u otros insumos sería impracticable o ineficaz. No obstante, consideran en general que el Brasil excluye de toda consideración una amplia categoría de bienes basándose en una simple aseveración, y que "aunque puede ser apropiado examinar la repercusión negativa sobre determinados bienes que son bienes de primera necesidad, cuando no se trata de bienes de primera necesidad o cuando se dispone de otras fuentes de suministro, no hay ningún fundamento para afirmar que la suspensión de concesiones respecto de esos bienes es impracticable o ineficaz".

5.147 Señalamos que en el asunto *CE - Banano III (Ecuador)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE) el Árbitro examinó un argumento equivalente en relación con "los productos primarios y los bienes de inversión". Al plantearse esta cuestión el Árbitro estableció la hipótesis siguiente:

"[S]uponemos que la suspensión de concesiones a las importaciones ecuatorianas de esos tipos de bienes procedentes de las Comunidades Europeas y la imposición de aranceles adicionales provocarían un aumento del costo de la producción nacional, de no haber otras fuentes que suministraran esos bienes a un costo comparable."⁴¹⁸

5.148 El Árbitro encargado de esa diferencia examinó seguidamente si las Comunidades Europeas habían presentado información y pruebas suficientes para demostrar que había otras fuentes de suministro de esos productos a un costo similar. Finalmente llegó a la conclusión de que las Comunidades Europeas no habían conseguido refutar el argumento del Ecuador de que recurrir a otras fuentes de suministro que no fueran de las CE supondría costos de transición para adaptarse a esas fuentes, que el Ecuador consideraba que eran relativamente importantes para él como país en desarrollo.

⁴¹⁶ Respuestas del Brasil a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 140, párrafo 336.

⁴¹⁷ Respuestas del Brasil a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 140, párrafo 334.

⁴¹⁸ Decisión de los Árbitros, *CE - Banano III (Ecuador)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE), párrafo 91.

5.149 Señalamos en primer lugar, como hizo el Árbitro en el asunto *CE - Banano III (Ecuador)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE) en relación con "los productos primarios y los bienes de inversión", que la suspensión de concesiones relativas a los bienes de capital, los bienes intermedios y otros insumos, que constituyen insumos directos en la producción nacional, puede perjudicar a los operadores económicos nacionales. Mencionamos también los argumentos que ha presentado el Brasil para explicar por qué razón, específicamente en relación con esos bienes, puede ser especialmente difícil recurrir a otros proveedores sin alterar significativamente la cadena de suministro.

5.150 Nos parece razonable este argumento especialmente en lo que se refiere a los bienes de capital y a los intermedios, aunque consideramos que puede ser menos convincente en relación con los productos primarios que son de carácter más homogéneo. Cabría esperar que una parte importante de las importaciones de bienes que constituyen insumos para la fabricación o elaboración sea en forma de esos productos primarios, para los cuales puede ser más fácil encontrar otras fuentes de suministro que para otros productos más diferenciados.⁴¹⁹

5.151 Sin embargo, los Estados Unidos no han abordado específicamente esta cuestión ni han intentado refutar los argumentos del Brasil identificando esas importaciones. Aunque han presentado varios ejemplos de productos en relación con los cuales el Brasil podría, a juicio de los Estados Unidos, encontrar fácilmente otros proveedores, ninguno de estos ejemplos parece referirse a bienes de capital, bienes intermedios o insumos (salvo quizá los ordenadores, como se analiza más adelante).⁴²⁰ Señalamos también que los Estados Unidos han reconocido que podría ser adecuado tener en cuenta la repercusión negativa de la suspensión de concesiones en relación con bienes que son "bienes de primera necesidad".

5.152 Todavía queda por dilucidar la cuestión de la definición del ámbito de los bienes de capital en lo que se refiere a los ordenadores. El Brasil considera que los ordenadores, respecto a los cuales los Estados Unidos aducen que el Brasil tiene la posibilidad de importar de fuentes que no sean los Estados Unidos, son bienes de capital en relación con los cuales sería perjudicial aplicar medidas de retorsión. Los Estados Unidos no han respondido específicamente a esta afirmación, y tampoco han indicado qué nivel de importaciones representan los ordenadores.⁴²¹

5.153 Teniendo en cuenta los elementos que se nos han presentado, y al no haber ningún argumento suficientemente específico de los Estados Unidos en el sentido de que la suspensión con respecto a los bienes de capital, bienes intermedios u otros insumos de la economía brasileña sería practicable o eficaz, aceptamos, a efectos de nuestra determinación, la posición del Brasil de que sería impracticable o ineficaz tratar de suspender concesiones u otras obligaciones en relación con las importaciones de bienes de capital, bienes intermedios y otros insumos indispensables en su economía.

⁴¹⁹ Señalamos, en este contexto, que específicamente con respecto a los productos agropecuarios, los expertos del Brasil dicen lo siguiente: "Los productos agropecuarios son en gran medida indiferenciados, relativamente homogéneos y por lo tanto sumamente fungibles." (Anexo 1 de la comunicación escrita del Brasil (la "Declaración de Sumner y Sundaram", párrafo 8).)

⁴²⁰ Véase la declaración oral de los Estados Unidos, párrafo 70. Los Estados Unidos identifican las siguientes categorías de productos como ejemplos de bienes para los cuales se pueden encontrar fácilmente otras fuentes de suministro: vehículos de pasajeros, antibióticos, ordenadores y salmón. Véanse también las respuestas del Brasil a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 140, párrafo 344.

⁴²¹ Señalamos a este respecto que la Prueba documental 109 presentada por los Estados Unidos, que presentaron para ilustrar la parte correspondiente a los Estados Unidos de las importaciones destinadas al Brasil en varias categorías de productos, fue refutada por el Brasil, quien dijo que este cuadro era en realidad erróneo y representaba la parte de ese capítulo del SA en las importaciones del Brasil procedentes de los Estados Unidos, y no la parte de los Estados Unidos en las importaciones totales del Brasil. Véase la declaración oral del Brasil, párrafos 122 y 123. Los Estados Unidos no presentaron otras cifras.

Bienes de consumo

5.154 El Brasil aduce además que, de los 1.270 millones de dólares EE.UU. de importaciones anuales de bienes de consumo procedentes de los Estados Unidos, casi 1.100 millones de dólares EE.UU., o el 86 por ciento, corresponden a suministros médicos y educativos, alimentos, productos de la industria del automóvil y armas, sectores en los que cualquier aumento de los obstáculos supondría costos considerables e irrazonables para la economía brasileña.⁴²²

5.155 Los Estados Unidos presentan cifras distintas para las importaciones brasileñas de bienes de consumo procedentes de los Estados Unidos. Dicen que, incluyendo los alimentos y los productos de la industria del automóvil en la categoría de bienes de consumo, el Brasil importó anualmente de los Estados Unidos entre 1.826 y 2.717 millones de dólares EE.UU. entre 2005 y 2007.⁴²³ Excluyendo los alimentos y los productos de la industria del automóvil, los Estados Unidos calculan que el Brasil importó anualmente en el mismo período entre 1.125 y 1.676 millones de dólares EE.UU. de bienes de consumo. A juicio de los Estados Unidos, teniendo en cuenta la economía importante y diversa del Brasil y el nivel real de anulación y menoscabo causado por las políticas en cuestión de los Estados Unidos, la suspensión aplicada únicamente a los bienes de consumo debería ser eficaz y practicable.⁴²⁴

5.156 Ninguna de las partes explica las importantes diferencias entre los valores que presentan en lo que concierne a las importaciones del Brasil de bienes de consumo procedentes de los Estados Unidos. Aparte del hecho de que el Brasil utiliza datos sobre importaciones y los Estados Unidos se basan en datos sobre exportaciones, la explicación más probable de la diferencia es que las partes no definen de la misma manera los bienes de consumo. Sin embargo, no es posible confirmarlo puesto que los Estados Unidos sólo han presentado una cifra total y no facilitan una enumeración de las distintas líneas arancelarias (como hace el Brasil) de lo que consideran que son bienes de consumo.⁴²⁵

5.157 Teniendo en cuenta estos elementos, y dado que los Estados Unidos no han explicado por qué razón la clasificación del Brasil de los bienes de consumo sería incorrecta ni presentan su propia lista, el Árbitro supone, a efectos de su análisis, que las cifras del Brasil respecto de los bienes de consumo (que figuran en su Prueba documental 754) reflejan una clasificación adecuada de esos bienes (véase el cuadro 3). Al mismo tiempo, tomamos nota del hecho de que hay una diferencia muy importante entre los dos conjuntos de cifras presentados y que la cifra total del Brasil correspondiente a las importaciones de bienes de consumo procedentes de los Estados Unidos es más del 50 por ciento inferior a la presentada por los Estados Unidos para las mismas categorías de productos.

5.158 Lo anterior significa que, en principio, suponiendo que las cifras del Brasil sean exactas, tiene a su disposición importaciones estadounidenses de bienes de consumo por un valor total de al menos 1.127 millones de dólares EE.UU. a las que en principio se podría aplicar la suspensión de concesiones u otras obligaciones.

5.159 También señalamos al principio las siguientes observaciones que hizo el Árbitro en el asunto *CE - Banano III (Ecuador)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE):

⁴²² Respuestas del Brasil a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 140, párrafo 336.

⁴²³ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 336 y Estados Unidos - Prueba documental 62.

⁴²⁴ Comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 336.

⁴²⁵ La única categoría específica de productos cuya clasificación han discutido las partes es la de "ordenadores". En respuesta a un argumento de que el Brasil tiene otras fuentes de suministro de ordenadores, éste ha respondido que los ordenadores son "bienes de capital" en relación con los cuales no sería apropiado suspender obligaciones. Es por tanto posible que los Estados Unidos clasifiquen los ordenadores como "bienes de consumo", mientras que el Brasil los ha clasificado como "bienes de capital". Sin embargo, no estamos en condiciones de determinar qué efectos tiene esta diferencia en la clasificación al no disponer de otra información sobre el nivel de las importaciones brasileñas de ordenadores procedentes de los Estados Unidos.

"La suspensión de concesiones con respecto a los bienes de consumo no puede acarrear consecuencias negativas directas para las industrias manufactureras y de transformación del Ecuador. Así pues, el principal argumento utilizado por el Ecuador con respecto a los bienes de inversión y los productos primarios, al que hemos hecho referencia anteriormente, no puede aplicarse a los bienes de consumo. Por otro lado, es cierto que el incremento de los precios que se deriva de la suspensión de concesiones relativas a los bienes de consumo puede ocasionar una reducción del bienestar de los consumidores finales del país que suspende las concesiones."⁴²⁶

5.160 Del mismo modo, en el presente procedimiento no puede suponerse que los tipos de costos económicos que hemos aceptado que probablemente surgirían como consecuencia de una suspensión que afecte a los bienes de capital, los bienes intermedios y otros bienes que constituyen insumos en la economía del Brasil serían igualmente pertinentes para los productos de consumo. Aunque pueden surgir algunos costos de bienestar para los consumidores finales en caso de que la suspensión provoque subidas de precios, esto sólo se produciría si no se encuentran otros bienes sustitutivos a un precio comparable.

5.161 En vista del hecho de que el valor de las importaciones anuales del Brasil de bienes de consumo procedentes de los Estados Unidos (como mínimo 1.273 millones de dólares EE.UU.) sobrepasa significativamente el nivel total de contramedidas que tiene derecho a adoptar (294,7 millones de dólares EE.UU.), en principio sería por tanto posible que el Brasil suspendiera concesiones u otras obligaciones íntegramente en relación con las importaciones de bienes de consumo procedentes de los Estados Unidos.

5.162 Sin embargo, el Brasil sugiere que, de los 1.273 millones de dólares EE.UU. de bienes de consumo que importa de los Estados Unidos, un total de sólo 182,8 millones de dólares EE.UU. podrían estar disponibles para la suspensión de concesiones u otras obligaciones, una vez deducidos los sectores en los que el aumento de los obstáculos supondría "costos considerables e irrazonables para la economía brasileña".

Cuadro 3: Importaciones totales de bienes de consumo procedentes de los Estados Unidos

(en millones de dólares EE.UU.) 2007

Importaciones totales de bienes de consumo procedentes de los Estados Unidos		1.273,1 (=)
<i>Denominación*</i>	Descripción	
Medicamentos	Medicamentos y otros productos médicos o de seguridad	909,5 (-)
Alimentos	Productos alimenticios	88,7 (-)
Libros	Libros, material docente y productos afines	28,9 (-)
Armas	Armas y municiones	0,6 (-)
Automóviles	Automóviles y productos afines	62,6 (-)
Total menos grupos de productos seleccionados		182,8 (=)

Fuente: Brasil - Prueba documental 754.

⁴²⁶ Decisión de los Árbitros, CE - Banano III (Ecuador) (párrafo 6 del artículo 22 - CE), párrafo 100.

5.163 Los Estados Unidos consideran no obstante que el Brasil simplemente ha excluido de toda consideración amplias categorías de bienes basándose en una mera aseveración y que aunque puede ser apropiado examinar la repercusión negativa sobre determinados bienes que son bienes de primera necesidad, cuando no se trata de bienes de primera necesidad o cuando se dispone de otras fuentes de suministro, no hay ningún fundamento para afirmar que la suspensión de concesiones respecto de tales bienes es impracticable o ineficaz. Los Estados Unidos observan que la economía del Brasil está suficientemente diversificada, que podría recurrir fácilmente a otras fuentes de suministro y que la cuestión clave es si existen otras fuentes de suministro.

5.164 El Brasil considera que la cuestión crucial no es si existen o no otras fuentes de suministro, sino si sería "viable y sensato para el Brasil, en la práctica, obligar a sus agentes económicos a recurrir a otros proveedores". El Brasil identifica varias consideraciones que serían pertinentes para esa evaluación: "la parte correspondiente a los Estados Unidos en las importaciones totales del Brasil; los niveles de precios de otros proveedores; las especificaciones técnicas y la diferenciación de productos; las restricciones derivadas de la propiedad intelectual y del comercio intraempresarial; y los costos económicos, de bienestar e inflacionarios resultantes de la perturbación de las cadenas de producción y suministro".⁴²⁷

5.165 Estamos de acuerdo en que la cuestión de si la suspensión de concesiones u otras obligaciones es "practicable o eficaz" no se limita estrictamente a si existen otras fuentes de suministro, sino que conlleva una consideración más amplia de si sería viable, en la práctica, que el Brasil exigiera a sus agentes económicos que recurrieran a otros operadores, teniendo en cuenta la gama de factores que pueden influir en esta cuestión.

5.166 Teniendo presente esta observación general, examinaremos a continuación los argumentos del Brasil en el sentido de que la suspensión de concesiones u otras obligaciones respecto de las importaciones de productos médicos y alimenticios, libros, armas y automóviles supondría "costos considerables e irrazonables". Al hacerlo, recordamos que el Brasil acepta que en relación con "otros" bienes de consumo, los costos de la suspensión no serían excesivos. Esto representa una cuantía de 182,8 millones de dólares EE.UU. de importaciones de bienes de consumo procedentes de los Estados Unidos, en relación con los cuales no se discute que sería practicable o eficaz suspender concesiones u otras obligaciones. El margen entre esta cifra y la cuantía de contramedidas autorizadas es pequeño en términos relativos.

5.167 La primera categoría de bienes de consumo para los cuales el Brasil considera que los costos de suspender concesiones serían "considerables e irrazonables" son los "**medicamentos** y otros productos médicos o de seguridad". Según el Brasil, esta categoría representa un valor de 909,5 millones de dólares EE.UU. en importaciones anuales (2007).⁴²⁸ Los Estados Unidos observan que los esterilizadores médicos exportados por el Brasil superan la cantidad importada procedente de los Estados Unidos en 2007 (4,6 millones de dólares EE.UU. en exportaciones y 1,5 millones de dólares EE.UU. en importaciones). Señalan además que China y Corea exportaron aproximadamente el doble de antibióticos al Brasil que los Estados Unidos en 2008, en términos de valor, y que China y Corea aumentaron sustancialmente su cuota de exportaciones al Brasil en comparación con el año anterior (del 19,4 al 33 por ciento en el caso de China y del 13 al 31 por ciento en el caso de Corea del Sur). El Brasil responde que una "gran parte" de las compras de antibióticos la realiza el Ministerio de Sanidad tras arduas negociaciones de precios y siguiendo las normas de la contratación pública. Por lo tanto, aduce el Brasil, no es fácil encontrar otros proveedores y en ocasiones no hay ninguna alternativa. Además, el Brasil aduce que aumentar los costos de la atención sanitaria afectará al bienestar de la población.

⁴²⁷ Respuestas del Brasil a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 140, párrafo 337.

⁴²⁸ Véase Brasil - Prueba documental 754, reproducida *supra* como cuadro 3.

5.168 Nos parece justificado el argumento del Brasil con respecto a las especificidades del mercado y las prácticas de compra por lo que respecta a determinados productos farmacéuticos, lo que puede dificultar cambiar libremente de proveedores en relación con esos productos. Observamos también que, incluso dentro de una determinada categoría de medicamentos, como los "antibióticos", los productos no son necesariamente libremente intercambiables. No obstante, el Brasil no ha dado indicaciones claras en cuanto a qué parte de sus importaciones de "medicamentos y otros productos médicos o de seguridad" está sujeta a esas prácticas o prescripciones de compra que nos permitan determinar qué parte de esas importaciones se vería afectada desfavorablemente en caso de que se suspendieran concesiones en este sector.⁴²⁹

5.169 El Brasil excluye también las importaciones de las categorías de "alimentos" y "libros" de la gama de productos de consumo que podrían tomarse en consideración para suspender concesiones. Los Estados Unidos consideran que no hay motivo para excluir esos productos finales de la gama de productos a los que podrían aplicarse contramedidas.

5.170 Con respecto a los **productos alimenticios**, sector en el que las importaciones procedentes de los Estados Unidos representan un valor total de 88,7 millones de dólares EE.UU., los Estados Unidos señalan por ejemplo que 1,8 millones de dólares EE.UU. de chicle sin azúcar son importados. Indican también que dentro de la categoría de "alimentos", en 2007 se importaron de los Estados Unidos 10,071 millones de dólares EE.UU. de peras y membrillos, pero las importaciones procedentes de la Argentina aumentaron de 73 millones en 2007 a 98 millones de dólares EE.UU. en 2008. El Brasil aduce que actualmente hay más brasileños con ingresos suficientes que en el pasado para comprar artículos alimenticios y que ese desarrollo económico y social debe mantenerse a toda costa. Sin embargo, reconoce que determinados artículos clasificados como alimentos podrían ser considerados productos de lujo, aunque la cantidad y el valor de esos productos son bastante limitados.

5.171 Por lo tanto, el Brasil aduce en esencia que, salvo en el caso de una gama limitada de alimentos que pueden ser considerados productos de lujo, los productos alimenticios en su conjunto no deben elegirse como objetivo porque hay "más brasileños con ingresos suficientes" que en el pasado para comprar alimentos y esto debe mantenerse. Como es lógico, si la suspensión de concesiones u otras obligaciones privara a los consumidores de la posibilidad de comprar alimentos, se podría llegar legítimamente a la conclusión de que esa suspensión sería "impracticable o ineficaz". Sin embargo, sólo sucedería así si no hubiese oportunidad de obtener los mismos bienes u otros sustitutivos de otras fuentes nacionales o de importación. Sin embargo, el Brasil no ha explicado por qué sucedería así con respecto a toda la categoría de productos alimenticios.⁴³⁰

⁴²⁹ Observamos que, incluso dentro de esta subcategoría de bienes de consumo, hay artículos en los que la parte de las importaciones de los Estados Unidos es inferior al 20 por ciento. Si se suma el valor de estas importaciones de productos médicos, donde la parte estadounidense era inferior al 20 por ciento en 2007, el total ascendía a 193,7 millones de dólares EE.UU. La parte en las importaciones no es la única consideración pertinente al evaluar la facilidad de obtener otras fuentes de suministro ya que los productores nacionales también son posibles proveedores. Sin embargo, ninguna de las partes nos ha dado información sobre la parte del mercado que corresponde a los Estados Unidos que incluya los productos nacionales.

⁴³⁰ Señalamos que las importaciones del Brasil de alimentos procedentes de los Estados Unidos en 2007 representaron únicamente el 10 por ciento de sus importaciones totales de alimentos. Sumando el valor de las importaciones de los alimentos en que la parte correspondiente a los Estados Unidos era inferior al 20 por ciento se obtiene una cifra de 33,2 millones de dólares EE.UU. Como se señala más arriba, la parte en las importaciones no es la única consideración pertinente al evaluar la facilidad de obtener otras fuentes de suministro ya que los productores nacionales también son posibles proveedores. Sin embargo, ninguna de las partes nos ha dado información la parte del mercado que corresponde a los Estados Unidos que incluya los productos nacionales.

5.172 Con respecto a los **libros**, respecto de los cuales calcula que el valor total de las importaciones procedentes de los Estados Unidos es de 28,9 millones de dólares EE.UU., el Brasil observa que el aumento de los aranceles sería muy perjudicial para el objetivo político de lograr un mayor acceso a la educación y de mejorar los niveles de educación. Asimismo, el artículo 150 VI d) de la Constitución Federal exime las publicaciones impresas de los impuestos de importación, por lo que es impracticable adoptar contramedidas respecto a los libros. Observamos que los libros, casi por definición, son productos totalmente diferenciados de tal manera que no es posible suponer que un título se podría sustituir fácilmente por otro. Sin embargo, señalamos también que muchos libros tienen principalmente una finalidad de entretenimiento y no educativa.

5.173 El Brasil considera también que el **sector del automóvil** (para el cual las importaciones procedentes de los Estados Unidos ascienden a 62,6 millones de dólares EE.UU. al año) no debe elegirse como objetivo. Los Estados Unidos observan que les corresponden menos del 2 por ciento de las importaciones al Brasil de vehículos de pasajeros en 2007-2008 y que, de manera similar, las partes de automóviles oscilan entre el 6 y aproximadamente el 8 por ciento. El Brasil responde que a las partes de automóviles se les aplican muchas limitaciones, incluidas restricciones intraempresariales, lo que hace que el cambio de proveedores sea prácticamente imposible o sumamente costoso para esta industria. Por lo que respecta a los vehículos de pasajeros, la principal característica del comercio en ese sector, aduce el Brasil, es el comercio intraempresarial. La aplicación de contramedidas a automóviles de "General Motor do Brasil" y a "Ford do Brazil", por ejemplo, es improbable que sea bien recibida por estas filiales y afectará a sus operaciones en el Brasil. Por otra parte, las importaciones de vehículos procedentes de los Estados Unidos se basan en redes establecidas hace mucho tiempo de minoristas y servicios de mantenimiento autorizados, lo que hace prácticamente imposible que los importadores cambien fácilmente de proveedores. Además, el Brasil observa que las ventas de automóviles en el Brasil descendieron más del 40 por ciento en diciembre de 2008, y dada la crisis actual que afecta a la industria del automóvil en todo el mundo, el Gobierno brasileño ha adoptado varias medidas para mejorar las condiciones del mercado del automóvil, incluida la reducción de los tipos del impuesto federal sobre los productos industriales. El Brasil considera que por tanto no es viable adoptar medidas que distorsionarán el mercado del automóvil e impedirán a los consumidores obtener los beneficios de esos incentivos. Por último, el Brasil señala que desea mantener las condiciones de competencia y los precios vigentes en el mercado brasileño del automóvil.⁴³¹ Señalamos que la parte de los Estados Unidos en las importaciones del Brasil en el sector del automóvil es sólo del 2 por ciento, lo que indica que sólo se podría hacer una presión limitada a través de esas importaciones. Sin embargo, nos parecen fundados los argumentos del Brasil acerca de que la estructura del comercio en el sector del automóvil es tal que una suspensión podría ser perjudicial para las filiales brasileñas que importan los vehículos. También estamos de acuerdo en que las partes de automóviles de fabricantes distintos pueden no ser necesariamente sustitutivas unas de otras. Teniendo en cuenta estos elementos, y al no existir argumentos específicos de los Estados Unidos que refuten la descripción que hace el Brasil de la situación del mercado del automóvil en el país, aceptamos la posición del Brasil de que la suspensión en este sector supondría "costos considerables e irrazonables".

5.174 En la categoría de las **armas** (el valor anual de las importaciones procedentes de los Estados Unidos se estima en 0,6 millones de dólares EE.UU.), los Estados Unidos observan que el Brasil no ha indicado en qué medida estos bienes importados serán utilizados por la policía, el ejército u otros en el servicio público. En respuesta el Brasil indicó que "un porcentaje muy elevado" de las importaciones serán utilizadas por la policía o el ejército y que el nivel de importaciones de estos productos es muy reducido como se indica en la Prueba documental 754 presentada por el Brasil.⁴³² Sin embargo, esta indicación tan general, expresada sólo como "un porcentaje muy elevado" no nos

⁴³¹ Respuestas del Brasil a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 140, párrafos 345-347.

⁴³² Observaciones del Brasil sobre las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 135, párrafos 395-397.

permite averiguar con exactitud qué cantidad de importaciones quedaría incluida en esta categoría. El valor anual total de las importaciones procedentes de los Estados Unidos es en todo caso muy pequeño.

5.175 Los Estados Unidos observan también que las exportaciones de **ordenadores** de China al Brasil siguen superando las procedentes de los Estados Unidos, siendo del 36,7 por ciento en 2008 en comparación con el 18,5 por ciento. Sin embargo, el Brasil considera que los ordenadores corresponden a la categoría de "bienes de capital" y que sería injustificado y muy costoso imponer obstáculos adicionales a la importación de productos de tecnología de la información ya que el incremento de los costos de estos productos tendría efectos generalizados en toda la estructura económica y repercutiría directamente de forma negativa en el bienestar de la población brasileña.⁴³³ Puesto que los Estados Unidos no han refutado suficientemente la clasificación de los bienes de consumo realizada por el Brasil, no examinamos el trato dado a los ordenadores dentro de esta categoría.

Conclusión

5.176 En general, en vista de lo que antecede, no estamos convencidos de que el Brasil pudiera llegar de manera plausible a la conclusión de que la suspensión de concesiones u otras obligaciones supondría "costos considerables e irrazonables" en la totalidad de estos distintos sectores. En el mejor de los casos, el Brasil ha explicado de manera plausible por qué la suspensión en relación con *algunas* importaciones de esas categorías de bienes de consumo podría ser impracticable o ineficaz.

5.177 Por consiguiente, no estamos convencidos de que el Brasil pudiera determinar de manera plausible, sobre la base de los elementos que se nos han presentado en el presente procedimiento, que es impracticable o ineficaz tratar de suspender concesiones u otras obligaciones en relación con la totalidad de la amplia gama de productos de consumo que propone excluir de la consideración, en particular en esferas en que la parte de las importaciones correspondiente a los Estados Unidos es relativamente pequeña.

5.178 Teniendo en cuenta los elementos que se nos han presentado y que hemos analizado *supra*, podemos aceptar las determinaciones del Brasil, en conjunto, en lo que concierne a los libros y al sector del automóvil. Sin embargo, en lo que respecta a las categorías de productos médicos, alimentos y armas, no estamos convencidos de que el Brasil pudiera determinar de manera plausible, basándose únicamente en los elementos que nos ha presentado, que la suspensión supondría "costos considerables e irrazonables" en relación con toda la gama de productos en estos sectores.

5.179 Nos parece útil, en este contexto, considerar en qué medida podría esperarse que el Brasil tuviera efectivamente a su disposición otras fuentes de suministro de estas restantes categorías de productos, como una indicación más de si el Brasil podría determinar de manera plausible que es impracticable o ineficaz suspender concesiones u otras obligaciones respecto de esas importaciones.

5.180 Reconocemos que dentro de las amplias categorías de "medicamentos" y "alimentos", determinados productos no se pueden sustituir con facilidad. En particular, reconocemos que algunos medicamentos, incluidos los que están sujetos a derechos de dominio, tienen que ser suministrados por un proveedor específico. Recordamos también nuestra determinación anterior de que nos parece fundado el argumento del Brasil de que determinados medicamentos, como los antibióticos, se suministran mediante contratación pública de tal manera que puede ser impracticable cambiar de proveedor. Señalamos también, sin embargo, que los productos médicos y los alimentos, en su totalidad y tomados conjuntamente, representan la inmensa mayoría de las importaciones del Brasil de bienes de consumo procedentes de los Estados Unidos y que ambos contienen una gama muy amplia

⁴³³ Respuestas del Brasil a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 140, párrafos 342-344.

de productos. La categoría "[m]edicamentos y otros productos médicos o de seguridad" incluye por tanto, por ejemplo, artículos como los "[c]epillos de dientes, incluidos los cepillos para dentaduras postizas".⁴³⁴ En estas circunstancias, consideramos que la parte correspondiente a los Estados Unidos en las importaciones de estas categorías de productos en su conjunto puede ofrecer un indicador útil de la probabilidad de que haya disponibles otras fuentes de suministro, y por tanto del nivel de sustitución en el mercado, de estas categorías de productos.

5.181 Aunque no hay una precisión matemática exacta en esta determinación, consideramos que, a efectos de nuestra evaluación en este procedimiento, una parte de los Estados Unidos las importaciones del 20 por ciento constituye un umbral razonable para calcular en qué medida el Brasil podría encontrar otras fuentes de suministro para las importaciones de bienes de consumo de estas tres categorías restantes. Esto no tiene en cuenta el hecho de que la cuota real de mercado de los productos de los Estados Unidos podría ser inferior si se incluyera también la competencia nacional, pero no se nos ha facilitado ninguna cifra que nos haya permitido calcularla. Al elegir este umbral indicativo también tenemos presente nuestras determinaciones anteriores relativas a otras categorías de importaciones. En particular, recordamos que hemos aceptado la amplia aseveración del Brasil de que no debe tomarse en consideración ninguno de los bienes de capital o intermedios ni ningún otro insumo de la economía brasileña. Hemos aceptado también la clasificación general del Brasil de los bienes de consumo, incluida la exclusión de los ordenadores de esta categoría. Al mismo tiempo, en arbitrajes futuros de esta naturaleza, un Miembro que formule argumentos contra la plausibilidad de la determinación de otro Miembro del carácter práctico y eficaz de adoptar contramedidas sólo dentro del sector de los bienes podría presentar una refutación más detallada y científica de la determinación que ha hecho ese otro Miembro. Al aplicar un punto de referencia del 20 por ciento, este Árbitro no pretende indicar que este es el porcentaje adecuado que hay que utilizar en todos los casos en este tipo de análisis.

5.182 El cuadro que figura a continuación (cuadro 4) refleja los resultados de esta evaluación. Se calcula la cuantía de las importaciones del Brasil de bienes de consumo procedentes de los Estados Unidos que podría ser objeto de contramedidas. Se toman como base datos al nivel de 8 dígitos de las posiciones arancelarias comprendidas en las categorías de bienes de consumo pertinentes, como se reproducen en la propia comunicación del Brasil.⁴³⁵ Los cálculos se realizan como sigue. En primer lugar, se excluye el valor de las importaciones de libros y automóviles procedentes de los Estados Unidos, reflejando la determinación del Brasil de que la suspensión de concesiones en estos sectores supondría "costos considerables e irrazonables". En segundo lugar, se incluyen las importaciones de "otros" bienes de consumo, que ascienden a 182,8 millones de dólares EE.UU., reflejando la aceptación del Brasil de que en relación con "otros" bienes de consumo los costos de la suspensión no serían excesivos. Por último, en el caso de los alimentos, productos farmacéuticos y armas, se incluye únicamente el valor de importación correspondiente a las líneas arancelarias respecto de las cuales la parte de los Estados Unidos en las importaciones del Brasil es inferior al 20 por ciento. Con fines ilustrativos, el cuadro incluye también los resultados del mismo cálculo realizado para umbrales del 10 y el 30 por ciento.

⁴³⁴ Línea arancelaria 9603.21.00, Brasil - Prueba documental 823.

⁴³⁵ Brasil - Prueba documental 823.

Cuadro 4: Cuantía de las importaciones del Brasil de bienes de consumo procedentes de los Estados Unidos que podrían ser objeto de contramedidas
(Millones de dólares)

Artículo	Umbral aplicable a los alimentos, los productos médicos y las armas		
	10%	20%	30%
- Alimentos	11	33,2	48,8
- Productos médicos	15,3	193,7	333,1
- Armas	0	0	0
- Libros	0*	0*	0*
- Automóviles	0*	0*	0*
- Otros	182,8**	182,8**	182,8**
Todos los bienes de consumo	209,1	409,7	564,6

* En lo que concierne a los libros y automóviles, no se incluye ninguna cuantía, para tener en cuenta nuestra determinación de que aceptamos la posición del Brasil de que la suspensión en estos sectores supondría "costos considerables e irrazonables".

** En lo que concierne a categoría "Otros", se incluye la cuantía total de las importaciones procedentes de los Estados Unidos, ya que el Brasil acepta que la suspensión en estos sectores no supondría "costos considerables e irrazonables".

Fuentes: Pruebas documentales 754 y 823 presentadas por el Brasil.

5.183 Utilizando el punto de referencia del 20 por ciento para la parte de las importaciones estadounidenses (y no teniendo en cuenta la disponibilidad de productos nacionales que también pueden sustituir a las importaciones), los resultados de este cálculo indican que, aunque supusiéramos que el Brasil optaría por no suspender concesiones en relación con ninguna categoría de importaciones de bienes de capital, bienes intermedios y otros insumos en su economía, y que tampoco suspendería concesiones en el sector de los libros o el de los automóviles, todavía tendría a su disposición importaciones de otros bienes de consumo procedentes de los Estados Unidos que ascienden a un valor total de como mínimo 409,7 millones de dólares EE.UU., en relación con las cuales podría suspender concesiones u otras obligaciones. Esto todavía dejaría por tanto importaciones estadounidenses de bienes de consumo por un valor significativamente superior a 294,7 millones, a las que podría aplicarse la suspensión.⁴³⁶

5.184 Recordamos también que, de estos 409,7 millones de dólares EE.UU. de importaciones de bienes de consumo procedentes de los Estados Unidos, el propio Brasil admite que los costos no serían "considerables e irrazonables" hasta un nivel de 182,8 millones de dólares EE.UU., lo que significa que el Brasil en realidad sólo tendría que encontrar una cantidad adicional de importaciones de otros bienes procedentes de los Estados Unidos por un valor total de 112,1 millones de dólares EE.UU. a las que aplicar la suspensión de concesiones u otras obligaciones, con el fin de

⁴³⁶ Señalamos también que el Brasil acepta que la suspensión de concesiones en relación con determinados artículos que pueden ser considerados productos de lujo, por un total de 28 millones de dólares EE.UU., probablemente no ocasionaría costos excesivos a la economía brasileña. Esta cifra puede solaparse parcialmente con otras categorías y por eso no la hemos sumado a las cifras analizadas en esta sección.

aplicar el nivel completo de suspensión a que tiene derecho, a importaciones bienes procedentes de los Estados Unidos.

5.185 Observamos además que el cálculo anterior se basa en los argumentos y la información que han facilitado las partes. A efectos del cálculo hemos aceptado las determinaciones del Brasil relativas a los bienes de capital, los bienes intermedios y otros insumos de su economía y también en relación con diversas categorías de bienes de consumo. Sin embargo, nuestro análisis no significa que el Brasil tenga necesariamente que adoptar medidas de retorsión en las categorías en cuestión. De hecho, seguiría teniendo derecho a aplicar la suspensión a cualesquiera importaciones de bienes que decida elegir para la suspensión. Teniendo presente que la cuantía total de importaciones procedentes de los Estados Unidos al Brasil es de 18.700 millones de dólares EE.UU., y que solamente las importaciones de bienes de consumo representan como mínimo 1.273 millones de dólares EE.UU. en total, estamos seguros, sobre la base de lo que se nos ha presentado en el presente procedimiento, y a los niveles actuales, de que el Brasil tiene a su disposición un nivel y una variedad suficientes de importaciones procedentes de los Estados Unidos a las que podría aplicar la suspensión a que tiene derecho, sin incurrir en "costos considerables e irrazonables" para su economía.

iv) *Consideraciones generales*

5.186 Incluso en lo que concierne a la gama de importaciones en relación con la cual el Brasil considera que en principio podría ser practicable adoptar medidas de retorsión (que calcula en 182,8 millones de dólares EE.UU.)⁴³⁷, el Brasil aduce también que esa suspensión sería impracticable o ineficaz debido a sus posibles efectos desfavorables en el bienestar en un ambiente inflacionista y también porque debe evitarse cualquier medida contraria a los objetivos de desarrollo del Brasil. El Brasil aduce también en general que el desequilibrio comercial entre las partes haría ineficaz esa suspensión. Por consiguiente examinaremos a continuación estos aspectos.

Costos generales económicos y de bienestar

5.187 El Brasil considera que "dentro del ámbito muy limitado de bienes de consumo contra los que puede dirigir sus medidas, los costos y los efectos de reducción del bienestar resultantes de la adopción de contramedidas exclusivamente en ese sector harían que esa alternativa fuera impracticable".

5.188 Como hemos observado en el párrafo 5.133 *supra*, la consideración de los costos económicos relacionados con la suspensión es legítima, pero no *cualquier* costo económico relacionado con la suspensión de concesiones u otras obligaciones en un determinado sector o en el marco de un acuerdo determinado justificaría una conclusión de que esa suspensión sería "impracticable o ineficaz". Antes bien, los costos en cuestión tendrían que ser de tal grado y magnitud que la suspensión fuera "impracticable o ineficaz". También hemos examinado ya detenidamente los argumentos específicos del Brasil relativos a los costos económicos y de bienestar de la suspensión de concesiones y otras obligaciones con respecto a varias categorías de importaciones estadounidenses. Incluso considerando únicamente los bienes de consumo, las determinaciones que hemos formulado anteriormente indican que, a los niveles actuales, el Brasil dispone de importaciones de bienes procedentes de los Estados Unidos por un valor total de como mínimo 409,7 millones de dólares EE.UU. a las que podría aplicar una suspensión.

5.189 Esto nos confirma que, en principio, el Brasil tiene a su disposición suficientes importaciones de bienes procedentes de los Estados Unidos y otras partes para poder suspender concesiones respecto de un valor total de 294,7 millones de dólares EE.UU. de importaciones procedentes de los Estados Unidos sin incurrir en costos importantes para su economía. Hacemos hincapié además en que nada

⁴³⁷ Tomando como base la Prueba documental 754 presentada por el Brasil.

obligaría al Brasil a aplicar la suspensión de concesiones u otras obligaciones "exclusivamente en ese sector". Como hemos observado en el párrafo 5.185 *supra*, el Brasil tendría derecho a aplicar la suspensión a cualquier importación de bienes de los Estados Unidos que elija para ello. Como también hemos observado *supra*, teniendo en cuenta que la cuantía total de las importaciones de los Estados Unidos al Brasil es de 18.700 millones de dólares EE.UU., y que solamente las importaciones de bienes de consumo representan como mínimo 1.273 millones de dólares EE.UU., estamos seguros, sobre la base de lo que se nos ha expuesto en este procedimiento, y a los niveles actuales, de que el Brasil tiene a su disposición un nivel y una variedad suficientes de importaciones procedentes de los Estados Unidos a las que podría aplicar la suspensión a que tiene derecho sin incurrir en "costos considerables e irrazonables" para su economía.

Presión inflacionista

5.190 El Brasil aduce también que la adopción de contramedidas exclusivamente respecto de la reducida gama de bienes de consumo que tiene para elegir aumentaría las presiones inflacionistas en unos momentos en que los aumentos de precios han indicado una "situación inflacionista preocupante" y limitaría el acceso de los consumidores brasileños a estos bienes importados, afectando desfavorablemente a la economía del Brasil y al bienestar de su población.⁴³⁸

5.191 Como prueba de la amenaza de inflación, el Brasil señala que todos sus organismos de vigilancia de los precios han registrado un aumento de la inflación en 2008, cualquiera que sea el criterio de cálculo que se utilice. Como ejemplo, alega que el cambio anualizado en el Índice Nacional Amplio de Precios al Consumidor (IPCA), que el Banco Central del Brasil utiliza como índice de inflación estándar, llegó al 5,9 por ciento en 2008.⁴³⁹ Sostiene que este porcentaje superó el objetivo de inflación del 4,5 por ciento fijado por el Banco Central.

5.192 Como resultado de esas fuertes presiones inflacionistas, alega que el Banco Central del Brasil se ha visto obligado a aumentar constantemente los tipos de interés básicos desde comienzos de 2008. Tras cuatro aumentos consecutivos, los tipos de interés básicos anuales alcanzaron el 13,75 por ciento en septiembre de 2008, lo que hace que el Brasil sea uno de los países con los tipos de interés reales más elevados del mundo.⁴⁴⁰

5.193 Los Estados Unidos no niegan que haya costos, incluido el riesgo de inflación, derivados de la imposición de contramedidas a mercancías, pero sostienen que las contramedidas son por definición contrarias a las disciplinas de la OMC. Además, habida cuenta de la magnitud y diversidad de la economía del Brasil, y de la disponibilidad de bienes procedentes de otras fuentes o del propio Brasil, alegan que éste tiene muchos medios a su disposición para aplicar contramedidas en el sector de los bienes.⁴⁴¹

5.194 El Brasil ha aportado pruebas suficientes para demostrar que la amenaza de inflación preocupa gravemente a los encargados de la elaboración de políticas brasileños. Los Estados Unidos no han discutido la magnitud de la tasa de inflación del país ni las medidas sucesivas que ha adoptado el Banco Central para aumentar el tipo de interés. Sin embargo, consideramos que aunque existe el riesgo de que aumenten los precios como resultado de aplicar contramedidas a las mercancías, no llega a un nivel en que el Brasil no tenga margen para aplicar contramedidas a las mercancías.

⁴³⁸ Comunicación escrita del Brasil, párrafo 487.

⁴³⁹ Comunicación escrita del Brasil, párrafo 488.

⁴⁴⁰ Comunicación escrita del Brasil, párrafo 489.

⁴⁴¹ Respuestas de los Estados Unidos a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 68, párrafo 206.

5.195 La cuantía de las contramedidas, a los niveles actuales, no es de gran magnitud en relación con el valor de las importaciones de bienes de consumo procedentes de los Estados Unidos. Señalamos también que el índice de inflación se basa en el consumo interno, que está constituido principalmente por bienes de producción nacional. Esto sugiere que las contramedidas aplicadas a importaciones de mercancías sólo pueden tener una repercusión limitada en la inflación habida cuenta de la composición de la cesta de bienes que entran en el cálculo del índice de inflación.

Objetivos de desarrollo, desequilibrio en las relaciones comerciales e influencia política

5.196 El Brasil aduce además que cualquier medida que sea contraria a los objetivos de un país en desarrollo de asegurar un desarrollo constante y sostenible será necesariamente costosa e impracticable por definición, y que el carácter considerablemente desequilibrado de las relaciones comerciales entre el Brasil y los Estados Unidos, y las considerables diferencias económicas entre los dos países, hacen que la suspensión de concesiones y otras obligaciones únicamente respecto del comercio de bienes sea impracticable e ineficaz como respuesta al incumplimiento por los Estados Unidos de sus obligaciones.

5.197 Por último, el Brasil aduce también que la suspensión únicamente en la esfera del comercio de bienes no puede tener influencia política suficiente para presionar a los Estados Unidos a que retiren los miles de millones de dólares que pagan anualmente en concepto de subvenciones o a que eliminen sus efectos desfavorables y que, por lo tanto, no es "eficaz" para alentar al cumplimiento.

5.198 Estamos de acuerdo en que no se debe exigir a un Miembro reclamante que trata de suspender concesiones u otras obligaciones que actúe en contra de sus propios intereses al aplicar dicha suspensión. Sin embargo, las constataciones que hemos formulado anteriormente nos indican que el Brasil tiene a su disposición una gama suficiente de importaciones de bienes, incluidos bienes de consumo, procedentes de los Estados Unidos, para poder suspender concesiones exclusivamente en la esfera del comercio de mercancías, sin ocasionarse perjuicios económicos tales que hagan que la suspensión sea "impracticable o ineficaz". Al no haber otros argumentos específicos detallados acerca de por qué esa suspensión afectaría de otra manera desfavorablemente a los intereses del Brasil, llegamos a la conclusión, sobre la base de los elementos que se nos han presentado, y a los niveles actuales, de que el Brasil no podía concluir que la suspensión exclusivamente en el comercio de mercancías sería "impracticable o ineficaz". Además, la insistencia del Brasil en que sus contramedidas deben tener "influencia política suficiente" desde la perspectiva de los Estados Unidos para presionar a favor del retiro de las subvenciones y la eliminación de sus efectos desfavorables está fuera de lugar. La "eficacia" se refiere a la capacidad de un Miembro para recurrir a la medida correctiva autorizada, de tal modo que pueda servir para inducir al cumplimiento. Sin embargo, la preferencia de un Miembro por un tipo concreto de contramedida, porque constituiría una forma más poderosa de persuasión en un sentido político, no es una consideración pertinente para un Árbitro en este procedimiento.

5.199 Nuestra conclusión no se ve modificada por el "carácter considerablemente desequilibrado de las relaciones comerciales entre el Brasil y los Estados Unidos". Como hemos observado más arriba, los elementos que se nos han presentado no sugieren que la dependencia del Brasil de las importaciones estadounidenses sea tal que no pudiera encontrar como mínimo importaciones de bienes procedentes de los Estados Unidos por valor de 294,7 millones de dólares EE.UU. en relación con las cuales tendría a su disposición otras fuentes suficientes de suministro, nacionales o de importación, para poder suspender concesiones eficazmente. Además, el hecho de que las exportaciones al Brasil sólo representen una proporción muy pequeña de las exportaciones de los Estados Unidos en general no implica necesariamente, por sí mismo, que las contramedidas aplicadas a algunos de estos bienes sean "ineficaces" para inducir al cumplimiento. Correspondería al Brasil identificar las exportaciones estadounidenses a las que aplicaría la suspensión y hacerlo de tal manera que esas medidas sean lo más eficaces posible dentro de los límites del nivel de contramedidas

admisible. Teniendo en cuenta que el valor total de las importaciones al Brasil procedentes de los Estados Unidos, a los niveles actuales, supera con creces el nivel de contramedidas admisible, no vemos ninguna razón para suponer que esto no daría un margen o discrecionalidad suficiente al Brasil para elegir de manera consecuente los productos específicos a los que se aplicaría la suspensión.

v) *Conclusión general*

5.200 En vista de todo lo que antecede, llegamos a la conclusión de que, sobre la base de los elementos que se nos han presentado, y a los niveles actuales, el Brasil no podría haber llegado de manera plausible a la conclusión de que es impracticable o ineficaz suspender concesiones u otras obligaciones solamente en el marco del comercio de mercancías, aunque hubiera considerado los "hechos necesarios", es decir, teniendo en cuenta un nivel de contramedidas admisible que no supere los 294,7 millones de dólares EE.UU.

5.201 Recordamos, no obstante, que el nivel de contramedidas que hemos determinado que es admisible en este procedimiento puede variar. Hemos basado nuestras determinaciones anteriores en el nivel de contramedidas calculado tomando como base el ejercicio fiscal 2006 y las importaciones de bienes de consumo del Brasil en el año 2007. Dado el volumen y la composición de las importaciones de bienes de consumo del Brasil en el año 2007, determinamos que había importaciones brasileñas de bienes de consumo procedentes de los Estados Unidos por un valor de, como mínimo, 409,7 millones de dólares EE.UU. que podían ser objeto de contramedidas (el "umbral"). Sin embargo, en el supuesto de que el nivel de contramedidas a que el Brasil tuviera derecho en un año determinado⁴⁴² aumentara hasta un nivel que excediera de este umbral, actualizado para el mismo año en la forma descrita en la sección V.C.6 *infra* a fin de tener en cuenta la variación de las importaciones totales del Brasil procedentes de los Estados Unidos, constatamos que se concluiría, sobre la base de los elementos que se nos han presentado, que la suspensión de concesiones u obligaciones aplicada solamente en el marco del comercio de mercancías sería "impracticable o ineficaz" en el sentido del párrafo 3 c) del artículo 22 del ESD.

5.202 A la luz de esta determinación debemos examinar con más detalle la determinación del Brasil de que "las circunstancias son suficientemente graves", en el sentido del párrafo 3 del artículo 22, y la manera en que ha tenido en cuenta los elementos del apartado d) del párrafo 3 del artículo 22.

4. Si "las circunstancias son suficientemente graves"

a) Principales argumentos de las partes

5.203 El Brasil señala que, por lo que respecta a las subvenciones prohibidas, el otorgamiento o mantenimiento de esas subvenciones constituye en sí mismo, como mínimo, una clara indicación de que "las circunstancias son suficientemente graves". Además, en el presente caso las características específicas de la subvención de que se trata aumentan la gravedad de la infracción. El programa GSM 102 y las garantías otorgadas en virtud de él constituyen subvenciones a la exportación recurrentes, otorgadas año tras año en relación con miles de millones de dólares de exportaciones agrícolas, en infracción de las obligaciones que corresponden a los Estados Unidos en el marco de la OMC. El Brasil observa que esas subvenciones se han venido otorgando desde 1981 y que han estado distorsionando los mercados internacionales de manera constante y acumulativa durante todo el período abarcado por esta diferencia (desde 1999 hasta 2009). El marco legal en que se encuadra el programa asegura que se ofrezca constantemente, y obliga a poner anualmente a disposición miles de millones de dólares en forma de garantías. El Brasil aduce que las subvenciones son especialmente

⁴⁴² Queda entendido que esta cuantía deberá calcularse teniendo en cuenta la totalidad del nivel de contramedidas a que el Brasil tenga derecho en ese momento, derivado de la aplicación de la fórmula indicada en el párrafo 6.5 a) y de la decisión del Árbitro que figura en el documento WT/DS267/ARB/2.

perniciosas debido a la medida de su rendimiento y su objetivo declarado, que es abrir mercados de alto riesgo a los productos estadounidenses y establecer el dominio de los exportadores estadounidenses mediante el otorgamiento de subvenciones a la exportación prohibidas, en detrimento de los exportadores competidores. En un solo día, el 6 de octubre de 2008, el Departamento de Agricultura de los Estados Unidos recibió solicitudes de garantías de créditos a la exportación por un valor de 3.500 millones de dólares EE.UU. Según un director del CoBank, este ingente volumen de solicitudes es consecuencia de "la paralización de los mercados de crédito".⁴⁴³

5.204 Por lo que respecta a las subvenciones recurribles, el Brasil considera que el mero volumen de las subvenciones otorgadas en virtud de los programas de préstamos para la comercialización y pagos anticíclicos, que se ha constatado causan efectos desfavorables en forma de una contención significativa de la subida de los precios en el mercado mundial; la reiterada negativa de los Estados Unidos a cumplir, desde 2005, las resoluciones y recomendaciones adoptadas por el OSD; y las expectativas concretas, confirmadas en la Ley Agrícola de 2008, de que en el futuro se mantendrán el mismo diseño y estructura para el otorgamiento de las mismas subvenciones demuestran también que las circunstancias son suficientemente graves para justificar los tipos de contramedidas propuestos por el Brasil.⁴⁴⁴

5.205 El Brasil afirma que esas subvenciones crean una previsibilidad perniciosa para los productores y exportadores estadounidenses -que pueden dar por sentado que año tras año disfrutarán de una ventaja competitiva artificial sobre otros competidores- y para los productores de los demás Miembros -cuyas decisiones en materia de producción e inversiones se ven desfavorablemente afectadas a largo plazo por el efecto de enfriamiento causado por la disponibilidad permanente de las subvenciones estadounidenses-. El Brasil aduce que esas subvenciones constituyen un elemento estructural de los mercados mundiales para la amplia gama de productos que se intercambian en ellos, y que la actual crisis crediticia no hace sino aumentar sus efectos de distorsión. Productores y exportadores de todo el mundo, que están luchando por encontrar créditos para sus operaciones comerciales, tienen que competir con productores y exportadores estadounidenses que están protegidos de los efectos de las crisis por las subvenciones ilícitas, como claramente nos recuerdan los 5.500 millones de dólares EE.UU. de garantías de créditos a la exportación en el marco del programa GSM 102 disponibles en la campaña de comercialización 2008. A juicio del Brasil, esas características hacen que las circunstancias no sean, ciertamente, menos que graves.⁴⁴⁵

5.206 A juicio del Brasil, el hecho de que los Estados Unidos hayan restablecido en la Ley Agrícola de 2008, con un disfraz que la diferencia ligeramente, la única subvención que habían eliminado como parte de la aplicación de las resoluciones y recomendaciones del OSD en el presente caso -el programa de la "Fase 2"- constituye una indicación adicional de que las circunstancias son suficientemente graves.⁴⁴⁶

5.207 Los Estados Unidos aducen que la expresión "'las circunstancias son suficientemente graves' puede referirse a las posibles consecuencias para el Miembro de la suspensión de concesiones en el mismo sector y acuerdo, o a las posibles consecuencias de la renuncia al derecho a suspender concesiones".⁴⁴⁷ En las circunstancias que prevalecen en el presente caso, en el que la propuesta de contramedidas presentada por el Brasil no demuestra la existencia de algún efecto desfavorable para el Brasil como consecuencia de la medida en litigio, no está claro, a juicio de los Estados Unidos,

⁴⁴³ Comunicación escrita del Brasil, párrafo 530.

⁴⁴⁴ Comunicación escrita del Brasil, párrafo 530.

⁴⁴⁵ Comunicación escrita del Brasil, párrafo 531.

⁴⁴⁶ Comunicación escrita del Brasil, párrafo 532.

⁴⁴⁷ Respuestas de los Estados Unidos a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 136, párrafo 174.

cuáles serían esas consecuencias, o si éstas serían realmente graves.⁴⁴⁸ En opinión de los Estados Unidos, el sector agrícola del Brasil, y sus productores de algodón en particular, han sido competidores eficaces en todo el mundo incluso con la existencia de los programas GSM 102, de pagos de préstamos para la comercialización y de pagos anticíclicos y sin ninguna contramedida, y las exportaciones de algodón del Brasil han alcanzado niveles sin precedentes en los últimos años.⁴⁴⁹

5.208 El Brasil responde que los Estados Unidos, en su análisis jurídico erróneo, primero equiparan el sentido de "circunstancias" al de "posibles consecuencias", y después aducen que por "posibles consecuencias" se entiende daños al comercio del Brasil. Sin embargo, a juicio del Brasil, no hay fundamento jurídico alguno para aducir que éste, al escoger el tipo de contramedidas, tiene que demostrar "algún efecto desfavorable para el Brasil como consecuencia de las medidas en litigio" para que pueda evaluarse si las circunstancias son suficientemente graves. En cualquier caso, aduce el Brasil, por lo que respecta a las subvenciones recurribles la existencia de los efectos desfavorables de las medidas en litigio ya ha sido determinada por dos Grupos Especiales y el Órgano de Apelación. El Brasil observa que, en lo tocante a las subvenciones GSM 102, los dos Grupos Especiales y el Órgano de Apelación constataron que constituían subvenciones *prohibidas* -podría decirse que la infracción más flagrante de las disciplinas de la OMC, como cabe inferir de las normas especiales aplicables a ellas-, y que deberían haberse retirado *sin demora*. Por tanto, aduce el Brasil, incluso con arreglo a los complicados y deficientes argumentos de los Estados Unidos, las circunstancias serían suficientemente graves porque las consecuencias de mantener en vigor las subvenciones no podrían ser menos que graves, como ponen de manifiesto las resoluciones y recomendaciones de los grupos especiales y el Órgano de Apelación en esta diferencia.⁴⁵⁰

5.209 El Brasil considera que, el párrafo 3 c) del artículo 22 del ESD puede abarcar los efectos para el Brasil de la aplicación de contramedidas únicamente en el ámbito del comercio de mercancías, así como las circunstancias más amplias que rodean a la consideración por el Brasil de la adopción de medidas de retorsión contra los Estados Unidos por haberse éstos abstenido de cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD es esta diferencia, por ejemplo la falta de voluntad de cumplir de que los Estados Unidos han dado prueba.⁴⁵¹

5.210 En opinión de los Estados Unidos, las circunstancias que rodean a la adopción de posibles contramedidas en el ámbito de los servicios y la propiedad intelectual son también un factor a tener en cuenta. El Brasil no ha detallado cómo podría imponer esas contramedidas; de hecho, en este momento no está obligado a hacerlo. En efecto, aducen los Estados Unidos, si se autoriza al Brasil a imponer contramedidas en el marco de esos otros Acuerdos se crearía un estrato adicional de incertidumbre para esos sectores, con consecuencias posiblemente devastadoras.⁴⁵²

5.211 El Brasil celebra que los Estados Unidos reconozcan que "no está obligado" a detallar cómo podría imponer contramedidas por lo que respecta a los servicios y los derechos de propiedad intelectual.⁴⁵³ Observa asimismo que los Estados Unidos, al aludir a "consecuencias posiblemente

⁴⁴⁸ Respuestas de los Estados Unidos a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 136, párrafo 174.

⁴⁴⁹ Respuestas de los Estados Unidos a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 136, párrafo 175.

⁴⁵⁰ Observaciones del Brasil sobre las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 136, párrafos 401 y 402.

⁴⁵¹ Observaciones del Brasil sobre las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 136, párrafo 403.

⁴⁵² Respuestas de los Estados Unidos a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 136, párrafo 176.

⁴⁵³ Respuesta de los Estados Unidos a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 136, párrafo 176.

devastadoras"⁴⁵⁴, al parecer comparten la opinión del Brasil de que la adopción de contramedidas en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC y el AGCS sería mucho más eficaz, en el sentido del párrafo 3 del artículo 22 del ESD, que la adopción de contramedidas en el ámbito únicamente del comercio de mercancías.⁴⁵⁵

b) Análisis del Árbitro

5.212 Con arreglo al párrafo 3 c) del artículo 22 del ESD, para que una suspensión de obligaciones sea admisible la parte reclamante está obligada a haber determinado que "las circunstancias son suficientemente graves", además de haber determinado que la suspensión en el marco del mismo Acuerdo es "impracticable o ineficaz".

5.213 Recordamos nuestra determinación, expuesta en el párrafo 5.84 *supra*, de que la evaluación de si "las circunstancias son suficientemente graves" tiene que hacerse necesariamente caso por caso, en función de las circunstancias concretas del asunto.

5.214 Los Estados Unidos aducen que la expresión "'las circunstancias son suficientemente graves' puede aludir a las posibles consecuencias para el Miembro de la suspensión de concesiones en el mismo sector y Acuerdo, o a las posibles consecuencias de la renuncia al derecho a suspender concesiones".⁴⁵⁶ A juicio del Brasil, el párrafo 3 c) del artículo 22 del ESD puede abarcar los efectos para el Brasil de la aplicación de contramedidas únicamente en el ámbito del comercio de mercancías, así como circunstancias más amplias que rodean a la consideración por el Brasil de la adopción de medidas de retorsión contra los Estados Unidos por haberse abstenido éstos de cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD en esta diferencia, por ejemplo la falta de voluntad de cumplir de que los Estados Unidos han dado prueba.

5.215 Como hemos determinado en el párrafo 5.83 *supra*, una evaluación de si "las circunstancias son suficientemente graves" incluiría legítimamente un examen de los elementos identificados en el apartado d) del párrafo 3 del artículo 22, a saber, el comercio realizado en el sector en el que se ha constatado la infracción y su importancia para la parte reclamante (en este caso, el comercio de mercancías, incluido el comercio de algodón y de otros productos afectados por las medidas en litigio), así como "los elementos económicos más amplios relacionados con la anulación o menoscabo y las consecuencias económicas más amplias de la suspensión". Al mismo tiempo, la evaluación no se limita a esos factores, y puede incluir otros elementos, en función de las "circunstancias" específicas del asunto. Por consiguiente, convenimos con el Brasil en que una determinación de que "las circunstancias son suficientemente graves" puede en principio abarcar tanto los efectos para el Brasil de la aplicación de contramedidas en el ámbito del comercio de mercancías (es decir, "las consecuencias económicas más amplias de la suspensión"), como "las circunstancias más amplias que rodean a la consideración por el Brasil de la adopción de medidas de retorsión" contra los Estados Unidos por haberse éstos abstenido de cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD.

5.216 El Brasil considera que varios elementos, entre ellos el otorgamiento o mantenimiento por los Estados Unidos de las subvenciones prohibidas, la cuadruplicación de las transacciones sustentadas por el programa GSM 102 en 2009, el constante otorgamiento de subvenciones recurribles y la promulgación de la Ley Agrícola de 2008, hacen que en el presente caso las circunstancias sean "suficientemente graves". A juicio del Brasil, esos hechos demuestran que los Estados Unidos no

⁴⁵⁴ Respuesta de los Estados Unidos a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 136, párrafo 176.

⁴⁵⁵ Observaciones del Brasil sobre las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 136, párrafo 399.

⁴⁵⁶ Respuestas de los Estados Unidos a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 136, párrafo 174.

tienen intención alguna de cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD. El Brasil aduce asimismo que el diseño y la estructura de las subvenciones en litigio son tales que crean "una ventaja competitiva artificial para los operadores estadounidenses con respecto a otros competidores año tras año", en detrimento de los productores de otros Miembros, "cuyas decisiones en materia de producción e inversiones se ven desfavorablemente afectadas a largo plazo por el efecto de enfriamiento causado por la disponibilidad permanente de las subvenciones estadounidenses". El Brasil aduce que esas subvenciones constituyen "un elemento estructural de los mercados mundiales para la amplia gama de productos que se intercambian en ellos", y que la actual crisis crediticia no hace sino aumentar sus efectos de distorsión. El Brasil considera asimismo que las condiciones que hacen que las circunstancias sean "suficientemente graves" incluyen también los posibles efectos para el Brasil de la limitación de las contramedidas al sector de las mercancías, limitación de la que se derivarían costos desproporcionados para la economía brasileña y para el bienestar de su población.⁴⁵⁷

5.217 A nuestro entender, la determinación del Brasil de que las circunstancias son suficientemente graves, en el sentido del párrafo 3 c) del artículo 22 del ESD, es razonable a la luz de las circunstancias del caso.

5.218 A este respecto, recordamos algunos aspectos destacados de las constataciones de los Grupos Especiales inicial y sobre el cumplimiento y del Órgano de Apelación en relación con las subvenciones de que se trata:

"Como hemos indicado, varias de las subvenciones de los Estados Unidos están directamente vinculadas a los precios mundiales del algodón americano (*upland*), con lo que atenúan la respuesta de los productores de los Estados Unidos a las decisiones de ajuste de la producción cuando caen los precios. *Disponemos en el expediente de información que nos demuestra que las subvenciones supeditadas a los precios de que se trata en este caso entrañan cantidades muy considerables de fondos del Gobierno de los Estados Unidos que benefician al algodón americano (upland) de los Estados Unidos. En nuestra opinión, el funcionamiento colectivo de estas subvenciones fue similar al de una prima complementaria anticíclica muy considerable, con beneficios adicionales.* Creemos que la estructura, el diseño y el funcionamiento, en particular de las subvenciones supeditadas a los precios, constituyen pruebas claras que apoyan una constatación de contención de la subida de los precios."⁴⁵⁸ (sin cursivas en el original)

"Dado que en los años más recientes los precios efectivos en el mercado han sido más bajos que los precios en el mercado previstos en el momento de la plantación, y que el precio mundial ajustado ha estado por debajo de la tasa de los préstamos para la comercialización, el Grupo Especial considera razonable concluir que el hecho de que los productores estadounidenses de algodón sepan que recibirán pagos por préstamos para la comercialización siempre que el precio mundial ajustado sea inferior a la tasa de los préstamos para la comercialización sigue siendo un factor importante que afecta a la superficie plantada con algodón (y por tanto al nivel de producción), incluso cuando, como en la campaña de comercialización 2006, el precio de mercado previsto para el algodón americano (*upland*) en el momento de la plantación es superior a la tasa de los préstamos para la comercialización. El Grupo Especial también toma nota a este respecto de que según los datos del FAPRI y el USDA *la cuantía prevista de pagos por préstamos para la comercialización en la campaña de*

⁴⁵⁷ Observaciones del Brasil sobre las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas formuladas por el Árbitro, pregunta 136, párrafos 404 y 405.

⁴⁵⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1308. Véase también el párrafo 7.1349 de ese informe.

comercialización 2006 es muy significativa."⁴⁵⁹ (sin cursivas en el original, no se reproduce la nota de pie de página)

"En primer lugar, recordamos que el Grupo Especial inicial observó que la CCC tiene acceso a fondos del Tesoro de los Estados Unidos y se beneficia plenamente del crédito y la solvencia del Gobierno estadounidense. Esto sigue siendo así, y *si el programa GSM 102 incurriera en pérdidas ingentes, tendría acceso a fondos adicionales del Tesoro de los Estados Unidos.*"⁴⁶⁰ (sin cursivas en el original, no se reproduce la nota de pie de página)

"El Grupo Especial considera, a la luz del criterio adoptado por el Grupo Especial y el Órgano de Apelación en el procedimiento inicial, que para determinar si la magnitud de las subvenciones en litigio en el presente procedimiento justifica una constatación de que esas subvenciones tienen por efecto una contención significativa de la subida de los precios es preciso examinar este factor en relación con otros factores. Por tanto, la pertinencia de la magnitud de las subvenciones a este respecto deberá también evaluarse a la luz de nuestro análisis *supra* de la estructura, diseño y funcionamiento de las subvenciones. Recordamos en ese sentido nuestra conclusión relativa al importante efecto estabilizador de los ingresos de estas subvenciones imperativas y supeditadas a los precios. En lo que a esto último se refiere, las pruebas de que disponemos indican que los pagos por préstamos para la comercialización y los pagos anticíclicos desempeñan un papel significativo en la estabilización de los ingresos de los productores estadounidenses de algodón americano (*upland*). *La proporción que los pagos por préstamos para la comercialización y los pagos anticíclicos representaron en los ingresos totales de los productores estadounidenses de algodón americano (upland) alcanzó el 35 por ciento en la campaña de comercialización 2004 y el 27 por ciento en la campaña de comercialización 2005.*"⁴⁶¹ (sin cursivas en el original, no se reproducen las notas de pie de página)

"El cuadro 6B muestra los ingresos de mercado obtenidos por el algodón despepitado, los costos totales (menos los costos de desmotado) y la diferencia entre los ingresos de mercado y los costos totales, por acre, en las campañas de comercialización 2002-2006. A lo largo del período examinado, los ingresos de mercado de los productores estadounidenses de algodón americano (*upland*) superaron los costos totales de producción dos veces, en la campaña de comercialización 2003, cuando los precios del algodón alcanzaron su nivel más alto desde la campaña de comercialización 1997, y también en el año inmediatamente posterior a aquélla. *En otras campañas de comercialización, los costos totales de producción fueron superiores a los ingresos de mercado, a veces por los márgenes enormes.* En la campaña de comercialización 2002, por ejemplo, los costos totales superaron los ingresos de mercado en un 84 por ciento. Los datos proporcionados por el Brasil para la campaña de comercialización 2006 sugieren que los costos totales seguirán superando los ingresos de mercado. Se espera que la diferencia se cifre en unos 56,25 dólares por acre, lo que sería equivalente a alrededor del 14,7 por ciento de los ingresos de mercado de los productores estadounidenses de algodón en esa campaña

⁴⁵⁹ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Algodón americano (upland)* (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil), párrafo 10.81.

⁴⁶⁰ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Algodón americano (upland)* (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil), párrafo 14.110.

⁴⁶¹ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Algodón americano (upland)* (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil), párrafo 10.111.

de comercialización. *Acumulados a lo largo de las cinco campañas de comercialización 2002-2006, los costos de producción de los cultivadores estadounidenses superaron los ingresos en el mercado en un promedio de 227,49 dólares por acre.*"⁴⁶² (sin cursivas en el original)

"En conclusión, el Grupo Especial constata que sigue habiendo una diferencia significativa entre los costos totales de producción de los productores estadounidenses de algodón americano (*upland*) y sus ingresos de mercado. El Grupo Especial considera que esa diferencia entre los costos y los ingresos, analizada en conjunción con la magnitud de las subvenciones por préstamos para la comercialización y anticíclicas y su importancia como parte de los ingresos de los productores estadounidenses de algodón, *respalda la afirmación de que los pagos por préstamos para la comercialización y los pagos anticíclicos son un factor importante que afecta a la viabilidad económica del cultivo del algodón americano (upland) en los Estados Unidos.* En consecuencia, el Grupo Especial también considera que sin esas subvenciones el nivel de la superficie de cultivo y de la producción de algodón americano (*upland*) en los Estados Unidos sería considerablemente más bajo."⁴⁶³ (sin cursivas en el original, no se reproducen las notas de pie de página)

"No vemos contradicción alguna entre el hecho de que los porcentajes de participación de los Estados Unidos en la producción y las exportaciones mundiales de algodón americano (*upland*) se hayan mantenido estables a niveles constantemente elevados entre las campañas de comercialización 2002 y 2007 y las constataciones del Grupo Especial sobre la influencia proporcional sustancial de los Estados Unidos en el mercado mundial del algodón americano (*upland*). Ello se debe a que *la estabilidad de los altos porcentajes de participación de los Estados Unidos en la producción y las exportaciones mundiales de algodón americano (upland) puede considerarse como prueba de que los Estados Unidos siguieron ejerciendo una influencia proporcional sustancial* en el período examinado por el Grupo Especial, al igual que lo habían hecho durante el período examinado por el Grupo Especial inicial. Observamos asimismo que el Grupo Especial señaló concretamente que ese elemento respaldaba su constatación de contención significativa de la subida de los precios, 'analizad[o] a la luz de la totalidad de las pruebas'. Por consiguiente, no creemos que el Grupo Especial incurriera en error al constatar que *los Estados Unidos ejercen una influencia proporcional sustancial en el mercado mundial del algodón americano (upland).*"⁴⁶⁴ (sin cursivas y sin subrayar en el original, no se reproducen las notas de pie de página)

5.219 No estamos persuadidos de que, como aduce el Brasil, el mero otorgamiento de las subvenciones en litigio sería suficiente para concluir que las circunstancias son "suficientemente graves". El que se haya producido una infracción y el que no se haya logrado el cumplimiento en los plazos requeridos es algo inherente a la situación que estamos examinando. A nuestro entender, por sí sola, esa circunstancia, que es común a todos los casos en los que se trata de suspender obligaciones con arreglo a lo dispuesto en el ESD, no justificaría la conclusión de que las circunstancias son "suficientemente graves". No obstante, convenimos con el Brasil en que el diseño y la estructura específicos de las subvenciones en litigio, tal como se han mantenido a lo largo de un período de

⁴⁶² Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Algodón americano (upland)* (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil), párrafo 10.190.

⁴⁶³ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Algodón americano (upland)* (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil), párrafo 10.196.

⁴⁶⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Algodón americano (upland)* (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil), párrafo 446.

tiempo significativo, son tales que han creado una ventaja competitiva artificial y persistente para los productores estadounidenses sobre todos los demás operadores, y que esto tiene un importante efecto de distorsión del comercio, no sólo en el mercado interior de los Estados Unidos sino también en el mercado mundial de estos productos.

5.220 Los Estados Unidos responden que de hecho el Brasil ha seguido siendo muy competitivo en el sector agrícola, incluido el del algodón, incluso cuando existían subvenciones estadounidenses y sin adopción de contramedidas. Sin embargo, no estamos convencidos de que esa consideración modifique lo esencial de la situación. El hecho de que el Brasil pueda haber seguido siendo competitivo a pesar de las condiciones de distorsión del comercio derivadas del otorgamiento y mantenimiento de las subvenciones en litigio no modifica en lo fundamental el hecho de que esas subvenciones tienen efectos de distorsión del comercio en el mercado mundial del algodón y los demás productos a los que afectan. Dados el diseño y la estructura de los programas en litigio, y habida cuenta del período de tiempo durante el cual han estado en vigor, esas distorsiones son prácticamente, como indica el Brasil, un elemento "estructural" del mercado mundial de los productos afectados, incluido el algodón, siempre que las subvenciones sigan estando disponibles. Nuestras determinaciones anteriores relativas al nivel de las contramedidas admisibles sugieren que esos efectos de distorsión del comercio no son insignificantes, incluso para el Brasil. Por lo demás, esos efectos se manifiestan no sólo en el mercado estadounidense, sino también en otros mercados de los productos de que se trata. Además, como observa el Brasil, en tiempos de crisis crediticia esos efectos de distorsión del comercio se ampliarán aún más, como mínimo en lo que concierne al programa GSM 102. Esas consideraciones respaldan, a nuestro juicio, la conclusión de que "las circunstancias son suficientemente graves".

5.221 El Brasil observa además que los desproporcionados efectos desfavorables para su economía de la suspensión de concesiones u otras obligaciones, si dicha suspensión se aplicara únicamente al comercio de mercancías, también contribuyen a que las "circunstancias" sean "suficientemente graves". Convenimos en que esto también puede ser una consideración pertinente en esa determinación.⁴⁶⁵ Hemos estudiado cuidadosamente los argumentos del Brasil concernientes a los posibles efectos desfavorables para su economía de una suspensión aplicada únicamente al comercio de mercancías al examinar si es "practicable o eficaz" que el Brasil aplique la suspensión únicamente en el ámbito del comercio de mercancías. En ese contexto concluimos que en la medida en que el nivel de las contramedidas que el Brasil tendría derecho a adoptar excediese de un determinado umbral, esa suspensión sería "impracticable o ineficaz". Esas consideraciones informan también la determinación de si "las circunstancias" serían "suficientemente graves" para justificar la suspensión en el marco de otro acuerdo. Si se alcanzara ese umbral, de manera que la suspensión de concesiones u otras obligaciones en el mismo sector o acuerdo sería impracticable o ineficaz para el Brasil, también esto contribuiría directamente a que las circunstancias fueran "suficientemente graves" para justificar el recuso a la suspensión en el marco de otro acuerdo.

5.222 A la luz de lo anteriormente expuesto, y basándonos en los elementos sometidos a nuestra consideración, constatamos que el Brasil podía razonablemente determinar que "las circunstancias son suficientemente graves", en el sentido del párrafo 3 c) del artículo 22 del ESD.

5.223 Habida cuenta de nuestras determinaciones, expuestas en la sección anterior, observamos que las dos condiciones previstas en el párrafo 3 c) del artículo 22, a saber, una determinación de que "es

⁴⁶⁵ Tomamos nota a ese respecto de la observación del Árbitro en el asunto *Estados Unidos - Juegos de azar* de que las circunstancias que en aquel caso justificaron una determinación de que "las circunstancias son suficientemente graves" podían estar "directamente relacionadas con la practicabilidad y eficacia de la suspensión" en el marco del Acuerdo cuya infracción se había constatado (en aquel caso el AGCS). Véase la decisión del Árbitro, *Estados Unidos - Juegos de azar* (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos), párrafo 4.115.

impracticable o ineficaz" suspender condiciones en el marco del mismo Acuerdo, y una determinación de que "las circunstancias son suficientemente graves", sólo se satisfarían simultáneamente en el presente caso cuando se superara el umbral señalado en el párrafo 5.201 *supra*.

5.224 Los Estados Unidos han sugerido que las posibles repercusiones de una suspensión de obligaciones en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC es también una consideración que debe tenerse en cuenta, habida cuenta del "estrato de incertidumbre" que podría derivar de esta suspensión en los sectores afectados, así como de "las consecuencias posiblemente devastadoras" de esa suspensión. Reconocemos que puede haber consideraciones legítimas a las que el Miembro reclamante debe prestar atención al aplicar cualquier suspensión de obligaciones en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC.⁴⁶⁶ No estamos persuadidos, sin embargo, de que esa sea una consideración pertinente que debamos tener en cuenta al examinar si las "circunstancias son suficientemente graves" para justificar la suspensión de obligaciones en el marco de ese Acuerdo. Observamos, en primer lugar, que en el ESD no se establece una jerarquía general entre la suspensión en varios sectores o en el marco de varios Acuerdos de la OMC, de manera que debiéramos asumir que una suspensión de obligaciones en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC sería inherentemente más perjudicial que otra para el Miembro demandado. La única jerarquía que cabe encontrar en el ESD a ese respecto concierne al sector y acuerdo en el marco de los cuales se hubiera constatado la infracción (así pues, en un caso concerniente a una infracción del Acuerdo sobre los ADPIC una suspensión en el mismo sector tendría que procurarse, primero en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC). Observamos también que el nivel de suspensión autorizado será el mismo con independencia del sector o Acuerdo al que pueda aplicarse. Observamos además que, como los propios Estados Unidos han indicado en el presente procedimiento, el Brasil no está en este momento obligado a explicar detalladamente cómo podría imponer esas contramedidas. Esta cuestión trasciende, a nuestro juicio, el alcance de esta investigación, y no nos incumbe especular en qué modo el Brasil podría aplicar una suspensión de determinadas obligaciones en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC, ni presuponer que ello tendría consecuencias más perjudiciales que una suspensión en otro sector o en el marco de otro Acuerdo. De hecho, los propios Estados Unidos no explican a qué "consecuencias devastadoras" se refieren.

5.225 No formulamos determinación alguna por lo que respecta a la voluntad o falta de voluntad de los Estados Unidos de cumplir las recomendaciones y resoluciones pertinentes. Suponemos que los Estados Unidos tienen intención de cumplir con prontitud y de buena fe esas recomendaciones y resoluciones. Tampoco hemos basado nuestras constataciones en los argumentos del Brasil relativos a la adopción de la Ley Agrícola de 2008, en sí misma, y no hemos formulado a ese respecto determinaciones específicas.

5. Consideración por el Brasil de los elementos del apartado d) del párrafo 3 del artículo 22

5.226 El apartado d) del párrafo 3 del artículo 22 del ESD estipula que la parte reclamante "tendrá en cuenta", al aplicar los principios establecidos en los apartados a) a c), dos elementos:

- "i) el comercio realizado en el sector o en el marco del Acuerdo en que el grupo especial o el Órgano de Apelación haya constatado una infracción u otra anulación o menoscabo, y la importancia que para [la parte reclamante] tenga ese comercio
- ii) los elementos económicos más amplios relacionados con la anulación o menoscabo y las consecuencias económicas más amplias de la suspensión de concesiones u otras obligaciones".

⁴⁶⁶ Véase el párrafo 5.233

5.227 Como hemos determinado en la sección V.C.1 c) *supra*, en las circunstancias del presente caso esto significa que lo que ha de tenerse en cuenta es "el comercio" de todas las mercancías objeto del acuerdo sobre el comercio de mercancías, es decir, el comercio de mercancías en general, y su importancia para el Brasil, así como "los elementos económicos más amplios" relacionados con la anulación o menoscabo para el Brasil derivados de las subvenciones en litigio, y las consecuencias económicas más amplias de la suspensión, incluida una consideración de las consecuencias económicas de la suspensión.

5.228 Como hemos explicado ampliamente en las secciones precedentes, las determinaciones del Brasil de que le resultaba impracticable o ineficaz tratar de suspender obligaciones únicamente en el sector de las mercancías y de que las circunstancias son suficientemente graves se basaban mucho en una consideración de la importancia para su economía de su comercio de mercancías con los Estados Unidos, así como de las posibles consecuencias de la suspensión propuesta, que a su juicio serían desproporcionadamente perjudiciales para su economía si se aplicaran únicamente al comercio de mercancías. El Brasil también ha tenido en cuenta la repercusión económica de las medidas en el mercado de los productos afectados por las medidas en litigio.

5.229 A la luz de esos elementos, consideramos probado que el Brasil ha tenido en cuenta los elementos pertinentes a que se hace referencia en el apartado d) del párrafo 3 del artículo 22 de conformidad con las prescripciones de esa disposición.

6. Conclusión

5.230 A la luz de nuestras determinaciones *supra*, constatamos que en el caso de que el nivel de las contramedidas que el Brasil tendría derecho a adoptar en un año dado⁴⁶⁷ aumentara hasta un nivel que excedería del umbral señalado en el párrafo 5.201 *supra*, actualizado para el *mismo* año en la forma descrita en el párrafo siguiente para tener en cuenta el cambio en las importaciones totales del Brasil procedentes de los Estados Unidos, el Brasil tendría derecho a suspender determinadas obligaciones en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC y/o el AGCS, según se identifica en su solicitud al amparo del párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* y el párrafo 2 del artículo 22 del ESD⁴⁶⁸, con respecto a

⁴⁶⁷ Se entiende que esta cuantía ha de calcularse teniendo en cuenta la totalidad del nivel de contramedidas que el Brasil tiene derecho a adoptar en ese momento como consecuencia tanto de la aplicación de la fórmula identificada en el párrafo 6.5 a) como de la decisión del Árbitro que figura en el documento WT/DS267/ARB/2.

⁴⁶⁸ Véase el documento WT/DS267/21. El Brasil identifica las siguientes obligaciones en su solicitud:

Con respecto al Acuerdo sobre los ADPIC:

"las siguientes secciones de la Parte II del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio:

Sección 1:	Derecho de autor y derechos conexos
Sección 2:	Marcas de fábrica o de comercio
Sección 4:	Dibujos y modelos industriales
Sección 5:	Patentes
Sección 7:	Protección de la información no divulgada".

Con respecto al AGCS:

"concesiones y obligaciones horizontales y/o sectoriales respecto de todos los sectores que figuran en la Lista de compromisos específicos del Brasil (GATS/SC/13) de conformidad con el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios. Esos sectores son los siguientes:

1. Servicios prestados a las empresas

toda cuantía de contramedidas admisibles aplicada en exceso de esa cifra. En cualquier año subsiguiente en que el nivel de contramedidas a que tuviera derecho el Brasil cayera por debajo de este umbral, actualizado a fin de tener en cuenta la variación de las importaciones totales procedentes de los Estados Unidos realizadas por el Brasil, el Brasil tendría derecho a suspender concesiones u otras obligaciones únicamente en el marco del comercio de mercancías.

5.231 Como se ha indicado en el párrafo anterior, para determinar si la suspensión de determinadas obligaciones en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC o el AGCS es admisible en un año dado, el umbral debería actualizarse a fin de tener en cuenta la variación de las importaciones totales del Brasil procedentes de los Estados Unidos. Para el año 2008, por ejemplo, la cuantía actualizada del umbral sería igual a 409,7 millones de dólares EE.UU. multiplicados por $(1 + g_{2008})$, donde g_{2008} es la variación porcentual del valor de las importaciones totales del Brasil procedentes de los Estados Unidos entre los años 2007 y 2008, o a falta de datos sobre el comercio correspondientes a los años 2007 y 2008, la variación porcentual del valor de las importaciones totales del Brasil procedentes de los Estados Unidos basada en las últimas estadísticas anuales sobre el comercio de que se disponga.⁴⁶⁹ En general, la ecuación en diferencias y la condición inicial que figuran a continuación determinarán la cuantía actualizada del umbral:

$$2) \quad T_{t+1} = T_t * (1 + g_{t+1}), \quad T_{2007} = 409,7 \text{ millones de dólares EE.UU.}$$

donde:

T_{t+1} = valor del umbral en el año $t+1$;

T_t = valor del umbral en el año t ;

g_{t+1} = variación porcentual del valor de las importaciones totales del Brasil procedentes de los Estados Unidos entre los años t y $t+1$, o a falta de datos sobre el comercio correspondientes a los años t y $t+1$, la variación porcentual del valor de las importaciones totales del Brasil procedentes de los Estados Unidos basada en las últimas estadísticas anuales sobre el comercio de que se disponga.

5.232 La referencia al "mismo" año se entenderá que la cuantía de las contramedidas, calculada sobre la base de las transacciones del programa GSM 102, por ejemplo, en el ejercicio fiscal 2008 (1º de octubre de 2007 a 30 de septiembre de 2008) y la cuantía fija prevista en la decisión del Árbitro que figura en el documento WT/DS267/ARB/2, se comparará con el valor del umbral en el año 2008 (1º de enero de 2008 a 31 de diciembre de 2008).

5.233 A la luz de nuestra determinación de que el Brasil podrá, en aplicación de lo anterior, tener derecho a suspender determinadas obligaciones en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC y el AGCS, destacamos las observaciones formuladas por los árbitros en el asunto *CE - Banano III (Ecuador)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE), con respecto a la suspensión de obligaciones en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC⁴⁷⁰, a las cuales también se refirió el Árbitro que se ocupó del asunto

-
- 2. Servicios de comunicaciones
 - 3. Servicios de construcción y servicios de ingeniería conexos
 - 4. Servicios de distribución
 - 7. Servicios financieros
 - 9. Servicios relacionados con el turismo y los viajes
 - 11. Servicios de transporte".

⁴⁶⁹ El Brasil utilizará la Base de Datos Comtrade de las Naciones Unidas a efectos del cálculo de la variación porcentual de sus importaciones totales procedentes de los Estados Unidos.

⁴⁷⁰ Decisión de los Árbitros, *CE - Banano III (Ecuador)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE), sección V, párrafos 139- 165.

*Estados Unidos - Juegos de azar (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos).*⁴⁷¹ Consideramos que esas observaciones también son pertinentes a este asunto, por cuanto las mismas consideraciones serán pertinentes a la manera en que el Brasil podría aplicar una suspensión de sus obligaciones en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC en este asunto.

5.234 Habida cuenta del hecho de que el nivel y la forma de las contramedidas admisibles pueden variar a lo largo del tiempo, exhortamos al Brasil a que, en caso de que presente al OSD una solicitud revisada de autorización para suspender concesiones u otras obligaciones de conformidad con la presente decisión, sea lo más específico posible acerca de las condiciones de las medidas que han de adoptarse, a fin de promover la transparencia y la previsibilidad de este proceso.

5.235 Tomamos también nota del compromiso asumido por el Brasil en la solicitud que presentó al amparo del párrafo 10 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* y el párrafo 2 del artículo 22 del ESD de que:

"Cada año, el Brasil notificará al OSD la cuantía y la forma de la suspensión de concesiones y otras obligaciones teniendo en cuenta los datos correspondientes al funcionamiento de los programas identificados en la campaña de comercialización y el ejercicio fiscal concluidos más recientes, según proceda."⁴⁷²

5.236 Por último, al igual que árbitros anteriores⁴⁷³, señalamos también que los Estados Unidos podrán recurrir al procedimiento de solución de diferencias adecuado en caso de que estimen que el nivel de concesiones u otras obligaciones suspendido por el Brasil excede del nivel de contramedidas que, según hemos determinado, es "apropiado" en este asunto.

VI. CONCLUSIONES Y LAUDO

6.1 Por las razones expuestas *supra*, el Árbitro determina que el nivel anual de "contramedidas apropiadas" en relación con los pagos GSM 102 es el que se describe en los párrafos 4.231 a 4.244, 4.253 a 4.255 y 4.267 a 4.277 *supra* (véase también el **anexo 4**). Para el ejercicio fiscal 2006 este nivel asciende a 147,4 millones de dólares EE.UU.

6.2 Hemos determinado también que el Brasil no ha seguido los principios y procedimientos del párrafo 3 del artículo 22 del ESD al determinar que es impracticable o ineficaz suspender concesiones u otras obligaciones en el marco del comercio de mercancías y que, a los niveles actuales, no podría haber determinado de manera plausible que es impracticable o ineficaz suspender concesiones u otras obligaciones con respecto al comercio de todos los bienes en el marco de los Acuerdos contenidos en el Anexo 1A del Acuerdo sobre la OMC. No obstante, también hemos constatado que en el supuesto de que el nivel de contramedidas a que el Brasil tuviera derecho en un año determinado⁴⁷⁴ aumentara hasta un nivel que excediera de un umbral, identificado en el párrafo 5.201 *supra*, actualizado para el *mismo* año en la forma descrita en los párrafos 5.231 y 5.233 a fin de tener en cuenta la variación de las importaciones totales del Brasil procedentes de los Estados Unidos, se podría concluir razonablemente que es impracticable o ineficaz para el Brasil suspender concesiones u otras obligaciones solamente en el marco del comercio de mercancías. Hemos determinado además que las

⁴⁷¹ Decisión del Árbitro, *Estados Unidos - Juegos de azar (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)*, párrafo 5.11.

⁴⁷² Documento WT/DS267/21.

⁴⁷³ Decisiones de los Árbitros, *CE - Hormonas (Estados Unidos) (párrafo 6 del artículo 22 - CE)*, párrafo 82; *Estados Unidos - Ley de 1916 (CE) (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)*, párrafo 9.2; *Estados Unidos - Ley de compensación (Enmienda Byrd) CE (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)*, párrafo 4.27; y *Estados Unidos - Juegos de azar (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)*, párrafo 5.12.

⁴⁷⁴ Queda entendido que esta cuantía deberá calcularse teniendo en cuenta la totalidad del nivel de contramedidas a que el Brasil tenga derecho en ese momento, derivado de la aplicación de la fórmula indicada en el párrafo 6.5 a) y de la decisión del Árbitro que figura en el documento WT/DS267/ARB/2.

circunstancias son suficientemente graves y que el Brasil ha cumplido las prescripciones del apartado d) del párrafo 3 del artículo 22.

6.3 A la luz de estas constataciones, constatamos que el Brasil tendría derecho a suspender determinadas obligaciones en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC y/o el AGCS, con respecto a toda cuantía de contramedidas admisibles aplicada en exceso del umbral identificado en el párrafo 5.201 *supra*, actualizado para el *mismo* año en la forma descrita en los párrafos 5.231 y 5.232 a fin de tener en cuenta la variación de las importaciones totales del Brasil procedentes de los Estados Unidos. En cualquier año subsiguiente en que el nivel de contramedidas a que tuviera derecho el Brasil cayera por debajo de este umbral, actualizado a fin de tener en cuenta la variación de las importaciones totales del Brasil procedentes de los Estados Unidos, el Brasil tendría derecho a suspender concesiones u otras obligaciones únicamente en el marco del comercio de mercancías.

6.4 Hemos constatado también que, al determinar si el nivel de contramedidas a que el Brasil tendría derecho ha aumentado hasta una cuantía que le permitiría suspender determinadas obligaciones en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC y/o el AGCS, se actualizarán los datos que figuran en el cuadro 4 para reflejar la cuantía de las importaciones en el *mismo* año, como se describe en el párrafo 5.203 *supra*.

6.5 En consecuencia el Árbitro determina lo siguiente:

- a) El Brasil podrá pedir la autorización del OSD para suspender concesiones u otras obligaciones en el marco de los Acuerdos sobre el comercio de mercancías que figuran en el Anexo 1A, a un nivel que no exceda del valor de 147,4 millones de dólares EE.UU. para el ejercicio fiscal 2006 o, para años subsiguientes, de una cuantía anual que se determinará aplicando la metodología descrita en el **anexo 4**.
- b) En el supuesto de que el nivel total de contramedidas a que el Brasil tuviera derecho en un año determinado⁴⁷⁵ aumentara hasta un nivel que excediera del umbral descrito en el párrafo 5.201, actualizado a fin de tener en cuenta la variación de las importaciones totales del Brasil procedentes de los Estados Unidos, el Brasil también tendría derecho a tratar de suspender determinadas obligaciones en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC y/o el AGCS, según se identifica en la nota 468, con respecto a toda cuantía de contramedidas admisibles aplicada en exceso de esa cifra.

⁴⁷⁵ Queda entendido que esta cuantía deberá calcularse teniendo en cuenta la totalidad del nivel de contramedidas a que el Brasil tenga derecho en ese momento, derivado de la aplicación de la fórmula indicada en el párrafo 6.3 a) y de la decisión del Árbitro que figura en el documento WT/DS267/ARB/2.

ANEXO 1

Efectos de distorsión del comercio (efectos en los precios) (millones de dólares)

1. en el mercado interno del Brasil	12,64
2. en mercados distintos del brasileño	12,63
Total	25,27

Exportaciones de productos comprendidos en el programa GSM 102 (miles de millones de dólares)

	Año 2006
Brasil	13,1
Mundo	111,9
Participación	11,7%

Fuentes: Brasil - Prueba documental 815 y base de datos Comtrade de las Naciones Unidas.

STI por deudor individual medio

País/Deudor	Garantías de créditos a la exportación otorgadas por país/deudor en el ejercicio fiscal 2006 (millones de dólares EE.UU.)	Valor de las transacciones respaldadas por garantías de créditos a la exportación en el ejercicio fiscal 2006 (millones de dólares EE.UU.)	Calificación del deudor (promedio de todos los deudores por país) (numérica)	Vencimiento del crédito (años)	Probabilidad de impago acumulativa (%)	Tipo de interés referencial (%)	Pagos por año	Comisión de la CCC basada en el riesgo (%)	Tasa de subvención S (fórmula de Ohlin) (%)	Subvención de los tipos de interés (STI) (millones de dólares EE.UU.)
Jamaica										
Bank of Nova Scotia Jamaica Ltd., Jamaica	4,80	4,894	16	1	20,982	33,11	2	0,924	16,20	0,793
Capital Credit Merchant Bank Ltd	4,90	5,000	16	3	43,498	27,23	1	0,924	29,05	1,453
Trinidad y Tabago										
RBTT Bank Limited, Trinidad y Tabago	28,57	29,155	10	3	1,68	5,78	1	0,637	0,45	0,131
Costa Rica										
Banco BAC San José, Costa Rica	0,94	0,960	12	3	4,309	6,74	1	0,688	2,11	0,020
Banco BCT, Costa Rica	3,83	3,909	13	3	10,151	9,00	1	0,688	5,94	0,232
Banco Cuscatlan de Costa Rica, Costa Rica	2,94	3,000	13	3	10,151	9,00	1	0,688	5,94	0,178
Banco HSBC, Costa Rica	1,32	1,344	13	3	10,151	9,00	1	0,688	5,94	0,080
Banco Improsa S.A.	2,29	2,341	13	3	10,151	9,00	1	0,688	5,94	0,139
El Salvador										
Banco Agrícola, El Salvador	0,19	0,193	12	3	4,309	6,74	2	0,799	1,70	0,003
Banco de América Central (BAC), El Salvador	5,13	5,232	13	3	10,151	9,00	1	0,799	5,83	0,305
Banco Uno S.A., El Salvador	1,67	1,701	13	3	10,151	9,00	1	0,799	5,83	0,099
Banco HSBC, El Salvador	10,75	10,973	12	3	4,309	6,74	1	0,799	2,00	0,219

Guatemala										
Banco Agromercantil de Guatemala, Guatemala	2,81	2,871	14	1	3,223	8,68	2	0,799	1,68	0,048
Banco de la República, Guatemala	1,61	1,643	14	3	14,36	10,76	2	0,799	7,71	0,127
Banco GyT Continental, S.A., Guatemala	2,62	2,672	13	3	10,151	9,00	1	0,799	5,83	0,156
Banco Industrial, S.A., Guatemala	10,48	10,697	13	3	10,151	9,00	1	0,799	5,83	0,624
Banco Reformador, Guatemala	2,00	2,041	14	3	14,36	10,76	1	0,799	8,64	0,176
Banco SCI	0,45	0,459	14	1	3,223	8,68	1	0,799	2,42	0,011
Panamá										
BAC International Bank, Inc., Panamá	22,50	22,959	10	3	1,68	5,78	1	0,799	0,29	0,066
Banco Aliado, Panama	4,30	4,385	13	3	10,151	9,00	1	0,799	5,83	0,256
Banco Cuscatlan de Panama (antes Banco Panamericano)	3,83	3,910	13	3	10,151	9,00	1	0,799	5,83	0,228
Banco General, Panamá	40,81	41,646	10	3	1,68	5,78	1	0,799	0,29	0,119
Global Bank Corporation, Panamá	10,38	10,588	13	3	10,151	9,00	1	0,799	5,83	0,618
Multi Credit Bank, Inc., Panamá	9,22	9,405	13	3	10,151	9,00	1	0,799	5,83	0,549
Primer Banco del Istmo (BANISTMO), Panamá	39,28	40,078	11	3	3,567	6,46	1	0,799	1,51	0,606
Kazajstán										
Alliance Bank, Kazajstán	37,60	38,370	13	2	5,749	8,34	2	0,747	2,90	1,111
Bank Caspian, Kazajstán	13,51	13,787	14	2	8,701	10,08	2	0,747	4,81	0,663
Bank CenterCredit, Kazajstán	0,46	0,467	13	1	2,069	7,40	2	0,747	0,84	0,004
Nurbank, Kazajstán	9,17	9,355	15	2	33,367	28,85	2	0,747	22,05	2,063
Temirbank, Kazajstán	2,69	2,741	16	2	33,367	28,85	2	0,747	22,05	0,605

Ucrania										
Bank Forum, Ucrania	9,87	10,073	16	2	33,367	28,85	2	0,806	21,99	2,215
Bank Nadra, OJSC, Ucrania	11,77	12,008	16	2	33,367	28,85	2	0,806	21,99	2,641
Ukrsotsbank, Ucrania	13,98	14,261	16	2	33,367	28,85	2	0,806	21,99	3,136
Finance and Credit Bank JSC Vseukrainsky Aktsionerny Bank-VA	7,35	7,505	15	2	33,367	28,85	2	0,806	21,99	1,650
Bank	6,44	6,567	16	2	33,367	28,85	2	0,806	21,99	1,444
México										
Monex Financiera, S.A. de C.V.	2,94	3,000	12	3	4,309	6,74	1	0,637	2,16	0,065
Rusia										
Absolut Bank, Rusia	3,06	3,125	16	2	33,367	28,85	2	0,747	22,05	0,689
B.I.N. Bank, Rusia	25,67	26,194	16	2	33,367	28,85	2	0,747	22,05	5,776
Far Eastern Bank, Rusia	9,47	9,662	18	2	33,367	28,85	2	0,747	22,05	2,131
International Bank of St. Petersburg, Rusia	3,96	4,045	17	2	33,367	28,85	2	0,747	22,05	0,892
International Industrial Bank (IIB), Rusia	42,57	43,442	15	2	33,367	28,85	2	0,747	22,05	9,580
NOMOS Bank, Rusia	34,04	34,734	15	2	33,367	28,85	2	0,747	22,05	7,660
MDM Bank, Rusia	38,42	39,207	14	2	8,701	10,08	2	0,747	4,81	1,885
Orgresbank, Rusia	7,44	7,593	16	2	33,367	28,85	2	0,747	22,05	1,674
Probusinessbank, Rusia	1,84	1,876	16	2	33,367	28,85	2	0,747	22,05	0,414
RosEvrobank, Rusia	12,13	12,377	18	2	33,367	28,85	2	0,747	22,05	2,729
UralSib Bank (antes Ural Siberian Bank), Rusia	6,07	6,191	15	2	33,367	28,85	2	0,747	22,05	1,365
ZAO Raiffeisenbank	9,37	9,561	18	2	33,367	28,85	2	0,747	22,05	2,108

Brasil										
Banco BBM S.A., Brasil	26,07	26,606	17	3	43,498	27,23	1	0,799	29,18	7,763
Banco BMC, Brasil	4,41	4,500	16	3	43,498	27,23	1	0,799	29,18	1,313
Banco Bradesco, Brasil	2,88	2,940	13	3	10,151	9,00	1	0,799	5,83	0,171
Banco do Estado de Sao Paulo (BANESPA), Brasil	5,11	5,210	17	3	43,498	27,23	1	0,799	29,18	1,520
Banco Fibra, Brasil	11,93	12,170	14	3	14,36	10,76	1	0,799	8,64	1,051
Banco Industrial E Comercial (BICBanco), Brasil	11,32	11,550	13	3	10,151	9,00	1	0,799	5,83	0,674
Uniao de Bancos Brasileiros (Unibanco), Brasil	2,43	2,475	13	3	10,151	9,00	1	0,799	5,83	0,144
Colombia										
Banco Colpatría Red Multibanca, Colombia	9,78	9,977	13	3	10,151	9,00	1	0,688	5,94	0,593
BanColombia, Colombia	15,11	15,414	12	3	4,309	6,74	1	0,688	2,11	0,325
Perú										
Banco Financiero del Perú, Perú	3,74	3,820	15	3	43,498	27,23	1	0,924	29,05	1,110
Filipinas										
Allied Bank, Filipinas	9,57	9,767	17	1	20,982	33,11	1	0,799	20,18	1,971
Development Bank of the Philippines, Filipinas	31,06	31,692	13	3	10,151	9,00	1	0,799	5,83	1,849
Export and Industry Bank, Filipinas	6,45	6,580	17	1	20,982	33,11	1	0,799	20,18	1,328
Philippine Bank of Communications, Filipinas	10,35	10,564	17	1	20,982	33,11	1	0,799	20,18	2,132
Rizal Commercial Bank, Filipinas	22,32	22,776	15	3	43,498	27,23	1	0,799	29,18	6,646
United Coconut Planter Bank, Filipinas	16,40	16,730	17	1	20,982	33,11	1	0,799	20,18	3,377

Corea del Sur										
Hana Bank	1,91	1,953	8	1	0,166	5,35	2	0,637	0,00	0,000
Kookmin Bank	11,50	11,737	7	1	0,037	5,22	2	0,637	0,00	0,000
Korea Development Bank	14,10	14,388	7	3	0,358	5,31	1	0,637	0,00	0,000
Korea Exchange Bank	4,15	4,230	9	2	0,466	5,43	2	0,637	0,00	0,000
National Agricultural Cooperative Federation	1,54	1,571	7	1	0,037	5,22	2	0,637	0,00	0,000
Shinhan Bank	30,53	31,148	8	2	0,449	5,42	2	0,637	0,00	0,000
Woori Bank	21,48	21,919	9	2	0,466	5,43	2	0,637	0,00	0,000
Rumania										
Credit Europe Bank (Romania) SA	1,82	1,859	14	3	14,36	10,76	2	0,799	7,71	0,143
Turquía										
Akbank	2,66	2,718	13	3	10,151	9,00	1	0,799	5,83	0,159
Asya Katilim Bankasi AS	14,22	14,511	15	3	43,498	27,23	1	0,799	29,18	4,234
Bank Pozitif Kredi ve Kalkinma Bankasi	3,43	3,499	17	3	43,498	27,23	1	0,799	29,18	1,021
Denizbank, Turquía	3,61	3,681	13	3	10,151	9,00	1	0,799	5,83	0,215
Fortis Bank A.S, Turquía	6,44	6,576	17	3	43,498	27,23	1	0,799	29,18	1,919
Finansbank, Turquía	15,30	15,614	13	3	10,151	9,00	1	0,799	5,83	0,911
Garanti Bankasi, Turquía	29,03	29,621	13	3	10,151	9,00	1	0,799	5,83	1,728
GSD Yatirim Bankasi	2,28	2,327	17	3	43,498	27,23	1	0,799	29,18	0,679
Halkbank	10,88	11,100	13	3	10,151	9,00	1	0,799	5,83	0,648
HSBC Bank A. S., filial	1,47	1,505	12	2	2,297	6,41	1	0,799	0,90	0,014
Is Bankasi, Turquía	11,71	11,951	13	3	10,151	9,00	1	0,799	5,83	0,697
Sekerbank	3,37	3,439	16	3	43,498	27,23	1	0,799	29,18	1,004
Tekfenbank	4,96	5,064	17	3	43,498	27,23	1	0,799	29,18	1,478
Tekstilbank	8,57	8,747	15	3	43,498	27,23	1	0,799	29,18	2,552
Turk Ekonomi Bankasi	10,31	10,518	13	3	10,151	9,00	1	0,799	5,83	0,614
Vakiflar Bankasi	11,74	11,983	13	3	10,151	9,00	1	0,799	5,83	0,699

Turquía (Cont.)										
Yapi Ve Kredi Bankasi, Turquía	10,29	10,500	15	3	43,498	27,23	1	0,799	29,18	3,064
ING Bank A.S.	23,17	23,644	17	3	43,498	27,23	1	0,799	29,18	6,899
Turklandbank	0,85	0,867	17	3	43,498	27,23	2	0,799	27,13	0,235
Total	977,69	997,64								120,62

ANEXO 2

Efectos de distorsión del comercio (efecto de desplazamiento que se atribuye a los deudores no solventes)
(millones de dólares)

1. en el mercado interno del Brasil	36,32
2. en mercados distintos del brasileño	44,52
Total	80,84

Exportaciones de productos comprendidos en el programa GSM 102
(miles de millones de dólares)

	Año 2006
Brasil	13,1
Mundo	111,9
Participación	11,7%

Fuentes: Brasil - Prueba documental 815 y base de datos Comtrade de las Naciones Unidas.

Adicionalidad plena por deudor individual medio

País/Deudor	Calificación del deudor	Garantías de créditos a la exportación otorgadas por país/deudor en el ejercicio fiscal 2006	Valor de las transacciones respaldadas por garantías de créditos a la exportación en el ejercicio fiscal 2006	Adicionalidad plena (aplicable únicamente a los grupos cuya calificación crediticia es "15" o peor)
(numérica)	(millones de dólares EE.UU.)	(millones de dólares EE.UU.)	(millones de dólares EE.UU.)	(millones de dólares EE.UU.)
Jamaica				
Bank of Nova Scotia Jamaica Ltd., Jamaica	16	4,796	4,894	4,894
Capital Credit Merchant Bank Ltd	16	4,900	5,000	5,000
Trinidad y Tabago				
RBTB Bank Limited, Trinidad y Tabago	10	28,572	29,155	0,000
Costa Rica				
Banco BAC San José, Costa Rica	12	0,941	0,960	0,000
Banco BCT, Costa Rica	13	3,831	3,909	0,000
Banco Cuscatlan de Costa Rica, Costa Rica	13	2,940	3,000	0,000
Banco HSBC, Costa Rica	13	1,317	1,344	0,000
Banco Improsa S.A.	13	2,295	2,341	0,000
El Salvador				
Banco Agrícola, El Salvador	12	0,189	0,193	0,000
Banco de América Central (BAC), El Salvador	13	5,127	5,232	0,000
Banco Uno S.A., El Salvador	13	1,667	1,701	0,000
Banco HSBC, El Salvador	12	10,753	10,973	0,000
Guatemala				
Banco Agromercantil de Guatemala, Guatemala	14	2,813	2,871	0,000
Banco de la Republica, Guatemala	14	1,610	1,643	0,000
Banco GyT Continental, S.A., Guatemala	13	2,618	2,672	0,000
Banco Industrial, S.A., Guatemala	13	10,483	10,697	0,000
Banco Reformador, Guatemala	14	2,000	2,041	0,000
Banco SCI	14	0,450	0,459	0,000
Panamá				
BAC International Bank, Inc., Panamá	10	22,499	22,959	0,000
Banco Aliado, Panamá	13	4,297	4,385	0,000
Banco Cuscatlan de Panamá				
(antes Banco Panamericano)	13	3,832	3,910	0,000
Banco General, Panamá	10	40,813	41,646	0,000
Global Bank Corporation, Panamá	13	10,376	10,588	0,000
Multi Credit Bank, Inc., Panamá	13	9,217	9,405	0,000
Primer Banco del Istmo (BANISTMO), Panamá	11	39,277	40,078	0,000

País/Deudor	Calificación del deudor	Garantías de créditos a la exportación otorgadas por país/deudor en el ejercicio fiscal 2006	Valor de las transacciones respaldadas por garantías de créditos a la exportación en el ejercicio fiscal 2006	Adicionalidad plena (aplicable únicamente a los grupos cuya calificación crediticia es "15" o peor)
(numérica)	(millones de dólares EE.UU.)	(millones de dólares EE.UU.)	(millones de dólares EE.UU.)	(millones de dólares EE.UU.)
Kazajstán				
Alliance Bank, Kazajstán	13	37,603	38,370	0,000
Bank Caspian, Kazajstán	14	13,511	13,787	0,000
Bank CenterCredit, Kazajstán	13	0,457	0,467	0,000
Nurbank, Kazajstán	15	9,168	9,355	9,355
Temirbank, Kazajstán	16	2,686	2,741	2,741
Ucrania				
Bank Forum, Ucrania	16	9,872	10,073	10,073
Bank Nadra, OJSC, Ucrania	16	11,767	12,008	12,008
Ukrsotsbank, Ucrania	16	13,976	14,261	14,261
Finance and Credit Bank	15	7,354	7,505	7,505
JSC Vseukrainsky Aktsionerny Bank-VA Bank	16	6,435	6,567	6,567
México				
Monex Financiera, S.A. de C.V.	12	2,940	3,000	0,000
Rusia				
Absolut Bank, Rusia	16	3,063	3,125	3,125
B.I.N. Bank, Rusia	16	25,670	26,194	26,194
Far Eastern Bank, Rusia	18	9,469	9,662	9,662
International Bank of St. Petersburg, Rusia	17	3,964	4,045	4,045
International Industrial Bank (IIB), Rusia	15	42,573	43,442	43,442
NOMOS Bank, Rusia	15	34,040	34,734	34,734
MDM Bank, Rusia	14	38,423	39,207	0,000
Orgresbank, Rusia	16	7,442	7,593	7,593
Probusinessbank, Rusia	16	1,839	1,876	1,876
RosEvrobank, Rusia	18	12,129	12,377	12,377
UralSib Bank (antes Ural Siberian Bank), Rusia	15	6,068	6,191	6,191
ZAO Raiffeisenbank	18	9,370	9,561	9,561

Brasil				
Banco BBM S.A., Brasil	17	26,074	26,606	26,606
Banco BMC, Brasil	16	4,410	4,500	4,500
Banco Bradesco, Brasil	13	2,881	2,940	0,000
Banco do Estado de Sao Paulo (BANESPA), Brasil	17	5,105	5,210	5,210
Banco Fibra, Brasil	14	11,927	12,170	0,000
Banco Industrial E Comercial (BICBanco), Brasil	13	11,319	11,550	0,000
Uniao de Bancos Brasileiros (Unibanco), Brasil	13	2,426	2,475	0,000
Colombia				
Banco Colpatría Red Multibanca, Colombia	13	9,778	9,977	0,000
BanColombia, Colombia	12	15,106	15,414	0,000
Perú				
Banco Financiero del Perú, Perú	15	3,744	3,820	3,820
Philippines				
Allied Bank, Filipinas	17	9,571	9,767	9,767
Development Bank of the Philippines, Filipinas	13	31,058	31,692	0,000
Export and Industry Bank, Filipinas	17	6,449	6,580	6,580
Philippine Bank of Communications, Filipinas	17	10,353	10,564	10,564
Rizal Commercial Bank, Filipinas	15	22,321	22,776	22,776
United Coconut Planter Bank, Filipinas	17	16,395	16,730	16,730
Corea del Sur				
Hana Bank	8	1,914	1,953	0,000
Kookmin Bank	7	11,502	11,737	0,000
Korea Development Bank	7	14,101	14,388	0,000
Korea Exchange Bank	9	4,146	4,230	0,000
National Agricultural Cooperative Federation	7	1,539	1,571	0,000
Shinhan Bank	8	30,525	31,148	0,000
Woori Bank	9	21,481	21,919	0,000
Rumania				
Credit Europe Bank (Romania) SA	14	1,822	1,859	0,000

Turquía				
Akbank	13	2,664	2,718	0,000
Asya Katilim Bankasi AS	15	14,221	14,511	14,511
Bank Pozitif Kredi ve Kalkinma Bankasi	17	3,429	3,499	3,499
Denizbank, Turquía	13	3,608	3,681	0,000
Fortis Bank A.S, Turquía	17	6,445	6,576	6,576
Finansbank, Turquía	13	15,302	15,614	0,000
Garanti Bankasi, Turquía	13	29,029	29,621	0,000
GSD Yatirim Bankasi	17	2,280	2,327	2,327
Halkbank	13	10,878	11,100	0,000
HSBC Bank A. S., filial	12	1,474	1,505	0,000
Is Bankasi, Turquía	13	11,712	11,951	0,000
Sekerbank	16	3,371	3,439	3,439
Tekfenbank	17	4,963	5,064	5,064
Tekstilbank	15	8,572	8,747	8,747
Turk Ekonomi Bankasi	13	10,308	10,518	0,000
Vakiflar Bankasi	13	11,743	11,983	0,000
Yapi Ve Kredi Bankasi, Turquía	15	10,290	10,500	10,500
ING Bank A.S.	17	23,171	23,644	23,644
Turklandbank	17	0,850	0,867	0,867
Total		977,692	997,645	416,933

ANEXO 3

Efectos de distorsión del comercio (efecto de desplazamiento que se atribuye a los deudores solventes)
(millones de dólares)

1. en el mercado interno del Brasil	18,72
2. en mercados distintos del brasileño	22,57
Total	41,29

Exportaciones de productos comprendidos en el programa GSM 102
(miles de millones de dólares)

	Año 2006
Brasil	13,1
Mundo	111,9
Participación	11,7%

Fuentes: Brasil - Prueba documental 815 y base de datos Comtrade de las Naciones Unidas.

Adicionalidad marginal por deudor individual medio

País/Deudor	Garantías de créditos a la exportación otorgadas por país/deudor en el ejercicio fiscal 2006 (millones de dólares EE.UU.)	Valor de las transacciones respaldadas por garantías de créditos a la exportación en el ejercicio fiscal 2006 (millones de dólares EE.UU.)	Calificación del deudor (promedio de todos los deudores por país) (numérica)	Vencimiento del crédito (años)	Probabilidad de impago acumulativa (%)	Deudor solvente	STI positiva	d_iⁿ	Dⁿ	t_iⁿ	Adicionalidad marginal
Jamaica											
Bank of Nova Scotia Jamaica Ltd., Jamaica	4,80	4,894	16	1	20,982	0	1				
Capital Credit Merchant Bank Ltd	4,90	5,000	16	3	43,498	0	1				
Trinidad y Tabago											
RBTT Bank Limited, Trinidad y Tabago	28,57	29,155	10	3	1,68	1	1	1,68	18,54	0,09	2,64
Costa Rica											
Banco BAC San José, Costa Rica	0,94	0,960	12	3	4,309	1	1	4,31	18,54	0,23	0,22
Banco BCT, Costa Rica	3,83	3,909	13	3	10,151	1	1	10,15	18,54	0,55	2,14
Banco Cuscatlan de Costa Rica, Costa Rica	2,94	3,000	13	3	10,151	1	1	10,15	18,54	0,55	1,64
Banco HSBC, Costa Rica	1,32	1,344	13	3	10,151	1	1	10,15	18,54	0,55	0,74
Banco Improsa S.A.	2,29	2,341	13	3	10,151	1	1	10,15	18,54	0,55	1,28
El Salvador											
Banco Agrícola, El Salvador	0,19	0,193	12	3	4,309	1	1	4,31	18,54	0,23	0,04
Banco de América Central (BAC), El Salvador	5,13	5,232	13	3	10,151	1	1	10,15	18,54	0,55	2,87
Banco Uno S.A., El Salvador	1,67	1,701	13	3	10,151	1	1	10,15	18,54	0,55	0,93
Banco HSBC, El Salvador	10,75	10,973	12	3	4,309	1	1	4,31	18,54	0,23	2,55

Guatemala											
Banco Agromercantil de Guatemala, Guatemala	2,81	2,871	14	1	3,223	1	1	3,22	5,46	0,59	1,70
Banco de la República, Guatemala	1,61	1,643	14	3	14,36	1	1	14,36	18,54	0,77	1,27
Banco GyT Continental, S.A., Guatemala	2,62	2,672	13	3	10,151	1	1	10,15	18,54	0,55	1,46
Banco Industrial, S.A., Guatemala	10,48	10,697	13	3	10,151	1	1	10,15	18,54	0,55	5,86
Banco Reformador, Guatemala	2,00	2,041	14	3	14,36	1	1	14,36	18,54	0,77	1,58
Banco SCI	0,45	0,459	14	1	3,223	1	1	3,22	5,46	0,59	0,27
Panamá											
BAC International Bank, Inc., Panamá	22,50	22,959	10	3	1,68	1	1	1,68	18,54	0,09	2,08
Banco Aliado, Panamá	4,30	4,385	13	3	10,151	1	1	10,15	18,54	0,55	2,40
Banco Cuscatlan de Panamá (antes Banco Panamericano)	3,83	3,910	13	3	10,151	1	1	10,15	18,54	0,55	2,14
Banco General, Panamá	40,81	41,646	10	3	1,68	1	1	1,68	18,54	0,09	3,77
Global Bank Corporation, Panamá	10,38	10,588	13	3	10,151	1	1	10,15	18,54	0,55	5,80
Multi Credit Bank, Inc., Panamá	9,22	9,405	13	3	10,151	1	1	10,15	18,54	0,55	5,15
Primer Banco del Istmo (BANISTMO), Panamá	39,28	40,078	11	3	3,567	1	1	3,57	18,54	0,19	7,71
Kazajstán											
Alliance Bank, Kazajstán	37,60	38,370	13	2	5,749	1	1	5,75	12,51	0,46	17,63
Bank Caspian, Kazajstán	13,51	13,787	14	2	8,701	1	1	8,70	12,51	0,70	9,59
Bank CenterCredit, Kazajstán	0,46	0,467	13	1	2,069	1	1	2,07	5,46	0,38	0,18
Nurbank, Kazajstán	9,17	9,355	15	2	33,367	0	1				
Temirbank, Kazajstán	2,69	2,741	16	2	33,367	0	1				

Ucrania											
Bank Forum, Ucrania	9,87	10,073	16	2	33,367	0	1				
Bank Nadra, OJSC, Ucrania	11,77	12,008	16	2	33,367	0	1				
Ukrsotsbank, Ucrania	13,98	14,261	16	2	33,367	0	1				
Finance and Credit Bank JSC Vseukrainsky Aktsionerny Bank-VA Bank	7,35	7,505	15	2	33,367	0	1				
	6,44	6,567	16	2	33,367	0	1				
México											
Monex Financiera, S.A. de C.V.	2,94	3,000	12	3	4,309	1	1	4,31	18,54	0,23	0,70
Rusia											
Absolut Bank, Rusia	3,06	3,125	16	2	33,367	0	1				
B.I.N. Bank, Rusia	25,67	26,194	16	2	33,367	0	1				
Far Eastern Bank, Rusia	9,47	9,662	18	2	33,367	0	1				
International Bank of St. Petersburg, Rusia	3,96	4,045	17	2	33,367	0	1				
International Industrial Bank (IIB), Rusia	42,57	43,442	15	2	33,367	0	1				
NOMOS Bank, Rusia	34,04	34,734	15	2	33,367	0	1				
MDM Bank, Rusia	38,42	39,207	14	2	8,701	1	1	8,70	12,51	0,70	27,27
Orgresbank, Rusia	7,44	7,593	16	2	33,367	0	1				
Probusinessbank, Rusia	1,84	1,876	16	2	33,367	0	1				
RosEvrobank, Rusia	12,13	12,377	18	2	33,367	0	1				
UralSib Bank (antes Ural Siberian Bank), Rusia	6,07	6,191	15	2	33,367	0	1				
ZAO Raiffeisenbank	9,37	9,561	18	2	33,367	0	1				

Brasil											
Banco BBM S.A., Brasil	26,07	26,606	17	3	43,498	0	1				
Banco BMC, Brasil	4,41	4,500	16	3	43,498	0	1				
Banco Bradesco, Brasil	2,88	2,940	13	3	10,151	1	1	10,15	18,54	0,55	1,61
Banco do Estado de Sao Paulo (BANESPA), Brasil	5,11	5,210	17	3	43,498	0	1				
Banco Fibra, Brasil	11,93	12,170	14	3	14,36	1	1	14,36	18,54	0,77	9,43
Banco Industrial E Comercial (BICBanco), Brasil	11,32	11,550	13	3	10,151	1	1	10,15	18,54	0,55	6,33
Uniao de Bancos Brasileiros (Unibanco), Brasil	2,43	2,475	13	3	10,151	1	1	10,15	18,54	0,55	1,36
Colombia											
Banco Colpatría Red Multibanca, Colombia	9,78	9,977	13	3	10,151	1	1	10,15	18,54	0,55	5,46
BanColombia, Colombia	15,11	15,414	12	3	4,309	1	1	4,31	18,54	0,23	3,58
Perú											
Banco Financiero del Perú, Perú	3,74	3,820	15	3	43,498	0	1				
Filipinas											
Allied Bank, Filipinas	9,57	9,767	17	1	20,982	0	1				
Development Bank of the Philippines, Filipinas	31,06	31,692	13	3	10,151	1	1	10,15	18,54	0,55	17,36
Export and Industry Bank, Filipinas	6,45	6,580	17	1	20,982	0	1				
Philippine Bank of Communications, Filipinas	10,35	10,564	17	1	20,982	0	1				
Rizal Commercial Bank, Filipinas	22,32	22,776	15	3	43,498	0	1				
United Coconut Planter Bank, Filipinas	16,40	16,730	17	1	20,982	0	1				

Corea del Sur											
Hana Bank	1,91	1,953	8	1	0,166	1	0				
Kookmin Bank	11,50	11,737	7	1	0,037	1	0				
Korea Development Bank	14,10	14,388	7	3	0,358	1	0				
Korea Exchange Bank	4,15	4,230	9	2	0,466	1	0				
National Agricultural Cooperative Federation	1,54	1,571	7	1	0,037	1	0				
Shinhan Bank	30,53	31,148	8	2	0,449	1	0				
Woori Bank	21,48	21,919	9	2	0,466	1	0				
Rumania											
Credit Europe Bank (Romania) SA	1,82	1,859	14	3	14,36	1	1	14,36	18,54	0,77	1,44
Turquía											
Akbank	2,66	2,718	13	3	10,151	1	1	10,15	18,54	0,55	1,49
Asya Katilim Bankasi AS	14,22	14,511	15	3	43,498	0	1				
Bank Pozitif Kredi ve Kalkinma Bankasi	3,43	3,499	17	3	43,498	0	1				
Denizbank, Turquía	3,61	3,681	13	3	10,151	1	1	10,15	18,54	0,55	2,02
Fortis Bank A.S, Turquía	6,44	6,576	17	3	43,498	0	1				
Finansbank, Turquía	15,30	15,614	13	3	10,151	1	1	10,15	18,54	0,55	8,55
Garanti Bankasi, Turquía	29,03	29,621	13	3	10,151	1	1	10,15	18,54	0,55	16,22
GSD Yatirim Bankasi	2,28	2,327	17	3	43,498	0	1				
Halkbank	10,88	11,100	13	3	10,151	1	1	10,15	18,54	0,55	6,08
HSBC Bank A. S., filial	1,47	1,505	12	2	2,297	1	1	2,30	12,51	0,18	0,28
Is Bankasi, Turquía	11,71	11,951	13	3	10,151	1	1	10,15	18,54	0,55	6,55
Sekerbank	3,37	3,439	16	3	43,498	0	1				
Tekfenbank	4,96	5,064	17	3	43,498	0	1				
Tekstilbank	8,57	8,747	15	3	43,498	0	1				
Turk Ekonomi Bankasi	10,31	10,518	13	3	10,151	1	1	10,15	18,54	0,55	5,76
Vakiflar Bankasi	11,74	11,983	13	3	10,151	1	1	10,15	18,54	0,55	6,56
Yapi Ve Kredi Bankasi, Turquía	10,29	10,500	15	3	43,498	0	1				
ING Bank A.S.	23,17	23,644	17	3	43,498	0	1				
Turklandbank	0,85	0,867	17	3	43,498	0	1				
Total	977,69	997,64									211,69

Probabilidades acumulativas de impago (Moody's)

Calificación		Probabilidades acumulativas de impago		
Alfabética	Númerica	1 año	2 años	3 años
AAA	1	0,000	0,000	0,000
AA+	2	0,000	0,000	0,000
AA	3	0,000	0,011	0,048
AA-	4	0,019	0,040	0,078
A+	5	0,003	0,091	0,241
A	6	0,026	0,082	0,224
A-	7	0,037	0,175	0,358
BBB+	8	0,166	0,449	0,794
BBB	9	0,161	0,466	0,883
BBB-	10	0,335	0,965	1,680
BB+	11	0,753	2,006	3,567
BB	12	0,780	2,297	4,309
BB-	13	2,069	5,749	10,151
B+	14	3,223	8,701	14,360
B	15	5,457	12,511	18,535
B-	16	10,460	19,782	28,532
CCC+	17	20,982	33,367	43,498
CCC-C	18	20,982	33,367	43,498

Fuente: Brasil - Prueba documental 794.

ANEXO 4

FÓRMULA PARA EL CÁLCULO DE LAS CONTRAMEDIDAS ANUALES

1. En el presente anexo se explica la fórmula que debe utilizarse para calcular la cuantía de las contramedidas que el Brasil está autorizado a adoptar anualmente y se describen los datos necesarios para aplicar esa fórmula. Ante todo, debe quedar claro que el Árbitro podría haber elegido la metodología utilizada en los anexos 1, 2 y 3 de esta decisión. Esta metodología requería que se calcularan los efectos en los precios y los efectos de desplazamiento de las garantías de créditos a la exportación. No obstante, dada la complejidad de la metodología y la probable necesidad de actualizar periódicamente la información en que se basaba (tasa de interés libre de riesgo, probabilidades de incumplimiento, calificación crediticia de los deudores, etc.), el Árbitro era consciente del posible riesgo de controversias entre las partes. En consecuencia, ha modificado la metodología de una manera que reduce considerablemente ese riesgo. Aunque la fórmula actual es una simplificación, responde al principio de que las contramedidas deben ser apropiadas y no desproporcionadas haciendo depender el guarismo de las contramedidas futuras de la magnitud de las transacciones objeto del programa GSM 102 y de la participación del Brasil en las exportaciones mundiales de los productos comprendidos en ese programa.

6.6 2. La cuantía de las contramedidas dependerá del valor de las transacciones respaldado por las garantías de créditos a la exportación del programa GSM 102 obtenidas por los deudores brasileños y no brasileños, la participación del Brasil en las exportaciones mundiales de los productos comprendidos en ese programa (productos del maíz, algodón, cereales forrajeros, cueros y pieles, semillas oleaginosas, carne de porcino, carne de aves de corral, piensos proteínicos, arroz y sebo) y un conjunto de parámetros. Esto se expresa en la siguiente ecuación:

$$(1) \quad CM_{t+1} = \alpha(GSM_t^B) + \beta(participación_t)(GSM_t^{NB})$$

donde:

CM_{t+1} es la cuantía de las contramedidas que está autorizado a aplicar el Brasil en el año $t + 1$;

GSM_t^B es el valor de las transacciones respaldado por las garantías de créditos a la exportación del programa GSM 102 obtenidas por los deudores brasileños en el ejercicio fiscal t (ajustado para tener en cuenta los compromisos de los Estados Unidos en materia de subvenciones a la exportación);

GSM_t^{NB} es el valor de las transacciones respaldado por las garantías de créditos a la exportación del programa GSM 102 obtenidas por los deudores no brasileños en el ejercicio fiscal t (ajustado para tener en cuenta los compromisos de los Estados Unidos en materia de subvenciones a la exportación);

$participación_t$ es la participación del Brasil en las exportaciones mundiales de los productos comprendidos en el programa GSM 102 en el año civil t ;

α es el parámetro que pone en relación el valor de las transacciones respaldado por las garantías de créditos a la exportación del programa GSM 102 obtenidas por los deudores brasileños con el efecto de distorsión del comercio que esas garantías tienen para el Brasil; y

β es el parámetro que pone en relación el valor de las transacciones respaldado por las garantías de créditos a la exportación del programa GSM 102 obtenidas por los deudores no brasileños con el efecto de distorsión del comercio que esas garantías tienen para el Brasil (en la proporción

correspondiente a la participación del Brasil en las exportaciones mundiales de los productos comprendidos en el programa GSM 102).

3. Los valores de los parámetros α y β se obtienen a partir de los datos sobre las transacciones objeto del programa GSM 102 en el ejercicio fiscal 2006 y de los efectos calculados de distorsión del comercio del Brasil atribuibles a esas garantías. Los valores de los parámetros obtenidos son los siguientes: $\alpha = 1.033947$ y $\beta = 0.731148$.¹

4. El valor de las transacciones respaldado por garantías de créditos a la exportación del programa GSM 102 se define como la cuantía de las transacciones objeto de ese programa dividida por el factor 0,98.²

5. Los Estados Unidos proporcionarán datos sobre las transacciones que han sido objeto del programa GSM 102 en el ejercicio fiscal más reciente. Los datos sobre las transacciones del programa GSM 102 por productos y por deudores se facilitarán en el formato (y el programa informático) exacto empleado en la Prueba documental 78 presentada por los Estados Unidos. Si los Estados Unidos no pudieran proporcionar los datos sobre las transacciones del programa GSM 102 del ejercicio fiscal más reciente, el Brasil utilizará los datos correspondientes al último ejercicio fiscal sobre el que disponga de la información.

6. La fórmula se aplicará a los productos consignados en la Lista (carne de porcino, carne de aves de corral y arroz) únicamente en la medida en que las subvenciones a la exportación otorgadas a los volúmenes de exportaciones de los productos excedan de los compromisos estadounidenses en materia de reducción de las cantidades o de los desembolsos presupuestarios. Esto requerirá que se efectúe una deducción en el valor de las transacciones respaldado por las garantías de créditos a la exportación del programa GSM 102 emitidas en un ejercicio fiscal determinado, de manera que sólo se incluyan las subvenciones a la exportación que excedan de los compromisos contraídos por los Estados Unidos en la OMC. Para determinar la reducción, los compromisos de los Estados Unidos en materia de reducción de las cantidades en el caso de la carne de porcino, la carne de aves de corral y el arroz se multiplicarán por los precios de exportación estadounidenses de los tres productos de la Lista. Los Estados Unidos facilitarán los datos más recientes sobre los precios de exportación estadounidenses de los productos de la Lista.³ Si los Estados Unidos no pudieran facilitar esta información, el Brasil utilizará los valores unitarios de las exportaciones estadounidenses⁴ de los

¹ El valor de las transacciones respaldado por las garantías de créditos a la exportación del programa GSM 102 obtenidas por los deudores brasileños fue de 65,45 millones de dólares EE.UU. mientras que el efecto de distorsión del comercio del Brasil atribuible a las garantías de créditos a la exportación fue de 67,67 millones de dólares EE.UU. Esto da lugar a un valor de α igual a 1.033947. El valor de las transacciones respaldado por las garantías de créditos a la exportación del programa GSM 102 obtenidas por los deudores no brasileños fue de 932,19 millones de dólares EE.UU., la participación del Brasil en el mercado mundial de los productos comprendidos en el programa GSM 102 fue del 11,7 por ciento, y el efecto de distorsión del comercio del Brasil atribuible a las garantías de créditos a la exportación fue de 79,73 millones de dólares EE.UU. Esto da lugar a un valor de β igual a 0.731148.

² En el programa GSM 102, el riesgo de las transacciones se divide en la proporción de 98 a 2 entre la Corporación de Crédito para Productos Básicos y el exportador, lo cual quiere decir que el 98 por ciento de la transacción es respaldado por la CCC mediante garantías de créditos a la exportación y el exportador soporta el riesgo del 2 por ciento restante de la transacción. Por lo tanto, el valor total de las exportaciones estadounidenses que podía ser respaldado en el marco de las transacciones del programa GSM 102 es mayor con arreglo a un factor de 1/(0,98).

³ El período abarcado por los datos relativos a los precios de exportación estadounidenses debe corresponder al ejercicio fiscal de los datos del programa GSM 102, lo cual quiere decir que, si se utilizan los datos del programa GSM 102 correspondientes al ejercicio fiscal 2008, se emplearán los datos relativos a los precios de exportación estadounidenses correspondientes al año civil 2008.

⁴ El valor unitario de las exportaciones estadounidenses de un producto i de la Lista se define como $UV_i = V_i/Q_i$, donde UV_i es el valor unitario de las exportaciones estadounidenses del producto i de la Lista, V_i es

productos de la Lista sobre la base de los datos obtenidos de la Base de Datos sobre estadísticas del comercio de productos de las Naciones Unidas (Comtrade).

7. Los datos sobre el comercio que se utilizarán para calcular la participación del Brasil en las exportaciones mundiales de los productos comprendidos en el programa GSM 102 se obtendrán de la base de datos Comtrade de las Naciones Unidas. El Brasil empleará a esos efectos los códigos del Sistema Armonizado correspondientes a los productos del programa GSM 102 que figuran en la Prueba documental 814 presentada por el Brasil. El Brasil se asegurará de que el período abarcado por los datos sobre el comercio corresponda al ejercicio fiscal de los datos del programa GSM 102, lo cual quiere decir que, si se utilizan los datos del programa GSM 102 correspondientes al ejercicio fiscal 2008, se emplearán los datos sobre el comercio correspondientes al año civil 2008.

el valor total en dólares EE.UU. de las exportaciones estadounidenses del producto i de la Lista y Q_i es el volumen total de las exportaciones estadounidenses del producto i de la Lista. El Brasil utilizará los códigos del Sistema Armonizado correspondientes a los productos de la Lista que figuran en la prueba documental Brasil-814 a efectos del cálculo de los valores unitarios de las exportaciones estadounidenses.