

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

WT/DS296/9
28 de julio de 2005

(05-3392)

Original: inglés

ESTADOS UNIDOS - INVESTIGACIÓN EN MATERIA DE DERECHOS COMPENSATORIOS SOBRE LOS SEMICONDUCTORES PARA MEMORIAS DINÁMICAS DE ACCESO ALEATORIO (DRAM) PROCEDENTES DE COREA

Declaración de Corea

La siguiente declaración, que se ha recibido de la delegación de Corea en relación con la adopción por el Órgano de Solución de Diferencias, en la reunión celebrada el 20 de julio de 2005, de los informes del Órgano de Apelación y del Grupo Especial sobre el asunto *Estados Unidos - Investigación en materia de derechos compensatorios sobre los semiconductores para memorias dinámicas de acceso aleatorio (DRAM) procedentes de Corea* (WT/DS296/AB/R, WT/DS296/R), se distribuye a petición de esa delegación.

Introducción

Sr. Presidente, el OSD examina hoy los informes sobre el asunto *Estados Unidos - Investigación en materia de derechos compensatorios sobre los DRAM* (DS296). Esta diferencia surge a raíz de una orden de establecimiento de derechos compensatorios impuesta por los Estados Unidos a ciertos semiconductores importados procedentes de Hynix de Corea. El Departamento de Comercio de los Estados Unidos ("el USDOC") alegaba que el Gobierno de Corea subvencionaba a Hynix mediante una serie de contribuciones financieras desde septiembre de 2000 hasta octubre de 2001. La cuestión clave en la investigación del USDOC era si el Gobierno de Corea había o no encomendado u ordenado a determinadas instituciones financieras privadas que realizaran esas contribuciones financieras. En un examen meticuloso y detallado el Grupo Especial constató que, con una excepción, una autoridad investigadora objetiva e imparcial no podría haber llegado a las conclusiones que figuran en la determinación del USDOC. Los Estados Unidos apelaron contra las constataciones jurídicas y fácticas del Grupo Especial que llevaron a esta conclusión. Corea presentó una apelación cruzada contra una cuestión en la que el Grupo Especial constató que había existido encomienda u orden con respecto a un banco coreano cuando ese banco en realidad nunca llevó a cabo el acto que supuestamente se le había ordenado.

La Comisión de Comercio Internacional de los Estados Unidos ("la USITC") también constató que las importaciones presuntamente subvencionadas habían causado daño importante. El Grupo Especial constató que la USITC no había ofrecido ninguna explicación acerca de cómo había llegado a la conclusión de que la repercusión de factores distintos de las importaciones presuntamente subvencionadas no se había atribuido a dichas importaciones. Por lo tanto, los Estados Unidos no están en conformidad con las obligaciones que les corresponden en virtud del párrafo 5 del artículo 15 del Acuerdo SMC. No se presentaron apelaciones contra las cuestiones relativas al daño. Por consiguiente, se constató que la medida de los Estados Unidos era incompatible con las

obligaciones que les corresponden de conformidad con el párrafo 5 del artículo 15 del Acuerdo SMC y que éstos debían actuar inmediatamente para poner su medida en conformidad. En cuanto a las incompatibilidades que el Grupo Especial constató con respecto a la determinación de la existencia de subvención formulada por el USDOC, es importante señalar que, como afirmó expresamente el Órgano de Apelación en su informe, la resolución por la que revoca estas constataciones no significa que en realidad confirme que la orden de establecimiento de derechos compensatorios de los Estados Unidos está en conformidad con el Acuerdo SMC.

Sr. Presidente, en primer lugar Corea desearía dar las gracias a todos los que han participado por su ardua labor. A juicio de Corea, con una excepción relativamente restringida, el informe del Grupo Especial fue un examen minucioso y aceptable de los hechos y el derecho, aunque por supuesto Corea no está de acuerdo con algunas de las conclusiones del Grupo Especial. Sin embargo, Sr. Presidente, Corea tiene graves reservas en cuanto al informe del Órgano de Apelación. Aunque había algunas cuestiones de examen jurídico, este informe del Órgano de Apelación lamentablemente no se limita a esas cuestiones, como lo exige el mandato claro del párrafo 6 del artículo 17 del ESD, que prescribe que la apelación deberá tener únicamente por objeto las cuestiones de derecho tratadas en el informe del grupo especial y las interpretaciones jurídicas formuladas por éste. En cambio, se trata de un ejemplo claro de determinación de los hechos sin justificación alguna por parte del Órgano de Apelación.

Sr. Presidente, Corea pide la indulgencia de este Órgano para dedicar unos momentos a analizar más detenidamente las cuestiones del alcance y la naturaleza del informe del Órgano de Apelación. Evidentemente Corea no puede referirse a cada aspecto del análisis del Órgano de Apelación incluso con observaciones extensas, pero es necesario señalar a la atención de los Miembros los ejemplos más destacados. Entre las cuestiones jurídicas sometidas al Órgano de Apelación examinaremos las cuestiones de la interpretación jurídica de los términos "encomiende" u "ordene", la apelación cruzada de Corea sobre la cuestión de si se puede constatar que se ha encomendado u ordenado a una entidad privada que lleve a cabo una función gubernamental cuando en realidad nunca lo hace, la cuestión de las normas probatorias aplicadas por el Grupo Especial y la extraordinaria interpretación jurídica del Órgano de Apelación de los requisitos de información del párrafo 5 del artículo 22 del Acuerdo SMC. Por último, examinaremos algunos de los ejemplos más destacados y desafortunados de la determinación *de novo* de los hechos llevada a cabo por el Órgano de Apelación, porque Corea considera que este caso representa una quiebra en el proceso del examen en apelación que plantea serias preocupaciones.

La interpretación de los términos "encomiende" u "ordene"

En primer lugar es necesario mencionar algunas cuestiones jurídicas para poder entender toda la diferencia. Puede decirse que se sometieron tres cuestiones jurídicas al Órgano de Apelación, aunque las partes discrepaban sobre la forma de caracterizar algunas de ellas. La primera cuestión claramente jurídica era la de la definición de los términos "encomiende" u "ordene" en el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del Acuerdo SMC. Los Estados Unidos adujeron que el Grupo Especial había impuesto un criterio muy restringido al interpretar estos términos. El Grupo Especial había afirmado que los términos se basaban en la noción de "delegación o de mando". El Órgano de Apelación modificó la interpretación del Grupo Especial por ser demasiado estricta en la medida en que se basaba únicamente en los términos "delegación" o "mando". En realidad, y como parecía estar de acuerdo el Órgano de Apelación, se trataba más de una aclaración que de una modificación de las resoluciones del Grupo Especial. En cualquiera de los dos casos, Corea acepta esta resolución del Órgano de Apelación. Está claramente comprendida dentro de los límites del párrafo 6 del artículo 17 del ESD.

La apelación cruzada de Corea

El Órgano de Apelación rechazó la apelación cruzada de Corea sobre la cuestión de "encomiende" u "ordene". Corea señaló al Órgano de Apelación que el Grupo Especial en realidad había confirmado las constataciones del USDOC con respecto a la supuesta orden dada al Korea First Bank o KFB. Esta constatación del Grupo Especial se basaba en un solo testimonio indirecto, una prueba circunstancial en un artículo de prensa relativo a una sola transacción entre las cuatro supuestas contribuciones financieras. Sin embargo, el KFB nunca realizó la transacción a que se refería exclusivamente este artículo de prensa. Según Corea, era imposible que se hubiera encomendado u ordenado a una entidad privada que "llev[ara] a cabo" una contribución financiera gubernamental si, de hecho, la entidad privada no lo hizo. De hecho, los Estados Unidos estuvieron de acuerdo y consideraron que este argumento era "axiomático". En una sorprendente desviación de todo el resto de su argumentación contra el informe del Grupo Especial, los Estados Unidos adujeron que el Grupo Especial formuló esta constatación como parte de un contexto más amplio, sobre la base de la totalidad de las pruebas. Este argumento de que el Grupo Especial en realidad no estaba limitando sus conclusiones al tema del artículo de prensa sino que, en cambio, lo tomaba como prueba de una encomienda u orden más amplia era directamente contrario a los argumentos de los Estados Unidos que sirven de base a la mayor parte de su propia apelación en el sentido de que el Grupo Especial había examinado aisladamente cada uno de los elementos de prueba. De hecho, uno de los motivos por los que Corea presentó la apelación cruzada fue para subrayar esta contradicción en el argumento de los Estados Unidos. Aunque esta contradicción no parecía ser excesivamente sutil, parece que al Órgano de Apelación se le ha escapado por completo en su propio análisis.

No obstante, esta cuestión de si el Grupo Especial examinó las cuestiones en un contexto más amplio se planteará de nuevo más adelante. De momento lo importante es que el Órgano de Apelación no estuvo de acuerdo con las partes y constató que podía haber encomienda u orden cuando la entidad privada no había tomado ninguna medida. Al parecer, el Órgano de Apelación no consideró que la frase que figura inmediatamente después en el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del Acuerdo SMC -"que las lleve a cabo"- fuera un contexto suficientemente importante para tomar nota de ella. Además, decir que puede haber encomienda u orden en una especie de vacío cuando no existe contribución financiera alguna es una labor teórica de lo más estéril. La cuestión jurídica general es si se ha aplicado correctamente el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1, no una pequeña parte del mismo considerada aisladamente. Esta parte del análisis del texto realizado por el Órgano de Apelación se puede caracterizar como *dicta* y habría sido mejor no incluirla en su análisis.

La norma probatoria aplicada por el Grupo Especial

La siguiente cuestión jurídica era si el Grupo Especial había impuesto una norma probatoria demasiado estricta a los Estados Unidos al afirmar que las pruebas que demostraran la existencia de una encomienda u orden tenían que ser "probatorias y convincentes". El Órgano de Apelación confirmó la descripción del Grupo Especial de la norma probatoria y la forma en que fue aplicada. Es importante señalar que el Órgano de Apelación rechazó la caracterización que hicieron los Estados Unidos de los términos probatorias y convincentes y constató que el Grupo Especial en realidad no había aplicado esa norma inadecuada. El Órgano de Apelación declaró lo siguiente:

Nos parece, teniendo en cuenta todo lo anterior, que el Grupo Especial no aplicó el término "convincentes" de la manera que sugieren los Estados Unidos; **si lo hubiera hecho, habría impuesto erróneamente una norma cualitativa más estricta que lo establecido en el Acuerdo SMC.**¹

¹ Informe del Órgano de Apelación, párrafo 139. (sin negritas en el original)

Se trata de una observación importante porque, como Corea señaló al Órgano de Apelación, esta norma tan inadecuada de las "pruebas convincentes" fue la que en realidad impuso el USDOC a Corea durante el proceso de investigación. En la etapa de la determinación preliminar el USDOC estableció una presunción de culpabilidad contra los declarantes coreanos basándose en constataciones históricas que afectaban a otros productores y a otros bancos. Después, en la determinación definitiva, el USDOC afirmó que Corea no había refutado esta presunción con "pruebas convincentes". Corea tiene que mencionar este tema aquí porque, increíblemente, el informe del Órgano de Apelación no dice absolutamente nada en este sentido. Es como si Corea nunca hubiera formulado el argumento. Además, tendrá una importancia crucial cuando lleguemos a la cuestión de si el Órgano de Apelación debería haber "completado el análisis" después de revocar partes de las constataciones del Grupo Especial.

El párrafo 5 del artículo 22 del Acuerdo SMC y los argumentos ex post facto

La última de las cuestiones jurídicas era la interpretación del párrafo 5 del artículo 22 del Acuerdo SMC. Entre otras cosas, esta disposición exige que las autoridades investigadoras publiquen un aviso en el que figure "**toda** la información pertinente sobre las cuestiones de hecho y de derecho y las razones" de una determinación positiva. Sobre esta y otras bases, el Grupo Especial rechazó algunas pruebas presentadas por los Estados Unidos como racionalizaciones *ex post facto* porque no figuraban ni se mencionaban en el informe de la determinación del USDOC y no había indicación de que éste hubiera tenido realmente en cuenta esa información.

A juicio de Corea, el Grupo Especial actuó de manera totalmente correcta. Sería inadecuado someter a los declarantes a ese doble procesamiento. En primer lugar, los declarantes tendrían que exponer sus argumentos ante la autoridad investigadora. Después, como segundo paso, tendrían que responder a afirmaciones totalmente nuevas sobre cuestiones de hecho urdidas por los abogados de la otra parte después de sometido el hecho al Grupo Especial. Este doble procesamiento es incompatible con las prescripciones claras del Acuerdo SMC.

Como parte de sus argumentos Corea señaló a la atención del Órgano de Apelación el texto del antiguo Código de Subvenciones del GATT. Sin embargo, esto no se menciona en el informe del Órgano de Apelación; ni siquiera está referenciado. Resulta ciertamente desconcertante dada la importancia que dio Corea a esta cuestión. El Órgano de Apelación indudablemente puede discrepar de un argumento importante presentado por una parte; lo que es incorrecto es ignorarlo simplemente.

Puesto que el Órgano de Apelación no se molestó en analizar el texto, Corea lo presentará aquí para que quede constancia en el acta del OSD. El párrafo 15 del artículo 2 del Código de Subvenciones del GATT dice así:

En caso de ser positivas [las conclusiones], en el aviso se harán constar las conclusiones y constataciones a que se haya llegado sobre **todas las cuestiones de hecho y de derecho** que la autoridad investigadora considere pertinentes.

Como puede verse, la palabra "toda" figura en un lugar muy distinto en el Acuerdo SMC en comparación con el Código de Subvenciones del GATT. Ya no basta que en el aviso se hagan constar simplemente "todas las cuestiones de hecho y de derecho". Ahora se exige que se presente "toda la información pertinente" que respalde las conclusiones de esas cuestiones de hecho y de derecho. El párrafo 5 del artículo 22 del Acuerdo SMC supuso un gran avance en las prescripciones de transparencia de los procesos administrativos, así como una protección contra precisamente la clase de argumentos *ex post facto* a que se enfrentó el Grupo Especial en la presente diferencia.

O al menos ese era el requisito antes de esta diferencia. En un caso asombroso de legislación por decisión judicial, el Órgano de Apelación sencillamente ha suprimido el elemento clave del párrafo 5 del artículo 22. El Órgano de Apelación parece considerar demasiado gravoso para las autoridades investigadoras exigir que faciliten "toda" la información justificante pertinente en sus informes. Obsérvese que no es "toda la información", sino "toda la información *pertinente*" que respalda la determinación administrativa. No es una gran carga. Es sencillamente transparencia y justicia.

Así pues, a partir de hoy, la palabra "toda" ya no significa "toda". ¿Qué significa entonces? ¿Significa "ninguna" o "alguna"? Corea presume que el Órgano de Apelación resolverá en el futuro que la palabra "toda" significará "alguna", pero no conoceremos los parámetros de la nueva definición del párrafo 5 del artículo 22 hasta que haya nuevos litigios, y ahora es seguro que los habrá sobre esta cuestión.

No compete al Órgano de Apelación eliminar términos de un tratado simplemente porque considera que son incómodos. ¿Y por qué deberían los Miembros estar aquí especulando sobre cómo se pronunciará el Órgano de Apelación en el futuro? Ya negociamos la norma una vez. Era muy clara: había que presentar "toda la información pertinente".

Los Estados Unidos piden habitualmente que los Miembros acepten normas a favor de una mayor transparencia en la solución de diferencias. Sin embargo, aquí tenemos un ejemplo en el que había una norma muy clara ya negociada sobre la transparencia en las investigaciones nacionales sobre medidas correctivas comerciales. Sin embargo, los Estados Unidos han pedido que se prive de todo sentido a ese requisito, han obtenido lo que deseaban y ahora celebran este enorme retroceso en materia de transparencia. Sr. Presidente, las acciones tienen consecuencias. Resulta difícil ver cómo pueden los Estados Unidos tener alguna esperanza de que los Miembros acepten nuevas prescripciones en materia de transparencia cuando las que ya se han convenido se desechan sumariamente de esta manera.

La determinación de novo de los hechos realizada por el Órgano de Apelación

A continuación debemos ocuparnos del aspecto aún más inquietante de este informe del Órgano de Apelación, a saber, el examen *de novo* de los hechos realizado por el Órgano de Apelación de manera incompatible con lo prescrito en el párrafo 6 del artículo 17 del ESD. Como saben los Miembros, según el párrafo 6 del artículo 17 del ESD, únicamente son objeto de apelación las cuestiones de derecho. Hay un intento espurio de hacer frente a esta limitación mediante una observación hecha de pasada en la nota 277 del informe del Órgano de Apelación en el sentido de que el Grupo Especial estaba aplicando el derecho a los hechos. En el mejor de los casos esto no es sincero y privaría de todo sentido al párrafo 6 del artículo 17 del ESD. Eso es precisamente lo que hacen los grupos especiales y es *todo* lo que hacen. No existe nada que pueda definirse como una ponderación de los hechos en el vacío. Debe hacerse teniendo en cuenta el derecho. Según este criterio, sencillamente no hay nada en absoluto que no esté sujeto a examen en apelación. No es eso lo que los negociadores pretendían cuando redactaron el texto eminentemente claro del párrafo 6 del artículo 17.

La clave para entender la cuestión en este caso es observar primero el método de análisis seguido por la autoridad investigadora, el USDOC. Éste adoptó dos medidas especialmente importantes. Se basó en un enfoque de la "totalidad de las pruebas" y agrupó varias transacciones distintas en un "programa único" para apoyar ese enfoque.

Como se ha mencionado anteriormente, el USDOC estableció una presunción de existencia de encomienda u orden por parte del Gobierno de Corea basándose en determinaciones anteriores formuladas por él. Sin embargo, estas determinaciones anteriores no tenían nada que ver con Hynix

ni con la gran mayoría de las instituciones financieras que participaron en este caso. Además, incluso el USDOC reconoció que la situación derivada de la crisis financiera asiática era cualitativamente diferente. El FMI intervino estrechamente en la recapitalización del sector financiero que era necesaria para evitar que se desplomara la economía coreana. Debido a la situación de iliquidez que amenazaba paralizar todo el país, el Gobierno de Corea acabó participando temporalmente en el capital de una serie de bancos con los que nunca había tenido vinculación anteriormente. El FMI confirmó en diversas ocasiones que Corea participó en este proceso de resolución de las insolvencias basándose en principios de mercado.

En estos bancos con cierto grado de participación del Estado centró el USDOC sus constataciones, y para ellos estableció la presunción de culpabilidad. Naturalmente, hay que señalar en primer lugar que el Acuerdo SMC no establece tales presunciones. Exige que las constataciones se formulen sobre la base de "pruebas positivas".

Tras haber establecido esta presunción de culpabilidad, el USDOC afirmó que se basaba en la "totalidad de las pruebas" al constatar que los declarantes coreanos no habían refutado suficientemente esta presunción. En este enfoque de la totalidad de las pruebas el USDOC agrupó cuatro contribuciones financieras distintas. Elaboró la teoría justificante de que todo era parte de un denominado "programa único" para subvencionar a Hynix. Sin embargo, como reconoció explícitamente el USDOC, al menos la cuarta supuesta contribución financiera no tenía ninguna vinculación de hecho con las otras tres. Las tres primeras surgieron a raíz de las dificultades financieras en que se encontró Hynix a principios de septiembre de 2000 después de la crisis financiera asiática. La cuarta surgió en el verano y otoño de 2001 y era específica para la industria de los semiconductores. Surgió a raíz de una contracción general espectacular e inesperada en el sector.

El Grupo Especial examinó varios elementos de prueba decisivos en los que se basó el USDOC. Había aproximadamente 10 elementos de prueba, aunque las partes, el Grupo Especial y el Órgano de Apelación los examinaron y contaron de manera en cierto modo distinta.

El Grupo Especial consideró que 9 de estos 10 elementos estaban impugnados de distintas formas. Algunos no eran probatorios porque demostraban un argumento distinto del de establecer que el Gobierno había adoptado una medida positiva para encomendar u ordenar a los bancos que hicieran contribuciones financieras. Algunos no se ajustaban a los hechos. Algunos eran incompletos en el sentido de que el USDOC se había precipitado a sacar una conclusión sin examinar todos los hechos pertinentes relativos a esas pruebas. Algunos tenían combinaciones de estos defectos.

El elemento de prueba que se dejó en pie era la supuesta encomienda u orden dada por un solo funcionario al KFB. Esto se basaba en las pruebas controvertidas recogidas en un único artículo de prensa, como se ha señalado anteriormente. No obstante, incluso con ese elemento de prueba positiva de existencia de encomienda u orden, el Grupo Especial revocó la determinación de existencia de subvención formulada por el USDOC. El Grupo Especial constató que las pruebas, tomadas individualmente o en su conjunto, no eran convincentes y que una autoridad investigadora objetiva e imparcial no podía haber llegado a una conclusión positiva sobre esa base. De hecho, así tenía que ser. El USDOC construyó una determinación positiva no diferenciada basándose en 10 soportes. Cuando se derribaron nueve, era sencillamente imposible constatar que la determinación del USDOC pudiera sostenerse con el soporte restante.

Los Estados Unidos apelaron contra esta cuestión de si el Grupo Especial había examinado debidamente los hechos basándose en la "totalidad de las pruebas" o había constatado indebidamente que todos y cada uno de los elementos de prueba tenían que demostrar por sí mismos la existencia de encomienda u orden. Se trataba de una apelación sumamente notable porque el Grupo Especial demostrablemente no hizo lo que los Estados Unidos dijeron que hizo. De hecho, gran parte de la extensísima comunicación presentada por Corea al Órgano de Apelación consistió en yuxtaponer el

verdadero texto del informe del Grupo Especial con las "citas" deshilvanadas y tergiversadas presentadas por los Estados Unidos.

Lamentablemente, el Órgano de Apelación también hizo caso omiso del texto claro del informe del Grupo Especial y revocó sus constataciones fácticas. Por extraño que parezca, el Órgano de Apelación parece haber reconocido implícitamente que no estaba examinando la totalidad del informe del Grupo Especial. En el párrafo 146 de la sección analítica del informe el Órgano de Apelación se refiere a que el Grupo Especial "a menudo pareció" analizar si cada elemento de prueba demostraba la existencia de una encomienda u orden. De manera similar, en el párrafo 158, el Órgano de Apelación aduce que el Grupo Especial hizo esto con "muchos" elementos de prueba. Sin embargo, en el párrafo 209 b) ii) B) de sus constataciones y conclusiones, llega a una conclusión generalizada sobre lo que reconoció que era menos que la totalidad del análisis del Grupo Especial.

De los 10 soportes que sostenían la determinación del USDOC relativa a la totalidad de las pruebas, el Órgano de Apelación sólo examinó cuatro, no "muchos". Además, sólo examinó los cuatro en los que el texto del Grupo Especial era más favorable a la conclusión del Órgano de Apelación.

A juicio de Corea, una lectura imparcial del texto del informe del Grupo Especial, incluso en los denominados ejemplos, no respaldaba los argumentos de los Estados Unidos. No se puede simplemente sacar un texto fuera de su contexto y después tergiversar su significado de esta manera. Así como la Convención de Viena exige que el texto de un tratado se interprete en su debido contexto, así también el texto del informe ha de interpretarse en su contexto, y no sacarlo de éste en partes aisladas que resultan convenientes. Se trata sencillamente de una cuestión de lógica, sentido común y equidad.

Paradójicamente, como se ha señalado anteriormente, el Órgano de Apelación confirmó la constatación del Grupo Especial con respecto a la encomienda u orden dada al KFB, aunque para hacerlo tuvo que estar de acuerdo con los Estados Unidos en que el Grupo Especial no se había limitado al supuesto caso de coerción citado en el artículo del periódico. En cambio, el Órgano de Apelación constató que en esta ocasión oportuna el Grupo Especial había examinado efectivamente las pruebas en un contexto más amplio. Éste fue, indudablemente, un examen sumamente selectivo de la decisión del Grupo Especial.

El Órgano de Apelación ni siquiera se tomó la molestia de examinar los otros cinco casos de examen probatorio realizado por el Grupo Especial. Puesto que el Órgano de Apelación no citó ninguna parte del texto que era inconveniente para sus conclusiones, Corea presentará un ejemplo para que al menos el acta del OSD sea más completa. Por ejemplo, con respecto a las consecuencias de una reunión de los Ministros de los Sectores Económicos de Corea, el Grupo Especial declaró lo siguiente:

Así pues, incluso si el argumento estadounidense acerca de las señales es correcto, no es suficiente por sí solo para que el USDOC considerara debidamente las circunstancias en torno a las reuniones de los Ministros de los Sectores Económicos como prueba de la existencia de actos de encomendar u ordenar del Gobierno.

Es decir, como no servía para probar argumentos jurídicamente pertinentes, no podía considerarse *parte de* las pruebas de encomienda u orden; no es que por sí *solo* tuviera que demostrar la existencia de encomienda u orden. Esta era una cuestión importante, de hecho considerada una de las más importantes por el USDOC en su determinación. Resulta difícil entender cómo el Órgano de Apelación pudo llegar a una conclusión generalizada sin mencionarla siquiera y mucho menos analizarla.

Corea desearía recordar más detenidamente el argumento relativo al denominado enfoque del USDOC del "programa único". Es decir, al analizar la totalidad de las pruebas, el USDOC agrupó todas las contribuciones financieras aunque había una diferencia cualitativa entre, como mínimo, las tres primeras y la última. Es decir, las circunstancias de hecho cambiaron en el verano de 2001 de una manera que nadie podía haber contemplado previamente. El Grupo Especial consideró que esto tenía una importancia crucial y Corea adujo que era la piedra angular que sostenía todo el edificio de la determinación del USDOC. Sin embargo, el Órgano de Apelación ni siquiera se molestó en examinar esta cuestión crucial. Sólo la mencionó de la manera más superficial posible cuando llegó a la etapa posterior a la conclusión de "completar el análisis", pero eso es una investigación manifiesta hecha con un criterio jurídico diferente al del examen principal de la determinación del Grupo Especial de conformidad con el artículo 11 del ESD.

¿Por qué se hizo de esta manera el análisis del Órgano de Apelación? En su enfoque parcial en cuanto a las pruebas, el Órgano de Apelación sólo examinó unos cuantos casos -no "muchos" como dijo hacer- y además sólo se centró en el texto más deficiente del Grupo Especial. Si el Órgano de Apelación va a realizar este tipo de análisis fáctico a fondo debe hacerlo de una manera completa. No puede analizar unos cuantos casos, detenerse simplemente ahí y sacar una conclusión generalizada.

Lo que resulta sorprendente, Sr. Presidente, es cuánto se parece este enfoque a la forma en que se redactan los escritos de los litigantes. En ellos se hace hincapié en las deficiencias del oponente y se extrapolan conclusiones a partir de ellas mientras se pasan por alto los contraargumentos más convincentes. ¿Por qué se redactó este informe del Órgano de Apelación como la comunicación de un litigante?

Sr. Presidente, Corea también debe señalar a la atención de este Órgano algunos de los ejemplos más notables de la determinación *de novo* de los hechos que contiene el informe del Órgano de Apelación. En un ejemplo, el Órgano de Apelación examina determinadas declaraciones realizadas por el Banco Kookmin en el folleto que presentó a la Comisión de Bolsa y Valores de los Estados Unidos. En lugar de detenerse en la exposición completa del preocupante examen *de novo* realizado por el Órgano de Apelación de las pruebas sobre esta cuestión, Corea desearía señalar a la atención de los Miembros una declaración que figura en el párrafo 156 del informe del Órgano de Apelación en el sentido de que "el Banco Kookmin ... admitió que concedía préstamos en aplicación de la política del Gobierno". Esta declaración no se ajusta a los hechos. No es eso lo que decía el folleto, ni siquiera lo que constató el USDOC ni lo que adujeron los Estados Unidos ante el Grupo Especial y el Órgano de Apelación. En el folleto se hacían declaraciones condicionales sobre lo que podría suceder en el futuro. No hubo tal reconocimiento por parte del Banco Kookmin con respecto a acciones anteriores. Se trata de una nueva investigación realizada por el Órgano de Apelación que no sólo pasó por alto la esencia de la ponderación y el análisis de los hechos que llevó a cabo el Grupo Especial sino que expone falsamente un hecho decisivo.

Es posible que esta declaración del Órgano de Apelación estuviera remitiéndose a un análisis anterior de la participación del Banco Kookmin en el Préstamo Sindicado, aunque no hay una nota de pie de página que lo indique. No obstante, incluso en ese caso, esa referencia pondría de relieve otro problema que plantea el análisis del Órgano de Apelación. En el párrafo 148 de su informe el Órgano de Apelación cita la referencia del Grupo Especial al Banco Kookmin que actuaba en respuesta a "peticiones de política del gobierno". El Órgano de Apelación revoca a continuación los resultados de la ponderación explícita de los hechos realizada por el Grupo Especial y dice que de los nueve factores enumerados en la declaración del Banco Kookmin este es el factor decisivo con independencia de las otras ocho razones comerciales dadas por el Banco.

Esto no sólo fue una nueva e indebida ponderación de las pruebas por parte del Órgano de Apelación sino que refleja una quiebra en las prácticas fundamentales del examen en apelación. Esta referencia a la "política del gobierno" era una traducción controvertida. La traducción correcta era "motivos de interés público". Este es el tipo de amplias preocupaciones que las empresas suelen tener en cuenta. Por ejemplo, la empresa BP, en tiempos conocida como British Petroleum, ha gastado enormes sumas de dinero sosteniendo que se debe pensar en ella como "Más allá del petróleo" ("Beyond Petroleum") basándose en su nuevo interés en actividades inocuas para el medio ambiente. Prácticamente todas las grandes empresas tienen en cuenta este tipo de cuestiones de interés público. Eso es muy distinto de seguir directivas de "política del gobierno".

No obstante, el Grupo Especial utilizó este término "política del gobierno" porque estaba interpretando los hechos de la manera más favorable para los Estados Unidos antes de llegar a una conclusión contraria al argumento de éstos. En cambio, el Órgano de Apelación hizo esta determinación de los hechos de la manera más desfavorable para Corea y después se pronunció a favor de los Estados Unidos en cuanto a los hechos. Sr. Presidente, esto es sencillamente incorrecto. En primer lugar el Órgano de Apelación no debería dedicarse a investigar, pero si va a hacerlo debería seguir los principios más básicos del examen en apelación y no interpretar hechos controvertidos a favor de la parte *por* la que se pronuncia y no de la parte *contra* la que se pronuncia.

El Órgano de Apelación repitió este error fundamental al analizar la supuesta asistencia de funcionarios del gobierno a una reunión del Consejo de Acreedores de Hynix. En el párrafo 147 de su informe el Órgano de Apelación formula la constatación fáctica de que quien asistió fue un vicepresidente de la Comisión de Supervisión Financiera. Esta Comisión es un organismo del gobierno que participa en la política de reglamentación financiera. Sin embargo, quien realmente asistió a la reunión fue un representante del Servicio de Supervisión Financiera. Los empleados de este Servicio no son funcionarios públicos. Son especialistas técnicos cuyas principales funciones consisten en examinar y realizar auditorías de las instituciones financieras. Esta distinción puede ser muy importante en las conclusiones que se infieren de la asistencia de tal persona a una reunión del Consejo de Acreedores.

El Grupo Especial, una vez más, no hizo realmente una investigación que resolviera este hecho controvertido; en cambio interpretó los hechos de la manera más favorable para los Estados Unidos antes de pronunciarse contra ellos. Increíblemente, el Órgano de Apelación incluso reconoció que se trataba de un hecho controvertido, pero a continuación dijo que continuaría con la hipótesis de que era un funcionario de la Comisión de Supervisión Financiera "de manera análoga" a lo que había hecho el Grupo Especial. Sin embargo, esto no fue análogo en modo alguno. En realidad, es exactamente lo contrario de lo que hizo el Grupo Especial. Una vez más, el Órgano de Apelación interpretó un hecho controvertido contra Corea y seguidamente se pronunció a favor de los Estados Unidos. Es sencillamente inaceptable que el Órgano de Apelación realice tal investigación injusta e indebida.

Sr. Presidente, Corea desearía pedir la indulgencia de los Miembros para examinar otro ejemplo extremo de investigación indebida del Órgano de Apelación porque se refiere a una cuestión de suma importancia. Existía una duda importante acerca de si algunos de los bancos acreedores participaron efectivamente en la reestructuración de octubre de 2001 que fue objeto de medidas compensatorias por parte del USDOC. El centro alrededor del cual gira la determinación del USDOC con respecto a la reestructuración de octubre de 2001 era que los acreedores que controlaban el Consejo de Acreedores de Hynix pudieron establecer las condiciones para todos los bancos. Sin embargo, a pesar del cuadro que pinta el USDOC de una red de supuesta coerción, varios de los bancos, entre ellos bancos de propiedad íntegramente del Estado, se negaron a participar en esta reestructuración. Hicieron uso de sus derechos de tasación y cuando les ofrecieron un trato sobre la deuda que poseían en Hynix se mostraron en desacuerdo con las condiciones y solicitaron una mediación. Todas las partes, el Grupo Especial y el Órgano de Apelación saben que en estos

momentos no hay ninguna controversia en cuanto a la situación real. Estos bancos no participaron. Por consiguiente, el USDOC impuso medidas compensatorias a transacciones que no se produjeron. La única duda era si había o no pruebas *en el expediente* que el USDOC no tuvo en cuenta a este respecto.

El Grupo Especial constató que existían esas pruebas en el expediente. Las pruebas eran triples. En primer lugar estaba la ley general, la Ley de Promoción de la Reestructuración Empresarial (CRPA), que preveía esa mediación. En segundo lugar, en el Informe de Auditoría de Hynix había una declaración clara que indicaba que los bancos ejercieron su derecho a recurrir a la mediación de acuerdo con las disposiciones pertinentes de la CRPA. En tercer lugar, esto fue corroborado además por declaraciones de los propios expertos del USDOC.

La sección clave del Informe de Auditoría de Hynix no era en absoluto ambigua. En ella se indicaba que los bancos ejercieron sus derechos de acuerdo con "esta cláusula". ¿Cuál era "esta cláusula"? La frase anterior se refería a la CRPA y al "Comité de Mediación" establecido en virtud de esa ley. No había ambigüedad alguna. Corea incluso facilitó una definición del diccionario de la palabra "*this*" ("esta") para aclarar la construcción gramatical del párrafo en cuestión.

Sin embargo, una vez más el Grupo Especial interpretó el hecho controvertido a favor de los Estados Unidos y constató que, aunque pudiera considerarse ambiguo, seguía poniendo al USDOC sobre aviso de que los bancos habían adoptado más medidas en este sentido. También en este caso fue un procedimiento normal al examinar la determinación de los hechos realizada por otro órgano.

Corea se ve obligada a dedicar unos momentos a referirse al análisis sobre el sentido de la expresión "esta cláusula" porque ni siquiera se mencionó en el análisis del Órgano de Apelación. De hecho, el Órgano de Apelación lo esquivó refiriéndose a un debate celebrado en la audiencia sobre los derechos de tasación. Sin embargo, el debate en la audiencia, al menos por parte de Corea, se refería principalmente al significado de la frase "esta cláusula". La única razón por la que se habló de la cuestión de la tasación era porque el Órgano de Apelación pasó completamente por alto el análisis del Grupo Especial y dirigió su indagación al expediente, no a cómo había analizado realmente el Grupo Especial el expediente. Esto puede observarse en el paso siguiente del análisis del Órgano de Apelación.

El Órgano de Apelación apoya su conclusión en el hecho de que los declarantes coreanos no afirmaron inequívocamente en sus respuestas al cuestionario que había habido mediación. Los Miembros deberían examinar este análisis en el párrafo 178 del informe del Órgano de Apelación. También deberían examinar las notas 334 y 335. En ninguna parte del examen del Órgano de Apelación se citan siquiera las constataciones de hecho del Grupo Especial y mucho menos se analizan. Dado que el Órgano de Apelación ni siquiera mencionó la manera en que el Grupo Especial sopesó los hechos, Corea considera que es justo que al menos el siguiente párrafo quede recogido en el acta de esta reunión del OSD. El Grupo Especial declara lo siguiente en el párrafo 7.87 de su informe:

Aunque la respuesta del Gobierno de Corea al cuestionario quizá debía haber hecho referencia a la solicitud de mediación presentada por tres de los cuatro acreedores que se habían acogido a la opción 3, consideramos que, en cualquier caso, había en el expediente información suficiente para poner en duda la determinación del USDOC de que los acreedores "que tenían el control" del Consejo de Acreedores podían "establecer las condiciones para todos los bancos". En estas circunstancias, no consideramos que una autoridad investigadora objetiva e imparcial pudiera constatar debidamente, sobre la base de la CRPA, que "las condiciones en que estos bancos acreedores pusieron fin a su relación con Hynix fueron dictadas por los bancos que

tenían importancia en el presente asunto, es decir por los grandes acreedores propiedad del Gobierno y sujetos a su control".

Por consiguiente, el Grupo Especial tuvo expresamente en cuenta que las respuestas al cuestionario deberían haber sido más completas, pero constató que, a pesar de eso, había pruebas claras de que la determinación del USDOC estaba fundamentalmente desvirtuada.

Corea desearía hacer hincapié aquí en que no se trataba de retener información. La información que se podía haber incluido en las respuestas al cuestionario habría sido *favorable* para los declarantes coreanos. Fue simplemente un error debido a un malentendido sobre el centro de atención de la investigación que, hasta ese momento, había sido sobre la cuestión de solicitar tasaciones, sin llegar al paso adicional de la mediación. En todo caso, no podría haber nunca un ejemplo más claro de un Grupo Especial que toma en consideración un hecho desfavorable, lo sopesa cuidadosamente y después llega a una conclusión teniendo en cuenta los hechos en cuestión.

Sr. Presidente, no debería ser necesario que Corea se vea obligada a dedicar tiempo a señalar a la atención del OSD lo que dijo el Grupo Especial al evaluar este aspecto de hecho de la diferencia. ¿Por qué ni siquiera se reconoció en el informe del Órgano de Apelación esta ponderación de las pruebas realizada por el Grupo Especial, y mucho menos se analizó? Es posible estar en desacuerdo con la conclusión del Grupo Especial. Sin duda los Estados Unidos lo están. Sin embargo, sencillamente no se puede ignorar en un examen en apelación correcto.

En este momento, Sr. Presidente, resulta útil recordar las palabras del Órgano de Apelación con respecto a la interpretación del artículo 11 del ESD. En 1998 el Órgano de Apelación afirmó lo siguiente en el asunto *CE - Hormonas*:

El hecho de "desestimar", "distorsionar" y "tergiversar" las pruebas, en su significación ordinaria en los procesos judiciales y cuasijudiciales, supone no solamente un error de juicio en la apreciación de las pruebas sino más bien un error monumental que pone en duda la buena fe del grupo de expertos.²

¿Sr. Presidente, dónde está la mala fe demostrada por este Grupo Especial? Es evidente que no hay ninguna. Es posible discrepar de las conclusiones del Grupo Especial pero evidentemente hizo un esfuerzo de buena fe para examinar las pruebas con minuciosidad y objetividad. Obviamente en los años transcurridos entre esta interpretación anterior del texto del artículo 11 del ESD y la actualidad se ha producido un cambio radical en el enfoque del Órgano de Apelación. Ya se había insinuado en algunos otros asuntos pero hoy hemos ido mucho más lejos. Ahora nos encontramos en una situación en la que el Órgano de Apelación ha vuelto a examinar explícitamente los hechos.

Como se ha demostrado, el Órgano de Apelación interpretó hechos controvertidos a favor de los Estados Unidos y después se pronunció a favor de éstos. Puesto que la interpretación de los hechos controvertidos a favor de parte vencedora viola los principios básicos del examen en apelación, únicamente se puede llegar a la conclusión de que el Órgano de Apelación realizó su propia investigación *de novo*. En cuanto a cuestiones cruciales como la de si había pruebas de la existencia de mediación, el Órgano de Apelación recurrió directamente al expediente del caso y revocó las conclusiones del Grupo Especial sin la más simple mención de que el Grupo Especial en realidad había examinado esos mismos hechos y los había sopesado.

² Informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *CE – Hormonas*, párrafo 133.

Es un giro de 180 grados. Este informe del Órgano de Apelación no se puede conciliar de ninguna manera con la jurisprudencia de hace siete años. Las palabras del texto del tratado significan una cosa o la otra. Este cambio espectacular en la interpretación del artículo 11 no debería producirse por un mero mandato judicial.

Sr. Presidente, la OMC no necesita un sistema de solución de diferencias en el que un grupo especial revise las constataciones de hecho de otro grupo especial, que es lo que efectivamente ha sucedido aquí. Es una pérdida de tiempo y de recursos y conduce inevitablemente a que siga habiendo diferencias acerca de qué investigador tuvo razón. Esto socava la integridad del sistema. El informe del Órgano de Apelación está fuera de los parámetros del párrafo 6 del artículo 17 y debería ser rechazado.

Por tanto, ¿qué debería hacer Corea en este momento? Como declaró el Órgano de Apelación en el párrafo 198 de su informe, su revocación de las constataciones del Grupo Especial no significa en realidad que confirme la determinación del USDOC. ¿Debería Corea iniciar un nuevo caso? Podría ser interesante dejar que el Grupo Especial aclarara aún más lo que realmente dijo en sus constataciones, pero sería un esfuerzo costoso y prolongado que podría conllevar otras *dos* investigaciones habida cuenta de la situación actual. Corea se reserva todos sus derechos en este sentido y seguirá examinado la cuestión.

Dado el reconocimiento por el Órgano de Apelación de que en realidad no estaba confirmando la determinación del USDOC, el Órgano de Apelación preguntó a las partes sobre la cuestión de "completar el análisis". Los Estados Unidos se abstuvieron de responder a esta petición excepto para decir que Corea debía responder. Fue una respuesta muy curiosa dado que los Estados Unidos defendían un análisis de la totalidad de las pruebas que dependía de mantener los 10 soportes de la determinación del USDOC.

De manera extraña, la mayor parte de las preguntas del Órgano de Apelación sobre esta cuestión, que se planteó al principio de la audiencia, estuvo dirigida a Corea. Normalmente no se pide al apelado en una situación así que especule sobre qué combinación o combinaciones de cuestiones pueden hacerlo perder y que después proponga soluciones. Había sencillamente demasiadas combinaciones de las tres cuestiones jurídicas y las 10 cuestiones de hecho para responder en detalle.

Sin embargo, Corea presentó dos sugerencias sobre la forma en que el Órgano de Apelación podía completar el análisis. La primera se refiere a la teoría del "programa único" del USDOC. Como señaló Corea, la determinación del USDOC relativa a la totalidad de las pruebas se basaba en esta teoría del programa único como piedra angular. Sin el programa único habría que examinar más de un conjunto de totalidad de las pruebas y es evidente que el USDOC no lo hizo. El Órgano de Apelación se abstuvo de seguir esta sugerencia en un debate superficial que deja sin aclarar si el Órgano había leído las constataciones del Grupo Especial o del USDOC en este sentido.

La segunda sugerencia que presentó Corea fue la norma de las "pruebas convincentes". Como se ha analizado previamente, el Órgano de Apelación constató que la definición de los Estados Unidos de "pruebas convincentes" sería incompatible con las prescripciones del Acuerdo SMC. Como también indicó Corea, la determinación del USDOC se basaba en el rechazo de los argumentos de los declarantes coreanos para refutar la presunción que había establecido el USDOC. Éste afirmó que los declarantes coreanos no habían refutado la presunción con "pruebas convincentes". Dado que el Órgano de Apelación rechazó la definición estadounidense de este término, de ello se deduce necesariamente que la determinación del USDOC es incompatible con los términos del Acuerdo SMC. No obstante, los Miembros no encontrarán ninguna referencia a esta cuestión en el informe del Órgano de Apelación.

Naturalmente, suponiendo la legalidad de la capacidad del Órgano de Apelación para "completar el análisis", Corea está de acuerdo en que se trata de una cuestión de discrecionalidad. Sin embargo, lo que resulta inexplicable es por qué, tras haber planteado ampliamente la cuestión y haber obtenido dos sugerencias de Corea, el Órgano de Apelación simplemente ignoró una de las sugerencias. Es incluso más desconcertante cuando la sugerencia que se pasó por alto no exigía ninguna investigación. Se trataba exclusivamente de una cuestión de derecho y de lógica. Si hubo alguna vez una ocasión para hacer uso de la discrecionalidad como cuestión de equidad y completar el análisis, esa ocasión era ésta.

Conclusión

Sr. Presidente, Corea ha llegado a la conclusión de que no puede apoyar las constataciones viciadas del Órgano de Apelación. El análisis del Órgano de Apelación está fuera de los límites del párrafo 6 del artículo 17 del ESD y, como tal, es *ultra vires*. Corea recomienda el informe del Grupo Especial a los Miembros para su adopción.

En todo caso, y como mínimo, se ha constatado que la orden de establecimiento de derechos compensatorios de los Estados Unidos es incompatible con las obligaciones que les corresponden en virtud del párrafo 5 del artículo 15 del Acuerdo SMC y deberán ser puesta en conformidad sin demora.
