

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

WT/DS70/AB/R
2 de agosto de 1999

(99-3221)

Original: inglés

CANADÁ - MEDIDAS QUE AFECTAN A LA EXPORTACIÓN DE AERONAVES CIVILES

AB-1999-2

Informe del Órgano de Apelación

Índice

	<u>Página</u>
I. Introducción	1
II. Argumentos de los participantes y de los terceros participantes	3
A. Alegaciones de error formuladas por el Canadá - Apelante	3
1. Interpretación del término "beneficio" del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC	3
2. "Supeditadas de facto a los resultados de exportación"	5
B. Argumentos del Brasil - Apelado	9
1. Interpretación del término "beneficio" del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC	9
2. "Supeditada de facto a los resultados de exportación"	11
C. Alegaciones de error formuladas por el Brasil - Apelante	14
1. Inferencia de conclusiones desfavorables a partir de determinados hechos	14
2. Financiamiento de deudas por la EDC	18
3. Financiación de CRJ Capital por la EDC mediante la inversión de capital	21
D. Argumentos del Canadá - Apelado.....	22
1. Inferencia de conclusiones desfavorables a partir de determinados hechos	22
2. Financiación de deudas por la EDC	24
3. Financiación de CRJ Capital por la EDC mediante la inversión de capital	27
E. Terceros participantes	27
1. Comunidades Europeas	27
2. Estados Unidos	31
III. Cuestión preliminar de procedimiento y resolución	35
A. Procedimiento aplicable a la información comercial confidencial	35
1. Argumentos de los participantes y terceros participantes	36
2. Resolución y fundamentos de la misma	39
IV. Cuestiones planteadas en esta Apelación.....	42
V. Interpretación del término "beneficio" del párrafo 1 b) del Acuerdo SMC	43
VI. "Supeditadas de facto a los resultados de exportación"	47

	<u>Página</u>
VII. Inferencia de conclusiones desfavorables a partir de determinados hechos	55
VIII. Financiamiento de deudas por la EDC	67
IX. Financiación de CRJ capital por la EDC mediante la inversión de capital	71
X. Constataciones y conclusiones	72

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO
ÓRGANO DE APELACIÓN

Canadá - Medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles

Apelante/Apelado: Canadá

Apelante/Apelado: Brasil

Tercer participante: Comunidades Europeas

Tercer participante: Estados Unidos

AB-1999-2

Actuantes:

Bacchus, Presidente de la Sección

Feliciano, Miembro

Matsushita, Miembro

I. Introducción

1. El Canadá y el Brasil apelan contra determinadas cuestiones de derecho e interpretaciones jurídicas formuladas en el informe del Grupo Especial que examinó el asunto *Canadá - Medidas que afectan a la Exportación de Aeronaves Civiles* ("Informe del Grupo Especial").¹ El Grupo Especial fue establecido por el Órgano de Solución de Diferencias ("OSD"), de conformidad con el párrafo 4 del artículo 4 del *Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias* ("*Acuerdo SMC*") y el artículo 6 del *Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias* ("*ESD*") para examinar determinadas subvenciones que el Brasil sostenía que el Canadá o sus provincias habían otorgado, de forma incompatible con las obligaciones que imponen a ese país los párrafos 1 a) y 2 del artículo 3 del *Acuerdo SMC*, para apoyar la exportación de aeronaves civiles. En los párrafos 2.1 y 2.2 del informe del Grupo Especial se hace una breve descripción de los aspectos fácticos de la diferencia

2. El Grupo Especial examinó las alegaciones formuladas por el Brasil en relación con las actividades de la Corporación de Fomento de las Exportaciones ("EDC"); la actuación de Cuenta del Canadá; los Acuerdos Subsidiarios Canadá-Quebec sobre Desarrollo Industrial; la Société de Développement Industriel du Québec; Technology Partnerships Canada ("TPC") y el Programa de productividad de la Industria de Defensa, así como con la venta por el Gobierno de Ontario (a través de Ontario Aerospace Corporation) a Bombardier Inc. ("Bombardier"), una empresa canadiense, del 49 por ciento de participación en De Havilland Holding Inc. El Informe del Grupo Especial fue distribuido a los Miembros de la Organización Mundial del Comercio ("OMC") el 14 de abril de 1999. El Grupo Especial llegó a la conclusión de que "la financiación de deudas por parte de la Cuenta del Canadá desde el 1º de enero de 1995 con relación a la exportación de aeronaves

¹ WT/DS70/R, 14 de abril de 1999.

canadienses de transporte regional" y la "asistencia otorgada por el TPC a la rama de producción canadiense de aeronaves de transporte regional" constituían subvenciones prohibidas a la exportación, incompatibles con el apartado a) del párrafo 1 y el párrafo 2 del artículo 3 del *Acuerdo SMC*.² El Grupo Especial desestimó todas las demás alegaciones del Brasil.³ El Grupo Especial recomendó al Canadá que retirara las subvenciones prohibidas "sin demora" y, en todo caso "en el plazo de 90 días".⁴

3. El 3 de mayo de 1999, el Canadá notificó al OSD su propósito de apelar con respecto a ciertas cuestiones de derecho tratadas en el informe del Grupo Especial y a ciertas interpretaciones jurídicas formuladas por el Grupo Especial, de conformidad con el párrafo 4 del artículo 16 del ESD, y presentó un anuncio de apelación ante el Órgano de Apelación, de conformidad con la Regla 20 de los *Procedimientos de trabajo para el examen en apelación ("Procedimientos de Trabajo")*.

4. Mediante una comunicación conjunta de fecha 5 de mayo de 1999, el Canadá y el Brasil informaron al Órgano de Apelación de que, de conformidad con lo dispuesto en la nota 6 de pie de página del artículo 4 del *Acuerdo SMC*, habían decidido, por mutuo acuerdo, prorrogar hasta el 2 de agosto de 1999 el plazo establecido en el párrafo 9 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* para que el Órgano de Apelación emita su decisión en la presente apelación.

5. El 13 de mayo de 1999, el Canadá presentó su comunicación del apelante.⁵ De conformidad con la Regla 23 de los *Procedimientos de Trabajo*, el Brasil presentó su comunicación del apelante el 18 de mayo de 1999. El 28 de mayo de 1999, el Brasil y el Canadá presentaron sus respectivas comunicaciones del apelado⁶ y, en esa misma fecha, las Comunidades Europeas y los Estados Unidos presentaron sendas comunicaciones para intervenir como terceros participantes.⁷ La audiencia prevista en la Regla 27 de los *Procedimientos de Trabajo* se celebró el 14 de junio de 1999.

6. Como se expone con mayor detalle en la Sección III del presente informe, el Brasil y el Canadá, mediante una comunicación conjunta de fecha 27 de mayo de 1999, solicitaron al Órgano de Apelación que aplicara, *mutatis mutandis*, el procedimiento Aplicable a la Información Comercial

² Informe del Grupo Especial, párrafo 10.1.

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*, párrafos 10.3 y 10.4.

⁵ De conformidad con la Regla 21 de los *Procedimientos de Trabajo*.

⁶ De conformidad con la Regla 22 de los *Procedimientos de Trabajo*.

⁷ De conformidad con la Regla 24 de los *Procedimientos de Trabajo*.

Confidencial ("Procedimiento Aplicable a la ICC")⁸ adoptado por el Grupo Especial en el presente asunto. El 10 de junio de 1999 se celebró una audiencia preliminar sobre esta cuestión en la que actuaron conjuntamente esta Sección del Órgano de Apelación y la Sección que entiende en la apelación en el asunto *Brasil - Programa de financiación de las exportaciones para aeronaves* ("*Brasil - Aeronaves*")⁹, y esta Sección dictó una resolución preliminar el 11 de junio de 1999.

II. Argumentos de los participantes y de los terceros participantes

A Alegaciones de error formuladas por el Canadá – Apelante

1. Interpretación del término "beneficio" del párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC

7. El Canadá aduce que el Grupo Especial ha incurrido en un error de derecho en su interpretación del artículo 1 del *Acuerdo SMC*, al mantener de hecho que las directrices del artículo 14 del Acuerdo establecen los criterios para la determinación del "beneficio" a que se refiere el párrafo 1 del artículo 1. El Canadá afirma que el Grupo Especial no ha aplicado los principios de interpretación de los tratados del derecho internacional consuetudinario. Con arreglo a esos principios, que se recogen en parte en la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*¹⁰ ("*Convención de Viena*"), los tratados deben interpretarse 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. A pesar de ello, el Grupo Especial ha ignorado el contexto pertinente, ha prescindido del objeto y fin del *Acuerdo SMC* y ha incorporado de hecho al *Acuerdo SMC* disposiciones que los Miembros de la OMC no negociaron.

8. El Canadá coincide con el Grupo Especial en que el sentido corriente del término "beneficio" es "ventaja". Pero el Grupo Especial ha manifestado que sólo es posible determinar la existencia de un "beneficio" evaluando "*si [la contribución financiera] coloca al receptor en una posición más ventajosa que la que habría tenido de no ser por ella*"¹¹ (sin cursivas en el original). El Grupo

⁸ El Procedimiento Aplicable a la ICC adoptado por el Grupo Especial figura en el anexo I del informe del Grupo Especial.

⁹ WT/DS70/AB/R, distribuido a los Miembros de la OMC el 2 de agosto de 1999.

¹⁰ Hecha en Viena, 23 de mayo de 1969, 1155 U.N.T.S. 33; (1969) 8 International Legal Materials 679.

¹¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 9.112.

Especial ha incurrido en error al llegar a la conclusión de que la existencia de un "beneficio" debe determinarse tomando como base "los criterios comerciales aplicados en el artículo 14".¹²

9. El Canadá mantiene que, al interpretar el párrafo 1 del artículo 1 del *Acuerdo SMC*, hay que tener en cuenta el "costo para el gobierno" de una subvención y que, al ceñirse al artículo 14, excluyendo ese elemento, el Grupo Especial ha incurrido en un error de derecho.

10. El Canadá sostiene que el Grupo Especial ha incurrido en error por cuanto ha introducido, por vía interpretativa, en el párrafo 1 del artículo 1 palabras que no figuran en él, al afirmar que "la única base lógica" para determinar la existencia de un beneficio es un criterio comercial.¹³ El Canadá insiste en que no hay nada en el texto del artículo 1 que lleve a esa conclusión "lógica".

11. Además, el Canadá sostiene que el Grupo Especial ha incurrido en error al no dar pleno efecto a la cláusula inicial del artículo 14 ("a los efectos de la Parte V [...]"). Se trata de una cláusula limitativa aplicable a todo el artículo 14 y conforme a la cual ese artículo sólo es directamente pertinente a los procedimientos internos en materia de derechos compensatorios. No obstante, el Canadá no niega que el artículo 14 pueda ser un elemento del contexto pertinente a la interpretación del párrafo 1 del artículo 1, sino que sostiene que *no* es el único elemento del contexto pertinente. Además, el artículo 14 se limita a establecer una metodología para calcular la cuantía de una subvención. No hay ninguna disposición en el *Acuerdo SMC* de la que se desprenda que la metodología basada en el criterio comercial sea la *única* forma de calcular la cuantía del "beneficio" o la subvención.

12. El Canadá sostiene que el Grupo Especial ha incurrido en error al no aceptar el argumento del Canadá según el cual el Anexo IV del *Acuerdo SMC* constituye también parte del contexto pertinente a la determinación de la existencia de un "beneficio" (o la cuantificación de una subvención). El Grupo Especial ha señalado que el Anexo IV y el artículo 14 difieren por cuanto el artículo 14 se refiere expresamente al cálculo del "beneficio", en tanto que el Anexo IV, "se refiere únicamente al cálculo de la cuantía de una subvención"¹⁴ (subrayado en el original). Se trata de una interpretación errónea del artículo 14, porque el título de esa disposición se refiere al cálculo de la cuantía de una *subvención*. Además, el artículo 14 y el Anexo IV tienen una cláusula limitativa idéntica ("a los efectos de [...]"). En consecuencia, el Canadá considera que tanto el artículo 14 como el Anexo IV son elementos del contexto pertinentes a la interpretación del párrafo 1 del artículo 1.

¹² Informe del Grupo Especial, párrafo 9.113.

¹³ *Ibid.*, párrafo 9.112.

¹⁴ *Ibid.*, párrafo 9.116.

13. El Canadá sostiene que el Grupo Especial ha incurrido en error al llegar a la conclusión de que la inclusión en el artículo 1 del concepto "de costo para el gobierno" excluiría "de la definición de 'subvención' supuestos que el propio inciso 1) del párrafo 1 a) del artículo 1 identifica expresamente como contribuciones financieras del gobierno [...]".¹⁵ Cuando el gobierno encomienda o confía a una entidad privada la realización de una contribución financiera, esa entidad privada asume un costo en nombre del gobierno. Con independencia de que el gobierno compense o no a la entidad privada, la acción del gobierno ha supuesto un costo.

14. El Canadá sostiene que, dado que no hay una definición de "beneficio" en el *Acuerdo SMC*, el Grupo Especial debería haber atendido a los antecedentes de la negociación del *Acuerdo SMC*. Si lo hubiera hecho, habría constatado la existencia, en el curso de las negociaciones, de discrepancias acerca de los criterios adecuados para valorar una subvención y calcular un "beneficio". El texto final del *Acuerdo SMC* no resolvió completamente la cuestión.¹⁶ En efecto, el *Acuerdo SMC* refleja el acuerdo de dejar la resolución de las lagunas y ambigüedades a una futura negociación.¹⁷ Entretanto, los grupos especiales deben interpretar y aplicar el texto negociado, y no redactar un acuerdo que los negociadores no concluyeron.

2. "Supeditadas de facto a los resultados de exportación"

15. A juicio del Canadá, la conclusión del Grupo Especial de que las contribuciones del TPC estaban "supeditadas [...] de facto a los resultados de exportación" se basa exclusivamente en tres hechos:

- a) la "propensión a la exportación" de la industria canadiense de aeronaves regionales;
- b) la existencia de pruebas de que esa "propensión a la exportación" fue uno de los aspectos que los administradores del programa TPC tuvieron en cuenta y de que los funcionarios del Gobierno canadiense consideraban que las exportaciones constituían uno de los logros positivos y de los objetivos del TPC;
- c) la existencia de pruebas de que el programa TPC facilita asistencia a proyectos que se encuentran en una etapa relativamente cercana a la posibilidad de explotarlos comercialmente.

¹⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 9.115.

¹⁶ Comunicación del apelante presentada por el Canadá, párrafo 108.

¹⁷ *Ibid.*, párrafo 109.

16. Según el Canadá, desde el punto de vista jurídico, hechos de la naturaleza de los tres que se han indicado no bastan para establecer que las subvenciones están "supeditadas [...] *de facto* a los resultados de exportación". Para establecer esa supeditación, el reclamante debe presentar pruebas de que la subvención ha inducido al receptor a alterar sus decisiones en materia de comercialización en beneficio de la exportación y en detrimento de las ventas en el mercado interno. El hecho de que la rama de producción receptora tenga una elevada "propensión a la exportación" no basta para establecer la supeditación a la exportación.

17. El Canadá aduce que el efecto del informe del Grupo Especial es la transformación de una vasta categoría de subvenciones recurribles en subvenciones prohibidas a la exportación. El *Acuerdo SMC* establece una distinción fundamental entre subvenciones prohibidas y subvenciones no prohibidas. Los redactores del Acuerdo no tuvieron la intención de prohibir todas las subvenciones a los exportadores, sino que estructuraron el *Acuerdo SMC* de forma que la mayoría de las subvenciones a los exportadores no fueran prohibidas, sino recurribles. La clasificación adecuada de una subvención depende de la naturaleza y los efectos comerciales de la subvención y no del hecho de que el receptor sea o no un exportador. Además, el especial relieve que da el Grupo Especial a la "propensión a la exportación" afectaría especialmente a los países de mercados pequeños, que dependen en gran medida de las exportaciones, así como a los países en desarrollo que exportan una considerable proporción de la producción.

18. En opinión del Canadá, la expresión "supeditadas [...] a", del párrafo 1 del artículo 3, con independencia de que se trate de una supeditación *de jure* o *de facto*, se define en función de la condicionalidad. Se cumplen los requisitos del párrafo 1 del artículo 3 cuando el reclamante demuestra que la subvención de que se trate no habría sido concedida de no ser por las exportaciones realizadas o futuras. Una subvención está "supeditada [...] *de facto* a los resultados de exportación" cuando, dados los hechos y circunstancias, el receptor tenga razonablemente conocimiento de que existe un requisito de exportar o ampliar las exportaciones para beneficiarse de la subvención.

19. El Canadá señala que, antes de la conclusión del *Acuerdo SMC*, no existía ninguna disposición de los Acuerdos que prohibiera las subvenciones "supeditadas [...] *de facto* a los resultados de exportación". Los antecedentes de la negociación de esta disposición del *Acuerdo SMC* confirman que con la expresión "de facto" se pretendió impedir la elusión de la prohibición de la supeditación *de jure*, y que esa expresión no constituía una forma de ampliar el alcance del artículo 3. De ese hecho, el Canadá infiere dos conclusiones. En primer lugar, hay un criterio jurídico único de "supeditación", ya se trate de una supeditación de hecho o de derecho. En segundo lugar, la aplicación de este criterio jurídico único requiere un examen de los instrumentos jurídicos o de la

administración del programa de subvención en su conjunto, y no sólo de subvenciones concretas otorgadas en el marco del programa.

20. El Canadá señala asimismo que, en el curso de la negociación del *Acuerdo SMC*, los Estados Unidos propugnaron un enfoque "cuantitativo" de la determinación de si una subvención estaba supeditada a las exportaciones y la aplicación de una prueba de "propensión a la exportación". La prueba de "propensión a la exportación" fue rechazada por los negociadores porque habría sido injusta para las pequeñas economías que dependían más de los mercados de exportación. Además, los negociadores no consideraron que un enfoque basado en la intención reflejara adecuadamente el alcance de la prohibición *de jure* del artículo 3. Por consiguiente, los antecedentes de la negociación de la nota 4 de pie de página confirman que el criterio de la supeditación *de facto* se basa en las condiciones unidas a la subvención, y no en la intención o en la "propensión a la exportación". A juicio del Canadá, para que se cumplan los requisitos del criterio relativo a la supeditación *de facto*, es necesario que la subvención *sea la causa de que el receptor dé preferencia a las exportaciones sobre las ventas en el mercado interno*.

21. El Canadá aduce que una causa fundamental de la interpretación errónea del párrafo 1 del artículo 3 por el Grupo Especial ha sido el sentido de la expresión "exportaciones previstas" de la nota 4 de pie de página. En su opinión, la expresión "exportación prevista" refleja únicamente el hecho de que los programas de subvención supeditados a los resultados de los de exportación pueden estar vinculados a exportaciones que no han tenido aún lugar. Esa expresión no establece un criterio distinto del aplicado a la supeditación *de jure* ni aminora la exigencia de condicionalidad.

22. En el caso de una subvención a una empresa orientada a la exportación, es lógicamente previsible que continúen realizándose exportaciones, pero, según sostiene el Canadá, si *la empresa* no entiende que se exige exportar como condición para recibir la subvención, ésta última sería simplemente recurrible. Cualquier otra interpretación de "exportación prevista" difuminaría la distinción entre subvenciones prohibidas, recurribles y no recurribles.

23. El Canadá considera que la interpretación errónea del párrafo 1 a) del artículo 3 por el Grupo Especial da lugar a la conclusión errónea de que el programa TPC ofrece subvenciones "supeditadas [...] *de facto* a los resultados de exportación". El Grupo Especial ha incurrido en un doble error. En primer lugar, al interpretar y aplicar el criterio jurídico de supeditación *de facto*, ha confundido las *consideraciones* que tuvo en cuenta el TPC al adoptar la decisión sobre la concesión o no de la subvención con *condicionalidad* o *supeditación*. En segundo lugar, al interpretar erróneamente qué debe entenderse por resultados en relación con las exportaciones previstas, ha hecho de la orientación

a la exportación el criterio real determinante de la supeditación.¹⁸ El Grupo Especial no ha tenido en cuenta las pruebas de que, sobre la base de criterios uniformes, el TPC ha hecho contribuciones a empresas de otros sectores no orientados a la exportación, lo que demuestra que la exportación no era una condición para recibir contribuciones del TPC. El Canadá reconoce que el Brasil sólo ha impugnado las contribuciones del TPC a la industria de aeronaves regionales. No obstante, dado que los criterios aplicados a todas las contribuciones del TPC eran los mismos, el Grupo Especial debería haber analizado -cosa que no ha hecho- las contribuciones realizadas en el marco del programa de subvenciones del TPC en su conjunto.

24. El Canadá señala que, tanto desde el punto de vista de los objetivos como de las contribuciones, el TPC proporciona un amplio apoyo a la práctica totalidad de los sectores industriales. Aunque es posible que los administradores del TPC tengan en cuenta la probabilidad de que un proyecto se base en las exportaciones, en las ventas en el mercado interno o en la elaboración de productos de sustitución de las importaciones, ninguna de esas consideraciones constituye una condición imperativa. No hay recompensas o penalidades para los receptores en función de que se alcancen o no los objetivos previstos en cuanto a las ventas de exportación. A pesar de ello, el Grupo Especial ha constatado que las "exportaciones previstas" son una condición de las contribuciones, basándose en las "ventas de exportación previstas".¹⁹ No obstante, no hay ninguna constatación de que esas previsiones sean una condición para recibir contribuciones del TPC. A juicio del Canadá, el Grupo Especial interpreta mal las tendencias y las posibilidades de requisitos o compromisos futuros.

25. El Canadá sostiene que, para llegar a su constatación con respecto a la supeditación *de facto* a las exportaciones, el Grupo Especial se basa casi exclusivamente en datos selectivos como los *motivos* a que responden las contribuciones del TPC. Pero aun suponiendo que estuvieran relacionados con la exportación, esos motivos no constituyen una *condición* que obligue al receptor a dar preferencia a la exportación sobre las ventas en el mercado interno. El Grupo Especial no ha determinado si el receptor se consideraría razonablemente obligado, como condición para recibir las contribuciones, a realizar ventas de exportación que de no ser por la subvención no se habrían realizado. El Canadá señala que el Grupo Especial ha manifestado que "el Canadá no ha presentado ninguna prueba [...] para demostrar que los administradores del TPC tampoco tenían en cuenta las *consideraciones relacionadas con la exportación*, mencionadas *supra* [...]"²⁰ (sin cursivas en el original) y sostiene

¹⁸ Comunicación del apelante presentada por el Canadá, párrafo 61.

¹⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 9.346.

²⁰ *Ibid.*, párrafo 9.344.

que el artículo 3 del *Acuerdo SMC* no se refiere al hecho de que se tengan en cuenta "*consideraciones relacionadas con la exportación*", sino a si los resultados de exportación constituyen una *condición*.

26. El Grupo Especial declara que "cuanto más facilite una subvención la venta de un producto en el mercado de exportación, mayor será la posibilidad de que los hechos puedan demostrar que esa subvención" estaba supeditada a los resultados de exportación.²¹ Así pues, el Grupo Especial establece un vínculo entre la exportación "prevista" y el momento del desarrollo de un proyecto en que se hace efectiva una subvención. Pero ni el texto del artículo 3, ni su contexto, objeto o finalidad justifican esa vinculación. Una subvención concedida para actividades de investigación pura puede estar supeditada a las exportaciones, del mismo modo que, a su vez, una subvención a las ventas directas puede no estarlo. El Canadá señala que, a tenor del artículo 8 del *Acuerdo SMC*, la asistencia para "actividades de desarrollo precompetitivas" no es recurrible. Llegar a la conclusión de que la razón de la diferencia entre las subvenciones no recurribles y las subvenciones prohibidas es el corto paso que media entre las subvenciones a las actividades de desarrollo precompetitivas y las subvenciones en una etapa cercana al mercado equivale a desconocer la función de las subvenciones recurribles.

B. Argumentos del Brasil – Apelado

1. Interpretación del término "beneficio" del párrafo 1 b) del artículo 1 del *Acuerdo SMC*

27. Aunque el párrafo 1 b) del artículo 1 del *Acuerdo SMC* define una subvención como una contribución financiera del Gobierno con la que se otorga un beneficio, el Brasil aduce que el texto de esa disposición no facilita casi ninguna otra orientación acerca del criterio adecuado para evaluar si se ha otorgado un beneficio. Por consiguiente, es necesario recurrir al contexto pertinente.

28. El Brasil señala que el sentido corriente del término inglés "confer" (otorgar) es dar, conceder o conferir. Por consiguiente, ese verbo no se agota en el sujeto de la acción; entraña un acto del otorgante con respecto a algún otro y, por lo tanto, un "beneficio para el receptor": el gobierno, al hacer una contribución, otorga, da, concede o confiere una ventaja *a alguien*. En cambio, el criterio del "costo para el gobierno" se refiere, por su propia naturaleza, a quien realiza la acción: atiende al efecto de una contribución del gobierno *para el propio gobierno*, y no para el receptor de la contribución.

²¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 9.339.

29. El Brasil mantiene que el Grupo Especial ha actuado de manera justificada al aceptar como elemento del contexto pertinente a la interpretación de "beneficio" el artículo 14 y descartar el anexo IV. El Brasil señala que, de hecho, el Canadá admite que el artículo 14 del *Acuerdo SMC* puede servir como elemento del contexto pertinente a la interpretación del artículo 1. En tanto que el párrafo 1 del anexo IV se refiere al "cálculo" de la cuantía de una *subvención*, el artículo 14 se ocupa del cálculo del "*beneficio*" a tenor del párrafo 1 b) del artículo 1. La finalidad del anexo IV es la determinación de si el valor de una subvención es suficiente para representar un "perjuicio grave" en el caso de las subvenciones recurribles. En cambio, el artículo 14 se ocupa del cálculo del "beneficio" derivado de una contribución financiera del gobierno, a efectos de la determinación de si se ha otorgado un "beneficio" y, en consecuencia, se ha concedido, en primer lugar, una subvención.

30. El Brasil afirma que el hecho de que el Grupo Especial haya adoptado un "criterio comercial" obvia tanto el problema de un alcance excesivo (prohibición de la actividad comercial gubernamental) como de un alcance demasiado restringido.²² Con arreglo a la interpretación del Grupo Especial, la actividad comercial gubernamental no estaría prohibida, ya que esa actividad no se realiza en condiciones más ventajosas que las existentes en el mercado. En cambio, en opinión del Brasil, el criterio propuesto por el Canadá, basado en el "costo para el gobierno", tendría un alcance demasiado restringido, porque no abarcaría los casos en los que un gobierno facilita fondos a un costo superior al que entrañan para él esos fondos, pero con una tasa máxima de rendimiento previsto considerablemente inferior a la que percibiría un inversor en condiciones comerciales. El enfoque adoptado por el Grupo Especial obvia ese problema.

31. El Brasil subraya que el hecho de que el Grupo Especial haya descartado el anexo IV como elemento del contexto pertinente a los efectos de la interpretación del sentido del término "beneficio" del párrafo 1 del artículo 1 no quiere decir que, a los efectos de la determinación de la existencia de perjuicio grave de conformidad con el párrafo 1 a) del artículo 6, el "costo para el gobierno" no sea pertinente, ni implica tampoco la exclusión de ese elemento.

32. Por último, el Brasil aduce que la afirmación del Canadá de que el Grupo Especial no debe colmar las "lagunas" de un acuerdo fruto de negociaciones delicadas, sino que debe asumir la coexistencia del costo para el gobierno y el beneficio para el receptor, es "poco sincera".²³ En modo alguno pueden coexistir ambos criterios, puesto que la aplicación de uno impide de hecho la aplicación del otro. Si no hubiera ningún "costo para el gobierno", la mera existencia de un

²² Comunicación del apelado presentada por el Brasil, párrafo 113.

²³ *Ibid.*, párrafo 123.

"beneficio" no habría bastado para demostrar la existencia de una subvención, y las tesis del Canadá habrían prevalecido.

2. "Supeditada de facto a los resultados de exportación"

33. El Brasil considera que el Grupo Especial ha constatado acertadamente que el párrafo 1 a) del artículo 3 del *Acuerdo SMC* requiere la existencia de una relación de condicionalidad entre la subvención y la exportación, con independencia de que la subvención esté supeditada a los resultados de exportación *de facto* o *de jure*. La nota 4 de pie de página del *Acuerdo SMC* confirma que el Grupo Especial ha estado en lo cierto al constatar que, en el caso de una subvención supeditada *de facto* a las exportaciones, la relación de condicionalidad puede darse entre la subvención y la exportación "prevista". Por consiguiente, en opinión del Brasil, la naturaleza del requisito de supeditación, en contra de lo que afirma el Canadá, no es la misma en el caso de la supeditación *de jure* y en el de la supeditación *de facto*.

34. El sentido corriente del término inglés "actual" (actual o real) es "existente en acto o de hecho; efectivo" en tanto que "anticipated" (previsto/a(s)) nos remite a "prever; esperar", "tener en cuenta o mencionar antes de tiempo" u "observar o practicar antes de tiempo". Ese sentido alude a la *expectativa* que tiene un actor de un acontecimiento futuro, por ejemplo la realización de exportaciones, y pone de relieve la pertinencia al examen de la supeditación *de facto* a las exportaciones de las declaraciones del otorgante que ponen de manifiesto la intención, finalidad, razones o motivos por las que concede la subvención.

35. Además, según el Brasil, en contra de lo que afirma el Canadá, la historia de la negociación de la nota 4 de pie de página, en la medida en que esa historia resulte pertinente a tenor del artículo 32 de la *Convención de Viena*, no pone de manifiesto el rechazo de un enfoque basado en la intención. Aunque se suprimieron las palabras "tiene por objeto" de un primer proyecto de nota 4 de pie de página, se añadió la palabra "previstos", con lo que, en opinión del Brasil, se reconoció expresamente la pertinencia de las razones del otorgante para conceder la subvención.

36. En lo que respecta a los argumentos del Canadá relativos al objeto y fin del *Acuerdo SMC*, el Brasil recuerda que el Órgano de Apelación ha declarado que es en las palabras de la disposición, leídas en su contexto "donde ante todo debe buscarse el objeto y fin [...] [del] tratado".²⁴ El Canadá hace lo contrario. En lugar de basarse en el objeto y fin del *Acuerdo SMC* para confirmar su

²⁴ Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón ("Estados Unidos - Camarones"), WT/DS58/AB/R, informe adoptado el 6 de noviembre de 1998, párrafo 114.

interpretación del texto, dentro de su contexto, basa su interpretación del texto en el objeto y fin del *Acuerdo SMC*. El Órgano de Apelación ha establecido, en un asunto examinado anteriormente, que el objeto y fin de un tratado es pertinente "cuando el significado del texto en sí es equívoco o impreciso, [o] cuando se desea la confirmación de la corrección de la lectura del propio texto".²⁵ En opinión del Brasil, no ocurre así en el caso del párrafo 1 a) del artículo 3 ni de la nota 4 de pie de página.

37. El Brasil formula observaciones específicas en relación con los dos criterios jurídicos alternativos propuestos por el Canadá para demostrar la existencia de una supeditación *de facto* a las exportaciones. En lo que respecta al primero, señala que, según el Canadá, los grupos especiales deben determinar si el receptor consideraba que quedaba obligado a dar preferencia a las exportaciones sobre las ventas en el mercado interno o habría tenido razonablemente conocimiento de la existencia de un requisito de exportar. El Brasil considera que ese criterio entraña "*juicios subjetivos* que obligan a adentrarse en el pensamiento del receptor"²⁶, (sin cursivas en el original), en tanto que la nota de pie de página obliga a examinar "*expresiones objetivas* de las expectativas del otorgante"²⁷ (cursivas en el original). Además, según el Brasil, el enfoque del Canadá, centrado en la intención del receptor y no en la de quien concede la subvención, carece de apoyo en el texto de la nota 4 de pie de página, que alude directamente a actos realizados por quien concede la subvención.

38. Con arreglo al segundo criterio alternativo propuesto por el Canadá para demostrar la supeditación *de facto* a las exportaciones, los grupos especiales deberían determinar si la subvención provoca una alteración de las decisiones de comercialización a favor de la exportación y en detrimento de las ventas en el mercado interno o si el receptor se considera razonablemente obligado a realizar ventas de exportación que de no ser por la subvención no se habrían realizado. Con respecto a este segundo criterio alternativo, el Brasil reitera las observaciones que ha formulado en relación con el primero. Se trata asimismo de un criterio subjetivo, que se centra erróneamente en el receptor y no en el otorgante de la subvención. A juicio del Brasil, en cualquier caso, para que se considerara cumplido ese criterio sería necesario que el Canadá hubiera presentado al Grupo Especial pruebas documentales que no ha aportado.

39. El Brasil sostiene que el Canadá prescinde del contexto del párrafo 1 a) del artículo 3, que contiene el elemento que tiene una importancia más decisiva para la presente diferencia: la distinción entre la supeditación *de facto* y *de jure* a las exportaciones. Aunque tanto en uno como en otro caso,

²⁵ Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón ("*Estados Unidos - Camarones*"), WT/DS58/AB/R, informe adoptado el 6 de noviembre de 1998, párrafo 114.

²⁶ Comunicación del apelado presentada por el Brasil, párrafo 34.

²⁷ *Ibid.*, párrafo 35.

es necesario demostrar que existe el elemento de condicionalidad, la nota 4 de pie de página del *Acuerdo SMC* describe la forma en que debe "demostrarse" la supeditación *de facto* a las exportaciones. Según el Brasil, el Grupo Especial, teniendo presente el texto de esa nota, ha reconocido que la naturaleza de la carga impuesta a los reclamantes que alegan la existencia de una supeditación *de facto* y no de una supeditación *de jure* es distinta. En el último caso, la condicionalidad se desprende de forma evidente del texto legal correspondiente, en tanto que en el primero es necesario que los hechos pongan de manifiesto la existencia de la condición.

40. El Brasil aclara, además, que cabe que los hechos pongan de manifiesto que una contribución está en realidad supeditada a las exportaciones, sin que ninguno de esos hechos constituya en sí mismo una condición. No hay en el texto del tratado ninguna salvedad en cuanto a los hechos que pueden utilizarse para demostrar la existencia de una supeditación *de facto* a las exportaciones. En consecuencia, el Grupo Especial podía tener en cuenta la pertinencia de elementos de prueba como los documentos del TPC y las declaraciones de funcionarios del gobierno, que ponen de relieve las expectativas del organismo que concedió la subvención.

41. El Brasil observa que el Grupo Especial, aunque ha reconocido que, con arreglo a la nota 4 de pie de página del *Acuerdo SMC*, la orientación a la exportación no basta por sí sola para convertir una subvención en una subvención supeditada *de facto* a las exportaciones, ha constatado que la orientación a la exportación seguía siendo pertinente a la presente diferencia. El Brasil reconoce que la orientación a la exportación no es necesariamente pertinente en todos los casos. Además, el trato aplicado por el Grupo Especial a la orientación a la exportación en la presente diferencia no significa que haya que considerar automáticamente que *cualquier* receptor de una contribución financiera cuyas ventas se orienten a la exportación recibe una subvención prohibida a la exportación. El Brasil destaca que, al analizar las medidas del Canadá en la presente diferencia, el Grupo Especial ha tenido en cuenta, además de la orientación a las exportaciones, una serie de hechos.²⁸

42. Según el Brasil, la preferencia por proyectos cercanos a la etapa del mercado puede reflejar el deseo de una mayor seguridad en lo que respecta al destino que se prefiere dar a un producto. El Grupo Especial ha establecido que, desde el punto de vista de la prueba, una alegación de existencia de exportaciones previstas es más fuerte en caso de que la ventas en que se materializaría esa previsión estén próximas cuando se concede la subvención. Esta consideración simplemente complementa otras que ponen de manifiesto que las contribuciones del TPC estaban supeditadas *de facto* a las exportaciones. Además, la consideración por el Grupo Especial de este requisito

²⁸ Informe del Grupo Especial, párrafos 9.340 a 9.346.

probatorio adicional ha tenido por efecto "hacer más difícil al Brasil satisfacer la carga de la prueba".²⁹

43. El Brasil observa que el Grupo Especial ha reconocido que el Brasil había impugnado la "aplicación efectiva" del propio programa TPC. En consecuencia, el Grupo Especial ha obrado justificadamente al limitar su examen exclusivamente a las contribuciones del TPC a la industria de aeronaves para el transporte regional, que eran el objeto de la diferencia.

44. Según el Brasil, el Órgano de Apelación no debe aceptar el argumento del Canadá conforme al cual el hecho de que el TPC haya hecho contribuciones no supeditadas a las exportaciones protege al Canadá frente a una impugnación en los casos en los que la contribución efectuada por el TPC estaba efectivamente supeditada a las exportaciones. De aceptarse esa tesis, sólo serían impugnables los programas que obligaran a conceder subvenciones a la exportación.

45. El Brasil aduce que, en contra de lo que pretende el Canadá, el Grupo Especial ha considerado todos los documentos del TPC, incluidos el expediente provisional de referencia, el juego de formularios de solicitud y el plan de actividades, y ha establecido, como cuestión de hecho, que esos documentos contienen elementos que demuestran la supeditación *de facto* a las exportaciones.³⁰ En cualquier caso "el Grupo Especial no tuvo acceso a información detallada sobre las subvenciones del TPC a otras ramas de producción".³¹

C. Alegaciones de error formuladas por el Brasil – Apelante

1. Inferencia de conclusiones desfavorables a partir de determinados hechos

46. El Brasil sostiene en apelación que el Grupo Especial ha incurrido en un error de derecho al no inferir conclusiones desfavorables de la negativa del Canadá a facilitar información acerca de las operaciones de financiación de deudas de la EDC y, en particular, acerca de la financiación por la EDC de la compra por ASA Holdings Inc. y su filial Atlantic Southeast Airlines ("ASA") a Bombardier de la aeronave a reacción para transporte regional.³² El Brasil solicita al Órgano de Apelación que revoque la conclusión del Grupo Especial y determine que los datos de que se tiene constancia, "unidos a las conclusiones desfavorables que se infieren del incumplimiento por el Canadá

²⁹ Comunicación del apelado presentada por el Brasil, párrafo 68.

³⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 9.340.

³¹ Comunicación del apelado presentada por el Brasil, párrafo 84.

³² Pueden verse más detalles de la "operación con ASA" en el informe del Grupo Especial, párrafo 6.56.

de su deber de colaboración y de su falta de respuesta a las solicitudes de información del Grupo Especial, llevan a la conclusión de que con la financiación de deudas por EDC se otorga un "beneficio"³³ en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del *Acuerdo SMC*.

47. Según el Brasil, en el curso de las consultas "el Canadá se negó a facilitar al Brasil detalles específicos por transacciones de las actividades de la EDC en el sector de las aeronaves para transporte regional".³⁴ Este comportamiento está en abierta contradicción con la declaración formulada anteriormente por el Órgano de Apelación, según la cual las partes "deben exponer plenamente" sus alegaciones y comunicar con libertad los elementos de hecho relacionados con esas alegaciones, "en las consultas y en las reuniones más formales del procedimiento de los grupos especiales".³⁵ Por ello, el Brasil solicitó al Grupo Especial que iniciara trámites adicionales de ampliación de información y pidiera al Canadá que facilitara información detallada completa, entre otras cosas, de las operaciones de la EDC relacionadas con la industria de aeronaves para transporte regional. El Grupo Especial no aceptó la solicitud del Brasil en relación con la ampliación de información.³⁶

48. Según el Brasil, a pesar de la adopción por el Grupo Especial del procedimiento aplicable a la ICC, el Canadá "se negó repetidamente a facilitar información concerniente a transacciones específicas".³⁷ El Grupo Especial rechazó las razones expuestas por el Canadá para justificar sus negativas a revelar información³⁸ y sostiene que esas negativas infringieron directamente lo que a juicio del Brasil constituye un deber de colaboración del Canadá en virtud del párrafo 10 del artículo 3 del ESD.

49. El Brasil sostiene que el informe del Grupo Especial aclara que el Brasil intentó por todos los medios posibles demostrar, en primer lugar, que la EDC tiene facultades discrecionales para proporcionar financiación en condiciones que constituyen un "beneficio" y, en segundo lugar, que la EDC concedió a ASA condiciones de financiación de las deudas más favorables que las del mercado. Al haberle sido imposible presentar más pruebas sin la colaboración del Canadá, el Brasil ha

³³ Comunicación del apelante presentada por el Brasil, párrafo 84.

³⁴ *Ibid.*, párrafo 34.

³⁵ *India - Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura ("India - Patentes")*, WT/DS50/AB/R, informe adoptado el 16 de enero de 1998, párrafo 94.

³⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 9.53.

³⁷ Comunicación del apelante presentada por el Brasil, párrafo 38.

³⁸ Informe del Grupo Especial, párrafos 9.69 y 9.347, nota 633 de pie de página.

satisfecho, en la medida en que le ha sido posible dadas las circunstancias, su carga de presentación de pruebas en relación con la financiación de deudas por la EDC.

50. El Brasil aduce que el Canadá estaba obligado legalmente, en virtud del párrafo 10 del artículo 3 del ESD, a entablar "este procedimiento" [de solución de diferencias] de "buena fe [...]". El Brasil señala que esa obligación de "buena fe" impone a los Miembros una carga considerable y ha sido objeto de decisiones del Órgano de Apelación y de grupos especiales anteriores.

51. El Brasil señala que el Grupo Especial que examinó el asunto *Argentina - Medidas que afectan a las importaciones de calzado, textiles, prendas de vestir y otros artículos* ("*Argentina - Textiles y prendas de vestir*") destacó la "regla de colaboración" de las partes en los procedimientos de solución de diferencias de la OMC.³⁹ Según ese Grupo Especial, en virtud de la regla de colaboración, una vez que "la parte reclamante haya *hecho todo lo que esté a su alcance* para obtener pruebas y haya presentado efectivamente alguna prueba *prima facie* en apoyo de sus alegaciones", el demandado tiene la obligación "de facilitar al tribunal los documentos pertinentes que solamente él posee"⁴⁰ (sin cursivas en el original). El Brasil aduce que del expediente del Grupo Especial se desprende claramente que el Brasil cumplió el requisito mínimo establecido en el informe del Grupo Especial sobre *Argentina - Textiles y prendas de vestir*, con lo que nació la obligación de colaboración del Canadá.

52. El Brasil afirma que en derecho internacional público es un hecho generalmente reconocido que el deber de colaboración impone una carga excepcional a las partes en controversias internacionales y tiene esencialmente su razón de ser en las deficiencias inherentes a los litigios internacionales. El deber de colaboración se impone al Estado demandado, en primer lugar, para vencer los obstáculos con los que se enfrenta el Estado reclamante para recopilar pruebas que suelen estar normalmente bajo el control de un demandado que no coopera. En segundo lugar, el deber de colaboración constituye una respuesta al problema que entraña la imposibilidad de los tribunales internacionales de imponer la presentación de información.

53. El Brasil considera que, dado que el Brasil satisfizo la carga de presentación de pruebas, correspondía al Canadá, desde el punto de vista jurídico, cumplir su deber de colaboración

³⁹ Informe del Grupo Especial, WT/DS56/R, adoptado el 22 de abril de 1998, modificado por el Informe del Órgano de Apelación, WT/DS56/AB/R, párrafo 6.40.

⁴⁰ Informe del Grupo Especial, *Argentina - Textiles y prendas de vestir*, *supra*, nota 39 de pie de página, párrafo 6.40.

presentando toda la información pertinente que estuviera bajo su control. El Canadá se negó expresamente a hacerlo.⁴¹

54. El Brasil considera que, con independencia del deber de colaboración, el Canadá estaba obligado, en virtud del párrafo 1 del artículo 13 del ESD, a dar respuesta a las peticiones de información del Grupo Especial y que, al negarse a presentar documentos solicitados específicamente por éste de conformidad con el párrafo 1 del artículo 13 del ESD, en particular documentos relativos a la operación con ASA, ha incumplido la obligación de "dar respuesta" que le impone el ESD.

55. El Brasil solicitó al Grupo Especial que sacara conclusiones desfavorables de la negativa del Canadá a facilitar información, en particular, sobre la financiación por la EDC de la operación con ASA, y presumiera que la información no facilitada contenía elementos que acreditaban la infracción por el Canadá del *Acuerdo SMC*.

56. El Grupo Especial se negó a adoptar conclusiones desfavorables en relación con la operación realizada con ASA porque, según sus manifestaciones, "el Brasil no ha[bía] hecho ningún intento de demostrar que la financiación de deudas por la EDC fue concedida a ASA en condiciones inferiores a las del mercado", o porque el Brasil no había demostrado "que la financiación de deudas por la EDC otorgue en general un 'beneficio'".⁴² Al proceder de esa forma, el Grupo Especial ha incurrido en un error de derecho. Preocupa al Brasil el hecho de que el Grupo Especial haya ofrecido a los Miembros recalcitrantes una "guía simple e infalible" para eludir su responsabilidad por infracciones del *Acuerdo SMC*.⁴³

57. El Brasil sostiene que, en ausencia de la facultad de imponer la presentación de información, la única forma viable de hacer cumplir el deber de colaboración y el deber de respuesta es inferir conclusiones desfavorables. No hay en el ESD ni en el *Acuerdo SMC* ninguna disposición que prohíba la utilización de conclusiones desfavorables. El Brasil señala que, de hecho, el Órgano de Apelación ha admitido la utilización de presunciones de carácter similar. Por ejemplo, en su reciente decisión en el asunto *Japón - Medidas que afectan a los productos agrícolas* ("*Japón - Productos agrícolas*"), el Órgano de Apelación manifestó que el hecho de que la parte demandada no presentara pruebas documentales, como estudios o informes, en apoyo de una determinada prescripción de

⁴¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 9.176.

⁴² *Ibid.*, párrafo 9.181.

⁴³ Comunicación del apelante presentada por el Brasil, párrafo 76.

pruebas fitosanitarias "hubiera sido una fuerte indicación de que no existían tales estudios o informes".⁴⁴

58. El Brasil concluye que la situación que se da en el presente caso es precisamente el tipo de situación en la que, en palabras de la Corte Internacional de Justicia, es procedente "recurrir de forma más liberal a inferencias de hecho".⁴⁵ De hecho, la adopción de conclusiones desfavorables para hacer cumplir a una parte el deber de presentar las pruebas que normalmente obran en su poder es la regla predominante entre los tribunales internacionales permanentes o *ad hoc* que se han ocupado de esa cuestión, aun en aquellos casos en que el acuerdo en que se basa su competencia no autoriza expresamente esa acción.

59. En apoyo de su posición, el Brasil cita numerosas decisiones de la Corte Internacional de Justicia, la comisión de reclamaciones México-Estados Unidos, la comisión mixta de reclamaciones franco-venezolana y el tribunal que se ocupó del conflicto Irán-Estados Unidos.

2. Financiamiento de deudas por la EDC

60. El Brasil sostiene que la conclusión del Grupo Especial de que con la financiación de deudas por la EDC no se otorga un "beneficio" está en contradicción con los hechos establecidos por el Grupo Especial y con los hechos no controvertidos de que se tiene constancia. El Brasil hace hincapié en que no impugna las constataciones fácticas del Grupo Especial, sino la calificación jurídica que da el Grupo Especial a esas constataciones de hecho y a los hechos no controvertidos de que se tiene constancia. La calificación jurídica que da el Grupo Especial a los hechos es incompatible con las definiciones de "beneficio" y de "subvención" que, según el Brasil, el Grupo Especial ha establecido acertadamente.

61. Para demostrar que la calificación jurídica dada por el Grupo Especial a los hechos es incompatible con los datos de que se tiene constancia, el Brasil se apoya en tres tipos de elementos de prueba:

- a) una Resolución de la Junta Directiva de la EDC y la ayuda de la EDC a el asa,
- b) declaraciones de un antiguo Presidente de la EDC,
- c) una declaración hecha por el Canadá al Grupo Especial en el curso de la diferencia.

⁴⁴ Informe del Órgano de Apelación adoptado el 19 de marzo de 1999, WT/DS76/AB/R, párrafo 137.

⁴⁵ *The Corfu Channel Case*, 1949 ICJ 4, página 18.

62. Según la interpretación del Brasil, la ley constitutiva de la EDC deja a este organismo en libertad para conceder o no subvenciones en el sentido del párrafo 1 del artículo 1 del *Acuerdo SMC*. Al amparo de esa facultad discrecional, una Resolución de la Junta Directiva de la EDC dispone que, en los casos en que sea procedente, la EDC puede ofrecer condiciones de financiación que, a juicio del Brasil, son más generosas que las ofrecidas en el mercado.

63. El Brasil se remite al *Acuerdo de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos sobre directrices para los créditos a la exportación con ayuda oficial ("Acuerdo de la OCDE")*. En el texto preliminar del *Acuerdo de la OCDE* se declara lo siguiente, bajo el epígrafe "Obligación del máximo empeño":

El [Acuerdo] establece las condiciones más generosas de reembolso para las que es posible prestar apoyo. Todos los participantes son conscientes del riesgo de que, en el curso del tiempo, llegue a considerarse que esas condiciones máximas constituyen una práctica normal y, en consecuencia, se comprometen a adoptar las medidas necesarias para evitar que ese riesgo se materialice.

64. En opinión del Brasil, de esa declaración se desprende que la mera *coincidencia* con las condiciones del *Acuerdo de la OCDE* supera ya los límites máximos de lo que los participantes en el *Acuerdo* consideran que constituye la práctica comercial "normal". Por consiguiente, de ello se deduce necesariamente que si la EDC ofrece condiciones que exceden de los límites máximos del *Acuerdo de la OCDE*, los clientes de los exportadores canadienses reciben un "beneficio", en el sentido en que ese término ha sido definido por el Grupo Especial.

65. El Brasil aduce que el Grupo Especial ha incurrido en error al llegar a la conclusión de que el Brasil no había demostrado que la EDC hubiera ejercido esa facultad discrecional y hubiera ofrecido condiciones más favorables que las previstas en el *Acuerdo de la OCDE*. El Brasil presentó pruebas, que no han sido discutidas, en relación con un caso de financiación de deudas por la EDC en beneficio de la industria de aeronaves de transporte regional respecto del cual se disponía de alguna información pública, concretamente la operación con ASA. El Grupo Especial ha indicado que el Canadá no discutió los datos relativos a los elementos fácticos de la transacción⁴⁶, que incluían el compromiso de financiar el arrendamiento financiero a 16,5 años de las aeronaves adquiridas.

66. El Brasil sostiene que esas condiciones de reembolso superan a las previstas en el *Acuerdo de la OCDE*, que permite un plazo de reembolso de 10 años como máximo.⁴⁷ Por consiguiente, las condiciones de reembolso ofrecidas en la operación con ASA exceden de los límites máximos de la

⁴⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 6.57.

⁴⁷ *Acuerdo de la OCDE*, anexo III, Parte 2, Capítulo V, párrafo 21(a).

práctica comercial "normal". Así pues, con arreglo al criterio jurídico establecido por el Grupo Especial, basado en el mercado, acerca del "beneficio" y de la "subvención", los datos demuestran que la EDC ha otorgado un "beneficio".

67. El antiguo Presidente de la EDC, Sr. Paul Labbé, manifestó, en una publicación del Departamento de Relaciones Exteriores y Comercio Internacional del Canadá, lo siguiente:

El apoyo financiero de la EDC ofrece a los exportadores canadienses un margen de acción cuando licitan en el exterior [...] Los contratos de comercio exterior dependen cada vez más de acuerdos financieros complejos y negociados minuciosamente, en los que unos pocos puntos básicos en los tipos de interés pueden hacer que se apruebe o rechace la operación. Los exportadores tienen que competir no sólo en calidad y precio sino también a través del paquete financiero que apoya la venta.⁴⁸

68. El Brasil sostiene que el Grupo Especial ha constatado que a partir de esta declaración sería posible llegar a la conclusión de que la financiación de deudas por la EDC otorga un "beneficio" y constituye una "subvención". Esa conclusión es correcta, como pone de manifiesto un examen de los tres hechos básicos que se reconocen en la declaración:

- En primer lugar, el Canadá admite que "el apoyo financiero de la EDC ofrece a los exportadores canadienses un margen de acción". Un "margen de acción" es una "ventaja" y supone una subvención.
- En segundo lugar, el Brasil considera que el Grupo Especial ha constatado que el "margen de acción" tiene su origen en "el apoyo financiero" de la EDC, en forma, entre otras cosas, de "unos pocos puntos básicos". Se trata, pues, de una subvención.
- En tercer lugar, el Canadá no niega que la EDC ayude a los exportadores a competir "a través del paquete financiero que apoya la venta" y no en los dos factores (calidad y precio) que el Canadá y los demás participantes en el *Acuerdo de la OCDE* han identificado como factores pertinentes a la competencia mercantil normal. Al no limitarse a esos dos factores, la EDC concede una subvención.

69. El Brasil sostiene que, a pesar de ello, el Grupo Especial ha considerado que había una "posibilidad de interpretaciones contextuales divergentes" de la declaración del Sr. Labbé y ha llegado a la conclusión de que con la financiación de deudas por la EDC no se otorgaba un "beneficio".⁴⁹ El Grupo Especial ha constatado que de la declaración del Sr. Labbé se inferían dos conclusiones que no se excluyen recíprocamente. El Brasil considera que, al menos una de esas conclusiones -la de que

⁴⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 6.57.

⁴⁹ *Ibid.*, párrafo 9.163.

la EDC ofrece a los exportadores un "margen de acción" en forma de "unos pocos puntos básicos"- exigía que el Grupo Especial determinara que la con financiación de la EDC se presta asistencia a tipos más favorables que los del mercado.

70. El Brasil añade que el Canadá declaró al Grupo Especial que la EDC "no siempre ofrece a los clientes de las aeronaves para transporte regional el paquete financiero más atractivo disponible".⁵⁰ A raíz de esa afirmación, el Grupo Especial formuló al Canadá una pregunta en la que se señalaba acertadamente que de esa manifestación podía deducirse que la EDC "en ocasiones" ofrece el paquete financiero más atractivo disponible.⁵¹ Dado que según admite el propio Canadá, la EDC ofrece "en ocasiones" "el paquete financiero más atractivo disponible" la EDC, por definición, ofrece en ocasiones condiciones más favorables que las del mercado.

71. Por consiguiente, en conclusión, el Brasil aduce que el Grupo Especial ha incurrido en error en su calificación jurídica de los hechos de que se tiene constancia. El Brasil sostiene que, conforme al criterio jurídico del Grupo Especial, esos hechos ponen de manifiesto que la financiación de deudas por la EDC otorga un "beneficio" y constituye una "subvención" en el sentido del párrafo 1 del artículo 1 del *Acuerdo SMC*. En consecuencia, la conclusión jurídica del Grupo Especial acerca de la financiación de deudas por la EDC es errónea y debe ser revocada.

3. Financiación de CRJ Capital por la EDC mediante la inversión de capital

72. El Brasil sostiene, además, que, en contra de la conclusión del Grupo Especial, los datos de que se tiene constancia acerca de la inversión de capital de EDC, a través de Exinvest, en CRJ Capital, ponen de manifiesto que con esa inversión se ha otorgado un "beneficio".

73. El Brasil sostuvo inicialmente ante el Grupo Especial que CRJ Capital realizaba operaciones de arrendamiento financiero de aeronaves a los clientes, pero, en respuesta a la negativa del Canadá a ese respecto, subrayó que el hecho de que la ayuda financiera se destinara al arrendamiento financiero de aeronaves o a su venta no era pertinente a la alegación del Brasil de que con la inversión de capital de la EDC en CRJ Capital se otorgaba un "beneficio".

74. El Brasil sostiene que el 20 por ciento del capital total de CRJ Capital corresponde a inversiones de capital de la EDC (10 por ciento) y Bombardier (10 por ciento) y el 80 por ciento restante al endeudamiento con prestamistas no especificados. Esta estructura de capital permite a CRJ

⁵⁰ Segunda comunicación escrita del Canadá al Grupo Especial, párrafo 63, nota 48 de pie de página.

⁵¹ Pregunta 10 de las formuladas por el Grupo Especial en la segunda reunión del Grupo Especial con las partes.

Capital ofrecer financiación a tipos inferiores a los del mercado. La única carga que debe soportar el capital total de CRJ Capital es, según el Brasil, la carga que representa el servicio de la deuda, ya que los accionistas son retribuidos exclusivamente con cargo a los beneficios. En consecuencia, los pagos de la financiación por los compradores de aeronaves, que sólo han de cubrir el costo que representa su deuda para CRJ Capital, son de cuantía inferior a la que tendrían en caso de que, en ausencia de la inversión de la EDC, CRJ Capital hubiera de basarse en un endeudamiento que correspondiera al 100 por ciento de su capital básico.

75. El Brasil destaca una declaración de Richard Dixon, Director de sistemas de fuselaje, Industria del Canadá, en la que se afirma que CRJ Capital trata de ofrecer a los compradores de aeronaves con calificaciones crediticias de doble B condiciones de financiación que normalmente se ofrecen sólo por riesgos crediticios doble A.⁵² El Canadá no desmiente esa declaración, a la que el Brasil considera que debe darse especial peso, por tratarse de una declaración de un funcionario canadiense y que es "contraria a sus intereses".⁵³ A juicio del Brasil, la oferta de esas condiciones crediticias preferenciales constituye un "beneficio".

76. El Brasil solicita al Órgano de Apelación que revoque la constatación del Grupo Especial sobre este punto y declare que la inversión de capital de la EDC en CRJ Capital constituye una subvención en el sentido del párrafo 1 del artículo 1 del *Acuerdo SMC*.

D. Argumentos del Canadá – Apelado

1. Inferencia de conclusiones desfavorables a partir de determinados hechos

77. El Canadá comienza por examinar algunas de las autoridades en derecho internacional citadas por el Brasil. Según el Canadá, el Brasil ha citado a las autoridades incorrectamente, fuera de contexto y en apoyo de tesis que no respaldan. Además, algunas de las autoridades citadas por el Brasil no se refieren en absoluto a un tribunal que infiere conclusiones desfavorables sino que defienden la tesis de que, cuando no existen pruebas más completas, sin que ello sea imputable al reclamante, un tribunal puede inferir conclusiones de hecho sobre la base de las pruebas de que hay constancia. Esto no es lo mismo que inferir conclusiones desfavorables.

78. El Canadá está de acuerdo en que el procedimiento de solución de diferencias de la OMC no puede funcionar adecuadamente a menos que las partes en la diferencia estén dispuestas a cooperar.

⁵² Véase el informe del Grupo Especial, párrafo 6.108.

⁵³ Comunicación del apelante presentada por el Brasil, párrafo 97.

En este principio se basa todo el ESD.⁵⁴ No obstante, este principio de colaboración no tiene en absoluto el objeto de liberar al reclamante de la carga de la prueba que le corresponde. Si no existe una presunción *prima facie* establecida por el reclamante, el demandado no tiene la obligación de facilitar ninguna prueba y, por lo tanto, el deber de colaboración no se plantea. Según Kazazi, "no debe esperarse que el demandado proporcione pruebas antes de que el reclamante presente por lo menos una presunción *prima facie* en favor de su argumento".⁵⁵

79. El Canadá reconoce que los grupos especiales tienen amplias facultades para recabar información de conformidad con el párrafo 1 del artículo 13 del ESD; pero esas facultades no carecen de límites. Las facultades que posee un grupo especial con arreglo al párrafo 1 del artículo 13 quedan limitadas por los principios del debido proceso legal y las consideraciones fundamentales en que se basa cualquier sistema judicial de solución de diferencias. Una de esas consideraciones se refiere a la carga de la prueba. El Canadá cita la declaración del Órgano de Apelación en el asunto *Japón - Productos agrícolas*, según la cual las facultades de los grupos especiales con arreglo al párrafo 1 del artículo 13 "no pueden ser utilizadas por un grupo especial para pronunciarse a favor de un reclamante que no haya acreditado una presunción *prima facie* de incompatibilidad [...]".⁵⁶ Además, la información obtenida en virtud del párrafo 1 del artículo 13 no puede utilizarse "para abonar las argumentaciones del reclamante."⁵⁷ Por lo tanto, el Canadá aduce que un grupo especial no puede realizar una misión investigadora para ayudar a la parte reclamante.

80. El Canadá señala que ni el ESD ni el *Acuerdo SMC* concede explícitamente a los grupos especiales la facultad de inferir conclusiones desfavorables de la negativa de una parte a presentar pruebas solicitadas por el grupo especial. Suponiendo que esa facultad exista, la práctica de los tribunales internacionales determina que sólo puede ejercitarse cuando se han cumplido determinados requisitos.⁵⁸ Uno de los requisitos identificados por Kazazi es que el reclamante debe haber establecido una presunción *prima facie* antes de que puedan inferirse conclusiones desfavorables.⁵⁹ Esto se debe a que, si no hay una presunción *prima facie* y, por lo tanto, no existe el deber de

⁵⁴ Comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafo 103.

⁵⁵ Mojtaba Kazazi, *Burden of Proof and Related Issues: A Study of Evidence Before International Tribunals* (Kluwer Law International, 1996), página 138.

⁵⁶ *Supra*, nota 44 de pie de página, párrafo 129.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ Véase Kazazi, *supra*, nota 55 de pie de página, páginas 320-322.

⁵⁹ *Supra*, nota 55 de pie de página, páginas 321 y 322.

colaborar, la decisión del demandado de no facilitar información no debe percibirse en forma desfavorable. Según el Canadá, las autoridades jurídicas citadas por el Brasil apoyan esta opinión.

81. El Canadá aduce que, incluso si se ha establecido una presunción *prima facie*, el tribunal debe tener en cuenta las explicaciones del demandado sobre las razones por las que no ha proporcionado las pruebas o la información. Sólo las negativas no explicadas a presentar pruebas pueden hacer que se infieran consecuencias desfavorables. También en este caso, el Canadá considera que las autoridades citadas por el Brasil apoyan esta opinión.

82. El Canadá llega a la conclusión de que, como no hay una presunción *prima facie* contra las actividades de financiación de deudas de la EDC, no existe el deber de colaborar y, por lo tanto, la decisión del Grupo Especial de no inferir conclusiones desfavorables en contra del Canadá fue acertada. Además, el Canadá ofreció dos justificaciones de su negativa a facilitar información. En primer lugar, el Brasil no había establecido una presunción *prima facie* y, en segundo lugar, los procedimientos adoptados por el Grupo Especial para proteger la información comercial confidencial delicada eran insuficientes.⁶⁰

83. Mientras que el Brasil aduce que el Grupo Especial cometió un error al no inferir conclusiones desfavorables de la negativa del Canadá a facilitar la información que se le había solicitado, el Canadá sostiene que la verdadera cuestión es si el Grupo Especial debía haber pedido al Canadá que facilitara esa información.⁶¹ Al no existir una presunción *prima facie* respecto de la financiación de deudas por la EDC, la solicitud del Grupo Especial de que el Canadá facilitara detalles sobre las condiciones y modalidades de la alegada financiación de deudas de ASA por la EDC era improcedente.⁶² Esa solicitud, era en realidad una iniciativa adoptada por el Grupo Especial para favorecer la posición del Brasil y, por lo tanto, era incompatible con el párrafo 1 del artículo 13 y las normas sobre la carga de la prueba.⁶³

2. Financiación de deudas por la EDC

84. Según el Canadá, el argumento del Brasil de que la financiación de deudas por la EDC en relación con la operación con ASA va más allá de lo dispuesto en el *Acuerdo de la OCDE* es una

⁶⁰ Comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafo 152.

⁶¹ *Ibid.*, párrafo 127.

⁶² *Ibid.*, párrafo 128.

⁶³ *Ibid.*, párrafo 131.

cuestión totalmente nueva, que nunca se planteó ante el Grupo Especial. El Brasil no adujo *en ningún momento* ante el Grupo Especial que el plazo de 10 años previsto en el *Acuerdo de la OCDE* establezca o supere los límites máximos de la práctica comercial normal. Análogamente, el Brasil tampoco adujo *en ningún momento* que un arrendamiento financiero de 16,5 años quedara fuera de la práctica comercial. El Canadá aduce que, por lo tanto, no puede considerarse que este nuevo argumento sea una cuestión de derecho tratada en el informe del grupo especial, como se requiere para que sea posible la apelación en el párrafo 6 del artículo 17 del ESD.

85. Además, el Canadá sostiene que, si el Brasil hubiera formulado estos argumentos ante el Grupo Especial, el Canadá podría haber presentado fácilmente pruebas que demostraran que, en la financiación de aeronaves a reacción de transporte regional, un plazo de más de 10 años, e incluso de hasta 18 años, queda totalmente dentro de los límites de la práctica comercial. Con ese objeto, el Canadá cita cuatro transacciones que tuvieron lugar de 1997 a 1998, en las que los plazos para la financiación de aeronaves fueron de 15,25 años, 15,5 años, 16,5 años y 18,25 años.

86. Además, a juicio del Canadá, el Brasil basa su argumento sobre el *Acuerdo de la OCDE* en la afirmación infundada de que los participantes en el *Acuerdo* han determinado que las condiciones y modalidades de éste constituyen la práctica comercial normal. Este argumento no es sostenible. Ni en el artículo 1 del *Acuerdo SMC* ni incluso en el propio *Acuerdo de la OCDE* hay nada que disponga que este último puede actuar como punto de referencia comercial pertinente para el *Acuerdo SMC*. Una declaración contenida en el preámbulo del *Acuerdo de la OCDE* no basta para que se aplique al *Acuerdo SMC* un punto de referencia no previsto expresamente en éste. Además, la mención de la práctica que figura en el preámbulo del *Acuerdo de la OCDE* se refiere a la práctica de los créditos a la exportación con ayuda oficial y no a la práctica comercial. El Canadá agrega que, en cualquier caso, es inaceptable que las normas por las que se regula la compatibilidad con un acuerdo de la OMC se definan por referencia a criterios establecidos por una organización no perteneciente a la OMC, sobre la cual no tienen ningún control o influencia la mayor parte de los Miembros de la OMC.

87. El Canadá afirma también que si, como ha dicho el Grupo Especial, los criterios de mercado han de actuar como punto de referencia para determinar si existe un "beneficio", es absurdo aducir que el *Acuerdo de la OCDE* es un indicador del mercado preferible a la práctica de los bancos comerciales porque, en muchos casos, el mercado es más generoso que el *Acuerdo de la OCDE*.

88. El Canadá opina que los demás argumentos aducidos por el Brasil en relación con la financiación de deudas por la EDC son un intento de lograr que el Órgano de Apelación se ocupe de nuevo de las pruebas que ya examinó a fondo el Grupo Especial. Lo que el Brasil impugna en

realidad, a juicio del Canadá, es la forma en que el Grupo Especial ha apreciado las pruebas y la discrecionalidad de que goza para determinar qué constituye una presunción *prima facie*.

89. El Canadá recuerda que el proceso de investigación de los hechos por un grupo especial -la determinación de la credibilidad y del peso que se debe atribuir a las pruebas- no puede ser objeto de examen en apelación, a menos que el error cometido por el grupo especial en su investigación de los hechos sea tan "monumental" que ponga en duda la buena fe de éste.⁶⁴ La evaluación objetiva de los hechos por un grupo especial comprende la determinación por éste de si un reclamante ha aducido pruebas suficientes para que exista una presunción *prima facie*. No es un error jurídico que un grupo especial conceda a las pruebas un peso distinto del sugerido por una de las partes.

90. En cuanto a la declaración del Sr. Labbé acerca del "margen de acción" que proporciona la financiación de deudas por la EDC, el Canadá aduce que el Brasil impugna la estimación del peso de esa prueba que hace el Grupo Especial más que su calificación jurídica. La cuestión no es si la declaración *en sí misma* indica la existencia de una subvención. Es decir, no es la *naturaleza jurídica de la declaración* lo que impugna el Brasil. El Grupo Especial consideró y sopesó la declaración de que se trata y constató que no era un elemento de prueba suficiente para dar lugar a la presunción de que lo que alegaba el Brasil era cierto. El Canadá aduce que ésta es una constatación de hecho y queda claramente fuera del ámbito del examen en apelación.

91. El Canadá considera especialmente incomprensible la alegación del Brasil de que una institución financiera no actúa dentro del mercado por el simple hecho de que ofrece un paquete de financiación más atractivo que los demás participantes en éste.⁶⁵ Cuando un tomador de créditos intente conseguir financiación, examinará diversas opciones. El hecho de que elija el paquete ofrecido por un prestamista con preferencia al ofrecido por otro no significa que el prestamista preferido se sitúe por debajo del nivel del mercado. Efectivamente, si ésta fuera la definición del mercado, la parte que ofreciera la financiación preferida *siempre se situaría por debajo del nivel del mercado*. En ese caso, sostiene el Canadá, la financiación facilitada por todos los bancos e instituciones de crédito propiedad del Estado constituiría siempre, por definición, una subvención.

⁶⁴ Informe del Órgano de Apelación en el asunto *CE - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (Hormonas) ("Comunidades Europeas - Hormonas")*, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, adoptado el 13 de febrero de 1998, párrafos 132 y 133; informe del Órgano de Apelación en el asunto *Corea - Impuestos a las bebidas alcohólicas*, WT/DS75/AB/R, adoptado el 17 de febrero de 1999, párrafos 161 y 162.

⁶⁵ Comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafo 75.

3. Financiación de CRJ Capital por la EDC mediante la inversión de capital

92. En cuanto al ámbito debido de los exámenes en apelación, el Canadá reafirma que el proceso de investigación de los hechos por un grupo especial no puede ser objeto de examen en apelación, al menos que el error cometido por el grupo especial en su investigación de los hechos sea tan "monumental" que ponga en cuestión la buena fe de éste.

93. El Canadá cree que el argumento del Brasil sobre la aportación de capital por la EDC a CRJ Capital carece de fundamento. El Grupo Especial sopesó cuidadosamente las pruebas aportadas por el Brasil y las consideró insuficientes. El Brasil no ha impugnado la evaluación de los hechos realizada por el Grupo Especial de conformidad con el artículo 11 del ESD. Por consiguiente, las conclusiones de hecho del Grupo Especial no pueden ser objeto de examen en apelación. El Canadá recuerda la constatación del Grupo Especial de que no existe "*ninguna base fáctica*" para establecer una presunción *prima facie* favorable a la alegación del Brasil.⁶⁶ (sin cursivas en el original) Según interpreta esta declaración el Canadá, el Grupo Especial constató, por lo tanto, que no podía conceder *ningún* peso a las pruebas facilitadas por el Brasil. Para decidir la apelación en favor del Brasil, el Órgano de Apelación tendría que revocar esa evaluación de las pruebas.

94. En cualquier caso, afirma el Canadá, CRJ Capital sólo ha participado en la financiación comercial de la venta de 17 aeronaves de transporte regional a AIR Canada. Se trata de ventas internas que, por lo tanto, quedan fuera del ámbito del artículo 3 del *Acuerdo SMC*. Según el Canadá, el Brasil no ha presentado ninguna prueba de que CRJ Capital haya participado en la financiación comercial de aeronaves para la *exportación*, como efectivamente no lo ha hecho.⁶⁷ (sin cursivas en el original).

E. *Terceros participantes*

1. Comunidades Europeas

a) Interpretación del término "beneficio" del párrafo 1 b) del artículo 1 del *Acuerdo SMC*

95. El Canadá aduce que el concepto de "beneficio" a que se hace referencia en el apartado b) del párrafo 1 del artículo 1 exige que haya un elemento de costo neto para el gobierno, además de un "beneficio" para el receptor. Las Comunidades Europeas consideran que el criterio del costo neto

⁶⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 9.200.

⁶⁷ Comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafo 89.

para el gobierno es más pertinente a la cuestión de la contribución financiera que al "beneficio". A este respecto, las Comunidades Europeas creen que el Grupo Especial debía haber examinado más detenidamente la cuestión del costo para el gobierno porque los programas canadienses que se han considerado subvenciones a la exportación prohibidas parecen *autofinanciarse* y, por lo tanto, no implican ningún costo neto para el gobierno.

96. Según las Comunidades Europeas, el texto de los artículos 1 y 14 y el anexo IV del *Acuerdo SMC* refleja una solución de transacción fruto de delicadas negociaciones, que los grupos especiales y el Órgano de Apelación deberían cuidar de no perturbar. Del texto del párrafo 1 del artículo 1 se deduce claramente que la definición de subvención se basa en dos elementos: una contribución financiera de un gobierno y un "beneficio" otorgado *por medio de ésta*. La expresión "por medio de ésta" deja clara la necesidad de que exista un vínculo causal entre la contribución financiera y el "beneficio". Sólo puede considerarse que constituyen una subvención la parte de la contribución financiera que da lugar a un "beneficio" y la parte del "beneficio" de la que puede decirse que resulta de una contribución financiera. En otros términos, los conceptos de contribución financiera y "beneficio" se confieren recíprocamente significado.

97. A juicio de las Comunidades Europeas, en el párrafo 1 del anexo IV se confirma que el "costo para el gobierno" es la medida apropiada de la "contribución financiera". Por lo tanto, el párrafo 1 del anexo IV es tanto parte del contexto del artículo 1 como el artículo 14 y el Grupo Especial cometió un error al constatar lo contrario. El anexo IV y el artículo 14 confirman que, cuando se mide la cuantía de una subvención, son pertinentes tanto el valor de mercado del "beneficio" como el costo para el gobierno. Por lo tanto, el Grupo Especial debía haber examinado *la medida* de la contribución financiera, es decir, el costo para el gobierno, porque sólo de esa manera podía haber determinado si se otorgaba un "beneficio" *por medio de ésta*.

98. Las Comunidades Europeas creen que, dado que es una lista ilustrativa de lo que queda *incluido* dentro de la prohibición de subvenciones a la exportación, el anexo I no puede utilizarse para interpretar el artículo 1.⁶⁸ No obstante, si el anexo I se aceptara como pertinente para la interpretación del artículo 1, las Comunidades Europeas señalarían que los elementos que figuran en él se han seleccionado sobre la base del costo para el gobierno.

99. Las Comunidades Europeas agregan que la interpretación del artículo 1 que hace el Grupo Especial tendría el efecto de comprometer muchos tipos de actividades oficiales que no dan lugar a

⁶⁸ Comunicación de tercero participante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 29.

costos netos o incluso son rentables y que se realizan en "beneficio" de la rama de producción en situaciones en que las medidas oficiales son más eficientes que las adoptadas por el sector privado.

b) "Supeditadas *de facto* a los resultados de exportación"

100. Las Comunidades Europeas están de acuerdo con el Canadá en que el Grupo Especial ha adoptado un enfoque de la supeditación *de facto* a las exportaciones cuya amplitud no se justifica. Como el Canadá, las Comunidades Europeas consideran que la naturaleza jurídica de la supeditación es esencialmente la misma en el caso de las subvenciones *de jure* y *de facto*. Los resultados de exportación deben ser una *condición* para la recepción de la subvención o, en otros términos, la subvención no se habría concedido *de no ser por* los resultados de exportación.

101. Las Comunidades Europeas sostienen que la nota 4 de pie de página del *Acuerdo SMC* proporciona nuevas orientaciones en lo que se refiere al significado de la expresión "supeditadas [...] *de facto*". Como reconoció el Grupo Especial, las palabras "vinculada a" que figuran en la nota 4 de pie de página implican que existe algún tipo de limitación. Sin embargo, el Grupo Especial utilizó el lenguaje de la nota 4 para elaborar una norma jurídica basada no en la condicionalidad sino más bien en la expectativa de exportación.

102. A juicio de las Comunidades Europeas, en el presente asunto, el Grupo Especial debería haber comparado las situaciones en las que TPC concedió asistencia con aquellas en las que la negó y examinado los motivos de las decisiones de TPC. Si hubiera surgido una pauta coherente según la cual se diera preferencia a determinados solicitantes debido a su compromiso respecto de la exportación, esto habría indicado la existencia de condicionalidad *de facto*. En cambio, el Grupo Especial se abstuvo de examinar el funcionamiento del programa TPC en otros sectores.

103. Las Comunidades Europeas opinan que, si pudiera demostrarse que el efecto de una subvención es aumentar las actividades de exportación a expensas de las ventas internas, esto constituiría una indicación de la existencia de una supeditación *de facto* a la exportación. Pero este factor debería abordarse con gran precaución.⁶⁹ Una política de estímulo de la competitividad a nivel mundial no es lo mismo que la supeditación a la exportación, y el hecho de que un programa de asistencia dé lugar a un aumento de las exportaciones, incluso si éste es más rápido que el de las ventas internas, puede ser la consecuencia económica normal de una inversión más que el resultado de alguna limitación o condición artificial.

⁶⁹ Comunicación de tercero participante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 43.

104. Según las Comunidades Europeas, el objeto y fin de la prohibición de la supeditación *de facto* a la exportación es evitar que se eluda la prohibición de la supeditación *de jure*. Por lo tanto, el Grupo Especial debía haber buscado pruebas de la existencia de condiciones impuestas en el contrato que requirieran *en la práctica* la exportación, aunque sin que la supeditación a la exportación fuera una condición expresa. Por ejemplo, si, en el contrato, se exigiera al receptor que alcanzara una determinada producción mínima y objetivos de ventas que sólo pudieran cumplirse mediante un aumento de las actividades de exportación y no mediante las ventas internas, ello podría indicar la existencia de supeditación *de facto* a la exportación. Un gobierno podría intentar también eludir la prohibición de la supeditación *de jure* obligando contractualmente a una empresa a producir el doble de lo que vendiera en el país. Una condición de ese tipo requeriría un aumento de las actividades de exportación. Un grupo especial podría considerar también si la libertad del receptor para dirigir sus esfuerzos en materia de ventas hacia el mercado interno o el mercado de exportación queda restringida de alguna manera.

105. Las Comunidades Europeas cuestionan el hecho de que el Grupo Especial se base en la cercanía a la etapa del mercado de exportación de los proyectos apoyados por el TPC. La cercanía de una subvención a la etapa de comercialización para la exportación de un producto no tiene relación con la supeditación a la exportación de ésta. Una subvención otorgada con fines de investigación y desarrollo puede supeditarse *de facto* a los resultados de exportación con igual facilidad que una subvención concedida en una etapa posterior del proceso de producción.

c) Inferencia de conclusiones desfavorables a partir de determinados hechos

106. Las Comunidades Europeas convienen con el Brasil en que existe un deber de colaboración de las partes en los procedimientos de solución de diferencias, que las obliga a facilitar la información que está bajo su control. Las Comunidades Europeas no están de acuerdo en que el remedio apropiado en caso de incumplimiento de esta obligación sea la inferencia de conclusiones desfavorables por el grupo especial, a menos que, en un acuerdo abarcado, haya un fundamento jurídico específico que faculte al grupo especial para inferir ese tipo de conclusiones.

107. Las Comunidades Europeas aducen que en el *Acuerdo SMC* se prevé expresamente esa facultad en determinadas circunstancias, aunque en otras se requiere que las decisiones se basen en los hechos de que se dispone.⁷⁰ Esto demuestra que, cuando se consideró necesario facultar al Grupo Especial para inferir conclusiones desfavorables, se adoptó una disposición específica con ese objeto.

⁷⁰ Véanse el párrafo 7 del artículo 12, el párrafo 6 del artículo 18 y los párrafos 6, 7 y 8 del anexo V del *Acuerdo SMC*.

Si no existe esa disposición expresa, como ocurre en la presente situación, todo lo que puede hacer un grupo especial es basar su decisión en una evaluación objetiva de los hechos de que dispone, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 del ESD.

108. Las Comunidades Europeas creen que, con arreglo al artículo 11 del ESD, un grupo especial puede inferir conclusiones *lógicas* de los hechos. Sin embargo, la inferencia de conclusiones *desfavorables* es distinta porque implica una preferencia por la conclusión desfavorable sobre la favorable (o sencillamente a la lógica), como una forma de "castigo" destinada a hacer cumplir el deber de colaboración. Además, las Comunidades Europeas aducen que, de conformidad con el artículo 11 del ESD, las conclusiones deben inferirse de *hechos* mientras que la facultad de inferir conclusiones desfavorables se ejerce cuando una parte demandada *no* presenta hechos con objeto de refutar una simple *afirmación* hecha en contra suya.

109. Las Comunidades Europeas llegan a la conclusión de que el Órgano de Apelación debería rechazar la alegación del Brasil de que el Grupo Especial debía haber inferido "conclusiones desfavorables" y debería aprovechar asimismo esta oportunidad para invertir la constatación del Grupo Especial que figura en el párrafo 9.181 de su informe, según la cual el Grupo Especial está facultado para sacar conclusiones desfavorables.

2. Estados Unidos

a) Interpretación del término "beneficio" del párrafo 1 b) del artículo 1 del *Acuerdo SMC*

110. Los Estados Unidos aducen que el párrafo 1 b) del artículo 1 del *Acuerdo SMC* se centra en la ventaja concedida al receptor y no en el costo para el gobierno que otorga la subvención. La subvención no es menos ventajosa para el beneficiario simplemente porque no implique un costo neto para el gobierno. Así pues, los Estados Unidos creen que la interpretación del párrafo 1 del artículo 1 por el Grupo Especial es correcta y debe mantenerse.

111. A juicio de los Estados Unidos, el Grupo Especial basó su interpretación de la palabra "beneficio" en el significado corriente del término y no en las directrices establecidas en el artículo 14 del *Acuerdo SMC*. Por lo tanto, contrariamente a lo que alegaba el Canadá, el Grupo Especial consideró que el artículo 14 sólo constituía un apoyo contextual de la interpretación a que ya había llegado. El Canadá se equivoca también al alegar que el Grupo Especial no tuvo en cuenta el objeto y

fin del *Acuerdo SMC*. El Grupo Especial sí lo tuvo en cuenta pero no estuvo de acuerdo con el Canadá en que el objeto y fin del *Acuerdo SMC* fuera evitar un costo neto para el gobierno.⁷¹

112. Según los Estados Unidos, el error fundamental que implica la posición del Canadá estriba en la conclusión de ese país de que el supuesto fracaso de las negociaciones sobre el *Acuerdo SMC* desde el punto de vista de la solución de la cuestión de cómo debe medirse la cuantía de una subvención significa que, para que exista un "beneficio", debe haber tanto un costo para el gobierno como un "beneficio" para el receptor. Los Estados Unidos sostienen que el intento del Canadá de combinar estos dos aspectos de la investigación no relacionados entre sí no puede apoyarse en los términos inequívocos del párrafo 1 del artículo 1.

113. Los Estados Unidos sostienen que tanto el artículo 14 como el párrafo 1 del anexo IV son pertinentes a la interpretación de otras disposiciones del *Acuerdo SMC*. Sin embargo, sería improcedente asumir que esas disposiciones son pertinentes en casos en que, de hecho, no lo son. Por ejemplo, nada en el lenguaje del anexo IV indica que la norma del "costo para el gobierno" en él contenida sea en modo alguno pertinente a la determinación de la existencia de un "beneficio" con arreglo al párrafo 1 del artículo 1. Efectivamente, en el párrafo 1 del anexo IV ni siquiera se menciona el párrafo 1 del artículo 1. En cambio, los Estados Unidos señalan que en el texto del artículo 14 se establece explícita y deliberadamente un vínculo entre esa disposición y el párrafo 1 del artículo 1.

114. Los Estados Unidos están de acuerdo con la observación del Grupo Especial de que requerir que haya un "costo para el gobierno" para constatar la existencia de un "beneficio" excluiría del párrafo 1 a) del artículo 1 gran parte de lo dispuesto en el inciso iv) de dicho párrafo. El argumento del Canadá de que el costo recaería en una entidad privada que lo asumiría *en nombre* de un gobierno no cambia el hecho de que no habría costo para el gobierno propiamente dicho.

b) "Supeditadas *de facto* a los resultados de exportación"

115. Los Estados Unidos no adoptan ninguna postura sobre si, como cuestión de hecho, la asistencia concedida con arreglo al programa TPC es, en realidad, una subvención a la exportación prohibida. Sin embargo, están totalmente en desacuerdo con la interpretación que hace el Canadá de lo que constituye una subvención "supeditada [...] *de facto* a los resultados de exportación" y "de hecho vinculada a las exportaciones o los ingresos de exportación reales o previstos" con arreglo al párrafo 1 a) del artículo 3.

⁷¹ Véase el informe del Grupo Especial, párrafo 9.119.

116. Según los Estados Unidos, la interpretación que hace el Canadá de la expresión "supeditadas [...] *de facto* a los resultados de exportación" tiene varios defectos.⁷² En primer lugar, contrariamente a lo que afirma el Canadá, no existe un criterio de "conocimiento" del receptor, y el reclamante no está obligado a sondear la comprensión subjetiva de los receptores de subvenciones.⁷³ En cambio, la cuestión es si la concesión de una subvención está vinculada a las exportaciones o los ingresos de exportación reales o previstos. El centro de interés se sitúa, por lo tanto, en el que otorga la subvención. La comprensión por el receptor de la motivación del gobierno no es pertinente.

117. Por otra parte, a juicio de los Estados Unidos, si la existencia de una subvención a la exportación *de facto* dependiera de la comprensión subjetiva del receptor y de la reacción de éste después de recibir la subvención, no habría manera de que un Miembro determinara por anticipado si la concesión de una determinada subvención infringiría el párrafo 2 del artículo 3 del *Acuerdo SMC*. Esto debilitaría el carácter *ex ante* de la prohibición contenida en el párrafo 1 de ese artículo y dejaría en manos de los receptores de subvenciones el cumplimiento por los Miembros de sus obligaciones en el marco de la OMC.

118. Asimismo, los Estados Unidos sostienen que, contrariamente a la interpretación propuesta por el Canadá, nada en el párrafo 1 a) del artículo 3 indica que sólo exista una subvención a la exportación *de facto* si la subvención induce al receptor a distorsionar sus decisiones de comercialización en favor de la exportación. En ese párrafo no se menciona el efecto de la subvención en las actividades del receptor relacionadas con las ventas internas y menos aún se dispone que el Miembro reclamante deba demostrar que el receptor aumentó sus exportaciones a fin de recibir la subvención.

119. Además, los Estados Unidos sostienen que el Canadá ignora el hecho de que el párrafo 1 a) del artículo 3 se aplica a la exportación *prevista*. El significado corriente de la palabra *prever* es esperar. Así pues, puede existir una subvención *de facto* a la exportación cuando la concesión de la subvención esté vinculada a las exportaciones o los ingresos de exportación *esperados*. Según los Estados Unidos, no existe ninguna prescripción según la cual las exportaciones o los ingresos de exportación tengan que haber existido realmente, se impongan sanciones si no se cumplen las expectativas o el receptor deba responder a la contribución de una manera determinada.

120. Por último, los Estados Unidos aducen que la palabra "previstos" alude a un criterio basado en la intención.⁷⁴ Reconocen que el texto definitivo de la nota 4 de pie de página no hace referencia a

⁷² Comunicación de tercero participante presentada por los Estados Unidos, párrafo 35.

⁷³ *Ibid.*, párrafo 35.

⁷⁴ *Ibid.*, párrafo 39.

un criterio de "conocimiento" del gobierno tal como lo expusieron inicialmente las Comunidades Europeas durante la negociación del *Acuerdo SMC*. Sin embargo, la palabra "previstos" está en armonía con un criterio que tiene en cuenta la intención del gobierno que otorga la subvención.

c) Inferencia de conclusiones desfavorables a partir de determinados hechos

121. Los Estados Unidos simpatizan con las preocupaciones del Canadá relacionadas con la necesidad de proteger la información comercial confidencial. Reconocen también que el procedimiento de solución de diferencias podría ser utilizado en forma indebida por los Miembros para inmiscuirse en los archivos de sus adversarios con objeto de descubrir información que les sea útil.⁷⁵ No obstante, para que el procedimiento de solución de diferencias sea eficaz, no puede permitirse que las partes en las diferencias impidan la realización de investigaciones legítimas alegando sin fundamento el secreto comercial. En este asunto, el Grupo Especial estableció un procedimiento aplicable a la ICC, que consideró suficiente. Habida cuenta de este hecho, el Grupo Especial debía haber exigido a las partes que presentaran la información pertinente y no debía haberles permitido que se beneficiaran de su negativa a hacerlo.⁷⁶

122. El enfoque de esta cuestión adoptado por el Grupo Especial ha tenido varias consecuencias negativas. En primer lugar, permitir que las partes seleccionen por sí mismas la información que están dispuestas a facilitar equivale a entregar a los Miembros demandados el control del rumbo de una diferencia. En segundo lugar, como la carga de la prueba recae generalmente en el Miembro reclamante, los Miembros demandados cuya administración pública sea menos transparente gozarán de una ventaja injusta respecto de los Miembros que tengan sistemas más abiertos. Esto alentará a los Miembros a evitar la divulgación pública de sus prácticas en materia de subvenciones. En tercer lugar, es probable que quede debilitada la utilidad general de las disposiciones para la solución de diferencias.

123. A juicio de los Estados Unidos, las medidas adoptadas por el Grupo Especial indican la importancia del establecimiento de procedimientos formales para la protección de la información comercial confidencial. Una vez que se establezcan esos procedimientos, no deberá permitirse a las partes que se nieguen a facilitar información comercial confidencial sin consecuencias. Esto no

⁷⁵ Comunicación de tercero participante presentada por los Estados Unidos, párrafo 47.

⁷⁶ *Ibid.*, párrafo 48.

quiere decir que se exigirá a las partes que presenten información comercial confidencial sino simplemente que su negativa a hacerlo debería tener algún resultado negativo.⁷⁷

124. Los Estados Unidos no adoptan ninguna postura en relación con la alegación del Brasil de que el Canadá infringió el deber de exponer plenamente y el deber de colaboración ni acerca del examen realizado por el Brasil del deber de colaboración en otros contextos de derecho internacional.

III. Cuestión preliminar de procedimiento y resolución

A. Procedimiento aplicable a la información comercial confidencial

125. Mediante carta conjunta de 27 de mayo de 1999, el Brasil y el Canadá solicitaron que aplicáramos, *mutatis mutandis*, el Procedimiento aplicable a la ICC adoptado por el Grupo Especial en este asunto. En su solicitud, pidieron asimismo que determinadas cláusulas del Procedimiento aplicable a la ICC se aplicaran también a los terceros participantes en esta apelación; en particular, que los terceros participantes designaran representantes autorizados a quienes se exigiría que presentaran una declaración de reserva al Presidente de esta Sección a fin de que se les autorizara a examinar cualquier información a la que se hubiese atribuido el carácter de "información comercial confidencial" o a asistir a las partes de la audiencia en las que se pudiese considerar tal información.

126. Mediante carta de 31 de mayo de 1999, invitamos a los participantes a presentar memorandos jurídicos en apoyo de su solicitud, y se ofreció a cada uno de ellos la oportunidad de responder al memorándum presentado por el otro. También se dio la oportunidad de presentar memorandos a los terceros participantes. El Brasil y el Canadá presentaron memorandos el 2 de junio de 1999. El 4 de junio de 1999, los terceros participantes, las Comunidades Europeas y los Estados Unidos, también presentaron memorandos. En la misma fecha, el Brasil y el Canadá presentaron sendas respuestas escritas al memorándum presentado anteriormente por la otra parte el 2 de junio de 1999. El 10 de junio de 1999 se celebró una audiencia preliminar sobre esta cuestión, y esta Sección entendió en el asunto conjuntamente con la Sección del Órgano de Apelación que entiende en la apelación *Brasil - Aeronaves*.

⁷⁷ Comunicación de tercero participante presentada por los Estados Unidos, párrafo 51.

1. Argumentos de los participantes y terceros participantes

a) Canadá

127. El Canadá considera que el párrafo 2 del artículo 18 del ESD no proporciona una protección procesal adecuada a la información comercial confidencial de dominio privado del tipo que tiene ante sí el Órgano de Apelación en este caso. Esta información no es de dominio público y puede tener un interés comercial significativo, en particular para los competidores de las empresas a las que se refiere.

128. El Canadá observa que, dado que no existía ningún procedimiento para proteger la información comercial confidencial en la etapa del examen en apelación, el Brasil hizo referencia en la otra comunicación que presentó en calidad de apelante y en su comunicación en calidad de apelado a la información comercial confidencial que el Canadá había presentado al Grupo Especial en el marco del Procedimiento aplicable a la ICC. Por lo tanto, la información presentada por el Brasil no estaba sujeta a ningún procedimiento que protegiera su confidencialidad. El Canadá también alega que el Órgano de Apelación debería adoptar un procedimiento para asegurar que las cuestiones que plantee en la audiencia puedan recibir una respuesta completa, cuando sea necesario mediante remisión a la información comercial confidencial incluida en el expediente del Grupo Especial.

129. El Canadá sostiene que el Órgano de Apelación, al adoptar el procedimiento para proteger la información comercial confidencial, debe establecer un equilibrio entre dos intereses contrapuestos, ambos basados en la equidad y en las garantías del debido proceso, sin que ninguno de ellos pueda pretender más protección que el otro. En primer lugar, tanto el Órgano de Apelación como los participantes deben tener un acceso razonable a la información introducida en las pruebas presentadas al Grupo Especial. En segundo lugar, sin embargo, es necesario establecer salvaguardias procesales adicionales para proporcionar a los intereses comerciales privados una protección adecuada de su información comercial de dominio privado, cuando el Canadá o el Brasil estimen necesario remitirse a esas pruebas en apoyo de sus argumentos. Por lo tanto, el Canadá pide que, de conformidad con el párrafo 1 de la Regla 16 de los Procedimientos de Trabajo, el Órgano de Apelación adopte, *mutatis mutandis*, el Procedimiento aplicable a la ICC del Grupo Especial y la "Declaración de reserva", contenidos en los anexos I y II, respectivamente, del Informe del Grupo Especial.

b) Brasil

130. El Brasil declara que aceptó sumarse a la solicitud del Canadá de que el Órgano de Apelación adoptara un procedimiento para proteger la información comercial confidencial en un intento de buena fe por responder a las inquietudes del Canadá con respecto a la confidencialidad. El Brasil

hace notar dos reservas a su aceptación, en principio, de un Procedimiento aplicable a la ICC para el Órgano de Apelación. En primer lugar, el procedimiento no debería limitar indebidamente el acceso de las personas autorizadas a la información. En segundo lugar, el procedimiento deberá limitarse a la información comercial de dominio privado de los particulares que no están sujetos a las obligaciones de confidencialidad establecidas en el ESD.

131. El Brasil recuerda que en sus comunicaciones al Órgano de Apelación, citó determinada información a la que el Canadá había atribuido ante el Grupo Especial el carácter de información comercial confidencial. El Brasil no considera que esta información particular sea, en ningún sentido, información comercial confidencial acreedora a una protección especial.

132. El Brasil hace hincapié en que, al incluir determinada información, a la cual el Canadá había atribuido el carácter de "información comercial confidencial" ante el Grupo Especial en sus comunicaciones al Órgano de Apelación, y al dar traslado de esas comunicaciones al Canadá y a los terceros participantes en esta apelación, no procedió de manera incompatible ni con la letra ni con el espíritu del ESD. El Brasil observa que, en virtud del párrafo 2 de la Regla 18 de los *Procedimientos de Trabajo*, debía notificar sus comunicaciones escritas al Canadá así como a los terceros participantes, y afirma que "no tiene motivos para dudar" de que los terceros participantes cumplirán sus obligaciones dimanantes del párrafo 1 del artículo VII de las *Normas de Conducta para la aplicación del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias ("Normas de Conducta")*. El Brasil sostiene asimismo que las disposiciones relativas a la confidencialidad que contiene el párrafo 2 del artículo 18 del ESD son también aplicables a los terceros participantes.

c) Comunidades Europeas

133. Las Comunidades Europeas consideran que el Procedimiento aplicable a la ICC se basa en un sistema de órdenes administrativas de protección utilizadas en los procedimientos en materia de derechos compensatorios sustanciados ante las autoridades administrativas de determinados Miembros de la OMC. Este sistema no puede simplemente transplantarse a la OMC.

134. Las Comunidades Europeas sostienen que el procedimiento propuesto para proteger la información confidencial es incompatible con el ESD en dos aspectos. En primer lugar, el procedimiento propuesto priva a los Miembros de los derechos contenidos en el ESD. El procedimiento propuesto es incompatible con el párrafo 1 del artículo 18 del ESD, que prohíbe las comunicaciones *ex parte* con el grupo especial o el Órgano de Apelación. En el caso del Órgano de Apelación, la prohibición de las comunicaciones *ex parte* se extiende a los terceros participantes en

virtud del párrafo 1 de la Regla 19 de los *Procedimientos de Trabajo*. Ese procedimiento privaría a una parte en una diferencia del acceso a la información comercial confidencial si esa parte no pudiera aceptar el procedimiento para proteger la información comercial confidencial establecido por el grupo especial o por la Sección del Órgano de Apelación. El procedimiento propuesto para proteger la información comercial confidencial es además, incompatible con el párrafo 2 de la Regla 18 de los *Procedimientos de Trabajo*, en virtud de la cual "todos los documentos" presentados por un participante o un tercero participante deben ser notificados a los demás participantes y terceros participantes.

135. En segundo lugar, el procedimiento propuesto impondría nuevas obligaciones a los Miembros y crearía nuevos derechos para éstos, en contra de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 3 del ESD. Tal procedimiento adicional permitiría el acceso a determinados documentos sólo en determinados lugares, restringiendo de esa forma la capacidad de las partes de considerarlos. Exigiría que la parte que recibe la documentación permitiese a la parte que la proporciona que inspeccione la caja fuerte de su Misión donde esté depositada la información. Las Comunidades Europeas alegan que esto es "equivalente a una excepción de la inmunidad de la que gozan esos locales con arreglo al derecho internacional". Además, el procedimiento exigiría a los funcionarios de las Comunidades Europeas que firmaran compromisos incompatibles con el "ejercicio de sus funciones".

136. Las Comunidades Europeas sostienen que el artículo 14 y el párrafo 2 del artículo 18 del ESD regulan la cuestión de la confidencialidad en los procedimientos de solución de diferencias. Si una parte en una diferencia atribuye el carácter de confidencial a determinada información, en virtud del párrafo 2 del artículo 18 las demás partes deben adoptar todas las precauciones necesarias, con arreglo a sus propias tradiciones y estructuras administrativas. No se puede presumir la "mala fe" de los otros Miembros. El ámbito debido para solucionar los problemas planteados por el trato de la información confidencial es el examen del ESD que están realizando los Miembros de la OMC.

d) Estados Unidos

137. Los Estados Unidos alegan que la necesidad de un procedimiento adicional para proteger la información comercial confidencial es *sumamente importante*, "porque afecta la viabilidad de la solución de diferencias en el marco de la OMC como vehículo para preservar los derechos y obligaciones de los Miembros". En opinión de los Estados Unidos, "las consideraciones básicas del debido proceso, así como a la necesidad de preservar los derechos y obligaciones de los Miembros, exigen que el Órgano de Apelación aplique ese procedimiento". En consecuencia, los Estados Unidos no oponen ninguna objeción a la solicitud conjuntamente presentada por el Brasil y el Canadá.

138. Los Estados Unidos formulan tres argumentos generales en apoyo de la aplicación de un procedimiento adicional para proteger la información comercial confidencial en los procedimientos de solución de diferencias de la OMC. En primer lugar, los Estados Unidos alegan que ninguna disposición del ESD impide a los grupos especiales ni al Órgano de Apelación adoptar un procedimiento adicional para proteger la información comercial confidencial. Al contrario, el párrafo 1 del artículo 12 del ESD permite expresamente a los grupos especiales que se aparten de los Procedimientos de Trabajo establecidos en el Apéndice 3 del ESD. Los Estados Unidos estiman que el Órgano de Apelación tiene facultades comparables a las de los grupos especiales para adoptar tales procedimientos como consecuencia de lo dispuesto en el párrafo 9 del artículo 17 del ESD y en el párrafo 1 de la Regla 16 de los Procedimientos de Trabajo.

139. En segundo lugar, los Estados Unidos alegan que la aplicación del procedimiento para proteger la información comercial confidencial promueve importantes objetivos porque los derechos y obligaciones de los Miembros dimanantes de los acuerdos abarcados solamente pueden preservarse si se garantiza el debido proceso, tanto a la parte reclamante como a la parte demandada. Los Estados Unidos sostienen que, no obstante, la exigencia del debido proceso no se satisface si la falta de tal procedimiento impide a un Miembro exponer en debida forma su argumentación.

140. En tercer lugar, los Estados Unidos sostienen, en contra de la posición adoptada por las Comunidades Europeas, que las leyes nacionales de un Miembro no proporcionan ninguna base para privar a otro Miembro de los derechos que le confiere el *Acuerdo sobre la OMC*. Por tanto, los Estados Unidos afirman que "no debería darse curso" a la alegación de las Comunidades Europeas de que sus funcionarios no podrán, en virtud de las disposiciones que les sean aplicables, aceptar los compromisos propuestos.

2. Resolución y fundamentos de la misma

141. En nuestra resolución preliminar de 11 de junio de 1999, llegamos a la conclusión de que no es necesario, habida cuenta de todas las circunstancias del presente caso, adoptar un procedimiento adicional para proteger la información comercial confidencial en este procedimiento de apelación. Nuestra resolución fue la siguiente:

De conformidad con el párrafo 9 del artículo 17 del *Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias* (el "ESD"), el Órgano de Apelación está facultado para establecer sus propios procedimientos de trabajo. En virtud del párrafo 1 de la Regla 16 de nuestros *Procedimientos de trabajo para el examen en apelación*, una Sección del Órgano de Apelación podrá adoptar un procedimiento adicional para la sustanciación ordenada de una determinada apelación, siempre que tal procedimiento adicional no sea incompatible con el ESD,

los demás acuerdos abarcados y los *Procedimientos de trabajo para el examen en apelación*. No obstante, hemos concluido que no es necesario, dadas todas las circunstancias del presente caso, adoptar un procedimiento *adicional* para proteger la "información comercial confidencial" durante estas actuaciones.

Observamos que, con respecto a la "información comercial confidencial" presentada al Grupo Especial que sigue actualmente en poder de los participantes, el artículo XII del Procedimiento aplicable a la información comercial confidencial exige a las partes que "[e]n el momento de la conclusión del Grupo Especial", devuelvan "la información comercial confidencial impresa o codificada en binario que obre en su poder a la parte que la haya comunicado (sic)" y que destruyan "todas las cintas y transcripciones de las audiencias del Grupo Especial que contengan información comercial confidencial, a no ser que las partes, de común acuerdo, convengan en lo contrario". Por lo tanto, parece que cada participante tiene la obligación, en virtud de este procedimiento, de devolver cualquier información comercial confidencial presentada por el otro participante. Con arreglo al Procedimiento, la Secretaría de la OMC, que presta asistencia al Grupo Especial, "dará traslado al Órgano de Apelación, como parte del expediente del procedimiento del Grupo Especial, de la información comercial confidencial impresa o codificada en binario, juntamente con todas las cintas y transcripciones del Grupo Especial que contengan información comercial confidencial". Esa información se mantendrá en un armario seguro, cerrado con llave, en la Secretaría del Órgano de Apelación.

También observamos que *todos* los Miembros están obligados, en virtud de las disposiciones del ESD, a tratar las presentes actuaciones del Órgano de Apelación, incluso las comunicaciones escritas y demás documentos presentados por los participantes y los terceros participantes, como confidenciales. Confiamos en que los participantes y los terceros participantes en esta apelación *respetarán plenamente* las obligaciones que les corresponden en virtud del ESD, reconociendo que la obligación de un Miembro de mantener la confidencialidad de estas actuaciones se extiende también a las personas a las que ese Miembro designe como sus representantes, abogados y consultores.

En consecuencia, rechazamos la solicitud del Brasil y el Canadá. Las razones en las que se basa la presente resolución se indicarán en forma más completa en el informe del Órgano de Apelación sobre esta apelación.

142. No tenemos ninguna otra razón que añadir a los dos primeros párrafos de nuestra resolución, *supra*. Lo siguiente es una explicación de las razones indicadas en el tercer párrafo. Nuestra resolución se aplica solamente a la solicitud de un procedimiento *adicional* para proteger la "información comercial confidencial" en las presentes actuaciones y, en consecuencia, no tiene ningún efecto sobre el Procedimiento aplicable a la ICC adoptado por el Grupo Especial. Ni la decisión del grupo especial de adoptar el Procedimiento aplicable a la ICC ni el contenido de ese procedimiento han sido objeto de apelación.

143. Con respecto a las actuaciones del examen de apelación, en particular, las disposiciones del ESD, imponen una obligación de confidencialidad que se aplica a los Miembros de la OMC en general así como a los miembros del Órgano de Apelación y a sus funcionarios. A este respecto, el párrafo 10 del artículo 17 del ESD dispone, sin reserva alguna, que "las *actuaciones* del Órgano de

Apelación *tendrán carácter confidencial*". (las cursivas son nuestras) La palabra "actuación" ha sido definida como sigue:

En un sentido general, la forma y la manera de desarrollar una actividad jurídica ante un tribunal o un funcionario judicial. Sucesión regular y ordenada de actos en la forma prescrita por la ley, *incluidos todos los posibles pasos de una acción desde su interposición hasta la ejecución de la sentencia*.⁷⁸ (las cursivas son nuestras)

En términos más generales, la palabra "actuaciones" ha sido definida como "tramitación de un asunto por un tribunal".⁷⁹ En su sentido corriente, consideramos que la palabra "actuaciones" incluye, en un examen en apelación, cualquier comunicación escrita, memorandos jurídicos, respuestas escritas a preguntas, y declaraciones orales de los participantes y los terceros participantes; la celebración de la audiencia ante el Órgano de Apelación, incluidas las transcripciones o cintas de esa audiencia; y las deliberaciones, el intercambio de opiniones y los trabajos internos del Órgano de Apelación.

144. El párrafo 2 del artículo 18 del ESD también contiene normas que protegen el carácter confidencial de las comunicaciones y de la información escritas presentadas al Órgano de Apelación:

Las comunicaciones por escrito al grupo especial o al Órgano de Apelación se considerarán confidenciales, pero se facilitarán a las partes en la diferencia. Ninguna de las disposiciones del presente Entendimiento impedirá a una parte en la diferencia hacer públicas sus posiciones. Los 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. A petición de un Miembro, una parte en la diferencia podrá también facilitar un resumen no confidencial de la información contenida en sus comunicaciones escritas que pueda hacerse público. (las cursivas son nuestras)

145. En nuestra opinión, las disposiciones del párrafo 10 del artículo 17 y el párrafo 2 del artículo 18 se aplican a todos los Miembros de la OMC, y los obligan a mantener la confidencialidad de las comunicaciones o informaciones presentadas, o recibidas, en el procedimiento del Órgano de Apelación. Además, esas disposiciones obligan a los Miembros a asegurarse de que tal confidencialidad sea plenamente respetada por cualquier persona que el Miembro designe para que actúe como su representante, abogado o consultor. A ese respecto, tomamos nota, con aprobación, de la declaración siguiente hecha por el Grupo Especial que se ocupó del asunto *Indonesia - Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil*:

Deseamos destacar que todos los miembros de las delegaciones de las partes, independientemente de que sean o no funcionarios del Gobierno, asisten a las reuniones en calidad de representantes de los gobiernos respectivos, y, como tales,

⁷⁸ *Black's Law Dictionary* (West Publishing Co. 1990), página 1.204.

⁷⁹ *The New Shorter Oxford English Dictionary*, (Clarendon Press, 1993), volumen II, página 2.364.

*están sujetos a las disposiciones del ESD y de los procedimientos uniformes de trabajo, incluidos los párrafos 1 y 2 del artículo 18 del ESD y los párrafos 2 y 3 de los citados procedimientos. En especial, las partes están obligadas a considerar confidenciales todas las comunicaciones dirigidas al Grupo Especial y toda la información facilitada con ese carácter por los demás Miembros; y, además, el Grupo Especial se reúne a puerta cerrada. En consecuencia, esperamos que todas las delegaciones respeten plenamente esas obligaciones y traten con la máxima prudencia y discreción esos procedimientos.*⁸⁰ (las cursivas son nuestras)

146. Por último, deseamos recordar que los miembros del Órgano de Apelación y su personal están comprendidos en el párrafo 1 del artículo VII de las *Normas de Conducta*⁸¹, que dispone lo siguiente:

Las personas sujetas mantendrán en todo momento la confidencialidad de las deliberaciones y procedimiento de solución de diferencias y de cualquier información que una parte designe como confidencial. (las cursivas son nuestras)

147. Por estas razones, no consideramos que sea necesario, dadas todas las circunstancias del presente caso, adoptar procedimientos *adicionales* para la protección de la información comercial confidencial en estas actuaciones en apelación. Por lo tanto, rechazamos la solicitud del Brasil y el Canadá.

IV. Cuestiones planteadas en esta Apelación

148. En esta apelación se plantean las siguientes cuestiones:

- a) si el Grupo Especial incurrió en error al interpretar el término "beneficio" del párrafo 1 b) del artículo 1 del *Acuerdo SMC*;
- b) si el Grupo Especial incurrió en error al interpretar y aplicar la expresión "supeditadas [...] *de facto* a los resultados de exportación" del párrafo 1 a) del artículo 3 del *Acuerdo SMC*;
- c) si el Grupo Especial incurrió en error al no inferir conclusiones desfavorables de la negativa del Canadá a facilitar información sobre determinadas actividades de financiación de deudas de la EDC;
- d) si el Grupo Especial incurrió en error al constatar que determinadas actividades de financiación de deudas de la EDC en apoyo del sector canadiense de las aeronaves de

⁸⁰ Informe del Grupo Especial, WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R, adoptado el 23 de julio de 1998, párrafo 14.1.

⁸¹ Las *Normas de Conducta* han sido incorporadas directamente a los *Procedimientos de Trabajo* (véase la Regla 8 de dichos *Procedimientos*).

transporte regional no otorgan un "beneficio" en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del *Acuerdo SMC*; y

- e) si el Grupo Especial incurrió en error al constatar que la inversión de capital realizada por la EDC en CRJ Capital no otorga un "beneficio" en el sentido del párrafo 1 del artículo 1 b) del *Acuerdo SMC*.

V. Interpretación del término "beneficio" del párrafo 1 b) del artículo 1 del *Acuerdo SMC*

149. Al interpretar el término "beneficio" del párrafo 1 b) del artículo 1 del *Acuerdo SMC*, el Grupo Especial constató que:

... es evidente que el sentido corriente de "beneficio" supone algún tipo de ventaja. [...] Para determinar si una contribución financiera (en el sentido del inciso i) del párrafo 1 a) del artículo 1) confiere un "beneficio", es decir, una ventaja, es necesario determinar si coloca al *receptor* en una *posición más ventajosa que la que habría tenido de no ser por ella*. A nuestro parecer, la única base lógica para determinar la posición que habría tenido el receptor de no ser por la contribución financiera es el *mercado*. En consecuencia, sólo se conferirá un "beneficio", es decir, una ventaja, con una contribución financiera, si ésta *se realiza en condiciones más ventajosas que las que habrían estado a disposición del receptor en el mercado*.⁸² (las cursivas son nuestras)

150. El Grupo Especial llegó a la conclusión de que el concepto de "costo para el gobierno" no es pertinente a la interpretación y aplicación del término "beneficio" en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del *Acuerdo SCM*.⁸³ Halló apoyo contextual para esta lectura de ese término en el artículo 14 del *Acuerdo SMC*. Constató también que el anexo IV de ese Acuerdo no forma parte del contexto pertinente de "beneficio" en el párrafo 1 b) del artículo 1.

151. El Canadá apela en contra de la interpretación jurídica hecha por el Grupo Especial del término "beneficio" tal como figura en el párrafo 1 b) del artículo 1 del *Acuerdo SMC*. A su juicio, el Grupo Especial incurrió en un error en su interpretación del término "beneficio", al centrarse en los criterios comerciales que figuran en el artículo 14, excluyendo el costo para el gobierno, y al rechazar el anexo IV como contexto pertinente.⁸⁴ El Canadá sostiene que el anexo IV del *Acuerdo SMC* respalda la opinión de que la expresión "costo para el gobierno", mencionada en el anexo IV es una

⁸² Informe del Grupo Especial, párrafo 9.112. El Grupo Especial confirmó su interpretación en términos análogos en su conclusión contenida en el párrafo 9.120 de su informe.

⁸³ *Ibid.*, párrafo 9.112.

⁸⁴ Comunicación del apelante presentada por el Canadá, párrafos 98 y 102.

interpretación legítima del término "beneficio". En su comunicación de apelado, el Brasil coincide plenamente con la interpretación del Grupo Especial.

152. Bajo el título "*Definición de subvención*", en el párrafo 1 del artículo 1 del *Acuerdo SMC* se dispone, en la parte pertinente:

1.1 A los efectos del presente Acuerdo, se considerará que existe subvención:

a) 1) cuando haya una contribución financiera de un gobierno o de cualquier organismo público en el territorio de un Miembro (denominados en el presente Acuerdo "gobierno") [...]

[...]

y

b) *con ello se otorgue un beneficio.* (las cursivas son nuestras)

153. Para ocuparnos de esta cuestión, comenzaremos con el sentido corriente del término "beneficio". Según el diccionario, el significado de la palabra "benefit" (beneficio) es ventaja, bien, obsequio, provecho, o, más en general, un factor o circunstancia favorable o útil.⁸⁵ Cada una de estas palabras o expresiones posibles matiza el término "beneficio" y contribuye a transmitir parte de su esencia. Estas definiciones confirman también que el Grupo Especial tuvo razón en declarar que "es evidente que el sentido corriente de "beneficio" supone algún tipo de ventaja".⁸⁶ Sin embargo, está claro que los significados de la palabra según el diccionario dejan abiertas muchas cuestiones de interpretación.

154. Un "beneficio" no existe en abstracto, sino que debe ser recibido por un beneficiario o un receptor, que disfruta de él. Lógicamente, sólo puede decirse que existe un "beneficio" si una persona, física o jurídica, o un grupo de personas, ha recibido de hecho algo. Por lo tanto, el término "beneficio" implica que debe haber un receptor. El texto apoya así la idea de que la investigación realizada con arreglo al párrafo 1 b) del artículo 1 del *Acuerdo SMC* debe centrarse en el receptor y no en la autoridad otorgante. El sentido corriente de la palabra "otorgue", tal como se utiliza en el párrafo 1 b) del artículo 1, respalda esta opinión. "Confer" (otorgar) significa, entre otras cosas, dar,

⁸⁵ *The New Shorter Oxford English Dictionary*, supra, nota 79 de pie de página, volumen I, página 214; *The Concise Oxford Dictionary*, (Clarendon Press, 1995), página 120; *Webster's Third New International Dictionary* (unabridged), (William Benton, 1966), volumen I, página 204.

⁸⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 9.112.

conceder o conferir.⁸⁷ La utilización en la versión inglesa del participio pasado "conferred" (otorgado) en la forma pasiva, conjuntamente con la palabra "thereby" (por ese medio) requiere naturalmente una investigación de *qué fue lo otorgado al receptor*. Por consiguiente, creemos que el argumento del Canadá de que el "costo para el gobierno" es una manera de concebir el "beneficio" está reñido con el sentido corriente del párrafo 1 b) del artículo 1, que se centra en el *receptor* y no en el *gobierno* que proporciona la "contribución financiera".

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

156. La estructura del párrafo 1 del artículo 1 en su conjunto confirma nuestra opinión de que el párrafo 1 b) del artículo 1 se refiere al "beneficio" para el receptor y no al "costo para el gobierno". La definición de "subvención" en el párrafo 1 del artículo 1 consta de dos elementos separados: "una contribución financiera de un gobierno o de cualquier organismo público" y "un beneficio" que "con ello se otorgue". El primer elemento de esta definición se basa en si el *gobierno* hace una "contribución financiera", en el sentido de esa expresión definido en el párrafo 1 a) del artículo 1. Está centrado en la acción del gobierno de hacer la "contribución financiera". Puesto que esto es así, nos parece lógico que el segundo elemento que figura en el párrafo 1 del artículo 1 se refiera al "beneficio" que "se otorgue" al *receptor* mediante esa acción del gobierno. Así pues, en los apartados a) y b) del párrafo 1 del artículo 1, la "subvención" se define por referencia, en primer lugar, a la acción de la autoridad otorgante y, en segundo lugar, a lo otorgado al receptor. Por lo tanto, el argumento del Canadá de que el "costo para el *gobierno*" es pertinente a la cuestión de si existe un

⁸⁷ *The New Shorter Oxford English Dictionary*, (Clarendon Press, 1993), volumen I, página 474; *The Concise Oxford English Dictionary*, (Clarendon Press, 1995) página 278; *Webster's Third New International Dictionary*, (William Benton, 1966), volumen I, página 475.

"beneficio" para el *receptor* con arreglo al párrafo 1 b) del artículo 1 no tiene en cuenta la estructura global del párrafo 1 del artículo 1.

157. Creemos también que la palabra "beneficio", tal como se utiliza en el párrafo 1 b) del artículo 1, implica algún tipo de comparación. Esto debe ser así, porque no puede haber un "beneficio" para el receptor a menos que la "contribución financiera" lo coloque en una situación mejor que la que habría tenido de no existir esa contribución. A nuestro juicio, el mercado proporciona una base de comparación apropiada al determinar si se ha otorgado un "beneficio", porque los posibles efectos de distorsión del comercio de una "contribución financiera" pueden identificarse determinando si el receptor ha recibido una "contribución financiera" en condiciones más favorables que las que hubiera podido obtener en el mercado.

158. El artículo 14, que, como hemos dicho, es un contexto pertinente a la interpretación del párrafo 1 b) del artículo 1, respalda nuestra opinión de que el mercado es una base de comparación apropiada. Las directrices establecidas en ese artículo se refieren a la aportación de capital, los préstamos, las garantías crediticias, el suministro de bienes o servicios por el gobierno y la compra de bienes por el gobierno. Con arreglo a cada una de las directrices, existe un "beneficio" si el receptor ha recibido una "contribución financiera" en condiciones más favorables que las que hubiera podido obtener en el mercado competitivo.

159. El Canadá ha aducido que el Grupo Especial incurrió en error al no tener en cuenta el párrafo 1 del anexo IV como parte del contexto pertinente del término "beneficio". No vemos la pertinencia de esa disposición para la interpretación de "beneficio" en el párrafo 1 b) del artículo 1 del *Acuerdo SMC*. El anexo IV prevé un método para calcular el total de subvención *ad valorem* aplicado a un producto con arreglo a las disposiciones sobre el "perjuicio grave" que figuran en el artículo 6 del *Acuerdo SMC*, con objeto de determinar si una subvención se utiliza de manera que tenga "efectos desfavorables". Por lo tanto, el anexo IV no tiene nada que ver con que se haya otorgado o no un "*beneficio*" ni con que una medida constituya o no una subvención en el sentido del párrafo 1 del artículo 1. Coincidimos con el Grupo Especial en que el anexo IV no es un contexto útil para la interpretación del párrafo 1 b) del artículo 1 del *Acuerdo SMC*.

160. El Canadá insiste en que el concepto de "costo para el gobierno" es pertinente a la interpretación del término "beneficio". Señalamos que esta interpretación de "beneficio" excluiría del ámbito de ese término las situaciones en las que otorga un "beneficio" por un organismo privado bajo la dirección del gobierno. Estas situaciones no pueden quedar *excluidas* de la definición de "beneficio" tal como figura en el párrafo 1 b) del artículo 1, dado que están específicamente *incluidas*

en la definición de "contribución financiera" contenida en el inciso iv) del párrafo 1 a) del artículo 1. Por lo tanto, no nos convence este argumento del Canadá.

161. A la luz de lo que antecede, constatamos que el Grupo Especial no ha incurrido en error en su interpretación del término "beneficio", tal como se utiliza en el párrafo 1 b) del artículo 1 del *Acuerdo MSC*.

VI. "Supeditadas *de facto* a los resultados de exportación"

162. El Grupo Especial sostuvo que una subvención está "supeditada [...] *de facto* a los resultados de exportación" con arreglo al párrafo 1 a) del artículo 3 del *Acuerdo SMC* si existe una relación de condicionalidad o dependencia "entre la concesión de la subvención y las exportaciones o los ingresos de exportación previstos".⁸⁸ El Grupo Especial declaró que podía:

[...] proceder a examinar con mayor eficacia si existe la condicionalidad, entre la concesión de asistencia en el marco del TPC a la rama de producción canadiense de aeronaves de transporte regional y las exportaciones o los ingresos de exportación previstos, estableciendo si los hechos demuestran que esa asistencia del TPC no se habría otorgado a la rama de producción de aeronaves regionales a no ser por las exportaciones o los ingresos de exportación previstos.⁸⁹ (el subrayado figura en el original)

En lo que se refiere a la demostración de la supeditación *de facto* a la exportación, el Grupo Especial sostuvo que:

[...] de la nota 4 de pie de página en su sentido corriente se desprende claramente que todos los hechos pueden ser pertinentes, siempre que "demuestren" (de forma individual o conjuntamente con otros hechos) que una subvención no se habría otorgado a no ser por las exportaciones o los ingresos de exportación previstos, o demuestre el caso contrario. Estimamos que esto es válido respecto de la orientación a la exportación del receptor, o de la razón que impulsó a otorgar la subvención, así como respecto de una serie de otros factores que puedan rodear la concesión de la subvención en cuestión. En un caso específico, la importancia relativa de cada hecho sólo puede determinarse en el contexto de ese caso, y no fundándose en generalidades.⁹⁰ (el subrayado figura en el original)

El Grupo Especial opinó también que:

[...] cuanto más facilite una subvención la venta de un producto en el mercado de exportación, mayor será la posibilidad de que los hechos puedan demostrar que esa

⁸⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 9.331.

⁸⁹ *Ibid.*, párrafo 9.332.

⁹⁰ *Ibid.*, párrafo 9.337.

subvención no se habría otorgado a no ser por las exportaciones o ingresos de exportación previstos. En cambio, si una subvención no afecta en gran medida las ventas de exportación, hay menos posibilidades de que los hechos demuestren que la subvención no se habría concedido a no ser por las exportaciones o los ingresos de exportación previstos.⁹¹

163. Sobre esta base y después de examinar los hechos que tenía ante sí, el Grupo Especial constató que "la asistencia otorgada en el marco del TPC a la rama de producción canadiense de aeronaves de transporte regional está 'supeditada [...] *de facto* a los resultados de exportación' en el sentido del apartado a) del párrafo 1 del artículo 3 del *Acuerdo SMC*".⁹²

164. El Canadá apela contra la constatación del Grupo Especial de que la asistencia en el marco del TPC está "supeditada [...] *de facto* a los resultados de exportación". Aduce, entre otras cosas, que una subvención está "supeditada [...] *de facto* a los resultados de exportación" cuando los hechos y circunstancias son tales que es razonable que el receptor sepa que hay un requisito de exportar".⁹³ El Canadá sostiene que el Grupo Especial convirtió la orientación a la exportación del sector canadiense de las aeronaves de transporte regional en el criterio decisivo de la supeditación *de facto* a la exportación.⁹⁴ El Canadá aduce también que el Grupo Especial incurrió en error al llegar a la conclusión de que "cuanto más facilite una subvención la venta de un producto en el mercado de exportación, mayor será la posibilidad de que los hechos puedan demostrar que esa subvención no se habría otorgado a no ser por las exportaciones o ingresos de exportación previstos"⁹⁵. El Canadá sostiene además que el Grupo Especial confundió las *consideraciones* que tuvo en cuenta el TPC con las *condiciones* basadas en los resultados de exportación⁹⁶. Por último, el Canadá mantiene que el Grupo Especial incurrió en error porque no dio ninguna indicación de que se hubiera examinado el funcionamiento del programa TPC en su conjunto⁹⁷. Por su parte, el Brasil está totalmente de acuerdo con la interpretación y la aplicación por el Grupo Especial de la expresión "supeditadas [...] *de facto* a los resultados de exportación".

165. En el párrafo 1 del artículo 3 del *Acuerdo SMC*, se dispone, en la parte pertinente:

⁹¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 9.339.

⁹² *Ibid.*, párrafo 9.347.

⁹³ Comunicación del apelante presentada por el Canadá, párrafo 30.

⁹⁴ *Ibid.*, párrafo 61.

⁹⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 9.339.

⁹⁶ Comunicación del apelante presentada por el Canadá, párrafo 59.

⁹⁷ *Ibid.*, párrafo 77.

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

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

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

En el párrafo 2 del artículo 3 se agrega que "[n]ingún Miembro concederá ni mantendrá las subvenciones a que se refiere el párrafo 1."

166. Al abordar esta cuestión, comenzamos una vez más nuestra tarea de interpretación examinando el sentido corriente del texto del tratado. A nuestro juicio, en el párrafo 1 a) del artículo 3, el término fundamental es "supeditadas". Como observó el Grupo Especial, el sentido corriente de "supeditadas" es "condicionadas a" o "dependientes para su existencia de algo"⁹⁸. Esta manera corriente de comprender la palabra "supeditadas" queda respaldada por el texto del párrafo 1 a) del artículo 3, que establece una vinculación explícita entre supeditación y condicionalidad, al declarar que la supeditación a la exportación puede ser la "condición única o entre otras varias *condiciones*".

167. En el párrafo 1 a) del artículo 3 se prohíbe *cualquier* subvención que esté supeditada a los resultados de exportación, ya sea la supeditación "*de jure* o *de facto*". Mediante la prohibición de las subvenciones a la exportación que están supeditadas *de facto* a los resultados de exportación, los negociadores de la Ronda Uruguay intentaron evitar que se eludiera la prohibición de las subvenciones supeditadas *de jure* a esos resultados de exportación.⁹⁹ A nuestro juicio, el criterio jurídico expresado por la palabra "supeditadas" es el mismo cuando la supeditación es *de jure* y cuando es *de facto*. Sin embargo, hay una diferencia en las pruebas que pueden utilizarse para demostrar que la subvención está supeditada a la exportación. La supeditación *de jure* a la

⁹⁸ *The New Shorter Oxford English Dictionary*, (Clarendon Press, 1993), volumen I, página 494; *The Concise Oxford English Dictionary*, (Clarendon Press, 1995), página 289. Véase también *Webster's Third New International Dictionary*, (William Benton, 1996), volumen I, página 493. Véase el informe del Grupo Especial, párrafo 9.331.

⁹⁹ Véase la comunicación presentada por las Comunidades Europeas durante las negociaciones sobre el *Acuerdo SMC*, titulada "Elementos del marco para las negociaciones" (MTN.GNG/N6.10/W/31), citada ante nosotros en el párrafo 40 de la comunicación de tercero participante presentada por los Estados Unidos.

exportación se demuestra a partir del texto de la ley, reglamento u otro instrumento legal pertinente. Demostrar la supeditación *de facto* a la exportación es mucho más difícil. No existe un único documento legal que demuestre, sin necesidad de ahondar más, que una subvención está "supeditada [...] *de facto* a los resultados de exportación". Por el contrario, la existencia de esa relación de supeditación entre la subvención y los resultados de exportación debe *inferirse* de la configuración total de los hechos que constituyen la concesión de la subvención y la rodean, ninguno de los cuales será probablemente decisivo por sí solo en ningún caso determinado.

168. Reconociendo las dificultades que implica demostrar la supeditación *de facto*, los negociadores de la Ronda Uruguay proporcionaron, en la nota 4 de pie de página del *Acuerdo SMC*, una norma para determinar cuándo están las subvenciones "supeditadas [...] *de facto* a los resultados de exportación". La nota 4 de pie de página está redactada en los siguientes términos:

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

169. En la nota 4 de pie de página queda claro que la supeditación *de facto* a la exportación debe ser *demostrada* por los *hechos*. Estamos de acuerdo con el Grupo Especial en que dependerá de las circunstancias de un determinado asunto qué hechos *deben* tenerse en cuenta en él. También convenimos con el Grupo Especial en que no puede haber una norma general que disponga qué hechos o qué tipos de hechos *deben* tenerse en cuenta. Observamos que el cumplimiento del criterio para la determinación de la supeditación *de facto* a la exportación establecido en la nota 4 de pie de página requiere que se prueben tres elementos sustantivos distintos: en primer lugar, la "*concesión* de una subvención"; en segundo lugar, que ésta "*está [...] vinculada a [...]*"; y en tercer lugar, "*las exportaciones o los ingresos de exportación reales o previstos*" (las cursivas son nuestras). Examinaremos sucesivamente cada uno de estos elementos.

170. El primer elemento del criterio para la determinación de la supeditación *de facto* a la exportación es la "*concesión* de una subvención". A nuestro juicio, la investigación inicial debe ocuparse de si la *autoridad otorgante* impuso una condición basada en los resultados de exportación al conceder la subvención. Según el texto del párrafo 2 del artículo 3 y la nota 4 del pie de página, la prohibición se refiere a la "*concesión* de una subvención" y no a su recepción. La obligación resultante del tratado se impone al Miembro *otorgante* y no al receptor. Por consiguiente, no estamos

de acuerdo con el Canadá en que un análisis de la expresión "supeditadas [...] *de facto* a los resultados de exportación" deba centrarse en el conocimiento razonable del receptor.¹⁰⁰

171. El segundo elemento sustantivo que figura en la nota 4 de pie de página se refleja en la expresión "vinculada a". El sentido corriente de esta expresión confirma la vinculación de la supeditación con la condicionalidad en el párrafo 1 a) del artículo 3. Entre los numerosos significados del verbo "tie" (vincular), creemos que, en este caso, dado que la palabra "vinculada" va inmediatamente seguida por la palabra "a" en la nota 4 de pie de página, el sentido corriente pertinente debe ser limitar o restringir mediante condiciones.¹⁰¹ Por lo tanto, este elemento de la norma establecida en la nota 4 de pie de página pone de relieve que debe demostrarse la existencia de una relación de condicionalidad o dependencia. El segundo elemento sustantivo se sitúa en el núcleo mismo del criterio jurídico contenido en la nota 4 de pie de página y no puede dejarse de lado. En cualquier asunto determinado, es necesario que los hechos "demuestren" que la concesión de una subvención está *vinculada a* o *supeditada a* exportaciones reales o previstas.¹⁰² No basta con demostrar únicamente que el gobierno que otorgó la subvención *previó* que daría lugar a exportaciones. La prohibición contenida en el párrafo 1 a) del artículo 3 se aplica a las subvenciones que están *supeditadas* a los resultados de exportación.

172. Pasamos ahora al tercer elemento sustantivo a que se hace referencia en la nota 4 de pie de página. Según el diccionario, el sentido de la palabra "anticipated" (previsto) es "esperado".¹⁰³ Sin embargo, la utilización de esta palabra *no* convierte el criterio de la supeditación *de facto* en un criterio aplicado simplemente para evaluar las expectativas de exportación que tenga la autoridad otorgante. Si las exportaciones fueron previstas o esperadas debe deducirse de un examen de los

¹⁰⁰ Al constatar que el conocimiento del receptor no es parte del criterio jurídico que determina la supeditación *de facto* a la exportación, no queremos indicar que los grupos especiales nunca puedan examinar los elementos de prueba objetivos pertinentes relativos al receptor.

¹⁰¹ *The New Shorter Oxford English Dictionary*, (Clarendon Press, 1993), volumen II, página 3.307. Véase también *The Concise Oxford English Dictionary*, (Clarendon Press, 1995), página 1.457.

¹⁰² Señalamos que el Grupo Especial consideró que la forma más eficaz de comprobar si una subvención está supeditada *de facto* a los resultados de exportación es examinar si se habría otorgado *a no ser por* las exportaciones o los ingresos de exportación previstos (informe del Grupo Especial, párrafo 9.332). Aunque consideramos que el Grupo Especial no incurrió en error en su enfoque general de la supeditación *de facto* a la exportación, nosotros -y también los grupos especiales- debemos interpretar y aplicar el lenguaje realmente utilizado en el tratado (véase, por ejemplo, el informe del Órgano de Apelación en el asunto *India - Patentes*, *supra*, nota 35 de pie de página, párrafo 45).

¹⁰³ *The New Shorter Oxford English Dictionary*, (Clarendon Press, 1993), volumen I, página 88, indica que un sentido coloquial de "anticipate" (prever) es "expect" (esperar). *The Concise Oxford English Dictionary*, (Clarendon Press, 1995), página 53, considera que "expect" (esperar) es un significado controvertido de "anticipate" (prever).

elementos de prueba objetivos, que es totalmente independiente del examen de si una subvención está "vinculada a" exportaciones reales o previstas y *no debe confundirse con éste*. Una subvención puede muy bien otorgarse sabiendo o previendo que dará lugar a exportaciones. Sin embargo, esto no basta por sí solo porque por sí solo no es prueba de que la concesión de la subvención esté *vinculada a* la previsión de la exportación.

173. Existe una relación lógica entre la segunda frase de la nota 4 de pie de página y el requisito de "vinculada a" contenido en la primera frase de esa nota. La segunda frase impide que los grupos especiales constaten la supeditación *de facto* a la exportación por la única razón de que la subvención "sea otorgada a empresas que exporten". A nuestro juicio, saber simplemente que las ventas de un receptor están orientadas a la exportación no demuestra, sin más, que la concesión de una subvención esté vinculada a exportaciones reales o previstas. Por lo tanto, la segunda frase de la nota 4 de pie de página es una expresión específica de la prescripción contenida en la primera frase, según la cual es necesario demostrar que se cumple el requisito expresado con la expresión "vinculada a". Estamos de acuerdo con el Grupo Especial en que, con arreglo a esa segunda frase, la orientación a la exportación de un receptor puede tenerse en cuenta como *un* hecho pertinente, siempre que sea uno de varios hechos considerados y no el único hecho en que se apoye una constatación.

174. El Canadá aduce que el Grupo Especial incurrió en error al declarar que "cuanto más facilite una subvención la venta de un producto en el mercado de exportación, *mayor será la posibilidad* de que los hechos puedan demostrar que esa subvención"¹⁰⁴ está "supeditada [...] *de facto* a los resultados de exportación" (sin cursivas en el original). Recordamos que el Grupo Especial agregó que "si una subvención no afecta en gran medida las ventas de exportación, *hay menos posibilidades* de que los hechos demuestren que la subvención"¹⁰⁵ está "supeditada [...] *de facto* a los resultados de exportación" (las cursivas son nuestras). Nos parece que, con estas declaraciones, el Grupo Especial aplica lo que podría considerarse una presunción legal. Aunque convenimos en que esta cercanía a la etapa del mercado de exportación *puede* ser un hecho pertinente, en determinadas circunstancias, no creemos que deba considerarse una *presunción legal*. Por ejemplo, no "hay menos posibilidades" de que los hechos, tomados en su conjunto, demuestren que una subvención previa a la producción con fines de investigación y desarrollo esté "supeditada [...] *de facto* a los resultados de exportación". Si un grupo especial tiene en cuenta este factor, debe tratarlo con considerable precaución. A nuestro juicio, la mera presencia o ausencia de este factor en un caso determinado no establece la presunción de que una subvención esté o no supeditada *de facto* a los resultados de exportación. El criterio

¹⁰⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 9.339.

¹⁰⁵ *Ibid.*, párrafo 9.339.

jurídico que debe aplicarse sigue siendo el mismo: es necesario demostrar la existencia de cada uno de los tres elementos sustantivos previstos en la nota 4 de pie de página.

175. Habiendo examinado el criterio jurídico establecido en la nota 4 de pie de página para la determinación de la supeditación *de facto* a la exportación con arreglo al párrafo 1 a) del artículo 3, pasaremos a continuación a la aplicación por el Grupo Especial de ese criterio jurídico a los hechos relativos a la asistencia proporcionada por el TPC al sector canadiense de las aeronaves de transporte regional. El Grupo Especial expuso con cierto detalle los diversos hechos que tuvo en cuenta para llegar a la conclusión de que la asistencia en el marco del TPC estaba supeditada *de facto* "[...] a los resultados de exportación".¹⁰⁶ Efectivamente, el Grupo Especial tomó en consideración 16 elementos de hecho distintos, relativos a cuestiones diversas, entre ellos: la exposición por el TPC de sus objetivos generales; los tipos de información que deben hacerse constar en las solicitudes de financiación del TPC; las consideraciones, o los criterios que deben cumplir los solicitantes para acogerse al programa, en que se basa el TPC para decidir si debe conceder asistencia; los factores que han de identificar los funcionarios del TPC al formular recomendaciones sobre las solicitudes de financiación; el historial del TPC en lo que se refiere a la financiación en la esfera de la exportación, en general, y en el sector aeroespacial y de defensa, en particular; la cercanía a la etapa del mercado de exportación de los proyectos financiados; la importancia de las ventas de exportación previstas por los solicitantes para las decisiones del TPC en materia de financiación; y la orientación a la exportación de las empresas o la rama de producción que reciben ayuda.

176. Nuestro escrutinio del informe del Grupo Especial no nos permite convenir con el Canadá en que el Grupo consideró que el criterio decisivo era la orientación a la exportación del sector de las aeronaves de transporte regional. De conformidad con la norma establecida en la nota 4 de pie de página, no nos parece que el Grupo Especial haya concedido una importancia indebida a la orientación a la exportación de la rama de producción canadiense. Este hecho fue, más bien, uno de los varios que, según constató el Grupo Especial demostraban, considerados conjuntamente que la concesión de subvenciones por el TPC estaba "vinculada a" las exportaciones reales o previstas.

177. Recordamos nuestra constatación de que podía entenderse que el Grupo Especial había considerado que el factor de la cercanía a la etapa del mercado de exportación daba lugar a una presunción legal en la determinación de si la asistencia del TPC estaba "supeditada [...] *de facto* a los resultados de exportación".¹⁰⁷ No obstante, hemos manifestado también que, en determinadas

¹⁰⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 9.340.

¹⁰⁷ *Supra*, párrafo 174.

circunstancias, este factor puede ser pertinente al realizar esa determinación. A nuestro juicio, en las circunstancias de este asunto, el Grupo Especial no incurrió en error al tomar en consideración este factor de la cercanía a la etapa del mercado de exportación, junto con todos los demás hechos que tuvo en cuenta. Además, en nuestra opinión y a la luz de todos los hechos examinados por el Grupo Especial, éste habría llegado, con toda probabilidad, a la conclusión de que la asistencia concedida en el marco del TPC a las empresas canadienses que exportaban aeronaves de transporte regional estaba "supeditada [...] *de facto* a los resultados de exportación", incluso si no hubiera tenido en cuenta este factor.

178. El Canadá afirma también que el Grupo Especial confundió las *consideraciones* -es decir, los criterios para acogerse al programa, contenidos en el Manual del TPC, que éste tuvo en cuenta al adoptar sus decisiones en materia de financiación- con las *condiciones* basadas en los resultados de exportación.¹⁰⁸ No estamos de acuerdo con esta afirmación. El Grupo Especial *no* constató que esos criterios *fuera*n condiciones sino, más bien, que ayudaban a *demonstrar* la existencia de supeditación *de facto* a los resultados de exportación.¹⁰⁹ Consideramos perfectamente posible que esas consideraciones de ese tipo, especialmente cuando se toman conjuntamente con otros hechos, puedan demostrar que una subvención "está supeditada [...] *de facto* a los resultados de exportación".¹¹⁰ Incluso, en muchos casos, los criterios para acogerse a un programa en que se basa una autoridad otorgante y la aplicación de esos criterios en la práctica pueden proporcionar pruebas especialmente sólidas de si la concesión de una subvención está "supeditada [...] *de facto* a los resultados de exportación".

179. Señalamos, por último, que el Grupo Especial tuvo en cuenta varios hechos relativos al programa TPC en general.¹¹¹ Por lo tanto, no estamos de acuerdo con la afirmación del Canadá de que no hay ninguna indicación de que el Grupo Especial examinara el funcionamiento del programa TPC en su conjunto.¹¹² Además, el hecho de que algunas de las contribuciones del TPC, en algunos sectores industriales, *no* estén supeditadas a los resultados de exportación no significa necesariamente que esto sea cierto en el caso de todas ellas. Basta con mostrar que una o varias de

¹⁰⁸ Comunicación del apelante presentada por el Canadá, párrafo 59.

¹⁰⁹ Véase el informe del Grupo Especial, párrafos 9.340 y 9.341.

¹¹⁰ Señalamos que las consideraciones o los criterios para acogerse al programa no constituyen nunca, por sí mismos, una condición de exportación porque, si así fuera, habría un caso de supeditación *de jure* a la exportación.

¹¹¹ Los hechos mencionados en los puntos octavo, noveno, undécimo y decimotercero del párrafo 9.340 del informe del Grupo Especial se refieren todos ellos al Programa TPC en su conjunto.

¹¹² Comunicación del apelante presentada por el Canadá, párrafo 77.

esas contribuciones sí constituyen subvenciones "supeditadas [...] *de facto* a los resultados de exportación".

180. Por todas estas razones, confirmamos la constatación jurídica del Grupo Especial de que "la asistencia otorgada en el marco del TPC a la rama de producción canadiense de aeronaves de transporte regional está 'supeditada [...] *de facto* a los resultados de exportación' en el sentido del apartado a) del párrafo 1 del artículo 3 del Acuerdo SMC".¹¹³

VII. Inferencia de conclusiones desfavorables a partir de determinados hechos

181. Abordamos ahora la cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error de derecho al no inferir conclusiones desfavorables de la negativa del Canadá a facilitar información sobre las actividades de financiación de deudas de la EDC. La resolución del Grupo Especial sobre esta cuestión debe citarse *in extenso*:

Tomamos nota de que el Brasil nos solicita sacar "conclusiones desfavorables", dada la negativa del Canadá a detallar la transacción realizada con ASA. En ciertas circunstancias, cuando no se dispone de pruebas directas, consideramos que se puede solicitar a un grupo especial que saque esas conclusiones, cuando existe una base suficiente para ello. Esto es especialmente válido cuando no se dispone de pruebas directas porque éstas han sido retenidas por la parte que posee esas pruebas con exclusividad. No obstante, en el caso que nos ocupa, no consideramos que exista una base suficiente para sacar la conclusión de que la financiación de deudas por la EDC en el sector canadiense de aeronaves de transporte regional otorga un "beneficio". En particular, el Brasil no ha hecho ningún intento de demostrar que la financiación de deudas por la EDC fue concedida a ASA en condiciones inferiores a las del mercado. Por otra parte, el Brasil no ha demostrado, sobre la base de sus argumentos relativos a las declaraciones de funcionarios de la EDC y los rendimientos financieros de la EDC, que la financiación de deudas por la EDC otorgue en general un "beneficio". Si el Brasil lo hubiera hecho, se nos podría haber solicitado que sacáramos las conclusiones pedidas por el Brasil.¹¹⁴

182. El Brasil apela contra esta resolución del Grupo Especial y alega que éste incurrió en error de derecho al no inferir consecuencias desfavorables de la negativa del Canadá a facilitar la información solicitada sobre la financiación por la EDC de la operación con ASA. Cree que, en las circunstancias de este asunto, el Grupo Especial estaba obligado a inferir que la información retenida por el Canadá era perjudicial para la postura de ese país y apoya sus argumentos invocando las autoridades de derecho internacional público citadas. El Brasil nos pide que revoquemos la resolución del Grupo Especial, que infiramos nosotros las conclusiones desfavorables que, según sostiene el Brasil, debía haber inferido el Grupo Especial, y que determinemos que las pruebas de que hay constancia, junto

¹¹³ Informe del Grupo Especial, párrafo 9.347.

¹¹⁴ *Ibid.*, párrafo 9.181.

con esas conclusiones desfavorables, permiten llegar a la conclusión de que la financiación de deudas por la EDC otorga un "beneficio" y, por consiguiente, contiene ese elemento necesario de una "subvención". El Canadá sostiene que el Grupo Especial no incurrió en error. Aduce que un grupo especial sólo puede inferir conclusiones desfavorables, cuando una parte se niega a facilitar información, si la otra parte ha establecido una presunción *prima facie*. Aduce también que el Grupo Especial no debía haberle pedido información con arreglo al párrafo 1 del artículo 13 puesto que el Brasil aún no había establecido una presunción *prima facie*. Los argumentos y contraargumentos de las partes en relación con este problema plantean varias cuestiones que tienen consecuencias fundamentales y de largo alcance para todo el sistema de solución de diferencias de la OMC. Estas cuestiones se refieren, en primer lugar, a la facultad de un grupo especial de solicitar a una parte en una diferencia que presente información sobre esa diferencia; en segundo lugar, al deber de una parte de presentar la información solicitada por un grupo especial; y, en tercer lugar, a la facultad de un grupo especial de inferir conclusiones desfavorables de la negativa de una parte a facilitar la información solicitada. Nos referiremos a estas cuestiones por ese orden.

- a) La facultad de un grupo especial de solicitar información a una parte en la diferencia

183. El artículo 13 del ESD está redactado en los siguientes términos:

1. Cada grupo especial tendrá el derecho de recabar información y asesoramiento técnico de cualquier persona o entidad que estime conveniente. No obstante, antes de recabar información o asesoramiento de una persona o entidad sometida a la jurisdicción de un Miembro, el grupo especial lo notificará a las autoridades de dicho Miembro. Los Miembros deberán dar una respuesta pronta y completa a cualquier solicitud que les dirija un grupo especial para obtener la información que considere necesaria y pertinente. La información confidencial que se proporcione no deberá ser revelada sin la autorización formal de la persona, institución, o autoridad del Miembro que la haya facilitado.

2. Los grupos especiales podrán recabar información de cualquier fuente pertinente y consultar a expertos para obtener su opinión sobre determinados aspectos de la cuestión. Los grupos especiales podrán solicitar a un grupo consultivo de expertos que emita un informe por escrito sobre un elemento de hecho concerniente a una cuestión de carácter científico o técnico planteada por una parte en la diferencia. En el Apéndice 4 figuran las normas para el establecimiento de esos grupos consultivos de expertos y el procedimiento de actuación de los mismos.

184. En el asunto *Argentina - Medidas que afectan a las importaciones de calzado, textiles, prendas de vestir y otros artículos*, resolvimos que el artículo 13 del ESD otorgaba a los grupos especiales "una *facultad discrecional*" que los capacitaba para recabar información de cualquier

fuente pertinente.¹¹⁵ (las cursivas son nuestras) En el asunto *Comunidades Europeas - Hormonas*, observamos que el artículo 13 del ESD "faculta [...] a los grupos especiales a recabar información y asesoramiento cuando *lo estimen pertinente en un determinado caso*".¹¹⁶ (las cursivas son nuestras) Y, en el asunto *Estados Unidos - Camarones*, subrayamos "*el carácter amplio*" de la facultad que se otorga a los grupos especiales para recabar información y asesoramiento técnico de "cualquier persona o entidad" que estimen conveniente o de "cualquier fuente pertinente".¹¹⁷ (las cursivas son nuestras) Declaramos también que:

*La competencia y autoridad de un grupo especial comprenden particularmente la facultad de determinar la necesidad de información y asesoramiento en un caso concreto, de establecer la aceptabilidad y pertinencia de la información o del asesoramiento recibidos y de decidir qué peso atribuir a tal información o asesoramiento o de concluir que no se debería conferir importancia alguna al material recibido.*¹¹⁸ (las cursivas son nuestras)

[...]

Lo que vienen a establecer en conjunto los artículos 12 y 13 es que *el ESD confiere a los grupos especiales por él establecidos* que participan en un procedimiento de solución de diferencias *facultades amplias y extensas para emprender y controlar el proceso mediante el cual recaban información tanto sobre los hechos pertinentes de la diferencia como sobre las normas y principios jurídicos aplicables a tales hechos*. Esa competencia, así como la envergadura que la caracteriza, es *indispensable* para permitir a un grupo especial desempeñar el cometido que le impone el artículo 11 del ESD de "hacer una evaluación objetiva del asunto que se le haya sometido, que incluya una *evaluación objetiva de los hechos, de la aplicabilidad de los acuerdos abarcados pertinentes y de la conformidad con éstos* ...".¹¹⁹ (las cursivas son nuestras)

185. Del texto del artículo 13 se desprende claramente que la facultad discrecional de un grupo especial puede ejercerse para solicitar y obtener información no sólo "de cualquier persona o entidad" sometida a la jurisdicción de un Miembro de la OMC, sino también de *cualquier Miembro*, incluidos *a fortiori* aquellos que son partes en una diferencia en la que entiende un grupo especial. La tercera frase del párrafo 1 del artículo 13, en la que se declara que: "*los Miembros deberán dar una respuesta pronta y completa a cualquier solicitud que les dirija un grupo especial para obtener la información*

¹¹⁵ Informe del Órgano de Apelación, documento WT/DS56/AB/R, adoptado el 22 de abril de 1998, párrafo 84.

¹¹⁶ *Supra*, nota 64 de pie de página, párrafo 147.

¹¹⁷ *Supra*, nota 24 de pie de página, párrafo 104.

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ *Ibid.*, párrafo 106.

que considere necesaria y pertinente" (las cursivas son nuestras), hace que esta conclusión quede totalmente clara. Es igualmente importante poner de relieve que esta facultad discrecional de solicitar y obtener información *no* queda condicionada por esta disposición o por cualquier otra del ESD al hecho de que la otra parte en la diferencia haya establecido previamente una presunción *prima facie* respecto de su alegación o defensa. Efectivamente, en el párrafo 1 del artículo 13 *no se imponen condiciones* para el ejercicio de esta facultad discrecional. El Canadá aduce que, en este asunto, el Grupo Especial *no estaba facultado para solicitar* que se le presentara información relativa a la financiación por la EDC de la operación con ASA porque el Brasil no había establecido previamente la presunción *prima facie* de que la contribución financiera ofrecida por esa financiación otorgaba un "beneficio" a ASA y, por lo tanto, cumplía ese otro requisito previo para que se considere que existe una subvención a la exportación prohibida. Este argumento está, simplemente, desprovisto de toda base textual o lógica. No hay nada en el ESD ni en el *Acuerdo SMC* que lo respalde. Ni puede deducirse ningún apoyo para él de un examen de la naturaleza de las funciones y responsabilidades confiadas a los grupos especiales en el sistema de solución de diferencias de la OMC -examen que tratamos de realizar más adelante.

b) Obligación de los miembros de atender las solicitudes de información de los grupos especiales

186. Un elemento importante de la apelación del Brasil con respecto a la cuestión de la inferencia de conclusiones desfavorables es su afirmación de que el Canadá estaba obligado a atender la solicitud del Grupo Especial de que facilitara información sobre la financiación por la EDC de la operación con ASA. El Canadá niega la existencia de esa carga legal.

187. Observamos que el párrafo 1 del artículo 13 del EDC establece que "los Miembros *deberán* [*should*] dar una respuesta pronta y completa a cualquier solicitud que les dirija un grupo especial para obtener la información que considere necesaria y pertinente" (las cursivas son nuestras). Aunque la palabra inglesa "should" suele utilizarse coloquialmente con valor de exhortación, o para expresar una preferencia, no siempre se emplea de esa forma. Puede utilizarse también para expresar un derecho u obligación.¹²⁰ Por ejemplo, hemos interpretado en ocasiones anteriores que ese término implicaba una "obligación" de los grupos especiales en el marco del artículo 11 del ESD.¹²¹ De forma análoga, consideramos que el término "should" de la tercera frase del párrafo 1 del artículo 13 se

¹²⁰ *The Concise Oxford English Dictionary*, (Clarendon Press, 1995), pág.1283. Véanse también *The Shorter Oxford English Dictionary*, (Clarendon Press, 1993), volumen II, página 2808, y *Black's Law Dictionary*, *supra*, nota 78 de pie de página, página 1379. Según esta última fuente, "should" implica normalmente un derecho u obligación, aunque por lo general se trata simplemente de una obligación de oportunidad, u obligación moral, distinta de la indicada por la palabra "ought".

¹²¹ *Comunidades Europeas - Hormonas*, *supra*, nota 64 de pie de página, párrafo 133.

utiliza, en el contexto del artículo 13 considerado en su conjunto, en un sentido que no es simplemente exhortativo. Dicho de otro modo, en virtud del párrafo 1 del artículo 13 del ESD los miembros tienen el deber de "dar una respuesta pronta y completa" a las solicitudes de información que les dirija un grupo especial y están obligados a hacerlo.

188. Si los Miembros a los que un grupo especial solicite que faciliten información no estuvieran legalmente obligados a "dar respuesta" a su solicitud, facilitando la información en cuestión, el "derecho" indiscutido de ese grupo especial "a recabar" información que les reconoce la primera frase del párrafo 1 del artículo 13 carecería de sentido. Cualquier Miembro que fuera parte en una diferencia podría, a su arbitrio, anular las facultades del grupo especial de obtener información y de controlar el proceso de recopilación de información que los artículos 12 y 13 del ESD ponen en sus manos.¹²² Dicho de otro modo, un Miembro podría impedir que un grupo especial llevara a cabo su tarea de determinar los elementos de hecho que configuran la diferencia que se le ha sometido y, como consecuencia necesaria, impedir que procediera a la calificación jurídica de esos elementos de hecho. El párrafo 7 del artículo 12 del ESD, en su parte pertinente, establece que "[...] el Grupo Especial expondrá en su informe las constataciones de hecho, la aplicabilidad de las disposiciones pertinentes y las razones en las que se basen sus conclusiones y recomendaciones". Si se impidiera a un grupo especial determinar los elementos de hecho reales o pertinentes en una diferencia, ese grupo especial no estaría en condiciones de determinar la aplicabilidad a esos elementos de hecho de las disposiciones pertinentes del tratado y, por consiguiente, no podría formular constataciones y recomendaciones al OSD basadas en principios.

189. La cadena de posibles consecuencias no se agota ahí. Sostener que un Miembro que sea parte en una diferencia no está jurídicamente obligado a atender la solicitud de información de un grupo especial en relación con esa diferencia equivale de hecho a afirmar que ese Miembro puede impedir legalmente a un grupo especial que cumpla su mandato y las funciones que le asigna el ESD. Una decisión en ese sentido convertiría en una ilusión vana el derecho fundamental de los Miembros a la solución de las diferencias que se plantean entre ellos mediante el sistema y con arreglo al procedimiento que negociaron al concluir el ESD. Estamos obligados a rechazar una interpretación que entraña tales consecuencias.

190. Consideramos además que la obligación de un Miembro que es parte en una diferencia de atender la solicitud del grupo especial de facilitar información en virtud del párrafo 1 del artículo 13 del ESD no es sino una manifestación concreta de las obligaciones, más generales, que impone a los Miembros el párrafo 10 del artículo 3 del ESD de no considerar como acto contencioso "el recurso al

¹²² Estados Unidos - Camarones, *supra*, nota 24 de pie de página, párrafo 106.

procedimiento de solución de diferencias" y de "entablar", si surge una diferencia, "este procedimiento de buena fe y esforzándose por resolverla".

191. Como hemos indicado antes, el Brasil alega que el Canadá ha incumplido las obligaciones que le imponen el párrafo 1 del artículo 13 y el párrafo 10 del artículo 3 del ESD al negarse a atender la solicitud hecha por el Grupo Especial de información sobre la financiación por la EDC de la operación con ASA. El Canadá rechaza esa alegación y alega a su vez dos razones que justifican el hecho de no haber facilitado esa información. La primera razón que aduce el Canadá para justificar su negativa es que, cuando el Grupo Especial formuló su solicitud de información sobre la financiación por la EDC de la operación con ASA, el Brasil no había establecido aún mediante otros elementos de prueba una presunción *prima facie* de que esa financiación constituyera una subvención prohibida a la exportación con arreglo al párrafo 1 a) del artículo 3 del *Acuerdo SMC*. La segunda justificación aducida por el Canadá consiste en que la información solicitada por el Grupo Especial era "información comercial confidencial", y el procedimiento especial para proteger la confidencialidad adoptado por el grupo especial no bastaba para garantizar su protección.

192. La primera justificación del Canadá se basa en el supuesto de que la obligación de un Miembro de dar una respuesta pronta y completa a la solicitud de información de un grupo especial sólo nace *después* de que la parte contraria en la diferencia haya acreditado *prima facie* que su reclamación o su oposición están bien fundadas. Es oportuno recordar que la acreditación *prima facie* es aquella que requiere, a falta de una falta refutación efectiva por la parte demandada, que el grupo especial, como cuestión de derecho, se pronuncie en favor del reclamante que efectúe la acreditación *prima facie*.¹²³ No hay, como hemos indicado antes, en el ESD o en el *Acuerdo SMC* ninguna disposición que apoye la hipótesis del Canadá. Por el contrario, se atribuye a los grupos especiales una facultad discrecional amplia para determinar *cuándo* necesitan información para solucionar una diferencia y *qué* información necesitan. Es posible que un grupo especial necesite esa información antes o después de que un Miembro demandante o demandado haya acreditado *prima facie* su reclamación o su oposición. De hecho, un grupo especial puede necesitar la información que trata de obtener para evaluar pruebas que ya se le han presentado cuando procede a determinar si el Miembro reclamante o demandado, según los casos, ha acreditado *prima facie* una alegación o defensa. Además, la negativa a facilitar la información solicitada basándose en que no se ha establecido una presunción *prima facie* presupone que el Miembro a quien se dirige la solicitud considera que puede juzgar por sí mismo si la otra parte la ha establecido. Ahora bien, ningún Miembro puede determinar por sí mismo si la otra parte ha acreditado *prima facie* una alegación o defensa. De conformidad con el ESD, esa competencia corresponde necesariamente a los grupos especiales, y no a los Miembros

¹²³ Véase *Comunidades Europeas - Hormonas*, *supra*, nota 64 de pie de página, párrafo 104.

que son partes en la diferencia. Por ello, no nos parece convincente la primera justificación aducida por el Canadá para negarse a facilitar la información solicitada por el Grupo Especial.

193. La opinión que hemos expuesto es plenamente compatible con nuestra decisión en el asunto *Japón – Productos agrícolas*. En ese asunto, los Estados Unidos, que eran la parte demandante, y que sostenían que la medida japonesa que exigía las pruebas por variedad era incompatible con el párrafo 6 del artículo 5 del *Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias* ("Acuerdo MSF"), tenían que demostrar que había una medida alternativa que cumpliera los tres requisitos del párrafo 6 del artículo 5. Los Estados Unidos no habían persuadido al Grupo Especial de que las "pruebas por productos" fueran esa medida alternativa. En cambio, el Grupo Especial "dedujo" de las declaraciones de los expertos que le asesoraron que había otra medida, la "determinación de los niveles de sorción", que cumplía los requisitos del *Acuerdo MSF*. Se trataba de una medida que los Estados Unidos ni siquiera habían aducido ante el Grupo Especial, y sobre la cual no habían presentado, por supuesto, ningún tipo de pruebas. En ese asunto, el Grupo Especial procedió a constatar que la medida japonesa era incompatible con el párrafo 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. Al revocar esta constatación del Grupo Especial, declaramos lo siguiente:

En el presente asunto, *el Grupo Especial procedió correctamente cuando recabó información y asesoramiento de expertos para que lo ayudarán a comprender y evaluar las pruebas presentadas y los argumentos expuestos por los Estados Unidos y el Japón con respecto a la presunta violación del párrafo 6 del artículo 5. Sin embargo, el Grupo Especial incurrió en error cuando utilizó esa información y ese asesoramiento como base para su constatación de incompatibilidad con el párrafo 6 de artículo 5, dado que los Estados Unidos no acreditaron prima facie incompatibilidad con dicho párrafo sobre la base de alegaciones relativas a las "determinación de los niveles de sorción". Los Estados Unidos ni siquiera alegaron que la "determinación de los niveles de sorción" constituye una medida alternativa que cumple los tres elementos del párrafo 6 del artículo 5.*¹²⁴ (las cursivas son nuestras)

194. Así pues, en *Japón - Productos Agrícolas*, la cuestión que se planteaba no era si el Grupo Especial estaba facultado para *solicitar* determinada información del Miembro demandado, ni si ese Miembro demandado estaba obligado a atender la petición del grupo especial. Tampoco se negó, en ese asunto, ningún Miembro a facilitar información al Grupo Especial, por lo que no se planteó la cuestión de la facultad de los grupos especiales de inferir conclusiones desfavorables de la negativa de una parte a facilitar la información solicitada. El Grupo Especial que examinó el asunto *Japón - Productos Agrícolas* se había limitado a liberar erróneamente al Miembro reclamante de la carga de demostrar la incompatibilidad de la medida del Miembro demandado con el párrafo 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.

¹²⁴ *Supra*, nota 44 de pie de página, párrafo 130.

195. La segunda justificación invocada por el Canadá para negarse a atender la solicitud de información del Grupo Especial concierne a la competencia del Grupo Especial en lo que respecta a la adopción de un procedimiento especial para otorgar protección adicional a la denominada información comercial confidencial. El Canadá, con la anuencia del Brasil, pidió al Grupo Especial que adoptara determinados procedimientos, propuestos por el Canadá, para proteger esa información. El Grupo Especial aceptó la petición del Canadá, en la que, a petición del Brasil, introdujo una sola modificación. No estimamos que el Canadá, que fue la parte que solicitó inicialmente el establecimiento de un procedimiento de esa naturaleza, tenga derecho a rechazar unilateralmente el procedimiento adicional adoptado por el Grupo Especial y a retener posteriormente información solicitada por éste basándose en que considera insuficiente ese procedimiento. La posición del Canadá no es compatible con las facultades que confiere el ESD al Grupo Especial de establecer sus propios procedimientos. La decisión del Grupo Especial de adoptar el procedimiento adicional en materia de confidencialidad fue, por su propia naturaleza, una decisión incidental adoptada en el curso de las actuaciones. El Canadá no apeló contra esa decisión incidental, y, por tanto, hay que considerar que sigue vinculado por ella.

196. Por último, recordamos que el Canadá, conjuntamente con el Brasil, pidió al Órgano de Apelación que adoptara, *mutatis mutandis*, en el curso de sus actuaciones, el Procedimiento aplicable a la ICC del Grupo Especial para la protección de información comercial confidencial. Es sorprendente que, si realmente consideraba que el procedimiento era hasta tal punto insuficiente que le obligaba a rechazar la solicitud por el Grupo Especial de información que, a su juicio, era información comercial confidencial, el Canadá solicitara que adoptáramos ese procedimiento en la apelación. Consideramos que, lo mismo que la primera, la segunda justificación que da el Canadá de su negativa a facilitar la información solicitada dista mucho de ser convincente.

- c) Inferencia de conclusiones desfavorables a partir de la negativa de una parte a facilitar información solicitada por el Grupo Especial

197. Hemos llegado a la conclusión de que un grupo especial tiene amplias facultades legales para solicitar información a un Miembro que sea parte en una diferencia, y que la parte a la que se solicite está legalmente obligada a facilitarla. Queda por resolver la siguiente cuestión: si el Miembro en cuestión se niega a facilitar esa información ¿tiene el Grupo Especial facultades para inferir conclusiones desfavorables de su negativa?

198. Al analizar esta cuestión señalamos una vez más que el ESD asigna a los grupos especiales el mandato de determinar los hechos de la diferencia que se le ha sometido y de evaluar o calificar esos hechos desde el punto de vista de su compatibilidad o incompatibilidad con una disposición

determinada del *Acuerdo SMC* o de otro acuerdo abarcado. El ESD no pretende prescribir en qué circunstancias detalladas los grupos especiales pueden inferir conclusiones, desfavorables o no, de hechos que pueden presentarse en una serie infinita de combinaciones diversas. No obstante, en todos los casos, al cumplir su mandato y tratar de hacer la "evaluación objetiva de los hechos" exigida por el artículo 11 del ESD, los grupos especiales infieren normalmente conclusiones de los hechos de los que se tiene constancia. Puede tratarse de inferencias de hecho (de los hechos A y B, resulta razonable deducir la existencia del hecho C) o de derecho (por ejemplo cuando el *conjunto* de los hechos cuya existencia se ha constatado justifica la calificación de una "subvención" o de una "subvención supeditada *de facto* [... a los resultados de exportación]"). Naturalmente, los hechos han de apoyar racionalmente las conclusiones, pero pueden inferirse conclusiones independientemente de que los hechos de que se tiene ya constancia justifiquen o no que se considere establecida una presunción *prima facie*. Dicho de otro modo, la inferencia de conclusiones es un elemento necesario de la función básica de un grupo especial de constatar y calificar los hechos que configuran una diferencia e inherente a esa función. En cambio, la carga de la prueba es un concepto procesal que se refiere a la tramitación y resolución equitativa y ordenada de una diferencia. La carga de la prueba y la inferencia de conclusiones a partir de los hechos son dos aspectos distintos, que es preciso no confundir.

199. Los hechos que tenía ante sí el Grupo Especial en relación con la cuestión de la financiación de deudas por la EDC pueden resumirse de la siguiente forma: el Brasil presentó determinadas pruebas acerca de la financiación por la EDC de la operación con ASA.¹²⁵ El Canadá se negó a facilitar al Brasil información sobre las actividades de financiación de la EDC solicitada por este país durante las consultas. Posteriormente, el Grupo Especial pidió al Canadá que presentara información, por transacciones específicas, sobre los términos y condiciones de la financiación por la EDC de la operación con ASA. El Canadá se negó a facilitar al Grupo Especial la información solicitada. A nuestro parecer no existe ninguna razón objetiva para considerar que no se dispusiera de la información solicitada y retenida o que ésta no fuera pertinente a la alegación del Brasil. Consideramos lógico suponer que la información solicitada por el Grupo Especial obraba en poder del Canadá, ya que ese país no indicó al Grupo Especial lo contrario. La información solicitada por el Grupo Especial no era de dominio público. Como hemos explicado, las razones aducidas por el Canadá para justificar su negativa a facilitar la información solicitada por el Grupo Especial no fueron

¹²⁵ Las pruebas presentadas al Grupo Especial en relación con la operación con ASA consistían en un formulario (Form 10-Q) presentado a la Comisión de Bolsa y Valores de los Estados Unidos por ASA Holdings Inc. y referente al trimestre que finalizó el 31 de marzo de 1997 (file N° 333-13071) y el Informe Anual de 1997 de ASA Holdings Inc. (véase el informe del Grupo Especial, párrafo 6.56 notas 200 y 201 de pie de página).

aceptadas por éste.¹²⁶ Basándose en estos hechos, el Brasil sostiene que el Grupo Especial incurrió en error de derecho al no inferir la conclusión de que la información retenida por el Canadá era, por su naturaleza o por su tenor, desfavorable a ese país y apoyaba la alegación del Brasil de que la financiación de deudas por la EDC, al menos en esta operación concreta, equivalía a una subvención prohibida a la exportación con arreglo al párrafo 1 a) del artículo 3 del *Acuerdo SMC*.

200. Señalamos, en primer lugar, que las "conclusiones desfavorables" que, a juicio del Brasil, el Grupo Especial debía haber inferido no pueden considerarse adecuadamente conclusiones punitivas en el sentido de "punción" o "pena" por la retención de información por parte del Canadá. Se trata simplemente de conclusiones que un grupo especial puede inferir lógica o razonablemente en determinadas circunstancias de los hechos que tiene ante sí.

201. Observamos también que el artículo 4 del *Acuerdo SMC*, aplicable en los procedimientos relativos a supuestas *subvenciones prohibidas a la exportación*, no se ocupa expresamente de la cuestión de la inferencia de conclusiones desfavorables a partir de la negativa de un Miembro a facilitar información. No obstante, tomamos nota especialmente de que el Anexo V del *Acuerdo SMC*, que trata de los procedimientos para la obtención de la información relativa al "perjuicio grave" en los procedimientos relativos a *subvenciones recurribles* previstos en la Parte III de ese Acuerdo, se ocupa, de forma sumamente detallada, de la inferencia de conclusiones desfavorables en determinadas circunstancias.¹²⁷ El texto de la parte pertinente del Anexo V del *Acuerdo SMC* es el siguiente:

1. *Todo Miembro cooperará en la obtención de las pruebas que habrá de examinar un grupo especial en los procedimientos previstos en los párrafos 4 a 6 del artículo 7.*

[...]

6. *Cuando el Miembro que concede la subvención y/o el tercer país Miembro no cooperen en el proceso de acopio de información, el Miembro reclamante presentará su alegación de existencia de perjuicio grave basándose en las pruebas de que disponga, junto con los hechos y circunstancias referentes a la falta de cooperación del Miembro que concede la subvención y/o del tercer país Miembro. Cuando no se pueda obtener la información debido a la falta de cooperación del Miembro que otorga la subvención y/o del tercer país Miembro, el grupo especial podrá completar el expediente en la medida necesaria basándose en la mejor información disponible por otros medios.*

¹²⁶ Compartimos la opinión del Grupo Especial de que las justificaciones del Canadá no eran aceptables desde el punto de vista jurídico (véanse los párrafos 192 y 196 del presente Informe).

¹²⁷ En el apéndice 2 del ESD se identifica a las disposiciones del Anexo V del *Acuerdo SMC* como "normas y procedimientos especiales o adicionales".

7. *Al formular su determinación, el grupo especial deberá sacar conclusiones desfavorables de los casos de falta de cooperación de cualquiera de las partes involucradas en el proceso de acopio de información.*

8. *Al determinar la utilización de la mejor información disponible o las conclusiones desfavorables, el grupo especial tendrá en cuenta la opinión del representante del OSD designado de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 4 en cuanto al carácter razonable de las peticiones de información que hayan podido hacerse y en cuanto a los esfuerzos desplegados por las partes para atenderlas en tiempo oportuno y con ánimo de cooperación.*

9. *En el proceso de acopio de información nada limitará la capacidad del grupo especial para procurarse la información adicional que estime esencial para la debida solución de la diferencia, y que no se haya recabado u obtenido de manera satisfactoria durante ese proceso. Sin embargo, el grupo especial no deberá por lo regular solicitar información adicional para completar el expediente cuando dicha información refuerce la posición de una determinada parte y su ausencia del expediente se deba precisamente a la irrazonable falta de cooperación de esa parte durante el proceso de acopio de afirmación. (Las cursivas son nuestras.)*

202. No hay ninguna razón lógica para considerar que los Miembros de la OMC, al concebir y concluir el *Acuerdo SMC*, han atribuido a los grupos especiales la facultad de inferir conclusiones en asuntos concernientes a subvenciones recurribles que *pueden* ser ilícitas si tienen determinados efectos en el comercio, y no en asuntos concernientes a subvenciones prohibidas a la exportación, cuyos efectos desfavorables se presumen. Por el contrario, lo lógico es deducir que la facultad de inferir conclusiones desfavorables de la negativa de un miembro a facilitar información se ha atribuido también *a fortiori* a los grupos especiales que examinan alegaciones relativas a subvenciones prohibidas a la exportación. De hecho, consideramos que esta facultad es un elemento ordinario de la función atribuida a todos los grupos especiales de determinar los hechos pertinentes en cualquier diferencia relativa a un acuerdo abarcado: la práctica y el modo de proceder habituales de los tribunales internacionales respaldan esta opinión.¹²⁸

¹²⁸ Véanse por ejemplo: *The Corfu Channel Case*, 1949, ICJ 4, página 18, en el que la Corte Internacional de Justicia declaró que "[...] con frecuencia, la víctima de una vulneración del derecho internacional no puede presentar una prueba directa de hechos que dan lugar a responsabilidad. Debe permitirse al Estado afectado un recurso más amplio a inferencias de hecho y pruebas indirectas. Todos los ordenamientos jurídicos admiten esas pruebas indirectas, cuya utilización ha sido reconocida por decisiones internacionales"; *Case Concerning Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua*, 1986 ICJ 14, páginas 82-86, párrafos 152, 154-156, en el que basándose en los hechos que le habían sido sometidos, la Corte Internacional de Justicia constató que podía "inferir razonablemente" que se había proporcionado desde el territorio de Nicaragua determinada ayuda; la Corte Internacional de Justicia recurrió también a inferencias para llegar a la conclusión de que la magnitud de esa ayuda dejó de ser significativa después de los primeros meses de 1981; *Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, 1970 ICJ 3, página 215, párrafo 97. El Magistrado Jessup, en su voto particular, expuso la opinión de que "[...] cuando una parte no presente, a raíz de una petición, un documento pertinente que obre en su poder, cabe inferir que el documento hubiera puesto de manifiesto, 'de haber sido presentado, hechos desfavorables para esa parte [...]'. Según la declaración de la comisión general de reclamaciones México-Estados Unidos recogida en *William A. Parker (U.S.A.) v. United Mexican States* (Reports of International Arbitral Awards, volumen IV, 35, página 39), "en

203. A nuestro parecer, es evidente que el Grupo Especial tenía facultades legales para inferir conclusiones de los hechos que tenía ante sí –incluida la negativa del Canadá a facilitar la información solicitada por el Grupo Especial- y podía hacerlo discrecionalmente.¹²⁹ El Grupo Especial reconoció que estaba facultado para inferir conclusiones de esa naturaleza, pero se abstuvo de "sacar la conclusión de que la financiación de deudas por la EDC en el sector canadiense de aeronaves de transporte regional otorga un 'beneficio'". El Grupo Especial declaró que no consideraba que "exista una base suficiente" para ello.¹³⁰ El Brasil plantea la siguiente cuestión: ¿incurrió el Grupo Especial en un error de derecho o utilizó indebidamente su facultad discrecional al negarse a inferir esa conclusión?

204. Al analizar esta cuestión, observamos que la declaración del Grupo Especial no es totalmente clara. ¿Se abstuvo, de hecho, el Grupo Especial de tener en cuenta la negativa del Canadá a facilitar información y se negó a inferir que la información retenida apoyaba la alegación del Brasil? ¿O lo que afirma el Grupo Especial es que *el conjunto* de los hechos que tenía ante sí, *incluida* la retención de información por el Canadá, no justificaba razonablemente una constatación de que la financiación de deudas por la EDC en el sector canadiense de aeronaves para transporte regional otorga un "beneficio" y equivale a una subvención prohibida? Consideramos que la situación era precisamente el tipo de situación en la que un grupo especial debe examinar muy detenidamente si el *conjunto* de los hechos de los que hay constancia permite razonablemente inferir la conclusión pretendida por una de las partes, dada la posibilidad de que la negativa de una parte a colaborar socave el funcionamiento del sistema de solución de diferencias. La preservación de la viabilidad de ese sistema depende, en un grado sustancial, de la voluntad de los grupos especiales de adoptar todas las medidas que se les ofrecen para inducir a las partes en la diferencia a cumplir su obligación de facilitar la información que se considera necesaria a efectos de la solución de la diferencia. En concreto, un grupo especial debe estar dispuesto a recordar expresamente a las partes -en el curso del procedimiento de solución de la diferencia- que la negativa a facilitar información solicitada por el grupo especial puede dar lugar a que se infieran conclusiones en relación con el carácter inculpatario de la información retenida.

cualquier caso en que habitualmente el gobierno demandante o el gobierno demandado tengan conocimiento de pruebas que probablemente influirían en la decisión de la Comisión, ésta, al llegar a una decisión, puede tener en cuenta la falta de presentación de esas pruebas si no se ha dado razón de ella". Véase también D.V. Sandifer, *Evidence Before International Tribunals*, Revised Edition (University Press of Virginia, 1975), página 153.

¹²⁹ En el párrafo 199 del presente informe hemos resumido algunos de los hechos pertinentes que tuvo ante sí el Grupo Especial.

¹³⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 9.181.

205. Cabe perfectamente que si hubiéramos resuelto la cuestión con la que se encontró el Grupo Especial hubiéramos llegado a la conclusión de que los hechos de que había constancia¹³¹ justificaban la conclusión de que la información que el Canadá retuvo acerca de la operación con ASA¹³² comprendía información que redundaba en perjuicio de la negación por el Canadá de que la EDC hubiera otorgado un "beneficio" y concedido una subvención prohibida a la exportación. Sin embargo, no consideramos que el expediente constituya base suficiente para mantener que el Grupo Especial incurrió en error de derecho o utilizó indebidamente sus facultades discrecionales, al llegar a la conclusión de que el Brasil no había hecho lo suficiente para obligarle a sacar las conclusiones solicitadas por ese país. Por esa razón, no modificamos la constatación de *falta de pruebas* hecha por el Grupo Especial y desestimamos la apelación del Brasil en relación con este punto.

206. Con esta constatación, no pretendemos sugerir que el Brasil no pueda presentar otra reclamación en el marco del procedimiento de solución de diferencias contra el Canadá, al amparo de las disposiciones del *Acuerdo SMC*, y del ESD, en relación con la compatibilidad de determinadas medidas de financiación de la EDC con las disposiciones del *Acuerdo SMC*. A este respecto, señalamos que el Brasil podría solicitar información al Canadá, al amparo de lo dispuesto en el párrafo 8 del artículo 25 del *Acuerdo SMC*. El párrafo 9 del artículo 25 del *Acuerdo SMC* obliga al Canadá a facilitar, en caso de que se le solicite, información suficiente para que el Brasil pueda evaluar el "cumplimiento" que se ha dado con las medidas en cuestión, al *Acuerdo SMC*.

VIII. Financiamiento de deudas por la EDC

207. En lo que respecta a la financiación de deudas por la EDC, el Grupo Especial constató que "no se ha establecido una presunción *prima facie* en el sentido de que la financiación de deudas por la EDC otorga un "beneficio", y por tanto constituye una "subvención" en el sentido del artículo 1 del

¹³¹ Algunos de esos hechos se resumen en el párrafo 199 del presente Informe.

¹³² Aunque el Brasil ha apelado contra el hecho de que el Grupo Especial se haya abstenido de inferir conclusiones desfavorables de la negativa del Canadá a facilitar información solicitada por el Grupo Especial en un solo caso, el de su negativa a facilitar información sobre los términos y condiciones de la operación con ASA, hay que señalar que el Canadá ha retenido también, aduciendo diversas razones, como la protección de información calificada de información comercial confidencial y la exención que ampara al Consejo de Ministros y a los Ministros, información sobre otros aspectos solicitada por el Grupo Especial de conformidad con el párrafo 1 del artículo 13 del ESD (el Grupo Especial hace constar las reiteradas negativas del Canadá a facilitar información completa al Grupo Especial en los párrafos 9.188, 9.218, 9.242, 9.272, 9.293, 9.294, 9.299, 9.303, 9.313 y 9.327 de su informe). Observamos que el Grupo Especial ha "lamentado" que el Canadá no facilitara al Grupo Especial parte de la información solicitada en conformidad con el párrafo 1 del artículo 13 del ESD (véase el Informe del Grupo Especial, párrafos 9.244 y 9.314, nota 621 de pie de página) y que no aceptó las razones expuestas por el Canadá para retener la información en cuestión (véase el informe del Grupo Especial, párrafos 9.66-9.69 y 9.347, nota 633 de pie de página).

Acuerdo SMC".¹³³ Para llegar a esta constatación, el Grupo Especial examinó las pruebas presentadas por el Brasil consistentes en determinadas declaraciones de funcionarios¹³⁴, datos sobre el rendimiento financiero obtenido por la EDC y en particular sobre el margen neto de rendimiento¹³⁵ y datos sobre la financiación por la EDC de la operación con ASA.¹³⁶

208. El Brasil aduce que, al formular esa constatación, el Grupo Especial incurrió en error en su calificación jurídica" de los hechos.¹³⁷ En su apelación, el Brasil se basa en tres elementos de prueba que a su juicio demuestran que la "contribución financiera" en forma de financiación de deudas por el EDC "otorga" un "beneficio" y constituye, por consiguiente, una "subvención" en el sentido del párrafo 1 del artículo 1 del *Acuerdo SMC*: el establecimiento de un arrendamiento financiero por 16,5 años para la financiación de la operación con ASA; una declaración del antiguo Presidente de la EDC, Sr. Paul Labbé, según la cual el apoyo financiero de la EDC ofrece a los exportadores canadienses un "margen de acción"¹³⁸; y una declaración hecha por el Canadá en el curso de las actuaciones del Grupo Especial según la cual la EDC "no siempre ofrece el paquete financiero más atractivo disponible".¹³⁹

209. Con respecto a la operación con ASA, el Brasil aduce que el arrendamiento financiero por 16,5 años constituye un "beneficio", puesto que ese período excede del plazo máximo de 10 años que los gobiernos participantes en el *Acuerdo de la OCDE* están autorizados a ofrecer.¹⁴⁰ El Canadá sostiene que el Brasil no expuso este argumento al Grupo Especial y que, en consecuencia, el argumento "no puede servir para plantear una cuestión de derecho tratada en el informe del Grupo Especial".¹⁴¹

210. Durante la audiencia, pedimos al Brasil que señalara en qué parte de los argumentos expuestos al Grupo Especial había alegado que el plazo de financiación de 16,5 años constituía un

¹³³ Informe del Grupo Especial , párrafo 9.182.

¹³⁴ *Ibid.*, párrafos 9.162 a 9.165.

¹³⁵ *Ibid.*, párrafos 9.166 a 9.174.

¹³⁶ *Ibid.*, párrafos 9.175 a 9.182.

¹³⁷ Comunicación del apelante presentada por el Brasil, párrafo 9.

¹³⁸ Esa declaración se reproduce íntegramente en el párrafo 6.57 del informe del Grupo Especial.

¹³⁹ Segunda comunicación escrita del Canadá al Grupo Especial, párrafo 63, nota 48 de pie de página.

¹⁴⁰ *Acuerdo de la OCDE*, Anexo III, Parte 2, capítulo V, párrafo 21(a).

¹⁴¹ Comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafo 10, en que se cita el párrafo 6 del artículo 17 del ESD.

"beneficio" por superar las condiciones del *Acuerdo de la OCDE*. En una respuesta escrita a nuestra pregunta, el Brasil señaló a nuestra atención, en primer lugar, las declaraciones que formuló al Grupo Especial en relación con la duración de 16,5 años del plazo de financiación concedido a ASA y los supuestos "*tipos de favor*"¹⁴² ofrecidos por la EDC a ASA y, en segundo lugar, los argumentos expuestos por el Brasil al Grupo Especial acerca del *Acuerdo sobre la OCDE* en conexión con la financiación por la EDC mediante la inversión de capital.¹⁴³ Tras examinar esas declaraciones y argumentos, hemos llegado a la conclusión de que el Brasil no ha indicado ninguna comunicación, oral o escrita, dirigida al Grupo Especial, en la que haya agrupado esos dos elementos distintos para argumentar que un arrendamiento financiero de 16,5 años de duración constituye un "beneficio" por superar las condiciones previstas en el *Acuerdo de la OCDE*. Constatamos, por consiguiente, que ese argumento no se ha expuesto al Grupo Especial y que el Grupo Especial no ha formulado ninguna constatación al respecto. El argumento se ha planteado por primera vez en la presente apelación.

211. A nuestro parecer, este nuevo argumento expuesto por el Brasil excede del ámbito del examen en apelación. El párrafo 6 del artículo 17 del SDE establece que "la apelación tendrá únicamente por objeto las cuestiones de derecho tratadas en el informe del grupo especial y las interpretaciones jurídicas formuladas por éste". En principio, los nuevos argumentos no están excluidos del ámbito del examen en apelación por el simple hecho de ser nuevos. No obstante, para poder pronunciarnos sobre el nuevo argumento del Brasil habríamos tenido que solicitar, recibir y examinar nuevos datos de los que no dispuso el Grupo Especial y que no fueron examinados por éste. En nuestra opinión, es evidente que el párrafo 6 del artículo 17 del SDE nos impide realizar una actividad de esa naturaleza. Hay que señalar, además, que el hecho de que se permitiera a las partes demandantes exponer nuevos argumentos de esta naturaleza en la apelación podría socavar también el derecho a un procedimiento

¹⁴² Primera comunicación escrita del Brasil al Grupo Especial, párrafo 6.4.

¹⁴³ Contestación del Brasil, en carta de fecha 15 de junio de 1999, a la pregunta que planteamos en la audiencia. El Brasil hacía referencia a: su primera comunicación escrita al Grupo Especial, párrafos 4.4 y 6.4; la respuesta del Brasil a la pregunta 11 de las formuladas por el Grupo Especial en la primera reunión del Grupo Especial con las partes; y las observaciones de 8 de enero de 1999 del Brasil sobre las respuestas del Canadá a las preguntas 6, 10 y 28 de las formuladas por el Grupo Especial en la segunda reunión del Grupo Especial con las partes. El Brasil se remitía además a la primera comunicación escrita del Canadá al Grupo Especial, párrafos 73, 74, 160 y 161; la respuesta del Canadá a la pregunta 28 de las formuladas por el Grupo Especial en la segunda reunión del Grupo Especial con las partes; y la declaración oral del Canadá al Grupo Especial en la primera reunión del Grupo Especial con las partes, párrafo 5.

con las debidas garantías de las partes demandadas, que no tendrían oportunidad de refutar las alegaciones presentando pruebas en respuesta a esas alegaciones.¹⁴⁴

212. La declaración del antiguo Presidente de la EDC a que hace referencia el Brasil es la siguiente:

El apoyo financiero de la EDC ofrece a los exportadores canadienses un *margen de acción* cuando licitan en el exterior [...] los contratos de comercio exterior dependen cada vez más de acuerdos financieros complejos y negociados minuciosamente, en los que unos pocos puntos básicos en los tipos de interés pueden hacer que se apruebe o rechace la operación. Los exportadores tienen que competir no sólo en calidad y precio sino también a través del paquete financiero que apoya la venta (las cursivas son nuestras)

213. El Grupo Especial observó que, conforme a la explicación que el Canadá da de esta declaración, "el 'margen de acción' pertinente es la capacidad de los funcionarios de la EDC para reunir paquetes financieros mejor estructurados, basándose en sus conocimientos y experiencia".¹⁴⁵ Habida cuenta de la explicación del Canadá, el Grupo Especial adoptó la opinión de que había una "posibilidad de interpretaciones contextuales divergentes" de esta declaración y dedujo que "no proporciona una orientación firme para determinar si la EDC ofrece a los exportadores un 'margen de acción' por medio de subvenciones".¹⁴⁶ La conclusión que infiere el Grupo Especial de este elemento de prueba no nos parece ilógica o irrazonable, y el Brasil no ha demostrado que esté viciada por un error de derecho. En consecuencia, el argumento del Brasil basado en esta declaración no nos parece convincente.

214. El tercer hecho en el que el Brasil se basa en su apelación con respecto a esta cuestión es la declaración hecha por el Canadá en su segunda comunicación escrita al Grupo Especial de que la EDC "no siempre ofrece a los clientes de las aeronaves para transporte regional el paquete financiero más atractivo disponible." Esa declaración no fue objeto de ninguna constatación fáctica o jurídica del Grupo Especial. El Brasil no alega que el Grupo Especial incurriera en error al abstenerse de formular una constatación basada en ella, sino que la declaración contribuye a poner de manifiesto que la financiación de deudas por la EDC constituye un "beneficio".

¹⁴⁴ A este respecto, observamos que el Canadá cita cuatro transacciones en la esfera de la financiación aeronaves que, a su juicio, demuestran que en el caso de los aviones a reacción para transporte regional un plazo de financiación superior a 10 años -de hecho, de hasta 18 años- es enteramente normal en la práctica comercial (comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafo 64).

¹⁴⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 9.163.

¹⁴⁶ *Ibid.*

215. El Brasil no ha demostrado que el Grupo Especial haya incurrido en error de derecho en su análisis de esa declaración. Observamos que el Grupo Especial pidió al Canadá que aclarara su sentido¹⁴⁷ y consideramos que de la respuesta del Canadá al Grupo Especial se desprende que la declaración parece compatible con una actuación de la EDC como simple organismo de financiación comercial.¹⁴⁸ En consecuencia, no podemos mantener que el Grupo Especial haya incurrido en error de derecho al no basarse en esa declaración.

216. Por las razones expuestas, hemos llegado a la conclusión de que los argumentos del Brasil expuestos en la apelación no demuestran que el Grupo Especial haya incurrido en error de derecho al constatar que "no se ha establecido una presunción *prima facie*, en el sentido de que la financiación de deudas por la EDC otorga un 'beneficio', y por tanto constituye una 'subvención' en el sentido del artículo 1 del Acuerdo SMC".¹⁴⁹

IX. Financiación de CRJ capital por la EDC mediante la inversión de capital

217. El Brasil impugna la constatación del Grupo Especial de que "no existe ninguna base fáctica para establecer una presunción *prima facie* de que la EDC haya realizado aportaciones de capital a CRJ Capital, que han facilitado la posibilidad de que CRJ Capital arriende financieramente o venda aeronaves canadienses de transporte regional a precios reducidos".¹⁵⁰ Aduce que los datos de que hay constancia en el expediente del Grupo Especial establecen que con esa inversión se otorga un "beneficio", por lo que dicha inversión constituye una "subvención". Al exponer este argumento, el Brasil se basa en la estructura del "capital total"¹⁵¹ de CRJ Capital y en determinadas declaraciones hechas por el Sr. Richard Dixon, funcionario de Industria del Canadá, según las cuales CRJ Capital ofrece a prestamistas que tienen clasificaciones crediticias de doble B tipos de interés que normalmente se ofrecen sólo a prestamistas con clasificaciones crediticias de doble A.¹⁵²

218. El Brasil sostiene ante este Órgano de Apelación, como antes sostuvo ante el Grupo Especial, que la estructura del "capital total" de CRJ Capital permite a esta entidad proporcionar una

¹⁴⁷ Pregunta 10 de las Preguntas, de fecha 10 de diciembre de 1998, formuladas por el Grupo Especial al Canadá en la segunda reunión del Grupo Especial con las partes.

¹⁴⁸ Respuesta del Canadá, de 21 de diciembre de 1998, a la pregunta 10 de las formuladas por el Grupo Especial en la segunda reunión del Grupo Especial con las partes.

¹⁴⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 9.182.

¹⁵⁰ *Ibid.*, párrafo 9.200.

¹⁵¹ Comunicación del apelante presentada por el Brasil, párrafo 92.

¹⁵² Esta declaración se cita en el párrafo 6.136 del informe del Grupo Especial.

financiación de aeronaves regionales a tipos inferiores a los del mercado. No obstante, no encontramos en el expediente del Grupo Especial hechos que avalen esa afirmación. De hecho, en el presente procedimiento de apelación, el Canadá ha impugnado la descripción que hace el Brasil de la estructura del capital de CRJ Capital, que constituye un aspecto esencial del argumento de ese país.¹⁵³ Además, en nuestra opinión, las declaraciones del Sr. Dixon no bastan por sí solas para fundamentar una constatación de que CRJ Capital ofrecía financiación preferencial, ni mucho menos de que era la inversión de capital de la EDC la que permitía a CRJ Capital proporcionar esa financiación. Observamos, por ejemplo, que no hay en el expediente del Grupo Especial pruebas de ninguna transacción en la que CRJ Capital haya *ofrecido efectivamente* condiciones de financiación del tipo de las descritas por el Sr. Dixon.

219. En consecuencia, constatamos que el argumento expuesto por el Brasil en apelación no demuestra que el Grupo Especial haya incurrido en error de derecho al constatar que "no [existía] ninguna base fáctica para establecer una presunción *prima facie* de que la EDC [haya] realizado aportaciones de capital a CRJ Capital, que [han] facilitado la posibilidad de que CRJ Capital arriende financieramente o venda aeronaves canadienses de transporte regional a precios reducidos".¹⁵⁴

X. Constataciones y conclusiones

220. Por las razones expuestas en el presente informe, el Órgano de Apelación:

- a) confirma la interpretación dada por el Grupo Especial al término "beneficio" del párrafo 1 b) del artículo 1 del *Acuerdo SMC*;
- b) confirma la interpretación dada por el Grupo Especial a la expresión "supeditada [...] *de facto* a los resultados de exportación" y su aplicación de esa expresión, así como la constatación del Grupo Especial de que "la asistencia otorgada en el marco del EDC a la rama de producción canadiense de aeronaves de transporte regional está 'supeditada [...] *de facto* a los resultados de exportación' en el sentido del apartado a) del párrafo 1 del artículo 3 del *Acuerdo SMC*"¹⁵⁵;
- c) concluye que el Grupo Especial no ha incurrido en error de derecho ni ha utilizado indebidamente sus facultades discrecionales al abstenerse de inferir de la negativa del

¹⁵³ Declaración del Canadá en la audiencia.

¹⁵⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 9.200.

¹⁵⁵ *Ibid.*, párrafo 9.347.

Canadá a facilitar información facilitada por el Grupo Especial conclusiones en relación con determinadas actividades de financiación de deudas de la EDC;

- d) confirma la constatación del Grupo Especial de que el Brasil no había establecido una presunción *prima facie* de que con las actividades de financiación de deudas de la EDC en apoyo del sector canadiense de aeronaves regionales se otorga un "beneficio" en el sentido del apartado b) del párrafo 1 del artículo 1 del *Acuerdo SMC*; y
- e) confirma la constatación del Grupo Especial de que el Brasil no había establecido una presunción *prima facie* de que con la inversión de capital de la EDC en CRJ Capital se otorga un "beneficio" en el sentido del apartado b) del párrafo 1 del artículo 1 del *Acuerdo SMC*.

221. El Órgano de Apelación *recomienda* al OSD que solicite al Canadá que ponga las subvenciones a la exportación cuya incompatibilidad con las obligaciones que imponen al Canadá los párrafos 1 a) y 2 del artículo 3 del *Acuerdo SMC* ha sido constatada en el informe del Grupo Especial, confirmado por nuestro informe, en conformidad con las obligaciones que le impone dicho Acuerdo. Recordamos, concretamente que, con arreglo a la recomendación del Grupo Especial, "el Canadá deberá retirar las subvenciones señaladas en los apartados b) y f) del [párrafo 10.1 del informe del Grupo Especial] en el plazo de 90 días".¹⁵⁶

¹⁵⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 10.4.

Firmado el original en Ginebra el 23 de julio de 1999, por

James Bacchus
Presidente de la Sección

Florentino Feliciano
Miembro

Mitsuo Matsushita
Miembro