

**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

	<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
Ó

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

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

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

que el artículo 3 del *Acuerdo SMC*

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

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

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 [...]".

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

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*

colaborar, la decisión del demandado de no facilitar información no debe percibirse en forma

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*.

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 un 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

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

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

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

116. Según los Estados Unidos, la interpretación que hace el Canadá de la expresión "supeditadas [...] *de facto*

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.

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

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

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.

los demás acuerdos abarcados y los

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

*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 *adiccons0 0TDnnce.8(xim)6.7(a)(a)12.6an-10(su43 TDa4)9tenci*

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*

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

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*

"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 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 [...]

encrv ⁴ Esta norma se c22.9(c)11.1(l)-2.0-(s)7.6p4.8(0-l(c)11.1(l)-2.)4.8(0-a)1.7 a9ea e0-0-l(c)11.0-.9(a)8.ec0-a1 -1

exportación se demuestra a partir del texto de la ley, reglamento u otro instrumento legal pertinente.
Demostrar la supeditación *de facto*

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

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.

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 facilitarle información sobre las actividades

con esas conclusiones desfavorables, permiten llegar a la conclusión de que la financiación de deudas

fuente pertinente.¹¹⁵ (las cursivas son nuestras) En el asunto *Comunidades Europeas - Hormonas*,

que considere necesaria y pertinente

utiliza, en el contexto del artículo 13 considerado en su conjunto, en un sentido que no es simplemente

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

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.

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

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 "punicción" o "pena" por la retención de información por parte del Canadá. Se trata simplemente de conclusiones que un grupo especial puede inferir lógicamente 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 0.6. d9-(pa)10i(pecial deopa)10i(0.3

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*

9

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

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

"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.*

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

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

James Bacchus
Presidente de la Sección

Florentino Feliciano
Miembro

Mitsuo Matsushita
Miembro