

**ESTADOS UNIDOS - MEDIDAS QUE TRATAN
COMO SUBVENCIONES LAS LIMITACIONES
DE LAS EXPORTACIONES**

Informe del Grupo Especial

El informe del Grupo Especial sobre *Estados Unidos - Medidas que tratan como subvenciones las limitaciones de las exportaciones* se distribuirá a todos los Miembros, de conformidad con el Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD). El informe se está distribuyendo como documento no reservado a partir del 29 de junio de 2001 en aplicación de los Procedimientos para la distribución y la supresión del carácter reservado de los documentos de la OMC (WT/L/160/Rev.1). Se recuerda a los Miembros que, de conformidad con el ESD, solamente las partes en la diferencia podrán recurrir en apelación contra el informe de un grupo especial. La apelación tendrá únicamente por objeto las cuestiones de derecho tratadas en el informe del grupo especial y las interpretaciones jurídicas formuladas por éste. No habrá comunicaciones *ex parte* con el grupo especial o el Órgano de Apelación en relación con asuntos sometidos a la consideración del grupo especial o del Órgano de Apelación.

Nota de la Secretaría: El presente informe del Grupo Especial será aprobado por el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) en un plazo de 60 días a partir de la fecha de su distribución a menos que una parte en la diferencia decida recurrir en apelación o que el OSD decida por consenso no aprobar el informe. Si se recurre ante el Órgano de Apelación contra él, el informe del Grupo Especial no será tomado en consideración para su aprobación por el OSD hasta que quede completada la apelación. En la Secretaría de la OMC se dispone de información sobre la situación actual del informe del Grupo Especial.

ÍNDICE

	<u>Página</u>
I. INTRODUCCIÓN	1
A. RECLAMACIÓN DEL CANADÁ.....	1
B. ESTABLECIMIENTO Y COMPOSICIÓN DEL GRUPO ESPECIAL.....	1
C. PROCEDIMIENTO DEL GRUPO ESPECIAL.....	2
II. ASPECTOS FÁCTICOS	2
A. ARTÍCULO 771(5) DE LA LEY DE ARANCELES DE 1930 EN LA FORMA MODIFICADA POR LA LEY SOBRE LOS ACUERDOS DE LA RONDA URUGUAY.....	2
B. LA DECLARACIÓN DE ACCIÓN ADMINISTRATIVA	2
C. EL "PREÁMBULO" DEL REGLAMENTO SOBRE LOS DERECHOS COMPENSATORIOS DE LOS ESTADOS UNIDOS.....	4
D. LA "PRÁCTICA" DEL DEPARTAMENTO DE COMERCIO DE LOS ESTADOS UNIDOS.....	5
III. SOLICITUDES DE LAS PARTES CON RESPECTO A LAS CONCLUSIONES Y LAS RECOMENDACIONES.....	6
A. CANADÁ	6
B. ESTADOS UNIDOS	7
IV. SOLICITUD DE LOS ESTADOS UNIDOS DE RESOLUCIONES PRELIMINARES	7
A. SOLICITUD DE LOS ESTADOS UNIDOS.....	7
1. Introducción	8
2. Antecedentes fácticos	9
3. Argumentos jurídicos	9
a) Dando por supuesto a los efectos de la argumentación que la interpretación del Canadá del artículo 1 del Acuerdo SMC es correcta, el artículo 771(5) no viola las obligaciones estadounidenses dimanantes de la OMC porque no impone la obligación de que el Departamento de Comercio trate las limitaciones de las exportaciones como subvenciones.....	9
b) Las reclamaciones del Canadá relativas a la "práctica estadounidense" de conformidad con el artículo 771(5) deben desestimarse.....	11
c) El Grupo Especial debe desestimar las reclamaciones del Canadá relativas a la DAA y al Preámbulo debido a que ninguno de esos documentos se identificó como una medida en la solicitud de establecimiento de un grupo especial del Canadá y a que ninguno de esos documentos constituye una "medida" en el sentido del párrafo 2 del artículo 6 del ESD	14
B. RESPUESTA DEL CANADÁ.....	15

1.	El asunto planteado por la solicitud de establecimiento de un grupo especial del Canadá está sometido de manera adecuada a este grupo especial	15
2.	La distinción imperativo/discrecional no es una "cuestión de procedimiento" que corresponde a la jurisdicción del presente Grupo Especial	19
3.	La suficiencia de las consultas sobre la práctica estadounidense	22
4.	La suficiencia de la solicitud de establecimiento de un grupo especial del Canadá	23
5.	Conclusión.....	24
V.	PRINCIPALES ARGUMENTOS DE LAS PARTES.....	24
A.	PRIMERA COMUNICACIÓN ESCRITA DEL CANADÁ.....	24
1.	Introducción	24
2.	La legislación de los Estados Unidos en materia de derechos compensatorios antes y después de la OMC y las medidas estadounidenses	26
3.	Argumento jurídico.....	28
a)	Para que una práctica constituya una subvención susceptible de medidas compensatorias, es necesario que se ajuste a la definición de "contribución financiera"	28
b)	El trato de las limitaciones de la exportación como "subvención indirecta" es incompatible con los términos expresos del Acuerdo SMC	29
c)	Las medidas estadounidenses entrañan además una infracción de la obligación de los Estados Unidos de poner su legislación en conformidad con los Acuerdos de la OMC	32
B.	PRIMERA COMUNICACIÓN ESCRITA DE LOS ESTADOS UNIDOS.....	32
1.	Introducción	32
2.	Argumento jurídico.....	33
a)	La carga de la prueba incumbe al Canadá	33
b)	El Acuerdo SMC no impide tratar como subvención a una limitación de las exportaciones.....	33
i)	<i>Económicamente, se reconoce que las limitaciones de la exportación son subvenciones</i>	<i>33</i>
ii)	<i>Descartar la posibilidad de que las limitaciones de la exportación constituyan subvenciones sería incompatible con el objeto y fin del Acuerdo SMC.....</i>	<i>33</i>
iii)	<i>Del texto y el contexto del párrafo 1 del artículo 1 se desprende que una limitación de las exportaciones puede constituir una subvención indirecta en el sentido del inciso iv).....</i>	<i>34</i>
iv)	<i>No hay en la historia de la negociación del Acuerdo SMC nada que excluya la posibilidad de que una limitación de las exportaciones constituya una subvención</i>	<i>40</i>

	<u>Página</u>
3. Conclusión.....	42
C. PRIMERA EXPOSICIÓN ORAL DEL CANADÁ	43
1. Solicitud de resoluciones preliminares de los Estados Unidos	43
2. Definición de "subvención" del Acuerdo SMC	43
3. Los argumentos de los Estados Unidos respecto a los "aspectos económicos" de las limitaciones de las exportaciones están fuera de lugar.....	46
D. PRIMERA DECLARACIÓN ORAL DE LOS ESTADOS UNIDOS	47
E. SEGUNDA COMUNICACIÓN ESCRITA DEL CANADÁ.....	53
1. Introducción	53
2. La función de defensa de la distinción entre imperativo y discrecional en la jurisprudencia de la OMC	53
a) La jurisprudencia del GATT/OMC.....	54
b) Las medidas estadounidenses en examen.....	55
3. La afirmación de los Estados Unidos de que el Preámbulo no surte efectos jurídicos da una idea equivocada del derecho administrativo estadounidense y de la función que desempeña el Preámbulo del Departamento de Comercio	57
4. La "práctica" es una medida, y encaja en el concepto de "imperativo" de la OMC.....	59
5. Comentarios sobre las comunicaciones estadounidenses relativas al Acuerdo SMC, que figuran en la declaración oral de los Estados Unidos	61
F. SEGUNDA COMUNICACIÓN ESCRITA DE LOS ESTADOS UNIDOS.....	62
1. Introducción	62
2. La doctrina de la distinción entre imperativo y discrecional	63
a) Artículo 771(5)	63
b) La DAA.....	63
c) El Preámbulo	63
d) La "práctica" de los Estados Unidos	64
e) Las medidas consideradas en conjunto.....	65
3. Ninguna de las medidas citadas por el Canadá violan las disposiciones de los Acuerdos de la OMC que el Canadá ha invocado	65
4. El Canadá ha fracasado en su intento de demostrar que una limitación de las exportaciones no puede constituir nunca una subvención, en ninguna circunstancia	66

	<u>Página</u>
a) "Encomienda u ordena"	66
i) "Instrucción autorizada"	67
ii) "Otras opciones"	68
iii) La "pendiente resbaladiza"	69
b) "Entidad privada".....	70
c) Llevar a cabo una o varias de las funciones descritas en los incisos i) a iii) que normalmente incumbirían al gobierno y que no difieran, en ningún sentido real, de las prácticas normalmente seguidas por los gobiernos	70
d) Objeto y fin	71
5. Conclusión.....	72
G. SEGUNDA DECLARACIÓN ORAL DEL CANADÁ	72
1. Introducción, y los persistentes esfuerzos de los Estados Unidos por definir "subvención" como "beneficio compensable".....	72
2. Las medidas en cuestión exigen que los Estados Unidos den a las limitaciones a la exportación el trato de "contribuciones financieras".....	73
3. Las limitaciones a la exportación no están comprendidas en las disposiciones del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del Acuerdo SMC, porque no se "encomienda" ni se "ordena" a una entidad privada que proporcione bienes.....	76
H. SEGUNDA DECLARACIÓN ORAL DE LOS ESTADOS UNIDOS	77
VI. ARGUMENTOS DE LOS TERCEROS.....	83
VII. REEXAMEN INTERMEDIO.....	83
VIII. CONSTATAACIONES.....	84
A. SOLICITUD DE RESOLUCIONES PRELIMINARES	84
B. RECLAMACIÓN AL AMPARO DEL ARTÍCULO 1 DEL ACUERDO SMC: SI EL TRATO DE LAS LIMITACIONES A LA EXPORTACIÓN COMO CONTRIBUCIONES FINANCIERAS ES INCOMPATIBLE CON EL ACUERDO SMC, Y SI LA LEGISLACIÓN ESTADOUNIDENSE EXIGE DICHO TRATO.....	85
1. Tipo de legislación que puede considerarse, como tal, incompatible con las obligaciones derivadas de la OMC	85
2. Orden en el que se examinarán las cuestiones	87
3. Si el trato de las limitaciones a la exportación como contribuciones financieras es incompatible con el Acuerdo SMC.....	88
a) Alcance de las resoluciones	88

	<u>Página</u>
b) Normas de interpretación de los tratados	89
c) Definición de "contribución financiera" del Acuerdo SMC	90
d) Texto y contexto de los elementos de la definición de "contribución financiera" del Acuerdo SMC.	92
i) <i>Un gobierno "encomienda u ordena"</i>	93
ii) <i>"Entidad privada"</i>	100
iii) <i>"Encomiende a una entidad privada una o varias de las funciones descritas en los incisos i) a iii) supra ... o le ordene que las lleve a cabo"</i>	101
iv) <i>"Que normalmente incumbirían al gobierno" y "la práctica no difiera, en ningún sentido real, de las prácticas normalmente seguidas por los gobiernos"</i>	102
e) Objeto y fin	104
f) Antecedentes de la negociación.....	105
i) <i>Antecedentes de la negociación relativa a la inclusión del requisito de la "contribución financiera"</i>	105
ii) <i>Antecedentes de la negociación relativa a la definición de "contribución financiera"</i>	108
iii) <i>Resumen</i>	109
g) Conclusión	110
4. Si la legislación estadounidense prescribe el trato de las limitaciones a la exportación como contribuciones financieras	111
a) Aplicación de la distinción entre normas imperativas y normas discrecionales	111
b) Las medidas	111
c) Las medidas consideradas "por separado" y "en conjunto"	112
i) <i>La Ley</i>	113
ii) <i>La Declaración de Acción Administrativa</i>	115
iii) <i>El Preámbulo a la reglamentación estadounidense de los derechos compensatorios</i>	120
iv) <i>La "práctica" de los Estados Unidos</i>	124
v) <i>Resumen</i>	126
d) Conclusión	127
C. RECLAMACIONES AL AMPARO DE OTRAS DISPOSICIONES	127
IX. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	127

LISTA DE ANEXOS**ANEXO A****Respuestas de las partes a las preguntas escritas**

Contenido		Página
Anexo A-1	Resumen de las respuestas del Canadá a las preguntas del Grupo Especial en la primera reunión sustantiva	A-2
Anexo A-2	Resumen de las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas del Grupo Especial en la primera reunión sustantiva	A-20
Anexo A-3	Resumen de las respuestas del Canadá a las preguntas del Grupo Especial en la segunda reunión sustantiva	A-48
Anexo A-4	Resumen de las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas del Grupo Especial en la segunda reunión sustantiva	A-65
Anexo A-5	Carta de los Estados Unidos, con comentarios sobre las respuestas del Canadá a las preguntas formuladas en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial	A-82
Anexo A-6	Carta dirigida al Grupo especial por el Canadá, con sus comentarios a la carta de los Estados Unidos de 7 de marzo de 2001	A-86

ANEXO B**Comunicaciones de terceros**

Contenido		Página
Anexo B-1	Resumen de la comunicación escrita de las CE en calidad de terceros	B-2
Anexo B-2	Presentación oral de las Comunidades Europeas en calidad de terceros	B-7
Anexo B-3	Respuestas de las Comunidades Europeas, en calidad de terceros, a las preguntas del Grupo Especial	B-15
Anexo B-4	Presentación oral de la India, en calidad de tercero	B-21

I. INTRODUCCIÓN

A. RECLAMACIÓN DEL CANADÁ

1.1 El 19 de mayo de 2000 el Canadá solicitó la celebración de consultas con los Estados Unidos de conformidad con el artículo 4 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD), el artículo XXII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 y el artículo 30 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (Acuerdo SMC) con respecto a las medidas de los Estados Unidos que tratan una limitación de las exportaciones de un producto como una subvención a otros productos que se han fabricado utilizando o incorporando el producto sujeto a la limitación, si el precio del mercado interno de este último se ve afectado por la limitación.¹

1.2 El 15 de junio de 2000 el Canadá y los Estados Unidos celebraron las consultas solicitadas con el fin de llegar a una solución mutuamente satisfactoria del asunto, pero las consultas no consiguieron solucionar la diferencia.

1.3 El 24 de julio de 2000 el Canadá solicitó el establecimiento de un grupo especial para examinar la cuestión.²

B. ESTABLECIMIENTO Y COMPOSICIÓN DEL GRUPO ESPECIAL

1.4 En su reunión, celebrada el 11 de septiembre de 2000, el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) estableció un Grupo Especial de conformidad con la solicitud formulada por el Canadá en el documento WT/DS194/2.³

1.5 En esa reunión las partes en la diferencia convinieron también en que el Grupo Especial tuviera el mandato uniforme siguiente:

"Examinar, a la luz de las disposiciones pertinentes de los acuerdos abarcados invocados por el Canadá en el documento WT/DS194/2, el asunto sometido al OSD por el Canadá en ese documento y formular conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en dichos acuerdos."

1.6 El 23 de octubre de 2000 las partes se pusieron de acuerdo en la siguiente composición del Grupo Especial:

1.7 Presidente: Sr. Michael Cartland

Miembros: Sr. Scott Gallacher
Sr. Richard Plender

1.8 Australia, las Comunidades Europeas y la India se han reservado sus derechos de participar en calidad de terceros en el procedimiento del Grupo Especial.⁴

¹ WT/DS194/1.

² WT/DS194/2.

³ Véase WT/DSB/M/88 en el párrafo 12.

⁴ WT/DS194/3.

C. PROCEDIMIENTO DEL GRUPO ESPECIAL

1.9 El Grupo Especial se reunió con las partes el 18 de enero de 2001 y el 21 de febrero de 2001. El Grupo Especial se reunió con los terceros el 18 de enero de 2001.

1.10 El 27 de abril de 2001 el Grupo Especial presentó su informe provisional a las partes. Véase la sección VII, *infra*.

II. ASPECTOS FÁCTICOS

2.1 La presente diferencia se refiere al tratamiento de las limitaciones de las exportaciones con arreglo a la Ley sobre derechos compensatorios de los Estados Unidos. En su solicitud de establecimiento de un grupo especial, el Canadá alega que las medidas en litigio incluyen el artículo 771(5) de la *Ley de Aranceles de 1930* (19 U.S.C. § 1677 (5)), en la forma modificada por la *Ley sobre los Acuerdos de la Ronda Uruguay (URAA)*, interpretada por la Declaración de Acción Administrativa (DAA) que acompaña a la *URAA* (H.R. 5110, H.R. documento 316, volumen 1, 103^{er} Congreso, 2^a ses., 656, en 925-926 (1994)) y la Explicación del Reglamento Definitivo (el Preámbulo), Departamento de Comercio de los Estados Unidos, derechos compensatorios, Reglamento Definitivo (63 *Federal Register* 65.348 en 65.349-51 (25 de noviembre de 1998)) y la práctica correspondiente de los Estados Unidos.

A. ARTÍCULO 771(5) DE LA LEY DE ARANCELES DE 1930 EN LA FORMA MODIFICADA POR LA LEY SOBRE LOS ACUERDOS DE LA RONDA URUGUAY

2.2 El artículo 251 de la *URAA* modifica el artículo 771(5) de la *Ley de Aranceles de 1930* con el fin de aplicar la definición de "subvención" que figura en el párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (Acuerdo SMC). No existe desacuerdo entre las partes en que la definición de "subvención" que figura en el artículo 771(5) en la forma modificada reproduce en lo esencial la definición del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC. Las partes convienen asimismo en que el artículo 771(5) no aborda concretamente las limitaciones de las exportaciones.

B. LA DECLARACIÓN DE ACCIÓN ADMINISTRATIVA

2.3 Cuando la *Ley sobre los Acuerdos de la Ronda Uruguay (URAA)* se sometió al Congreso estadounidense para ser aprobada, iba acompañada de la Declaración de Acción Administrativa (DAA). El Congreso aprobó la DAA al mismo tiempo que la *URAA*. Según la *URAA*, la Declaración constituye "una manifestación autorizada de los Estados Unidos con respecto a la interpretación y aplicación de los Acuerdos de la Ronda Uruguay y [la *URAA*] en cualquier procedimiento judicial en que se plantee una cuestión con respecto a esa interpretación o aplicación".⁵

2.4 La Declaración de Acción Administrativa (DAA) según sus propias palabras:

"representa una manifestación autorizada de la Administración con respecto a la interpretación y aplicación de los Acuerdos de la Ronda Uruguay, a los efectos de las obligaciones internacionales de los Estados Unidos y del derecho interno. El Congreso confía en que las futuras Administraciones respetarán y aplicarán las interpretaciones y compromisos establecidos en esta Declaración".⁶

⁵ Canadá - Prueba documental 7 (19 U.S.C. § 3512 d) (1994)).

⁶ Canadá - Prueba documental 2 (DAA en 656).

2.5 La parte de la Declaración que el Canadá impugna como pertinente para el trato de las limitaciones de las exportaciones con arreglo a la ley es su examen del artículo 771(5)(B)(iii). Este artículo aborda la situación en que un gobierno "encomienda u ordena a una entidad privada que aporte una contribución financiera". En este contexto, la Declaración indica, entre otras cosas, lo siguiente:

"Uno de los elementos de la definición de una subvención con arreglo al Acuerdo sobre Subvenciones es la aportación por un gobierno o cualquier órgano público de una 'contribución financiera' tal como se define en el Acuerdo, con inclusión del suministro de bienes o servicios. Además, el Acuerdo sobre Subvenciones prescribe específicamente que la expresión 'contribución financiera' abarca situaciones en las que el gobierno encomienda u ordena a una entidad privada que proporcione una subvención. (En opinión de las Administraciones la expresión 'entidad privada' no se circunscribe necesariamente a una única entidad, sino que puede incluir un grupo de entidades o personas.) Además, el artículo VI del GATT de 1994 sigue refiriéndose a las subvenciones concedidas 'directa o indirectamente' por un gobierno. En consecuencia, la Administración tiene la intención de que las palabras 'encomienda u ordena' se interpreten en sentido amplio. La Administración proyecta proseguir su política de no autorizar que la concesión indirecta de una subvención se transforme en una escapatoria cuando importaciones objeto de comercio desleal entren en los Estados Unidos y causen un daño a una rama de producción estadounidense.

En el pasado el Departamento de Comercio ha aplicado medidas compensatorias a una gran diversidad de programas con los que el Gobierno ha proporcionado un beneficio por conducto de entidades privadas. (*Véanse*, por ejemplo, Ciertos productos de maderas blandas para construcción procedentes del Canadá, Cuero de la Argentina, Carne de cordero de Nueva Zelandia, Artículos tubulares para campos petrolíferos de Corea, Varillas para trefilar de acero al carbono de España y Ciertos productos de acero procedentes de Corea.) La manera concreta de actuar del Gobierno por intermedio de entidades privadas para proporcionar beneficios varía ampliamente en los asuntos mencionados. El Departamento de Comercio ha descubierto que existía una subvención compensatoria cuando el Gobierno adoptaba o imponía (por medio de una ley, un reglamento o un acto administrativo) una medida oficial y exigible que producía directamente un beneficio perceptible que se concebía a la rama de producción objeto de investigación.

En los asuntos en que el Gobierno actúa por intermedio de una entidad privada, como en Ciertos productos de maderas blandas para construcción procedentes del Canadá y Cuero de la Argentina (que entrañaban limitaciones de las exportaciones que producían directamente una reducción detectable de los costos de los insumos), la Administración tiene la intención de que la legislación se siga administrando sobre una base caso por caso compatible con el párrafo precedente. La Administración opina que el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del Acuerdo sobre Subvenciones y el artículo 771(5)(B)(iii) abarcan prácticas de subvenciones indirectas análogas a las que el Departamento de Comercio ha compensado en el pasado y que esos tipos de subvenciones indirectas seguirán siendo objeto de compensación, a condición de que el Departamento de Comercio esté convencido de que se ha cumplido la norma del mencionado artículo 771(5)(B)(iii)."⁷

⁷ Canadá - Prueba documental 2 (DAA en 926).

2.6 El Canadá sostiene -pero los Estados Unidos no están de acuerdo- que la DAA exige que el Departamento de Comercio de los Estados Unidos (el Departamento) trate a las limitaciones de las exportaciones como contribuciones financieras.

C EL "PREÁMBULO" DEL REGLAMENTO SOBRE LOS DERECHOS COMPENSATORIOS DE LOS ESTADOS UNIDOS

2.7 En 1998 el Departamento emitió un reglamento para aplicar las modificaciones de la URAA a la Ley sobre derechos compensatorios de los Estados Unidos.⁸ El Reglamento iba acompañado de una "explicación del Reglamento Definitivo", conocida también como el "Preámbulo". En parte, el Preámbulo contiene las respuestas del Departamento de Comercio a las observaciones presentadas sobre el reglamento propuesto durante el proceso de observaciones públicas. Las partes acordaron que no existía ningún reglamento concreto que abordara las limitaciones de las exportaciones. Acordaron también que las partes del Preámbulo que son pertinentes para la cuestión de las limitaciones de las exportaciones figuran en las explicaciones de las secciones 351.102 y 351.501 del Reglamento.

2.8 El Preámbulo, con respecto a la sección 351.102 estipula, entre otras cosas, lo siguiente:

"Como lo indican los amplios comentarios sobre esta cuestión, la frase 'encomienda u ordena' puede abarcar un amplio conjunto de significados. Por esa razón, no creemos que sea conveniente elaborar una definición precisa de la frase a los efectos del presente reglamento. Creemos más bien que deberíamos seguir la orientación indicada en la DAA de examinar las subvenciones indirectas caso por caso. Sin embargo, impondremos la aplicación de esta disposición enérgicamente.

Estamos de acuerdo con los comentaristas que exhortaron al Departamento a confirmar que la norma vigente no es más estricta que la norma estadounidense anterior para descubrir una subvención indirecta tal como se describía en *Ciertos productos de acero procedentes de Corea ... y Ciertos productos de maderas blandas para construcción procedentes del Canadá ...* Por otro lado, creemos que la frase 'encomienda u ordena' entraña muchos elementos de las definiciones propuestas por los comentaristas. Con respecto a la sugerencia de que incluyamos una Lista ilustrativa de situaciones que entraría en el ámbito de la norma 'encomienda u ordena', no lo creemos necesario. La DAA en 926 enumera varios casos en los que el Departamento ha detectado subvenciones indirectas en el pasado y esos casos sirven para dar ejemplos de situaciones en las que creemos que la ley permitiría al Departamento llegar al mismo resultado. Análogamente, en lo que concierne a la solicitud de que definamos la expresión 'entidad privada' para incluir a grupos de entidades o personas, la DAA es clara en el sentido de que los grupos están incluidos (véase DAA en 926). En consecuencia, no hemos promulgado un reglamento con esta definición.⁹

2.9 Con relación a la sección 351.501 el Preámbulo prescribe, entre otras cosas, lo siguiente:

"En lo que concierne a la cuestión de saber si pueden surgir subvenciones indirectas mediante el suministro de bienes y servicios, creemos que la Ley da una respuesta

⁸ Canadá - Prueba documental 3 (19 CFR Parte 351, Derechos compensatorios, Reglamento Definitivo, 63 *Federal Register* 65.348-65.418).

⁹ *Id.*, en 65.349-65.350.

clara a este respecto. El artículo 771(5)(D)(iii) prescribe que las contribuciones financieras incluyen el suministro de bienes o servicios. En consecuencia, si se encarga u ordena a una entidad privada que proporcione un bien o servicio a los productores de la mercancía objeto de la investigación, existe una contribución financiera. En cuanto a las limitaciones de las exportaciones, si bien se pueden imponer a la capacidad limitada de las partes a exportar, en determinadas circunstancias pueden también inducir a las partes a proporcionar el producto limitado a compradores internos por una remuneración inferior a la adecuada. El Departamento de Comercio así lo reconoció en *Ciertos productos de maderas blandas para construcción procedentes del Canadá ... ('Maderas blandas para construcción')* y *Cuero procedente de la Argentina ... ('Cuero')*. Además, como lo indica la DAA (en la página 926) y como lo confirmamos en este Reglamento Definitivo, si el Departamento tuviera que investigar situaciones y hechos similares a los que se examinaron en *Maderas blandas para construcción* y *Cuero* en el futuro, la nueva ley permitiría al Departamento llegar al mismo resultado."¹⁰

2.10 El Canadá sostiene -pero los Estados Unidos no están de acuerdo- que el Preámbulo exige que el Departamento trate las limitaciones de las exportaciones como contribuciones financieras.

D. LA "PRÁCTICA" DEL DEPARTAMENTO DE COMERCIO DE LOS ESTADOS UNIDOS

2.11 Según el Canadá, desde el punto de vista jurídico, la "práctica" estadounidense con arreglo a la ley, la DAA y el Preámbulo considera que las limitaciones de las exportaciones cumplen la norma del artículo 771(5)(B)(iii) de la ley. El Canadá cita tres asuntos posteriores a la OMC (*Ganado en pie procedente del Canadá ("Ganado")*, *Hojas y tiras de acero inoxidable procedentes de la República de Corea ("Hojas y tiras de acero inoxidable")* y *Chapas de acero inoxidable procedentes de la República de Corea ("Chapas de acero inoxidable")*) en apoyo de este argumento. El Canadá alega además que la "práctica" no es una determinación individual en un caso relativo a un derecho compensatorio (aunque una determinación normalmente reflejará la "práctica"), sino más bien un compromiso institucional de seguir las interpretaciones y metodologías declaradas que se reflejan en determinaciones acumulativas. En ese sentido, el Canadá alega que la "práctica" está relacionada con un precedente, en el sentido de que a menudo se elaborará una interpretación o metodología en un único caso o un grupo de casos, que se transforma en la "práctica" seguida en los casos posteriores. El Canadá sostiene que, desde el punto de vista del derecho estadounidense, el Departamento está obligado por los precedentes salvo que se dé una explicación razonada que justifique que no se sigan.

2.12 Los Estados Unidos no están de acuerdo en que exista ninguna "práctica" estadounidense posterior a la OMC con respecto al trato de las limitaciones de las exportaciones en las investigaciones sobre derechos compensatorios. Los Estados Unidos afirman, y el Canadá no lo impugna, que no ha existido ningún caso posterior a la OMC en el que el Departamento haya descubierto que una limitación a las exportaciones era una subvención. Los Estados Unidos alegan que, desde el punto de vista del derecho estadounidense, los precedentes no vinculan al Departamento de Comercio. En lo que concierne al argumento del Canadá de que la "práctica" es un compromiso institucional de aplicar interpretaciones y metodologías declaradas, los Estados Unidos niegan que exista ese supuesto compromiso y afirman además que, incluso si existiera, no sería vinculante para el Departamento en lo que respecta al derecho estadounidense.

2.13 Por consiguiente, las partes no están de acuerdo en la existencia y la significación jurídica de lo que el Canadá denomina "práctica" estadounidense.

¹⁰ *Id.*, en 65.351.

III. SOLICITUDES DE LAS PARTES CON RESPECTO A LAS CONCLUSIONES Y LAS RECOMENDACIONES

A. CANADÁ

3.1 El Canadá sostiene que las "medidas" estadounidenses consideradas son incompatibles con el Acuerdo SMC y con el Acuerdo sobre la OMC. Según el Canadá estas "medidas" obligan a los Estados Unidos a considerar que una limitación de las exportaciones se atiene a la definición de "contribución financiera" que figura en el párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC si, en opinión de las autoridades investigadoras estadounidenses, la limitación de la exportación produce el efecto de aumentar la oferta de la mercancía limitada. En consecuencia, si el producto de las fases posteriores del proceso productivo que incorpora un insumo limitado está sometido a una investigación estadounidense relativa al derecho compensatorio, según el Canadá los Estados Unidos considerarían que el requisito de la definición de contribución financiera se cumple (y, si la limitación de las exportaciones reduce el precio de la mercancía limitada, que se cumple el requisito del "beneficio" de la definición). El Canadá alega que ese trato de las limitaciones de las exportaciones como contribuciones financieras viola el Acuerdo SMC y, por los mismos motivos, el Canadá sostiene que el derecho estadounidense viola también el Acuerdo sobre la OMC y el Acuerdo SMC.

3.2 Tal como se examina en la sección precedente, las "medidas" estadounidenses que el Canadá impugna porque considera que requieren ese tratamiento de las limitaciones de las exportaciones son:

- i) el artículo 771(5) de la *Ley de Aranceles de 1930*¹¹ ("*Ley de Aranceles*"), en la forma modificada por la *Ley sobre los Acuerdos de la Ronda Uruguay*, que es la disposición de la Ley sobre derechos compensatorios de los Estados Unidos que define la expresión "subvención compensatoria";
- ii) partes de la Declaración de Acción Administrativa¹² que acompaña a la *URAA* que interpretaban el artículo 771(5) con respecto a las limitaciones de las exportaciones;
- iii) partes del Reglamento del Departamento de Comercio de los Estados Unidos¹³ (en particular su "Preámbulo") que interpretan y aplican el artículo 771(5) y la DAA con respecto a las limitaciones de las exportaciones; y
- iv) la práctica actual del Departamento de tratar una limitación de las exportaciones como una "contribución financiera" en el sentido del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC.

3.3 El Canadá indica que la definición de "subvención" que figura en el párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC exige que haya una "contribución financiera" (o un sostenimiento de los ingresos o de los precios) que otorgue un "beneficio". A juicio del Canadá, las medidas consideradas conjuntamente:

- i) son incompatibles con el párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC y, como exigen la imposición de derechos compensatorios contra las prácticas que no son subvenciones en el sentido del párrafo 1 del artículo 1, son incompatibles con el artículo 10 (así

¹¹ Anexo A a la Primera comunicación escrita del Canadá - Canadá - Prueba documental 1.

¹² Anexo B a la Primera comunicación escrita del Canadá - Canadá - Prueba documental 2.

¹³ Anexo C a la Primera comunicación escrita del Canadá - Canadá - Prueba documental 3.

como con los artículos 11, 17 y 19, ya que están relacionadas con las prescripciones del artículo 10) y con el párrafo 1 del artículo 32 del Acuerdo SMC; y

- ii) por las mismas razones, violan asimismo las obligaciones de los Estados Unidos dimanantes tanto del párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC como del párrafo 5 del artículo 32 del Acuerdo SMC de garantizar la conformidad de sus leyes, reglamentos y procedimientos administrativos con las obligaciones que les imponen los Acuerdos de la OMC.

3.4 En consecuencia, el Canadá solicita que el Grupo Especial formule las siguientes recomendaciones al OSD:

- Que los Estados Unidos ajusten sus "medidas" al Acuerdo SMC y al Acuerdo sobre la OMC, y en particular que dejen de tratar las limitaciones a las exportaciones como "contribuciones financieras".

B. ESTADOS UNIDOS

3.5 Los Estados Unidos solicitan que el Grupo Especial llegue a la conclusión de que:

- i) ninguna de las medidas indicadas por el Canadá (ya sea en su solicitud de establecimiento de un grupo especial o en su primera comunicación escrita) son incompatibles con el párrafo 1 del artículo 1, los artículos 10, 11, 17 y 19, y el párrafo 1 del artículo 32 del Acuerdo SMC; y
- ii) que los Estados Unidos no han dejado de asegurarse de que sus leyes, reglamentos y procedimientos administrativos están en conformidad con las obligaciones que les imponen el párrafo 5 del artículo 32 del Acuerdo SMC y el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC.

IV. SOLICITUD DE LOS ESTADOS UNIDOS DE RESOLUCIONES PRELIMINARES¹⁴

A. SOLICITUD DE LOS ESTADOS UNIDOS

4.1 Los Estados Unidos, en una solicitud de resoluciones preliminares presentada después de la primera comunicación escrita del Canadá y antes de la primera comunicación escrita de los Estados Unidos, piden al Grupo Especial que desestime la reclamación del Canadá adoptando las resoluciones preliminares siguientes:

- a) que como ni el artículo 771(5), ni la DAA, ni el Preámbulo, ni ninguna "práctica" del Departamento de Comercio impone a las autoridades estadounidenses la obligación de tratar las limitaciones de las exportaciones como subvenciones, y esas supuestas medidas, como tales, no violan las obligaciones de los Estados Unidos dimanantes de ninguna de las disposiciones citadas por el Canadá en su solicitud de establecimiento de un grupo especial;
- b) que la "práctica" estadounidense -ya sea en el pasado, en el presente o en el futuro- no constituye una medida que se pueda presentar adecuadamente ante este Grupo Especial;

¹⁴ El Grupo Especial toma nota de que los resúmenes de los argumentos de las partes que figuran en las secciones IV, V y VI se basan en los resúmenes suministrados en las comunicaciones de las partes de conformidad con los procedimientos de trabajo establecidos por el Grupo Especial.

- c) que, como el Canadá no incluía la "práctica" estadounidense con arreglo al artículo 771(5) en su solicitud de consultas, las partes no se consultaron efectivamente sobre la "práctica" de los Estados Unidos, y la solicitud de establecimiento de un grupo especial del Canadá no determina de manera adecuada de qué "práctica" estadounidense se trata, las reclamaciones del Canadá con respecto a la "práctica" estadounidense no se ajustan al párrafo 7 del artículo 4 y al párrafo 2 del artículo 6 del ESD, y no se han presentado de manera adecuada ante el presente ante el presente Grupo Especial; y
- d) que, como la solicitud de establecimiento de un grupo especial del Canadá no considera a la DAA ni al Preámbulo como medidas y dado que, en cualquier caso, ni la DAA ni el Preámbulo son una medida, la inclusión por parte del Canadá de la DAA y el Preámbulo como medidas separadas en su primera comunicación escrita no se conforma al párrafo 2 del artículo 6 del ESD y las reclamaciones del Canadá relativas a la DAA y al Preámbulo no corresponden al mandato del Grupo Especial.

4.2 En apoyo de esta solicitud, los Estados Unidos presentan los siguientes argumentos.

1. Introducción

4.3 En opinión de los Estados Unidos, el Canadá está pidiendo al Grupo Especial que declare en abstracto que nunca, cualesquiera que sean las circunstancias presentes o futuras, puede ser considerada una limitación de las exportaciones como un programa de subvenciones -o una parte de un programa de subvenciones- a los efectos del Acuerdo SMC. Esa decisión irá más allá de los límites de cualquier diferencia existente y, por consiguiente, usurparía la "facultad exclusiva" de la Conferencia Ministerial o del Consejo General para hacer una interpretación autorizada del artículo 1.

4.4 Los Estados Unidos plantean lo que consideran las cuatro cuestiones mínimas diferentes relacionadas con su solicitud de adopción de resoluciones preliminares. En primer lugar, ninguna de las "medidas" que ha indicado el Canadá impone a las autoridades estadounidenses la obligación de tratar las limitaciones de las exportaciones como "subvenciones", como el Canadá alegó en su solicitud de establecimiento de un grupo especial, o como "contribuciones financieras". Por consiguiente, con arreglo a la doctrina imperativa/discrecional, ninguna de esas "medidas" viola las obligaciones de los Estados Unidos dimanantes de la OMC.

4.5 En segundo lugar, simplemente no existe ninguna "práctica" del Departamento de Comercio de tratar las limitaciones de las exportaciones como subvenciones con arreglo al derecho estadounidense vigente. Incluso si esa "práctica" existiera, no se podría considerar como una medida.

4.6 En tercer lugar, como la solicitud de Canadá de establecimiento de un grupo especial no indicaba la DAA ni el Preámbulo como medidas claras sometidas a la diferencia, no corresponden al mandato del Grupo Especial. Además, como ni la DAA ni el Preámbulo producen ningún efecto jurídico independientemente de la ley o del reglamento, ninguno de esos documentos constituye una medida susceptible de resolverse como una diferencia.

4.7 En cuarto lugar, la "práctica" no estaba incluida en la solicitud de consultas del Canadá y los Estados Unidos y el Canadá no se habían consultado de hecho sobre ninguna supuesta "práctica". Por añadidura, por lo menos hasta su primera comunicación escrita, el Canadá no señaló ninguna "práctica" particular acerca de la cual reclamara y la "práctica" que ha indicado ahora no es el tipo de medida que describió inicialmente. En consecuencia, las reclamaciones del Canadá con respecto a la "práctica" no corresponde someterlas al Grupo Especial.

4.8 Los Estados Unidos alegan que la solicitud del Canadá de que este Grupo Especial se pronuncie sobre medidas facultativas y su insistencia en que el Grupo Especial obligue a los Estados Unidos a cumplir una resolución relativa a medidas o "prácticas" *futuras* de los Estados Unidos -medidas que es posible que no se adopten nunca- plantean graves problemas institucionales con respecto a la estructura fundamental de la OMC, y como método judicial adecuado. Si el Grupo Especial tuviera que declarar que las medidas futuras, a suponer que se lleguen a adoptar, violan también las obligaciones estadounidenses dimanantes de la OMC, el Grupo Especial estaría adoptando una interpretación presuntamente vinculante del Acuerdo SMC y superaría los límites de cualquier diferencia existente.

4.9 Para los Estados Unidos los vicios de procedimiento de la solicitud del Canadá de establecimiento de un grupo especial significa que las reclamaciones del Canadá de violaciones de la OMC no deben prosperar, incluso si se partiera del supuesto de que su interpretación del Acuerdo SMC era correcta, lo que obviamente no es. Como mínimo, los defectos de las alegaciones del Canadá indican que el Grupo Especial debe examinar sus reclamaciones con particular cuidado y evitar excederse en sus atribuciones.

2. Antecedentes fácticos

4.10 Los Estados Unidos afirman que con respecto al artículo 771(5), el Canadá no señaló forma alguna en que ese artículo no se conforme a las obligaciones estadounidenses dimanantes de la OMC ni es necesario modificarlo. Además, según los Estados Unidos, la DAA, que es un tipo de historial legislativo, no *exige* que el Departamento de Comercio trate esas medidas como subvenciones compensatorias. La DAA permite al Departamento tratar una limitación de las exportaciones como una subvención cuando está justificado por las prescripciones de la ley (y por el Acuerdo SMC), pero *únicamente* si el Departamento de Comercio decide que al hacerlo así cumpliría los requisitos de la nueva definición de subvención. Con respecto al Preámbulo, los Estados Unidos alegan que los pasajes que el Canadá cita indican que el Departamento simplemente opinaba que el artículo 771(5)(B)(iii) de la *Ley de Aranceles no impide* que el Departamento de Comercio trate las limitaciones de las exportaciones como subvenciones en circunstancias adecuadas. El Departamento nunca declaró que el artículo 771(5)(B)(iii) *impusiera la obligación* de que el Departamento de Comercio tratara las limitaciones de las exportaciones como subvenciones. Además, el Departamento *no* promulgó un reglamento sobre "las subvenciones indirectas" en general, o las limitaciones de las exportaciones en particular, y las declaraciones del Departamento se hicieron en el contexto de la explicación de por qué no se había promulgado un reglamento relativo a las "subvenciones indirectas". En cuanto a la práctica, los Estados Unidos alegan que el asunto de ganado en pie es la única investigación estadounidense sobre un derecho compensatorio desde la aplicación de la *URAA* incluso para examinar si algo que habría que catalogar como similar a un programa de limitación de las exportaciones constituiría una subvención compensatoria, y el Departamento de Comercio no descubrió ninguna subvención. Según los Estados Unidos, los otros dos casos citados por el Canadá entrañaban un tipo distinto de contribución financiera que cualquier caso de limitación de las exportaciones (préstamos por mercancías) y un tipo diferente de actuación estatal (orientación del crédito por el gobierno frente a las restricciones gubernamentales de las exportaciones).

3. Argumentos jurídicos

- a) Dando por supuesto a los efectos de la argumentación que la interpretación del Canadá del artículo 1 del Acuerdo SMC es correcta, el artículo 771(5) no viola las obligaciones estadounidenses dimanantes de la OMC porque no impone la obligación de que el Departamento de Comercio trate las limitaciones de las exportaciones como subvenciones

4.11 Los Estados Unidos señalan que el Órgano de Apelación ha explicado que "el concepto de legislación imperativa en contraposición a la legislación discrecional ha sido elaborado por varios

grupos especiales del GATT como consideración previa en la determinación de cuándo normas legislativas como tales -y no una aplicación específica de esas normas legislativas- eran incompatibles con las obligaciones de una parte contratante del GATT de 1947".¹⁵ Esa doctrina se ha mantenido con el sistema de la OMC, ya que los grupos especiales y el Órgano de Apelación han continuado aplicando la distinción imperativa/discrecional al examinar si la legislación de un Miembro es incompatible con la OMC. Por ejemplo, en *Canadá - Aeronaves*, el Grupo Especial aplicó la distinción imperativa/discrecional al rechazar varias reclamaciones brasileñas de subvenciones prohibidas de conformidad con el Acuerdo SMC. Análogamente, el Grupo Especial en *Estados Unidos - Artículo 301* aplicó la distinción imperativa/discrecional, declarando que su decisión "no entraña una inversión de la prueba clásica en la jurisprudencia preexistente de que solamente la legislación que imponía una obligación incompatible con la OMC o que excluía a la OMC de manera constante, podía como tal violar las disposiciones de la OMC. De hecho, esta es la prueba auténtica que aplicaremos en nuestro análisis". Los Estados Unidos señalan que muy recientemente, en el asunto de la *Ley de 1916*, el Órgano de Apelación expuso la formulación tradicional de la doctrina imperativa/discrecional. El Órgano de Apelación emprendió un largo debate de la doctrina y de su aplicación correcta llegando finalmente a la conclusión de que el Grupo Especial había aplicado la doctrina correctamente.

4.12 Según los Estados Unidos, el texto del artículo 771(5) impone al Departamento de Comercio la obligación de tratar las limitaciones de las exportaciones como subvenciones *únicamente* si pueden cumplir todas las prescripciones legales, que son de hecho las mismas que las del Acuerdo SMC. Por consiguiente, incluso dando por supuesto (erróneamente), a los fines de la argumentación, que el párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC imposibilite en todo caso que se trate una limitación de las exportaciones como una subvención, nada de lo dispuesto en el artículo 771(5) obliga a que el Departamento de Comercio trate una limitación de las exportaciones como una subvención. Esta conclusión no cambia si se interpreta el artículo 771(5)(B)(iii) a la luz de la DAA. Aunque la Declaración de Acción Administrativa es una manifestación autorizada de los Estados Unidos con respecto a la interpretación de la URAA, las páginas 925 y 926 de la DAA se limitan a declarar que el Departamento de Comercio *puede* imponer derechos compensatorios con respecto a las limitaciones de las exportaciones *únicamente* si esas limitaciones cumplen todos los requisitos para poder aplicar medidas compensatorias de conformidad con la ley y con el Acuerdo SMC.

4.13 Pasando al Preámbulo, los Estados Unidos afirman que nada de lo dispuesto en el Preámbulo impone al Departamento de Comercio la obligación de tratar las limitaciones de las exportaciones como subvenciones. Todo lo más, el Preámbulo expresa la opinión del Departamento de que el artículo 771(5)(B)(iii) "le permitiría" tratar las limitaciones de las exportaciones como subvenciones. Incluso si el Preámbulo declarase que el artículo 771(5)(B)(iii) *exigía* al Departamento de Comercio que tratara las limitaciones de las exportaciones como subvenciones, esa declaración no sería vinculante para el Departamento con arreglo a la legislación estadounidense. Además, el Departamento *no* promulgó ningún reglamento sobre el tema de las subvenciones indirectas en general, ni de las limitaciones de las exportaciones en particular. Por lo tanto, el Preámbulo ni siquiera puede utilizarse como un instrumento interpretativo porque no existe ningún reglamento que interpretar. Como máximo, los Estados Unidos alegan que el Preámbulo no es una declaración no vinculante para el Departamento de Comercio con respecto a sus opiniones de esa época con respecto al alcance del artículo 771(5)(B)(iii).

4.14 Con respecto a las reclamaciones del Canadá relativas a la "práctica" estadounidense, los Estados Unidos sostienen que en ninguna determinación del Departamento de Comercio se había llegado nunca a la conclusión de que cualquier limitación de las exportaciones satisface la norma del

¹⁵ *Estados Unidos - Ley Antidumping de 1916*, WT/DS136/AB/R, WT/DS162/AB/R, informe del Órgano de Apelación aprobado el 26 de septiembre de 2000, párrafo 88 ("*U.S. 1916 Act AB Report*").

artículo 771(5)(B)(iii); pero incluso si alguno lo hiciera, esto no obligaba al Departamento de Comercio a interpretar la ley de esa forma. Es un principio asentado de la legislación administrativa estadounidense que un organismo administrativo, como el Departamento de Comercio, no está obligado a seguir sus propios precedentes, a condición de que explique por qué se aparta de ellos. Por lo tanto, incluso si el Departamento hubiera hecho una determinación de conformidad con el artículo 771(5) en un procedimiento anterior relativo a los derechos compensatorios de que una limitación de las exportaciones constituía una subvención (lo que no es el caso), el Departamento de Comercio no estaría vinculado por esa determinación en un procedimiento futuro relativo a derechos compensatorios que entrañara una limitación de las exportaciones. La consideración fundamental con arreglo al derecho estadounidense es que las determinaciones del Departamento de Comercio sean compatibles con la ley y con el reglamento.

4.15 Además, los Estados Unidos afirman que las comunicaciones escritas presentadas por el Canadá durante el procedimiento normativo del Departamento de Comercio demuestran que el Canadá ha estado de acuerdo con la evaluación anterior. El Canadá ha declarado que el artículo 771(5) de la *Ley de Aranceles* "adopta una definición de 'subvención' que es *esencialmente la misma* que la del Acuerdo [SMC]" y que el Departamento de Comercio "podría y debe, interpretar la URAA de manera compatible con las obligaciones estadounidenses dimanantes del GATT, lo que exige que las medidas reglamentarias queden excluidas de la definición de subvención" (cursivas añadidas). El Canadá ha declarado igualmente que "[estaba] consciente de que el Departamento quizá desea preservar su *flexibilidad y poder discrecional* con respecto a la aplicación de los conceptos de las 'subvenciones indirectas' ... y ha decidido, en consecuencia, no proponer normas reglamentarias para abordar estas cuestiones en el momento presente" (cursivas añadidas).

4.16 En otras palabras, según los Estados Unidos, hasta que decidió iniciar esta diferencia el Canadá opinaba que el artículo 771(5) *no* imponía al Departamento de Comercio la obligación de tratar las limitaciones de las exportaciones como subvenciones. Análogamente, hasta que decidió iniciar esta diferencia, el Canadá tuvo la opinión de que al negarse a promulgar un reglamento sobre el tema, el Departamento de Comercio había conservado "su flexibilidad y poder discrecional" con respecto al tratamiento de las limitaciones de las exportaciones. Los Estados Unidos alegan que ahora el Canadá está pretendiendo de repente que en su procedimiento normativo el Departamento de Comercio se había obligado de algún modo a tratar las limitaciones de las exportaciones como subvenciones. Para los Estados Unidos, no sólo las declaraciones anteriores del Canadá dirigidas al Departamento de Comercio constituyen una admisión contra su interés a los efectos de esta diferencia, sino que la inversión radical de las posiciones del Canadá dice mucho acerca de la fuerza (y los objetivos) de sus argumentos.

b) Las reclamaciones del Canadá relativas a la "práctica estadounidense" de conformidad con el artículo 771(5) deben desestimarse

4.17 Los Estados Unidos afirman que lo que el Canadá designa como "práctica" no son más que las aplicaciones individuales de la Ley sobre derechos compensatorios de los Estados Unidos. Si bien esas aplicaciones podrían constituir individualmente medidas, no se transforman, por medio de las cifras, en una "medida" separada y distinta que puede denominarse "práctica". El Canadá alegaba más bien que la supuesta "práctica" simplemente consiste en determinaciones concretas en procedimientos específicos relativos a derechos compensatorios (o en algunos casos sólo en "ideas" expresadas en procedimientos específicos relativos a derechos compensatorios) que no corresponden al mandato del Grupo Especial y que el Canadá sostiene que no está impugnando. En opinión de los Estados Unidos, el tipo de "práctica" que el Canadá alegaba no constituye una medida en el sentido del ESD.

4.18 Sin embargo, incluso si la "práctica" podía considerarse como una medida, los Estados Unidos alegan que las reclamaciones del Canadá relativas a la "práctica" estadounidense tampoco

deberían someterse a este Grupo Especial. Como el Canadá no especificaba la "práctica" estadounidense en su solicitud de consultas, los Estados Unidos y el Canadá no se consultaron efectivamente con respecto a la "práctica" estadounidense y la solicitud de establecimiento de un grupo especial del Canadá no determinó de manera adecuada la "práctica" estadounidense, las reclamaciones del Canadá no se ajustan al párrafo 7 del artículo 4 y al párrafo 2 del artículo 6 del ESD y deben rechazarse por ese motivo. Además, en la medida en que la primera comunicación escrita del Canadá especificó por fin los tres tipos de "práctica" acerca de los cuales está reclamando, ninguno de ellos puede violar las obligaciones de los Estados Unidos dimanantes de la OMC: 1) las determinaciones de los derechos compensatorios anteriores a la OMC no pueden violar los Acuerdos sobre la OMC o SMC; 2) no existe ninguna "práctica" estadounidense actual de tratamiento de las limitaciones de las exportaciones como subvenciones que viole los Acuerdos sobre la OMC o SMC; y 3) no es adecuado someter la futura práctica hipotética estadounidense de conformidad con el artículo 771(5) al Grupo Especial porque no es una medida y porque sólo la Conferencia Ministerial y el Consejo General tienen la facultad de emitir interpretaciones autorizadas del Acuerdo SMC.

4.19 Según los Estados Unidos, tampoco sería prudente adoptar resoluciones sobre la práctica futura posible. Como lo señaló anteriormente el Grupo Especial en *Comunidades Europeas - Casetes de audio*, párrafo 365, "no sería apropiado llegar a una constatación sobre una 'práctica' en abstracto cuando se haya determinado que las medidas adoptadas en una investigación particular no eran incompatibles con el Acuerdo y que la 'práctica' no se aplicaba de conformidad con una legislación vinculante". Y lo que es más esencial, la "práctica futura" de un Miembro simplemente no puede considerarse como una "medida" sometida a la solución de diferencias porque es puramente especulativa. Por esa razón, el ESD se aplica únicamente a las medidas "adoptadas" y no a las medidas "que pueden posiblemente adoptarse en el futuro".

4.20 Para los Estados Unidos, una razón adicional por la que las reclamaciones del Canadá relativas a la "práctica" del Departamento de Comercio no corresponde que se sometan al Grupo Especial es que esas reclamaciones no se presentan de conformidad con el párrafo 7 del artículo 4 y con el párrafo 2 del artículo 6 del ESD. En su solicitud de consultas, el Canadá mencionó la DAA y el Preámbulo como las medidas impugnadas al alegar efectivamente que esas medidas, como tales, violaban diversas obligaciones de los Estados Unidos dimanantes de la OMC. El Canadá no alegó que ninguna aplicación concreta de esas medidas en un procedimiento específico de los Estados Unidos sobre derechos compensatorios violaba las obligaciones de los Estados Unidos de conformidad con la OMC. Análogamente, en las consultas que se celebraron el 15 de junio de 2000 las partes no examinaron ninguna aplicación efectiva de la DAA, el Preámbulo o el artículo 771(5) en un procedimiento particular de los Estados Unidos relativo a derechos compensatorios.

4.21 No obstante, los Estados Unidos afirman, en su solicitud de establecimiento de un grupo especial que el Canadá por primera vez en esta diferencia planteó la práctica estadounidense con arreglo al artículo 771(5) como una medida impugnada. A juicio de los Estados Unidos, el párrafo 7 del artículo 4 y el párrafo 2 del artículo 6 del ESD impiden que el Canadá impugne una medida que no se había indicado en su solicitud de consultas ni estaba sometida a las consultas.

4.22 Los Estados Unidos recuerdan que en *Brasil - Aeronaves*, el Órgano de Apelación se enfrentó con una situación en la que el Brasil trataba de desestimar la reclamación del Canadá porque los instrumentos reguladores indicados en la solicitud de consultas del Canadá -y sobre los que se consultaron el Canadá y el Brasil- ya no estaban en vigor en la fecha en que se estableció el grupo especial. Esto se debió a que esos instrumentos reguladores tenían una duración breve y estaban constantemente expirando y volviéndose a promulgar con un nuevo nombre.

4.23 Según los Estados Unidos, el Órgano de Apelación rechazó el argumento del Brasil sobre la base de que los instrumentos reguladores que entraban en vigor después de que se celebraran las consultas no modificaban en lo esencial las subvenciones a las exportaciones contra las que reclamaba

el Canadá. Al hacerlo así, sin embargo, el Órgano de Apelación reafirmó la importante función que las consultas desempeñaban en el proceso de solución de diferencias. Según el Órgano de Apelación, "los artículos 4 y 6 del ESD ... establecen un procedimiento por medio del cual una parte reclamante *debe* solicitar consultas, y las consultas se *deben* celebrar, antes de que el asunto se pueda remitir al OSD para el establecimiento de un Grupo Especial" (cursivas añadidas). El Órgano de Apelación constató que los artículos 4 y 6 del ESD no "exigen una *identidad precisa y exacta* entre las medidas concretas que fueron el objeto de las consultas y las medidas concretas señaladas en la solicitud de establecimiento de un grupo especial" (cursivas añadidas). Sin embargo, en esta declaración está implícita la idea de que debe existir *cierta* identidad entre el objeto de las consultas y las medidas concretas señaladas en la solicitud de establecimiento de un grupo especial. De lo contrario, la solicitud de establecimiento de un grupo especial es defectuosa desde el punto de vista jurídico.

4.24 Con respecto al artículo 771(5), los Estados Unidos no se oponen a su inclusión en la solicitud de establecimiento de un grupo especial del Canadá, incluso si no estaba especificado en la solicitud de consultas del Canadá. En la solicitud de consultas y en las consultas el Canadá indicó claramente su intención de impugnar la legislación estadounidense, como tal. Las consultas aclararon qué medida tenía que determinar el Canadá si deseaba hacer de manera adecuada esa impugnación.

4.25 No obstante, los Estados Unidos indican que en ningún momento durante las consultas señaló el Canadá que tenía la intención de impugnar la legislación estadounidense, en la forma aplicada. A juicio de los Estados Unidos, no existe ninguna identidad entre una ley, como tal, y una ley, en la forma aplicada. Por ese motivo el Grupo Especial debe constatar que el Canadá no ha cumplido lo dispuesto en el párrafo 7 del artículo 4 y en el párrafo 2 del artículo 6 del ESD y desestimar las reclamaciones del Canadá con respecto a la práctica de los Estados Unidos con arreglo al artículo 771(5).

4.26 Para los Estados Unidos la solicitud del Canadá de establecimiento de un grupo especial tampoco cumple los requisitos del párrafo 2 del artículo 6 del ESD porque en la solicitud no se identifican "las medidas concretas en litigio ...". Concretamente, al hacer simplemente una vaga referencia a la "práctica correspondiente de los Estados Unidos", con lo que se hace referencia al artículo 771(5), el Canadá no ha identificado adecuadamente las aplicaciones particulares del artículo 771(5) acerca de las cuales se queja.

4.27 Los Estados Unidos alegan que hasta su primera comunicación escrita el Canadá no dio ningún ejemplo de la práctica estadounidense que deseaba fuera objeto de la presente acción (aunque podría fácilmente haberlo hecho en las consultas) e incluso ahora no está en absoluto claro qué considera exactamente el Canadá una "práctica" o si está pensando en otra "práctica" todavía no mencionada. Los Estados Unidos sostienen que han sido perjudicados por estas deficiencias, que vacían de contenido el proceso de consulta requerido (socavando de esa manera el procedimiento global de solución de diferencias).

4.28 Por último, los Estados Unidos destacan que con posterioridad a la entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC, el Departamento de Comercio no ha recurrido nunca a ninguna práctica que "trate una limitación de las exportaciones de un producto como una subvención a los productores de otros productos". El asunto *Ganado en pie procedente del Canadá* no puede constituir "una medida que trate una limitación de las exportaciones de un producto como una subvención" de la clase alegada en las solicitudes del Canadá sea de consultas, sea de establecimiento de un grupo especial porque en ese asunto el Departamento de Comercio constató que la medida canadiense considerada no constituía una subvención porque no aportaba un beneficio. El Departamento de Comercio tampoco llegó a la conclusión de que una limitación de las exportaciones constituía una "contribución financiera", que era el tipo de medida abordado en la primera comunicación escrita del Canadá.

4.29 Además, en opinión de los Estados Unidos, los dos asuntos del acero coreano citados por el Canadá entrañaban medidas (orientación estatal del crédito) totalmente distintas de una limitación de las exportaciones. En consecuencia, ninguno de los ejemplos de la "práctica" que el Canadá había señalado incluso en su primera comunicación escrita constituía el tipo de medidas que afirmaba que estaba impugnando.

4.30 Para los Estados Unidos, la solicitud vaga y amorfa del Canadá de establecimiento de un grupo especial para ocuparse de medidas que todavía no se habían tomado y quizá no se tomarían nunca pone de manifiesto el problema asociado con el intento de analizar la práctica puramente desde un punto de vista abstracto. El hecho de que el Canadá no haya identificado nunca las "medidas" y las "prácticas" precisas que desea someter a examen pone de relieve el hecho de que la reclamación real entraña una medida -imposición por los Estados Unidos de derechos compensatorios a las importaciones de madera para la construcción procedente del Canadá- que no existe. Los Estados Unidos reconocen que es ciertamente posible que el Departamento de Comercio llegue a constatar algún día que cierto tipo de programas de limitaciones de las exportaciones en el Canadá o en sus provincias equivale a encomendar u ordenar, sea aisladamente o en combinación con otras limitaciones, a un "órgano" privado que venda un insumo a un productor o a unos productores particulares, y que cumpla los demás requisitos de una subvención compensatoria, pero sostienen que es también posible que el Departamento de Comercio no haga esa constatación si se llega a enfrentar con la cuestión. Con todo, por razones prácticas y jurídicas, en opinión de los Estados Unidos no sería aconsejable que el Grupo Especial especulase sobre qué tipos de limitaciones podrían existir o cómo las debería tratar el Departamento de Comercio. En consecuencia, el Grupo Especial se debe negar a pronunciarse sobre la reclamación del Canadá y debe desestimarla.

- c) El Grupo Especial debe desestimar las reclamaciones del Canadá relativas a la DAA y al Preámbulo debido a que ninguno de esos documentos se identificó como una medida en la solicitud de establecimiento de un grupo especial del Canadá y a que ninguno de esos documentos constituye una "medida" en el sentido del párrafo 2 del artículo 6 del ESD

4.31 Los Estados Unidos observan que en su solicitud de establecimiento de un grupo especial, el Canadá designó las medidas impugnadas como: i) el artículo 771(5) (en la forma interpretada por la DAA y el Preámbulo), y 2) la práctica correspondiente de los Estados Unidos. Si el Canadá tenía la intención de impugnar la DAA y el Preámbulo como medidas separadas, la frase "en la forma interpretada por" habría sido innecesaria.

4.32 No obstante, los Estados Unidos siguen alegando que en su primera comunicación escrita el Canadá amplió su argumentación para incluir la DAA y el Preámbulo como "medidas" separadas. Según los Estados Unidos, el Canadá no puede hacerlo porque es un principio establecido que el mandato de un grupo especial se fija en la solicitud de establecimiento del grupo y un reclamante no puede añadir nuevas medidas al mandato.

4.33 Para los Estados Unidos el comportamiento del Canadá es particularmente grave dado que en la primera reunión del OSD para examinar la solicitud de establecimiento de un grupo especial del Canadá, los Estados Unidos indicaron que interpretaban que la solicitud comprendía dos medidas: el artículo 771(5) y la práctica correspondiente de los Estados Unidos. El Canadá nunca objetó a esta interpretación. En realidad, en la segunda reunión del OSD, el único aspecto con respecto al cual el Canadá disintió de los Estados Unidos se refería a la objeción de los Estados Unidos a la inclusión de la "práctica" en la solicitud del Canadá de establecimiento de un grupo especial.

4.34 Por último, los Estados Unidos alegaron que, incluso si la solicitud de establecimiento de un grupo especial del Canadá podía interpretarse que indicaba que deseaba impugnar por separado a la DAA y al Preámbulo, esos documentos no constituyen medidas en el sentido del párrafo 2 del artículo 6 del ESD. Según los Estados Unidos, ninguno de esos documentos producía de por sí un

efecto jurídico independiente con arreglo a la legislación estadounidense y ninguno de los documentos autorizaba ni exigía la adopción de medidas por parte del Gobierno estadounidense. A juicio de los Estados Unidos, los documentos de esa índole no podían constituir una medida en el sentido del párrafo 2 del artículo 6.

B. RESPUESTA DEL CANADÁ

4.35 El Canadá considera que cada una de las solicitudes estadounidenses de adopción de resoluciones preliminares está desprovista de fundamento y en consecuencia solicita que el Grupo Especial rechace las resoluciones preliminares solicitadas por los Estados Unidos. El Canadá sostiene que, con el afán de justificar su solicitud, los Estados Unidos caracterizan erróneamente la reclamación del Canadá y la índole y el efecto de las medidas conforme a la legislación estadounidense, así como la pertinencia de la jurisprudencia de la OMC citada por los Estados Unidos en el contexto de una solicitud de resolución preliminar.

1. El asunto planteado por la solicitud de establecimiento de un grupo especial del Canadá está sometido de manera adecuada a este grupo especial

4.36 El Canadá señala que en la solicitud de los Estados Unidos de resoluciones preliminares ("la solicitud de los Estados Unidos"), los Estados Unidos han impugnado de diversas maneras que el asunto planteado por la solicitud del Canadá de establecimiento de un grupo especial sea sometido de manera adecuada a este Grupo Especial y que refleje una diferencia efectiva. El Canadá sostiene que su solicitud de establecimiento de un grupo especial expone tanto medidas concretas como reclamaciones jurídicas, que corresponden a los requisitos establecidos por el Órgano de Apelación en *Guatemala - Investigación antidumping sobre el cemento Portland procedente de México*¹⁶, que refleja la polémica real que existe entre el Canadá y los Estados Unidos con respecto al tratamiento de la limitación de las exportaciones con arreglo a la legislación sobre el derecho compensatorio de los Estados Unidos.

4.37 El Canadá recuerda que en *Guatemala - Cemento*, el Órgano de Apelación llegó a la conclusión de que la "cuestión" sometida al OSD consta de dos elementos: las medidas concretas en litigio y la base jurídica de la reclamación (o las reclamaciones). Según el Canadá, su solicitud de establecimiento de un grupo especial exponía cuatro medidas que constituían los aspectos pertinentes de la legislación sobre derechos compensatorios de los Estados Unidos y que, consideradas conjuntamente, son incompatibles con las disposiciones del Acuerdo SMC y del Acuerdo sobre la OMC señaladas por el Canadá. Para el Canadá, estas acciones gubernamentales cumplían claramente la norma de una "medida" establecida en *Guatemala - Cemento*.

4.38 El Canadá afirma que sus reclamaciones jurídicas estaban asimismo indicadas en su solicitud de establecimiento de un grupo especial y que esas reclamaciones, que reproducían la solicitud de consultas del Canadá, indudablemente pusieron sobre aviso a los Estados Unidos, y así lo han hecho desde el inicio de esta diferencia, que el Canadá opina que el tratamiento de las limitaciones de las exportaciones con arreglo a la legislación estadounidense sobre derechos compensatorios es incompatible con las diversas disposiciones indicadas del Acuerdo SMC y del Acuerdo sobre la OMC.

4.39 El Canadá sostiene que los Estados Unidos tratan de aislar los componentes de su legislación sobre derechos compensatorios en partes separadas para pretender que cada una de ellas, de por sí, no

¹⁶ *Guatemala - Investigación antidumping sobre el cemento Portland procedente de México*, informe del Órgano de Apelación, WT/DS60/AB/R, 2 de noviembre de 1998, en el párrafo 75 (en adelante *Guatemala - Cemento*).

tiene sentido. En particular, los Estados Unidos, aunque no se oponen al artículo 771(5) de la *Ley de Aranceles de 1930* como "medida", pretenden que es la *única* medida y que si el propio texto del artículo 771(5) asigna como mandato el tratamiento de las limitaciones de las exportaciones como subvenciones, ello es determinante con respecto a este procedimiento. Pretende asimismo que la DAA y el Preámbulo no producen "ningún efecto jurídico independiente de la ley y el reglamento"¹⁷, y que no existe ninguna "práctica" estadounidense con respecto a las limitaciones de las exportaciones.

4.40 Para el Canadá la caracterización de los Estados Unidos de la base de la reclamación del Canadá y su intento de analizar las medidas para privar de sentido a cada una de ellas por sus propias razones no es respaldado por la jurisprudencia de la OMC. Como el Canadá examina en su primera comunicación escrita (véase *infra*), el Grupo Especial *Estados Unidos - Artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974* señaló que una ley nacional podía tener "múltiples niveles", con inclusión de elementos legales y otros elementos institucionales y administrativos que son "a menudo inseparables y no se debe interpretar de manera independiente entre sí al evaluar la conformidad global de la ley con las obligaciones dimanantes de la OMC".

4.41 El Canadá señala que los Estados Unidos alegan asimismo que en la solución de diferencias de la OMC, el significado del dentro interno es una cuestión de hecho que se ha de probar y está constituido no sólo por las propias disposiciones, sino también por los principios jurídicos internos que regulan su interpretación. Los Estados Unidos sugieren además que las opiniones de un Miembro relativas al significado de su propio derecho normalmente merecen cierto respeto. El Canadá advierte, sin embargo, que un grupo especial tiene una obligación independiente de evaluar el derecho interno para determinar si el Miembro está cumpliendo sus obligaciones dimanantes de la OMC. El Canadá señala que el derecho está suficientemente establecido a este respecto y se remite al informe del Órgano de Apelación en el asunto *India - Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura*.

4.42 El Canadá advierte que, según los Estados Unidos, el artículo 771(5) sigue en gran medida la redacción del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del Acuerdo SMC y, por tanto, no constituye una violación de ese artículo. Además, los Estados Unidos sugieren que, con arreglo a los principios estadounidenses de interpretación de las leyes, el artículo 771(5) no puede interpretarse de una manera que violaría el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del Acuerdo porque, conforme a la "doctrina *Charming Betsy*", toda ley estadounidense ambigua ha de ser "interpretada, siempre que sea posible, de manera compatible con las obligaciones internacionales de los Estados Unidos".

4.43 El Canadá está de acuerdo en que la redacción del artículo 771(5) *podía* haberse interpretado de manera compatible con la definición de "subvención" que figura en el párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC, como indicó el Canadá en sus observaciones remitidas al Departamento de Comercio durante su procedimiento normativo en 1995. Sin embargo, para el Canadá ésta no es la cuestión en juego. Como ha señalado el Órgano de Apelación (*Estados Unidos - Ley de 1916*), la cuestión no estriba tanto en saber cómo podía interpretarse teóricamente una ley sino cómo se interpreta a la luz de los elementos legales y no legales.

4.44 En cuanto a su controversia acerca de *Charming Betsy*, el Canadá alega que los Estados Unidos omitieron señalar otras doctrinas judiciales estadounidenses que quitan todo sentido a la doctrina *Charming Betsy* en este contexto. En el presente caso, los Estados Unidos han puesto claramente de manifiesto en sus comunicaciones al Grupo Especial que interpretan el párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC en el sentido de que les permite compensar las limitaciones de las exportaciones y, en consecuencia, la doctrina *Charming Betsy* no les inducirá a adoptar una interpretación diferente de sus obligaciones.

¹⁷ *Id.*, en el párrafo 8.

4.45 En opinión del Canadá, los Estados Unidos caracterizan asimismo erróneamente la función y la importancia de la DAA. Aunque confiesan que, con arreglo a los términos de la ley, la DAA es "una expresión autorizada de los Estados Unidos con respecto a la interpretación de la *URAA*", la solicitud de los Estados Unidos afirma que la Declaración de Acción Administrativa es simplemente "un tipo de historial legislativo". Para el Canadá, este argumento de los Estados Unidos es contradictorio en sí y está desmentido tanto por las decisiones de los tribunales estadounidenses como por el tratamiento que dan los propios Estados Unidos a la DAA.

4.46 En primer lugar, el Canadá declara que la DAA no es un historial legislativo en ningún sentido ordinario, porque fue requerida por ley, convenida entre la Administración estadounidense y el Congreso de los Estados Unidos de antemano, presentada por el Presidente de los Estados Unidos al Congreso de los Estados Unidos con la *URAA* propuesta y aprobada por el Congreso. La DAA tiene una función y una importancia en el derecho estadounidense que va más allá del historial legislativo común.

4.47 En segundo lugar, el Canadá alega que la existencia misma de la DAA y la declaración en la ley de que es una "manifestación autorizada de los Estados Unidos con respecto a la interpretación y aplicación de los Acuerdos de la Ronda Uruguay ..." explica claramente que el alcance y el significado de la ley no están determinados por la DAA. Este hecho ha sido reconocido repetidas veces por los tribunales estadounidenses.

4.48 Por último, el Canadá advierte que el intento de los Estados Unidos de reducir la importancia de la DAA al considerar que simplemente "alienta" ciertas interpretaciones es totalmente contradictorio con su posición y con las garantías establecidas en *Estados Unidos - Artículo 301*. En ese asunto, los Estados Unidos declararon que "la DAA debe, por imperativo legal, ser tratada como la manifestación autorizada relativa a la interpretación de la ley en cualquier procedimiento judicial". Sobre esta base, el Canadá señala que el Grupo Especial se pronunció en favor de los Estados Unidos.

4.49 En lo que respecta al efecto del Preámbulo, el Canadá afirma que la solicitud de los Estados Unidos reconoce que las declaraciones del Departamento de Comercio relativas a las limitaciones de las exportaciones en su *Aviso de decisión definitiva* "habría sido vinculante" para el Departamento de Comercio si se hubieran hecho en un "reglamento", pero luego pretenden que la inclusión de esas declaraciones en el Preámbulo las convierte "a lo sumo ... en una declaración no vinculante del Departamento de Comercio con respecto a sus opiniones en esa época". Los Estados Unidos añaden que no están obligados por el Preámbulo.

4.50 Para el Canadá la pretensión de que un preámbulo de un reglamento tiene menos valor jurídico ignora el marco administrativo en el que los organismos de los Estados Unidos promulgan las normas reglamentarias. El reglamento del Departamento de Comercio se emite de conformidad con la *Ley de procedimiento administrativo (LPA)*, que exige que un organismo incorpore un preámbulo a las normas que promulga. Por ese motivo, la supuesta distinción entre el Preámbulo y el resto del reglamento que recomiendan los Estados Unidos no tiene base alguna. Por añadidura, el Canadá afirma que numerosos tribunales estadounidenses han reconocido el Preámbulo como parte integrante de un reglamento y, por tanto, vinculante.

4.51 El Canadá considera igualmente nulo el argumento de los Estados Unidos de que las disposiciones del Preámbulo sobre las limitaciones de las exportaciones no son vinculantes porque el Preámbulo es sólo una parte del reglamento que aborda la cuestión. En primer lugar, este argumento sugiere que el Departamento de Comercio emprendió una actividad inútil cuando estableció su posición sobre las limitaciones de las exportaciones en el Preámbulo. En segundo lugar, numerosos tribunales estadounidenses han tratado al Preámbulo como una declaración vinculante de un organismo, aunque sólo sea una parte del reglamento que aborda la cuestión. De hecho, según el Canadá, los Estados Unidos así lo han hecho en comunicaciones dirigidas a grupos especiales de la

OMC. En *Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional*, los Estados Unidos justificaron ciertas normas de la EPA como compatibles con sus obligaciones dimanantes de la OMC por referencia al Preámbulo, con inclusión de las disposiciones que figuraban en el Preámbulo y que contenían obligaciones que no figuraban en otras partes del reglamento.

4.52 Por último, el Canadá alega que tampoco es válida la afirmación de que el propio Departamento de Comercio no ha reconocido nunca el carácter vinculante del Preámbulo. Al contrario, es sus determinaciones de los derechos compensatorios, el Departamento trata *de manera uniforme* el Preámbulo del reglamento relativo a los derechos compensatorios como parte integrante de los reglamentos del Departamento de Comercio y equivalente en valor jurídico a otros artículos del reglamento. En realidad, el Canadá sostiene que el Departamento de Comercio normalmente se refiere a la redacción reguladora incluida en el Preámbulo como simplemente "el reglamento" y se basa en el Preámbulo como fundamento jurídico para sus interpretaciones. Esto se puso de manifiesto en los asuntos sobre el acero de Corea.

4.53 El Canadá toma nota del argumento de los Estados Unidos de que su práctica de tratar las limitaciones de las exportaciones como "contribuciones financieras" no es propiamente dicho una "medida". El Canadá afirma que las pretensiones de los Estados Unidos de que, debido a las determinaciones anteriores a la OMC, no puede violar las obligaciones dimanantes de la OMC no guardan relación con la "práctica" y "no existe ninguna práctica estadounidense vigente" de tratamiento de las limitaciones de las exportaciones como subvenciones que viole los Acuerdos sobre la OMC y SMC"; y que el Canadá está procurando obtener una resolución sobre una "hipotética práctica futura estadounidense". Los Estados Unidos están equivocados en ambos sentidos.

4.54 Para el Canadá es obvio que existe una práctica administrativa estadounidense vigente de tratamiento de las limitaciones de las exportaciones que cumpla el requisito de la "contribución financiera" del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del Acuerdo SMC, que se define, en gran parte, por medio de las declaraciones de los Estados Unidos recogidas en la DAA con respecto a su práctica anterior a la OMC de compensar las limitaciones de las exportaciones. Aunque el Canadá está de acuerdo en que esta práctica anterior a la OMC habría dejado de ser pertinente después de la entrada en vigor del Acuerdo SMC, la DAA prescribe expresamente que la práctica estadounidense en esos casos va a seguir de conformidad con el Acuerdo SMC y con la Ley revisada sobre derechos compensatorios de los Estados Unidos.

4.55 El Canadá sostiene que esta dependencia de los casos anteriores a la OMC, entre ellos los relativos al *Cuero* y a la *Maderas para construcción* para describir su práctica constante de tratar las limitaciones de las exportaciones como contribuciones financieras está repetidamente confirmada en el reglamento. Por consiguiente, no puede haber la menor duda de que la práctica anterior a la OMC del Departamento de Comercio *es* su práctica posterior a la OMC.

4.56 A juicio del Canadá, el intento de los Estados Unidos de descartar su práctica posterior a la OMC como no pertinente de lugar es igualmente nulo. Los asuntos *Acero inoxidable de Corea* examinados por el Canadá confirman la absoluta adhesión del Departamento de Comercio a la opinión de que según la redacción "clara e inequívoca" de la DAA, el Congreso tenía la intención de que los tipos concretos de subvenciones indirectas considerados susceptibles de compensación" en los asuntos anteriores, con inclusión de la *Maderas blandas para construcción*, "siguieran estando abarcados por la [Ley de Aranceles de 1930], en su forma modificada por la URAA". Para el Canadá esos asuntos confirmaban asimismo la opinión del Departamento de Comercio de que su reglamento, al igual que la DAA, excluía cualquier consideración facultativa de "contribución financiera" en el caso de las "subvenciones indirectas".

4.57 El Canadá sostiene que tampoco pueden los Estados Unidos eludir una "práctica existente" pretendiendo que su debate de la contribución financiera en *Ganado en pie* era "en su mayor parte una

observación incidental". El Canadá reconoce que en *Ganado en pie*, el Departamento de Comercio no llegó a la conclusión de que el "control" de las exportaciones de la Junta del Trigo canadiense era una subvención susceptible de compensación porque no descubrió ningún *beneficio*. Con todo, el Canadá afirma que la iniciación del caso por el Departamento de Comercio, basada únicamente en alegaciones de una limitación de las exportaciones y un efecto sobre los precios, como sus declaraciones sobre la "contribución financiera" y la "entidad privada" en su determinación definitiva, son manifestaciones de su constante práctica de considerar una limitación de las exportaciones como una "contribución financiera". En resumen, la determinación ponía claramente de manifiesto que el Departamento de Comercio no compensaba la supuesta limitación de las exportaciones no porque no considerara una limitación de las exportaciones como una contribución financiera sino más bien y *únicamente* porque no descubrió un beneficio.

4.58 Lo que es más fundamental para el Canadá, la "práctica" en litigio no son las determinaciones individuales en los casos de derechos compensatorios como sugieren los Estados Unidos. El Canadá sostiene que no trata de obtener una resolución que revoque las determinaciones en determinados casos anteriores. Más bien, como se reconoce en la jurisprudencia de la OMC, las remisiones a casos concretos constituyen un medio aceptable de establecer una interpretación con arreglo al derecho interno. La impugnación del Canadá de la práctica estadounidense es particularmente decisiva con respecto al cumplimiento por los Estados Unidos de una decisión del OSD si el Canadá sale triunfador en esta diferencia. El Canadá cree que existen amplias pruebas de otros procedimientos de la OMC de que los Estados Unidos pueden adoptar la postura de que un cambio en la práctica administrativa no es forzosamente un elemento del cumplimiento incluso si los informes del Grupo Especial y del Órgano de Apelación han llegado lisa y llanamente a la conclusión de que la práctica existente violaba los Acuerdos de la OMC. Este es el punto de vista desde el que el Canadá impugna la práctica estadounidense con respecto a las limitaciones de las exportaciones y trata de obtener medidas de alivio que estén expresamente relacionadas con la práctica estadounidense.

2. La distinción imperativo/discrecional no es una "cuestión de procedimiento" que corresponde a la jurisdicción del presente Grupo Especial

4.59 El Canadá declara que los Estados Unidos pretenden que ni el artículo 771(5) ni la DAA ni el Preámbulo ni ninguna "práctica" del Departamento de Comercio exigen que las autoridades estadounidenses traten las limitaciones de las exportaciones como subvenciones y, sobre esa base, que las supuestas medidas, como tales, no violan las obligaciones de los Estados Unidos con arreglo a ninguna de las disposiciones citadas por el Canadá en su solicitud de establecimiento de un grupo especial. Para el Canadá, sin embargo, este argumento se basa en una caracterización errónea de la reclamación del Canadá. El Canadá no afirma que las medidas estadounidenses exigen que los Estados Unidos traten las limitaciones de las exportaciones como subvenciones. La postura del Canadá es más bien que las medidas requieren que los Estados Unidos determinen que las limitaciones de las exportaciones cumplen el elemento "contribución financiera" de la definición de "subvención" y, por consiguiente, que una limitación de las exportaciones es susceptible de un derecho compensatorio si el Departamento de Comercio descubre que confiere un "beneficio". A juicio del Canadá, esto es incompatible con la definición del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC porque una limitación de las exportaciones no corresponde a ninguna de las medidas gubernamentales establecidas en el párrafo 1 del artículo 1, con inclusión, en particular, de las prescripciones del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del Acuerdo.

4.60 El Canadá señala que en apoyo del argumento estadounidense de que las medidas en litigio no se han sometido de manera adecuada al Grupo Especial porque no son "imperativas", los Estados Unidos citan varios casos que han sentado jurisprudencia en el GATT y la OMC. Este examen culmina en una alegación de los Estados Unidos de que la reclamación del Canadá debe desestimarse como cuestión de procedimiento sobre esta base. Sin embargo, el Canadá alega que, como esta cuestión no es de carácter procesal, no es adecuadamente el objeto de una decisión preliminar.

4.61 Lo que es más importante para el Canadá, estos casos no corresponden a la competencia de este Grupo Especial para entender en ese "asunto" que le ha sometido el Canadá. Con arreglo a los casos del GATT citados por los Estados Unidos, el carácter imperativo o discrecional de una medida es una cuestión que plantea si la medida como tal viola las disposiciones del GATT invocadas, no si un grupo especial tiene competencia para entender de un asunto particular. En opinión del Canadá, esto lo puso claramente de manifiesto el Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Ley Antidumping de 1916*.

4.62 El Canadá considera además que, como variante de ese argumento de los Estados Unidos, los Estados Unidos afirman que el Canadá está tratando de obtener una opinión consultiva con arreglo al Acuerdo SMC y para ello está pidiendo al Grupo Especial que usurpe la autoridad de la Conferencia Ministerial y del Consejo General de conformidad con el párrafo 2 del artículo 9 del Acuerdo sobre la OMC. Para el Canadá, al aducir estos argumentos, los Estados Unidos se basan en una opinión incidental relativa a la "economía judicial". El Canadá señala que esta opinión aborda si un grupo especial debe negarse a considerar ciertas cuestiones que no son necesarias para resolver el asunto que tiene ante sí ni si la diferencia debería haberse examinado inicialmente.

4.63 El Canadá pide al Grupo Especial que constate que las medidas en litigio violan las disposiciones vigentes de los Acuerdos SMC y sobre la OMC en el sentido de que exigen que los Estados Unidos traten las limitaciones de las exportaciones como una "contribución financiera". Si las limitaciones de las exportaciones no entran en el ámbito de la definición de "contribución financiera" que figura en el Acuerdo SMC, el trato de las limitaciones de las exportaciones de conformidad con la Ley sobre derechos compensatorios de los Estados Unidos es forzosamente incompatible tanto con el Acuerdo SMC como con el Acuerdo sobre la OMC. El Canadá sostiene que tiene derecho a una determinación de esta cuestión a fin de que los beneficios que le corresponden con arreglo a estos Acuerdos no se reduzcan y no puedan reducirse por la aplicación de un enfoque incompatible con la OMC. Como tal esta diferencia se ha sometido de manera adecuada al presente Grupo Especial.

4.64 El Canadá recuerda que en los párrafos 58 a 69 de la solicitud de los Estados Unidos, los Estados Unidos se remiten a cierto número de casos del GATT y de la OMC en los que un grupo especial se negó a constatar que una medida como ésta era incompatible con las normas del GATT o de la OMC porque el país que aplicaba la medida podía establecer que, incluso aunque se pudiera aplicar de manera incompatible con las obligaciones internacionales, la medida no entrañaba una violación.

4.65 El Canadá alega, sin embargo, que los Estados Unidos olvidan mencionar que en todos estos casos, o el Grupo Especial llegó primero a una conclusión en cuanto a las obligaciones en cuestión, o no hubo en lo esencial ninguna diferencia acerca de estas obligaciones. Dicho de otro modo, cuando había una diferencia en cuanto a la índole de la obligación en litigio, los grupos especiales determinaban primeramente el significado de la obligación antes de examinar si la medida violaba esa obligación. El Canadá opina que ninguno de estos casos respalda la solicitud de los Estados Unidos.¹⁸

4.66 El Canadá toma nota de que en esta diferencia los Estados Unidos y el Canadá polemizan enérgicamente acerca de las prescripciones de las normas de la OMC invocadas por el Canadá. Los Estados Unidos reconocen abiertamente que no están de acuerdo con la interpretación del Canadá y que las medidas y las comunicaciones estadounidenses ponen claramente de manifiesto que, de conformidad con la Ley sobre derechos compensatorios de los Estados Unidos, una limitación de las exportaciones se considera como una "contribución financiera". Según el Canadá, estas diferencias

¹⁸ Véase *Respuesta del Canadá a la solicitud de los Estados Unidos de adopción de resoluciones preliminares*, en los párrafos 49 a 51.

sólo se pueden abordar después de que se celebre una audiencia plenaria en cuanto al fondo de las alegaciones del Canadá sometidas a este Grupo Especial.

4.67 Para el Canadá, los Estados Unidos no sólo son incorrectos en su intento de basarse en la distinción imperativo/discrecional para solicitar una resolución preliminar, sino que también caracterizan erróneamente el carácter "imperativo" de la DAA y del Preámbulo. En respuesta a la descripción del Canadá de cómo la Declaración exige a los Estados Unidos que traten las limitaciones de las exportaciones como "contribuciones financieras", los Estados Unidos se concentran en la estipulación que figura en la DAA de que los tipos de subvenciones indirectas identificados en la DAA seguirán siendo susceptibles de derechos compensatorios "a condición de que" el Departamento de Comercio esté convencido de que la norma del artículo 771(5)(B)(iii) se ha cumplido. El Canadá afirma que esa condición debe, sin embargo, interpretarse dentro del contexto y que el contexto restringe todo poder discrecional del Departamento.

4.68 El Canadá señala que la condición va precedida de tres párrafos que contienen directrices esenciales sobre la interpretación del artículo 771(5)(B)(iii). El primer párrafo del pasaje de la Declaración de Acción Administrativa relativo a "las subvenciones indirectas" declara que la frase "encomienda u ordena" del artículo 771(5)(B)(iii), "debe interpretarse en sentido amplio" para "continuar la política [de la Administración] de no permitir que la concesión indirecta de una subvención se transforme en una escapatoria" en la aplicación de los derechos compensatorios.¹⁹ El segundo párrafo se refiere a la práctica del Departamento de Comercio con anterioridad a la OMC, e incluye concretamente la compensación de las limitaciones de las exportaciones en *Cuero y Maderas para construcción*, y llega a la conclusión de que el Departamento de Comercio consideró que una subvención era susceptible de derechos compensatorios "cuando el gobierno adoptaba o imponía (por medio de una ley, reglamento o acción administrativa) una *medida oficial exigible* que directamente producía un beneficio perceptible ...".

4.69 El Canadá afirma a continuación que el párrafo tercero y trascendental, al caracterizar las limitaciones de las exportaciones de *Cuero y Maderas para construcción* como "casos en los que el gobierno actúa por intermedio de una entidad privada", declara que esas limitaciones de las exportaciones cumplen el criterio del artículo 771(5)(B)(iii) de encomendar u ordenar y afirma que en esos casos la legislación modificada se ha de "administrar sobre una base caso por caso de conformidad con" la práctica anterior a la OMC descrita en el párrafo precedente. En opinión del Canadá la eliminación de cualquier duda que quede acerca de la interpretación del artículo 771(5)(B)(iii) es la declaración que figura en el presente párrafo de la DAA de la "opinión de la Administración de que el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del Acuerdo sobre Subvenciones y el artículo 771(5)(B)(iii) *abarcan prácticas de subvenciones indirectas como las que ha compensado el Departamento de Comercio en el pasado y que esos tipos de subvenciones indirectas seguirán siendo susceptibles de derechos compensatorios* (cursivas añadidas). El Canadá afirma que, por consiguiente, la DAA da al Departamento de Comercio una orientación explícita en cuanto a la determinación que debe hacer con arreglo a la condición relativa a las limitaciones de las exportaciones.

4.70 En el mismo sentido, el Canadá aduce que la solicitud de los Estados Unidos afirma que el Preámbulo no impone al Departamento de Comercio la obligación de "tratar las limitaciones de las exportaciones como subvenciones"²⁰ (por consiguiente, describiendo una vez más erróneamente la cuestión como "subvención" en lugar de como "contribución financiera"), pero limita esencialmente

¹⁹ DAA en 925-926. (Anexo B de la Primera comunicación escrita del Canadá, Canadá - Prueba documental 2.)

²⁰ Solicitud de los Estados Unidos en los párrafos 48 y 80.

su argumento al pretender que "en su mayor parte, el Preámbulo expresa la opinión del Departamento de Comercio de que el artículo 771(5)(B)(iii) 'permitiría' tratar las limitaciones de las exportaciones como subvenciones".²¹ Como en el caso de la DAA, cuando se considera en contexto, el término "permitiría" no significa lo que los Estados Unidos sugieren, a juicio del Canadá. Ese término surge al final de un párrafo que confirma que "si el Departamento tuviera que investigar en el futuro situaciones y hechos similares a los examinados en *Maderas para construcción* y *Cuero*, la nueva ley permitiría al Departamento llegar al mismo resultado".²² El Canadá afirma que la propia ley estadounidense sobre el derecho compensatorio es imperativa en el sentido de que, cuando el Departamento de Comercio averigüe que existen una contribución financiera, un beneficio y una especificidad, debe deducir que existe una subvención susceptible de un derecho compensatorio porque, según el Canadá, la DAA y el Preámbulo ya han determinado que una limitación de las exportaciones cumple el requisito de la contribución financiera, el alcance de cualquier facultad discrecional de conformidad con el término "permitiría" se limita al análisis que hace el Departamento de Comercio del beneficio y de la especificidad.

3. La suficiencia de las consultas sobre la práctica estadounidense

4.71 El Canadá recuerda que los Estados Unidos sostienen que las "reclamaciones" del Canadá con respecto a la práctica estadounidense no es adecuado que se sometan al Grupo Especial basándose en las alegaciones siguientes: 1) que el Canadá no incluyó la práctica estadounidense como una "medida" en su solicitud de consultas; 2) que las partes no se consultaron de hecho sobre la práctica estadounidense; y 3) que la solicitud del Canadá de establecimiento de un grupo especial no identifica de manera adecuada la "práctica de los Estados Unidos en litigio".

4.72 El Canadá declara que los Estados Unidos tratan de respaldar su postura citando de manera selectiva de un informe del Órgano de Apelación en el asunto *Brasil - Programa de financiación de las exportaciones de aeronaves* como un apoyo del principio de que, sin una identidad entre el objeto de las consultas y las medidas concretas identificadas en la solicitud de establecimiento del grupo especial, esa solicitud es defectuosa desde el punto de vista jurídico.²³ No obstante la afirmación errónea de los Estados Unidos en cuanto a la falta de identidad entre el objeto de las consultas y las medidas concretas identificadas en la solicitud de establecimiento de un grupo especial, el Canadá considera instructivo explicar más plenamente lo que dijo efectivamente el Órgano de Apelación en el informe sobre el que se basan los Estados Unidos:

"No creemos, sin embargo, que los artículos 4 y 6 del ESD ... requieran una identidad *precisa y exacta* entre las medidas específicas que eran el objeto de las consultas y las medidas específicas identificadas en la solicitud de establecimiento de un grupo especial ... Como declaró el Grupo Especial, un objetivo de las consultas ... es 'aclarar los hechos de la situación', y cabe prever que la información obtenida en el curso de las consultas pueda permitir al demandante concentrarse en el alcance de la cuestión con respecto a la que se solicita el establecimiento de un grupo especial."

4.73 El Canadá declara que, aparte de no exigir una *identidad precisa y exacta* entre las medidas específicas que eran el objeto de las consultas y las medidas específicas identificadas en la solicitud de establecimiento de un grupo especial, los grupos especiales han recibido también órdenes de

²¹ Solicitud de los Estados Unidos en el párrafo 80.

²² Véase *Reglamento* en 65.351 (anexo C de la Primera comunicación escrita del Canadá - Canadá - Prueba documental 3), Primera comunicación escrita del Canadá en el párrafo 50.

²³ Solicitud de los Estados Unidos, en el párrafo 110.

examinar si la "esencia" de las cuestiones consultadas es la misma que la de las medidas identificadas en una solicitud de establecimiento de un grupo especial. En opinión del Canadá, no puede haber la menor duda de que así sucede en el presente caso.

4.74 Pasando a analizar lo que ocurrió durante las consultas, antes de la reunión del 15 de junio de 2000, el Canadá indica que comunicó a los Estados Unidos que, entre otras cosas que había que tratar en la reunión,

"Desearemos también investigar las fuentes de la ... práctica de los Estados Unidos, de haber alguna, que son pertinentes para el tratamiento del Departamento de Comercio de una supuesta limitación de las exportaciones de conformidad con la Ley sobre derechos compensatorios de los Estados Unidos además de la *Ley sobre los Acuerdos de la Ronda Uruguay (URAA)*, la Declaración de Acción Administrativa que acompaña a la *URAA* y la explicación del Departamento de Comercio de su resolución definitiva"²⁴ (cursivas añadidas).

4.75 Según el Canadá, esta cuestión se repitió en las consultas. Por esa razón, los Estados Unidos estaban conscientes de que al Canadá le preocupaba la práctica de los Estados Unidos relativa al tratamiento de las limitaciones de las exportaciones. Además el Canadá declara que las determinaciones del Departamento de Comercio con anterioridad a la OMC identificadas por el Canadá en la reunión del OSD de 11 de septiembre de 2000 están simplemente relacionadas, como se ha examinado anteriormente, con la práctica posterior a la OMC, dado que la DAA y el Preámbulo dan expresamente a estos casos una constante pertinencia.

4.76 El Canadá sostiene además que no está impugnando aplicaciones concretas de la práctica del Departamento de Comercio, sino más bien la propia práctica. A juicio del Canadá, no se está impidiendo de manera alguna a los Estados Unidos "conocer el fundamento jurídico de la reclamación"²⁵, dado que desde el comienzo de esta diferencia el Canadá nunca había dejado de oponerse al tratamiento de las limitaciones de las exportaciones de conformidad con la Ley sobre derechos compensatorios de los Estados Unidos.

4. La suficiencia de la solicitud de establecimiento de un grupo especial del Canadá

4.77 El Canadá toma nota del argumento de los Estados Unidos de que, con respecto a la DAA y al Preámbulo, la solicitud del Canadá de establecimiento de un grupo especial es defectuosa debido a que: 1) la DAA y el Preámbulo no se identifican como "medidas" y 2) ni la Declaración ni el Preámbulo es una "medida". El Canadá afirma que ya ha demostrado más arriba que la DAA y el Preámbulo son "medidas".

4.78 El Canadá sostiene además que, contrariamente a la posición de los Estados Unidos, la frase sobre las medidas en juego que figura en la solicitud del Canadá de establecimiento de un grupo especial indica cuatro medidas y no dos. El Canadá declara que esto resulta evidente en la primera comunicación escrita del Canadá, en la que, después de repetir la frase pertinente de la solicitud de establecimiento del grupo especial que figura en el párrafo 3, especifica las cuatro medidas en el párrafo 13 como parte de la explicación de cómo se presenta en la comunicación la descripción del Canadá de esas medidas. Las cuatro medidas se pueden fácilmente identificar en este párrafo.

²⁴ Carta de S. Marchi, Embajador y Representante Permanente de la Misión Permanente del Canadá ante la Organización Mundial del Comercio, a R. Hayes, Embajador de la Misión Permanente de los Estados Unidos ante la Organización Mundial del Comercio, de fecha 13 de junio de 2000 (EE.UU. - Prueba documental 6).

²⁵ Solicitud de los Estados Unidos, en el párrafo 115.

4.79 El Canadá mantiene que la forma en que ha enunciado las medidas en este caso es casi idéntica a la manera en que se especificaron las medidas en el asunto *CE - Bananos*. En ese caso, el Órgano de Apelación consideró una identificación suficiente de las medidas la remisión al "Régimen para la importación, venta y distribución de bananos establecido por el Reglamento 404/93 (Boletín Oficial L 47 de 25 de febrero de 1993, página 1) y posteriormente la legislación, los reglamentos y las medidas administrativas de las Comunidades Europeas, con inclusión de las que reflejan las disposiciones del Acuerdo Marco sobre los Bananos, que aplican, complementan y modifican ese régimen".²⁶

4.80 El Canadá mantiene que ha ido aún más lejos en este caso al comunicar, por medio de su solicitud de establecimiento de un grupo especial, las medidas concretas con las que no está de acuerdo, y que la solicitud del Canadá ya ha demostrado que cumple los requisitos previstos en el párrafo 2 del artículo 6 del ESD. Por añadidura, para el Canadá resulta evidente tanto de la solicitud de los Estados Unidos como de la primera comunicación escrita de los Estados Unidos que los Estados Unidos no se han visto perjudicados porque han podido responder plenamente a las reclamaciones del Canadá. Además, el Canadá alega que su solicitud de establecimiento de un grupo especial cumple claramente la norma establecida en *Corea - Medida de salvaguardia definitiva impuesta a las importaciones de determinados productos lácteos*.²⁷

5. Conclusión

4.81 Por las razones que anteceden, el Canadá solicita a este Grupo Especial que rechace los intentos de los Estados Unidos que figuran en la solicitud de los Estados Unidos de apartar a este Grupo Especial de su auténtica tarea: la solución de la diferencia entre el Canadá y los Estados Unidos con respecto al tratamiento de las limitaciones de las exportaciones de conformidad con la ley estadounidense sobre los derechos compensatorios. En consecuencia, el Canadá solicita que este Grupo Especial llegue a la conclusión de que las reclamaciones presentadas en la solicitud de los Estados Unidos carecen de fundamento.

V. PRINCIPALES ARGUMENTOS DE LAS PARTES

5.1 A continuación se resumen los principales argumentos expuestos por las partes en sus comunicaciones escritas y declaraciones orales. Se adjuntan en el anexo A resúmenes de las respuestas escritas de las partes a las preguntas formuladas por escrito.

A. PRIMERA COMUNICACIÓN ESCRITA DEL CANADÁ

1. Introducción

5.2 El Canadá afirma que la cuestión en litigio en la presente diferencia es el trato dado a las limitaciones de la exportación en el derecho estadounidense en materia de derechos compensatorios, que, a juicio del Canadá, lleva aparejada una violación por los Estados Unidos de las obligaciones que le imponen el *Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias* (Acuerdo SMC) y el *Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio* (Acuerdo sobre la OMC).

²⁶ Véase *Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos*, solicitud de establecimiento de un grupo especial del Ecuador, los Estados Unidos, Guatemala, Honduras y México (WT/DS27/6, 12 de abril de 1996 (Canadá - Prueba documental 94).

²⁷ *Corea - Medida de salvaguardia definitiva impuesta a las importaciones de determinados productos lácteos*, informe del Órgano de Apelación, WT/DS98/AB/R, 14 de diciembre de 1999, en el párrafo 123.

5.3 Según el Canadá, con arreglo al derecho estadounidense en materia de derechos compensatorios, se considera que una medida reglamentaria del gobierno que limite las exportaciones de un producto (una limitación de las exportaciones) constituye una "contribución financiera" en el sentido del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC. En consecuencia, el derecho estadounidense trata como una "subvención" una limitación de las exportaciones cuando, a juicio de las autoridades investigadoras estadounidenses, la limitación de las exportaciones tenga como efecto la reducción del precio en el mercado interno del producto objeto de la restricción para los ulteriores usuarios de ese producto. Si esos usuarios del producto en cuestión que utilizan como insumo están sujetos a una investigación en materia de derechos compensatorios en los Estados Unidos, la supuesta "subvención" puede dar lugar a la imposición de medidas compensatorias.

5.4 A juicio del Canadá, esta regulación es incompatible con el párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC. La definición de "subvención" de dicho párrafo exige que haya una "contribución financiera" (o una forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios) con la que se otorgue un "beneficio". Con arreglo a la definición exhaustiva del elemento de "contribución financiera" de las subvenciones que da el Acuerdo en el párrafo 1 a) 1) del artículo 1, éste abarca únicamente determinadas acciones gubernamentales -transferencia directa de fondos, condonación e ingresos públicos o suministro de bienes o servicios, compra de bienes- que entrañan la transferencia de recursos financieros de un gobierno, o por orden de un gobierno, a un productor privado. En opinión del Canadá, una limitación de las exportaciones no está comprendida en ninguna de esas categorías.

5.5 De forma más concreta, y en contra de lo establecido en el derecho estadounidense, el Canadá aduce que las limitaciones de la exportación no están comprendidas en el ámbito de aplicación del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del Acuerdo. Una limitación de las exportaciones no "encomienda u ordena" a una "entidad privada" que "proporcione bienes", ni reúne los restantes requisitos del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1.

5.6 El Canadá afirma que las medidas estadounidenses que exigen que se dé ese trato a las limitaciones de la exportación son el artículo 771(5) de la *Ley de Aranceles de 1930*²⁸, modificada por la *Ley sobre los Acuerdos de la Ronda Uruguay (URAA)*, las partes de la Declaración de Acción Administrativa²⁹ de acompañamiento de la *URAA* que interpretan el artículo 771(5) en relación con las limitaciones de la exportación, diversas partes del preámbulo de la reglamentación definitiva sobre derechos compensatorios del Departamento de Comercio de los Estados Unidos³⁰ que interpretan y aplican el artículo 771(5) y la DAA en lo que respecta a las limitaciones de la exportación y la práctica constante del Departamento de Comercio al respecto.

5.7 En opinión del Canadá, esas medidas, además de ser incompatibles con el párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC, son incompatibles con el artículo 10 (así como con los artículos 11, 17 y 19, en la medida en que se relacionan con las prescripciones del artículo 10) y con el párrafo 1 del artículo 32 del Acuerdo SMC, porque obligan a imponer derechos compensatorios contra prácticas que no son subvenciones en el sentido del párrafo 1 del artículo 1. Por la misma razón, las medidas en cuestión vulneran la obligación que imponen a los Estados Unidos el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC y el párrafo 5 del artículo 32 del Acuerdo SMC de asegurarse de que sus

²⁸ *Codificada en 19 U.S.C. § 1677(5) (1994).*

²⁹ "Statement of Administrative Action", H.R. documento N° 103-316, volumen 1, especialmente, páginas 925-926 (1994).

³⁰ *Countervailing Duties*, 63 *Federal Register* 65.348 en 65.349-65.351 (Dep't Commerce 25 Nov. 1998) (resolución definitiva).

leyes, reglamentos y procedimientos administrativos estén en conformidad con sus obligaciones en virtud de los Acuerdos de la OMC.

2. La legislación de los Estados Unidos en materia de derechos compensatorios antes y después de la OMC y las medidas estadounidenses

5.8 El Canadá señala que la imposición de derechos compensatorios por los Estados Unidos se rige por la disposición legislativa en esa materia recogida en el subtítulo A del título VII de la *Ley de Aranceles de 1930* ("la Ley"), modificada en varias ocasiones. El artículo 701 de la Ley contiene una prescripción básica, según la cual si la autoridad administradora determina que se concede una subvención que puede dar lugar a la imposición de medidas compensatorias a la mercancía objeto de investigación, y la Comisión de Comercio Internacional de los Estados Unidos constata que una rama de producción nacional sufre un daño importante debido a las importaciones de dicha mercancía "*se impondrá respecto de esa mercancía un derecho compensatorio* [...]". En consecuencia, el Canadá afirma que la imposición de un derecho es obligatoria si concurren los elementos relativos a la subvención y el daño.

5.9 El Canadá añade que la definición de "subvención susceptible de compensación" se recoge en el artículo 771(5) de la Ley. En el derecho estadounidense anterior a la OMC no existía una definición de "subvención" como tal, sino una Lista ilustrativa de subvenciones. De forma más general, aunque habitualmente el predicado era algún tipo de "acción del gobierno", se definía una subvención como un "beneficio que puede ser objeto de medidas compensatorias" específico para determinadas empresas o ramas de producción.

5.10 El Canadá aduce que, hasta el decenio de 1990, el Departamento de Comercio reconoció que la imposición de medidas compensatorias contra medidas en frontera llevaría a resultados absurdos, por cuanto incluiría a muchas prácticas gubernamentales legítimas en el ámbito de la legislación sobre derechos compensatorios, y determinó, en consecuencia, que las medidas en frontera (incluidas las limitaciones de la exportación) no constituían subvenciones susceptibles de compensación en el derecho estadounidense.³¹ El Canadá sostiene que el Departamento de Comercio se desvió radicalmente a principios del decenio de 1990 de esta posición en dos asuntos relativos a derechos compensatorios, *Leather from Argentina*³² (*Cuero*) y *Certain Softwood Lumber Products from Canada*³³ (*Maderas blandas*). Según el Canadá, el Departamento de Comercio llegó a la conclusión de que la prohibición encubierta de las exportaciones en el asunto *Cuero* y las limitaciones de la exportación de trozas en *Maderas blandas* constituían subvenciones internas que podían dar lugar a la imposición de medidas compensatorias porque tenían un "efecto directo y discernible" sobre los precios internos que beneficiaba a los productores en fases ulteriores del proceso productivo. El Departamento declaró expresamente que no consideraba que en ninguno de los casos la limitación "proporcionara bienes"³⁴ y rechazó en *Maderas blandas* el argumento de los demandados de que las limitaciones de la exportación no podían dar lugar a la imposición de medidas compensatorias porque no entrañaban ninguna "contribución financiera", basándose en que ni el Código de Subvenciones

³¹ Véanse los párrafos 19 y 20 de la Primera comunicación escrita del Canadá de 27 de noviembre de 2000 (Primera comunicación del Canadá).

³² *Leather from Argentina*, 55 *Federal Register* 40.212 (Department of Commerce 2 Oct. 1990) (Determinación definitiva).

³³ *Certain Softwood Lumber Products from Canada*, 57 *Federal Register* 22.570, 22.610 (Department of Commerce 28 May 1992) (Determinación definitiva) (en adelante, *Maderas blandas*).

³⁴ Véase el párrafo 24 de la Primera comunicación del Canadá.

anterior a la OMC ni la legislación estadounidense exigían que existiera una "contribución financiera" para que hubiera una subvención.

5.11 Por tanto, afirma el Canadá, la inclusión en el Acuerdo SMC de una definición de las subvenciones que requiere una "contribución financiera" y el consiguiente otorgamiento de un "beneficio" hacía imperativa una modificación de la legislación estadounidense en materia de derechos compensatorios. Los Estados Unidos procedieron a aplicar la definición de "subvención" en la *URAA* modificando a tal fin el texto de su artículo 771(5). Según el Canadá el texto modificado de ese artículo, aunque no trata expresamente de las limitaciones de la exportación, constituye la base legal de las demás medidas que, conjuntamente con el texto legislativo, comprometen a los Estados Unidos a tratar las limitaciones de la exportación como "contribuciones financieras".³⁵

5.12 El Canadá afirma que la DAA de acompañamiento de la *URAA* establece la interpretación autorizada de esa Ley y las obligaciones de la Administración estadounidense al aplicarla.³⁶ Casi todas las disposiciones de la DAA sobre la "contribución financiera" se centran en lo que la Declaración denomina "subvenciones indirectas" y en el propósito de la Administración de que en el artículo 771(5)(B)(iii) -que se refiere al supuesto de que un gobierno "encomiende u ordene a una entidad privada que haga una contribución financiera"- sea interpretado de forma amplia, entendiendo que abarca prácticas tales como aquellas respecto de las que el Departamento de Comercio imponía medidas compensatorias al amparo de la legislación pertinente anterior a la OMC. En concreto, según el Canadá, la DAA ordena al Departamento de Comercio que siga constatando que las circunstancias que se daban en los asuntos *Cuero* y *Maderas blandas* pueden dar lugar a la imposición de medidas compensatorias. Se trata, por consiguiente, de una orden expresa y determinante al Departamento de Comercio para que éste aplique el artículo 771(5) de forma que se llegue al mismo resultado, en lo que respecta a las limitaciones de la exportación, que se obtenía con la práctica anterior a la OMC.³⁷

5.13 El Canadá observa que el Departamento de Comercio publicó el reglamento que aplicaba las modificaciones de la *URAA* a la legislación estadounidense en materia de derechos compensatorios en 1998, y aduce que en él se desarrolla la interpretación de la DAA de que una limitación de las exportaciones cumple los criterios de la disposición del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del Acuerdo SMC y del artículo 771(5)(B)(iii) de la Ley que se expresa con las palabras "encomiende u ordene". En primer lugar, el reglamento confirma que, después de la *URAA*, el "criterio para constatar la existencia de una subvención indirecta" es el mismo que en la práctica anterior a la OMC. En segundo lugar, en él se interpreta que el criterio que se expresa con las palabras "encomiende u ordene" se cumple cuando un gobierno "es causa de que" a un particular (o un grupo de particulares no vinculados) otorgue un beneficio. Por último, en él se declara que mediante las limitaciones de la exportación el gobierno encomienda u ordena a una entidad privada que proporcione bienes -y por ende que haga una "contribución financiera"-, lo que puede dar lugar a la imposición de medidas compensatorias si "lleva" a una reducción de los precios internos del producto objeto de restricción. En consecuencia, a juicio del Canadá, el reglamento aclara que Comercio constatará que se cumple el criterio del artículo 771(5)(B)(iii), expresado con las palabras "encomiende u ordene" y, por tanto, constatará que una limitación de la exportación constituye una subvención susceptible de medidas compensatorias, cuando llegue a la conclusión de que los productores del producto objeto de

³⁵ El Canadá señala que el informe del Grupo Especial en *Estados Unidos - Artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974* observó que la legislación nacional podía tener diversos niveles, que incluían tanto textos legales como otros elementos institucionales y administrativos que "muchas veces [...] son inseparables y no deben interpretarse independientemente al evaluar la conformidad global de la ley con las obligaciones dimanantes de la OMC". WT/DS152/R, 22 de diciembre de 1999, párrafos 7.26 y 7.27.

³⁶ Véanse los párrafos 32 a 35 de la Primera comunicación del Canadá.

³⁷ Véanse los párrafos 36 a 41 de la Primera comunicación del Canadá.

restricción lo proporcionan a los usuarios en fases posteriores del proceso productivo a cambio de lo que al Departamento de Comercio considera una "remuneración inferior a la que sería adecuada", es decir, cuando constate que se ha otorgado un "beneficio".³⁸

5.14 El Canadá afirma que, al igual que la DAA y el reglamento, la práctica de los Estados Unidos, de conformidad con esas medidas asume que las limitaciones de la exportación, desde el punto de vista del derecho estadounidense, cumplen el criterio del artículo 771(5)(B)(iii) de la Ley.³⁹

3. Argumento jurídico

a) Para que una práctica constituya una subvención susceptible de medidas compensatorias, es necesario que se ajuste a la definición de "contribución financiera"

5.15 El Canadá señala que con arreglo al Acuerdo SMC sólo pueden imponerse derechos compensatorios en el caso de "subvenciones".⁴⁰ Según el Canadá, las medidas estadounidenses son incompatibles con las obligaciones que impone a los Estados Unidos el Acuerdo SMC, ya que las limitaciones de la exportación no son "subvenciones" en el sentido del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo.

5.16 El Canadá afirma que la definición de "subvención" del párrafo 1 del artículo 1 es estrictamente aplicable a todos los aspectos en el Acuerdo SMC. En consecuencia, es aplicable para determinar si puede imponerse un derecho compensatorio al amparo del artículo 10 del Acuerdo si existen pruebas suficientes para iniciar una investigación en materia de derechos compensatorios de conformidad con el artículo 11 y si pueden establecerse derechos compensatorios provisionales o definitivos de conformidad con los artículos 17 ó 19. Además, el párrafo 1 del artículo 32 del Acuerdo establece que "no podrá adoptarse ninguna medida específica contra una *subvención* de otro Miembro si no es de conformidad con las disposiciones del GATT de 1994, según se interpretan en el presente Acuerdo" (sin cursivas en el original). Por consiguiente para que una práctica pueda ser objeto de medidas compensatorias es necesario que esa práctica se ajuste a la definición de "subvención" del párrafo 1 del artículo 1. Ninguna disposición de los Acuerdos de la OMC permite la imposición de derechos compensatorios en casos o respecto de prácticas que no se ajusten a la definición de "subvención" del Acuerdo SMC.

5.17 El Canadá afirma que la definición de subvención del artículo 1 del Acuerdo SMC contiene dos elementos distintos: 1) que haya "una contribución financiera de un gobierno o de cualquier organismo público" y 2) que "con ello se otorgue un beneficio". Como declaró el Órgano de Apelación en *Brasil - Programa de financiación de las exportaciones para aeronaves*, la "contribución financiera" y el correspondiente otorgamiento de un beneficio son "elementos jurídicos independientes en el párrafo 1 del artículo 1 [...] que *conjuntamente* determinan si *existe* o no una subvención"⁴¹ [las cursivas figuran en el original]. Además, según el Canadá, los términos del Acuerdo establecen claramente que a efectos de determinar si existe o no una "contribución financiera" en el sentido del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 es concluyente la naturaleza de la acción del

³⁸ Véanse los párrafos 42 a 51 de la Primera comunicación del Canadá.

³⁹ Véanse los párrafos 52 a 60 de la Primera comunicación del Canadá.

⁴⁰ El Canadá observa que para imponer derechos compensatorios es necesario además que se cumplan los requisitos de especificidad y daño del Acuerdo SMC. No obstante, a juicio del Canadá, en el presente caso lo que está en litigio es el sentido de la definición de "subvención".

⁴¹ WT/DS46/AB/R, 2 de agosto de 1999, párrafo 157.

gobierno. Si un gobierno no ha realizado ninguno de los actos enumerados en el párrafo 1 a) 1) del artículo 1, no existe una "contribución financiera" y no puede haber "subvención".

5.18 A juicio del Canadá, la historia de la negociación del Acuerdo SMC confirma que para que haya una subvención es requisito previo la existencia de determinados tipos de acción gubernamental. Según el Canadá, los Estados Unidos propusieron que se definiera el término "subvención" como *cualquier* acción del gobierno con la que se otorgue un beneficio, con lo que no sería necesario demostrar la existencia de una contribución financiera.⁴² No obstante, la propuesta de los Estados Unidos, que reflejaba el derecho estadounidense anterior a la OMC al centrarse exclusivamente en la existencia de un "beneficio" y no establecer ninguna limitación respecto de la naturaleza de la acción del gobierno requerida, fue rechazada, tras adoptarse el texto del párrafo 1 a) 1) del artículo 1. El Canadá afirma que, por consiguiente, la tesis de los Estados Unidos de que el Acuerdo SMC no introdujo ninguna modificación con respecto al derecho estadounidense anterior a la OMC es insostenible.

5.19 El Canadá aduce asimismo que la definición de "contribución financiera" del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 es excluyente y exhaustiva, como pone de manifiesto el significado corriente de los términos considerados en su contexto y confirma la historia de la negociación. La lista de los tipos de "contribución financiera" de los apartados i) a iv) de dicho párrafo va precedida de las palabras "es decir: [...] cuando", en el sentido de "esto es, cuando". Esta expresión restrictiva pone claramente de manifiesto que se trata de una lista exhaustiva y no ilustrativa. Por el contrario, según el Canadá, cuando los negociadores del Acuerdo SMC tuvieron intención de que una lista tuviese carácter ilustrativo, no utilizaron esa expresión, sino otras, tales como "por ejemplo". Los sucesivos proyectos de texto del Acuerdo, en los que las expresiones ilustrativas ("tales como cuando") fueron pronto sustituidas por la expresión definitiva "es decir: [...] cuando" que figura en el texto final, corroboran este punto.⁴³

b) El trato de las limitaciones de la exportación como "subvención indirecta" es incompatible con los términos expresos del Acuerdo SMC

5.20 El Canadá señala que el párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC establece cuatro categorías de actos del gobierno que pueden constituir una "contribución financiera". Los tres primeros se producen cuando un gobierno u organismo público i) efectúe una transferencia directa o potencial de fondos (por ejemplo, donaciones, préstamos o garantías de préstamos); ii) condone o no recaude ingresos públicos que en otro caso se percibirían (por ejemplo bonificaciones fiscales); y iii) proporcione bienes o servicios (que no sean de infraestructura general) o compre bienes. El Canadá indica que hay que destacar que cada uno de esos tipos de actos del gobierno implican una transferencia de recursos económicos (es decir financieros) de un gobierno a productores de bienes o servicios y aduce que en cambio, una limitación de las exportaciones no implica una transferencia de recursos financieros de un gobierno y no está comprendida dentro de ninguna de esas tres categorías: no constituye una transferencia de fondos, una condonación de ingresos públicos o un suministro de bienes.

5.21 El Canadá afirma que la cuarta categoría, que figura en el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1, se refiere a una contribución financiera indirecta. A juicio del Canadá, es necesario que concurren cinco elementos para que se cumplan los términos de esta disposición: a) es necesario que un gobierno encomiende u ordene, b) a una entidad privada c) una o varias de las funciones descritas en los incisos i) a iii), d) que normalmente incumbirían al gobierno y e) la práctica en cuestión no debe

⁴² Véase el párrafo 71 de la Primera comunicación del Canadá.

⁴³ Véase el párrafo 75 de la Primera comunicación del Canadá.

diferir, en ningún sentido real, de las prácticas normalmente seguidas por los gobiernos. Para que una práctica reúna las condiciones del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 es necesario que en ella concurren *todos y cada uno* de esos elementos. Ahora bien; según el Canadá, en las limitaciones de la exportación no concurre ninguno de ellos. Por consiguiente la afirmación, de los Estados Unidos de que las limitaciones de la exportación están comprendidas en el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 por cuanto equivalen a que un gobierno encomiende u ordene a una entidad privada proporcionar bienes a los usuarios nacionales del producto objeto de la restricción es absolutamente errónea.

5.22 En primer lugar, aduce el Canadá, una limitación de las exportaciones no "encomienda u ordena" a nadie la realización de un acto positivo. Conforme a su significado claro, las palabras "encomiende u ordene" implican un acto positivo de ordenar o encargar a alguien que haga algo. El *New Shorter Oxford English Dictionary* define el término "entrust" (encomendar) como "invest with a trust; give (a person, etc.) the responsibility for a task [...]" (confiar; dar (a una persona, etc.) la responsabilidad de una tarea [...]).⁴⁴ Así pues, el término "encomendar" tiene una acusada connotación de acción. El significado corriente del término "direct" (ordenar) es "to give authoritative instructions to; to ordain, order or appoint (a person) to do (a thing) to be done; order the performance of" (dar instrucciones autorizadas a; ordenar o mandar (a una persona) que haga (una cosa) o designarla para ello; ordenar la realización de".⁴⁵

5.23 A juicio del Canadá, los términos que siguen inmediatamente en el texto inglés a "encomiende [...]" o "le ordene" ("to carry out") refuerzan esos significados. El significado corriente de "to carry out" es "conduct to completion, put into practice" ("llevar a cabo, poner en práctica")⁴⁶ o "to put into execution" (poner en ejecución).⁴⁷ Conjuntamente, las palabras "entrusts or directs [...]" to carry out" indican la comunicación de una función o la orden de que sea realizada o ejecutada. Según el Canadá, una limitación de las exportaciones no encomienda u ordena imperativamente a los productores del producto objeto de restricción que hagan algo, sino que limita su capacidad de exportar.

5.24 En segundo lugar, afirma el Canadá, una limitación de las exportaciones no encomienda u ordena a una "entidad privada" ("private body") (o, con la expresión que se utiliza en la legislación estadounidense con el mismo significado, "private entity"), porque el universo de los productores privados de un producto no constituyen una "entidad privada".

5.25 Por el contrario, el significado corriente de "body" ("entidad") es "a group of persons or things: [...] a group of individuals organised for some purpose [...]" ("un grupo de personas o cosas: [...] un grupo de individuos organizados con algún fin [...]").⁴⁸ Dicho de otro modo, el hecho de que sea posible describir a determinados individuos basándose en una característica común (trabajadores de las minas de oro, personas de edad inferior a 21 años, agricultores o médicos) no convierte al conjunto de esos individuos en una "entidad privada". En consecuencia, a juicio del Canadá, conforme a los propios términos del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1, los productores de cueros y

⁴⁴ *The New Shorter Oxford English Dictionary*, vol. 1 (Oxford: Clarendon Press, 1993), p. 831.

⁴⁵ *The New Shorter Oxford English Dictionary*, vol. 1 (Oxford: Clarendon Press, 1993), p. 679.

⁴⁶ *The New Shorter Oxford English Dictionary*, vol. 1, (Oxford: Clarendon Press, 1993), p. 343.

⁴⁷ *Merriam-Webster's Collegiate Dictionary*, 10th ed. (Springfield, Mass.: Merriam-Webster, 1993), p. 176.

⁴⁸ *Merriam-Webster's Collegiate Dictionary*, 10th ed. (Springfield, Mass.: Merriam-Webster, 1993), 128.

madereros de *Cuero y Maderas blandas*, en cuanto productores individuales no organizados, no eran "entidades privadas".

5.26 En tercer lugar, el Canadá aduce que una limitación de las exportaciones no encomienda u ordena a una entidad privada que "lleve a cabo" el suministro de bienes, sino que, por definición, limita la capacidad de exportar. No entraña ninguna transferencia de recursos financieros de un gobierno a productores de bienes. De hecho, como se ha señalado antes, el propio Departamento de Comercio manifestó expresamente que no consideraba que las limitaciones de la exportación en *Cueros o Maderas blandas* constituyeran un suministro de bienes.⁴⁹ Exista o no una limitación de las exportaciones, los productores de un bien lo suministran en el mercado interno en la medida en que desean hacerlo.

5.27 Según el Canadá, conforme a la interpretación de los Estados Unidos, quedarían sujetas al Acuerdo una amplia gama de medidas reglamentarias de los gobiernos que no reúnen los requisitos del artículo 1 del Acuerdo SMC y que nunca se tuvo la intención de que estuvieran abarcadas por éste. Si se considera que una limitación de las exportaciones equivale al suministro de un producto porque *podría* tener como consecuencia una mayor disponibilidad de ese producto en el mercado interno, habría que considerar que *cualquier* medida que pueda inducir o alentar a los productores nacionales a incrementar la oferta de un producto constituye suministro de un bien, y por consiguiente una contribución financiera. A juicio del Canadá, esta interpretación representa una expansión inconcebible de la definición de "subvención" del Acuerdo SMC que socavaría el acuerdo alcanzado en las negociaciones en la Ronda Uruguay y eliminaría la seguridad y previsibilidad que se logró con el éxito de la negociación del Acuerdo.

5.28 El Canadá afirma que los elementos cuarto y quinto del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 requieren que la función de los incisos i) a iii) que un gobierno "encomiende a una entidad privada [...] o le ordene que [...] lleve a cabo" sea una función de las que "normalmente incumbirían al gobierno" y que "la práctica no difiera, en ningún sentido real, de las prácticas normalmente seguidas por los gobiernos". El Canadá aduce que esos elementos constituyen prerequisites jurídicos de la existencia de una contribución financiera comprendida en el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 que, por definición, no se cumplen en el caso de las limitaciones de la exportación, ya que no se lleva a cabo ninguna de las funciones enumeradas en los incisos i) a iii). Ahora bien; merece la pena señalar, a juicio del Canadá, que esos elementos son importantes elementos contextuales que ponen de manifiesto que el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 no es un cajón de sastre de todas las medidas reglamentarias de los gobiernos que puedan dar lugar en algún sentido a beneficios económicos, sino que ese párrafo responde al propósito de asegurarse de que no sea posible a un gobierno eludir las disciplinas que serían aplicables a las subvenciones encomendando u ordenando a un particular que se subrogue en sus funciones para hacer una contribución financiera de alguno de los tipos descritos en los párrafos 1 a) i), ii) o iii) del artículo 1 que normalmente el gobierno habría efectuado directamente. A juicio del Canadá, es evidente que una limitación de las exportaciones no es una medida de esa índole.

5.29 Por último, el Canadá sostiene que la historia de la negociación confirma que las limitaciones de la exportación no están comprendidas en la definición de subvención del Acuerdo SMC. En el curso de las negociaciones de la Ronda Uruguay los propios Estados Unidos reconocieron que la definición de "subvención" que se incorporó al texto del párrafo 1 a) del artículo 1 del Acuerdo SMC no abarcaba las limitaciones de la exportación, como se desprende claramente de las propuestas presentadas por los Estados Unidos en el Grupo de Negociación sobre las Subvenciones, en las que los Estados Unidos trataban de introducir disciplinas aplicables, *además de a las subvenciones*

⁴⁹ Véase *Lumber*, 57 *Federal Register* en 22.592, 22.609.

definidas en el párrafo 1 del artículo 1 a las denominadas prácticas de "fijación de objetivos en la esfera industrial", incluidas las limitaciones de la exportación.

5.30 El Canadá añade que, en sus propuestas, los Estados Unidos consideraban que las limitaciones de la exportación eran instrumentos de política general selectivos, y que esos instrumentos de política general eran independientes y distintos de las "subvenciones". Así pues, a juicio del Canadá, los Estados Unidos daban claramente por sentado que las limitaciones de la exportación no estaban comprendidas en el ámbito de la definición de "subvención", y de hecho lo reconocieron así en el Grupo de Negociación.⁵⁰ Además, esos esfuerzos de los Estados Unidos por incorporar las limitaciones de la exportación al ámbito de aplicación del Acuerdo SMC, fracasaron, como reconocieron ampliamente las empresas privadas estadounidenses al evaluar las negociaciones de la Ronda Uruguay.⁵¹

5.31 El Canadá aduce que, los Estados Unidos a pesar de que es evidente que fracasaron en su intento de que el texto del Acuerdo SMC diera cabida a la anterior legislación estadounidense, no modificaron el trato concedido a las limitaciones de la exportación en la legislación estadounidense cuando pretendieron que aplicarían las nuevas obligaciones derivadas de la Ronda Uruguay. Los Estados Unidos, aunque modificaron el texto de su legislación en materia de derechos compensatorios, recurrieron a la DAA y al reglamento para asegurarse de que el texto legal fuera interpretado y aplicado conforme a la legislación estadounidense anterior a la OMC, y en contradicción con las prescripciones del Acuerdo SMC.

- c) Las medidas estadounidenses entrañan además una infracción de la obligación de los Estados Unidos de poner su legislación en conformidad con los Acuerdos de la OMC

5.32 El Canadá aduce que por las mismas razones, el régimen de las limitaciones de la exportación en la legislación estadounidense es incompatible también con las obligaciones que imponen a los Estados Unidos el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC y el párrafo 5 del artículo 32 del Acuerdo SMC.

5.33 El Canadá afirma que, según se desprende de sus propios términos, las obligaciones establecidas en esos preceptos tienen carácter absoluto. Responden al hecho de que una ley, reglamento o procedimiento administrativo que viole una obligación derivada de los Acuerdos de la OMC genera inseguridad y afecta negativamente a las oportunidades de competir de los bienes o servicios de los demás Miembros. Del hecho de que la legislación estadounidense prevea la aplicación de derechos compensatorios a prácticas que no son subvenciones en el sentido del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC se deriva que los Estados Unidos no se han asegurado de la conformidad de sus leyes, reglamentos y procedimientos administrativos con las obligaciones que les impone el Acuerdo SMC. En consecuencia, es preciso constatar que los Estados Unidos han infringido también las obligaciones que les imponen el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC y el párrafo 5 del artículo 32 del Acuerdo SMC.

B. PRIMERA COMUNICACIÓN ESCRITA DE LOS ESTADOS UNIDOS

1. Introducción

5.34 En opinión de los Estados Unidos, para formular una constatación favorable al Canadá, el Grupo Especial ha de concluir que no puede concebirse una situación en la que una limitación de las

⁵⁰ Véanse los párrafos 96 a 104 de la Primera comunicación del Canadá.

⁵¹ Véanse los párrafos 105 a 107 de la Primera comunicación del Canadá.

exportaciones pueda funcionar como una subvención. Los Estados Unidos consideran que el Canadá no analiza, o analiza de forma muy escasa, las limitaciones concretas de la exportación que existen en la realidad. En opinión de los Estados Unidos, cabe la posibilidad de que en una limitación de las exportaciones concurren todos los elementos de la definición de una subvención indirecta recogidos en el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1. En consecuencia, la petición extraordinaria del Canadá de que el Grupo Especial haga una interpretación autorizada del Acuerdo SMC debe desestimarse por razones sustantivas.

2. Argumento jurídico

a) La carga de la prueba incumbe al Canadá

5.35 Los Estados Unidos aducen que, en el presente asunto, la carga de la prueba que recae sobre el Canadá es abrumadora. El Canadá ha asumido la carga de probar un hecho negativo; que no hay ni habrá nunca una limitación de las exportaciones que pueda considerarse una subvención comprendida en el párrafo 1 del artículo 1. El Canadá ha tratado de superar esa difícil carga de la prueba eludiendo prácticamente el examen de las medidas reales de limitación de las exportaciones que pueden existir actualmente en el mundo y pidiendo de hecho al Grupo Especial que haga una interpretación autorizada, prescindiendo de cualquier tipo de elementos fácticos.

b) El Acuerdo SMC no impide tratar como subvención a una limitación de las exportaciones

i) *Económicamente, se reconoce que las limitaciones de la exportación son subvenciones*

5.36 Los Estados Unidos sostienen que no hay duda de que, económicamente, en el lenguaje corriente, las limitaciones de la exportación se consideran subvenciones. Al analizar una limitación de las exportaciones establecida por Indonesia, la Secretaría de la OMC aclaraba que la limitación de las exportaciones de recursos primarios favorece la elaboración en fases ulteriores del proceso productivo, concediendo, de hecho *una subvención a los insumos en beneficio de los elaboradores*. Esta opinión es ampliamente compartida por otras instituciones internacionales, de la que se hacen eco también numerosos estudios teóricos y de política general. Los Estados Unidos señalan que el Canadá aduce que, a pesar de esa opinión general, las limitaciones de la exportación no pueden reunir nunca *desde el punto de vista técnico* las condiciones necesarias para ser consideradas subvenciones de conformidad con el párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC.

ii) *Descartar la posibilidad de que las limitaciones de la exportación constituyan subvenciones sería incompatible con el objeto y fin del Acuerdo SMC*

5.37 Los Estados Unidos afirman que los elementos del párrafo 1) del artículo 31 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* constituyen "una sola norma holística de interpretación, en vez de [...] una sucesión de criterios distintos que han de aplicarse siguiendo un orden jerárquico".⁵² Un reciente grupo especial describía el objeto y fin del Acuerdo SMC en los siguientes términos: "A nuestro juicio, el objeto y fin [del Acuerdo SMC] es imponer disciplinas multilaterales a las subvenciones que distorsionan el comercio internacional." Según los Estados Unidos, esta opinión es compatible con la concepción general de las subvenciones como elementos distorsionadores del comercio internacional.

5.38 Los Estados Unidos afirman que el texto del propio Acuerdo SMC confirma este fin. Las subvenciones indirectas están abarcadas por el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1. Aunque esas medidas no supongan necesariamente un costo para el gobierno, son, sin duda "formas de intervención

⁵² *Estados Unidos - Artículo 301*, párrafo 7.22.

gubernamental [que] distorsionan el comercio internacional". Los Estados Unidos aducen que si el costo para el gobierno fuera un elemento necesario, el inciso iv) carecería de sentido.⁵³

5.39 Según los Estados Unidos, del significado corriente de los términos del inciso iv) se desprende que las subvenciones indirectas pueden ser recurribles. El Canadá no puede aducir de forma racional que aunque las subvenciones indirectas son recurribles en determinadas circunstancias, un tipo particular de subvenciones indirectas -las limitaciones de la exportación- no pueden serlo nunca. En opinión de los Estados Unidos, una declaración del Grupo Especial de que, independiente de las circunstancias fácticas, esta categoría concreta de subvenciones indirectas excede del ámbito del Acuerdo SMC, socavaría el objeto y fin del Acuerdo SMC, por cuanto la elusión de sus obligaciones por los Miembros resultaría demasiado fácil. En un asunto anterior, el Órgano de Apelación ha advertido que es preciso evitar que se produzca este resultado.⁵⁴

iii) *Del texto y el contexto del párrafo 1 del artículo 1 se desprende que una limitación de las exportaciones puede constituir una subvención indirecta en el sentido del inciso iv)*

El enfoque restrictivo de la interpretación del párrafo 1 del artículo 1 adoptado por el Canadá es erróneo.

5.40 Según los Estados Unidos, ni el texto del párrafo 1 del artículo 1, en general, ni el inciso iv), en particular, excluyen expresamente de la definición de "subvención" las limitaciones de la exportación⁵⁵ y es preciso dar una interpretación amplia a ambos preceptos.⁵⁶ Por el contrario, el Canadá propugna una interpretación restrictiva del párrafo 1 del artículo 1, basándose fundamentalmente en el empleo de la expresión "es decir: [...] cuando [...]" para introducir la lista de tipos de contribución financiera del párrafo 1 a) 1) del artículo 1.

5.41 Los Estados Unidos admiten que, por lo general, la expresión "es decir" tiene carácter limitativo, pero señalan que la expresión "es decir: [...] cuando [...]" figura en la introducción general del párrafo 1 a) 1) del artículo 1. A juicio de los Estados Unidos, en la medida en que dicha expresión tiene un valor limitativo, se reduce a limitar a cuatro las categorías de "contribuciones financieras". La expresión no figura dentro del propio texto del inciso iv). Según los Estados Unidos, la expresión "es decir: [...] cuando [...]", aunque establece que el universo de las subvenciones es limitado no determina si ese universo limitado es grande o pequeño.

5.42 Según los Estados Unidos, del texto del inciso iv) se desprende que ese universo no es tan reducido como pretende el Canadá. En la versión inglesa del inciso iv) se establece que hay una contribución financiera cuando "a government [...] entrusts or directs a private body to carry out one or more of the *type* of functions illustrated in (i) to (iii) above" ("un gobierno [...] encomiende a una

⁵³ Para los Estados Unidos, el "costo para el gobierno" es incompatible con el término "beneficio", porque excluiría del ámbito de ese término precisamente las situaciones descritas por el párrafo 1 a) 1) iv). *Canadá - Aeronaves civiles (AB)*, párrafo 160.

⁵⁴ *Canadá - Automóviles (AB)*, párrafo 142; el Órgano de Apelación constató que la interpretación del párrafo 1 b) del artículo 3 del Acuerdo SMC del Grupo Especial estaría "en contradicción con el objeto y fin del Acuerdo SMC, porque haría demasiado fácil la elusión de sus obligaciones por los Miembros".

⁵⁵ Los Estados Unidos no descartan la posibilidad de que, en función de los hechos, puedan ser pertinentes otras disposiciones del párrafo 1 del artículo 1.

⁵⁶ Los Estados Unidos señalan que el Órgano de Apelación ha advertido contra interpretaciones que supongan "dar preferencia a la forma con respecto al fondo y permitir a los Miembros eludir las disciplinas en materia de subvenciones [...]". *Canadá - Productos lácteos (AB)*, párrafo 110.

entidad privada una o varias de las funciones descritas en los incisos i) a iii) *supra*" (sin cursivas en el original). A juicio de los Estados Unidos, la palabra "type" significa "la forma, estructura o carácter generales que diferencian un grupo o clase concreta de cosas". En consecuencia, la inclusión de esa palabra indica que funciones de la misma forma, estructura o carácter generales que los descritos en los incisos i) a iii) constituirían también una concesión indirecta de una contribución financiera. Así pues, aducen los Estados Unidos, la definición de contribución financiera indirecta del inciso iv) no tiene un alcance tan limitado como el Canadá pretende que el Grupo Especial considere.

5.43 A juicio de los Estados Unidos, uno de los propios argumentos del Canadá apoya esta conclusión. El Canadá sostiene que cuando los redactores tuvieron intención de que una lista tuviese carácter ilustrativo, utilizaron otros términos -"por ejemplo" o "tales como"- . El Canadá se remite a los demás incisos del párrafo 1 a) 1) del artículo 1, lo que, según los Estados Unidos indica que el Canadá reconoce que la expresión "es decir: [...] cuando [...]" de la introducción del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 no reduce exclusivamente los incisos de ese párrafo a los elementos enumerados en ellos cuando el texto de los propios incisos no es exhaustivo sino expansivo. Dado que, de forma análoga, el texto del inciso iv) no es limitativo, sino amplio, los Estados Unidos aducen que es necesario interpretar de forma amplia ese inciso.⁵⁷

El texto del inciso iv) respalda la tesis de que una limitación de las exportaciones puede constituir una subvención.

5.44 Los Estados Unidos señalan que, de conformidad con el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1, para que haya una subvención indirecta son necesarios cinco elementos. En una limitación de las exportaciones pueden concurrir todos y cada uno de esos elementos.

5.45 Los Estados Unidos aducen que en lo que respecta a "encomiende u ordene", en los textos pertinentes se define "encomendar" como "confiar; dar (a una persona, etc.) la responsabilidad de una tarea". En consecuencia, si un gobierno da a una "entidad privada" la responsabilidad de llevar a cabo lo que por otro concepto sería una función gubernamental de subvención del tipo de las descritas en los incisos i) a iii) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1, hay una contribución financiera comprendida en el párrafo 1 a) 1) del artículo 1.

5.46 A juicio de los Estados Unidos, las diversas acepciones del término inglés "directs" abarcan la idea de "cause to move in or take a specified direction; turn towards a specified destination or target" ("ser causa de que algo o alguien se desplace o adopte una determinada dirección; orientar a dirigir a determinado destino") o "to give authoritative instructions to; to ordain, order (a person) to do (a thing) to be done; order the performance of." ("dar instrucciones autorizadas a; mandar, ordenar (a una persona) que haga (algo) que debe hacerse; ordenar la realización de"). Otras definiciones adicionales del término incluyen las acciones de "to regulate the course of" ("regular el curso de") y "to cause (something or someone) to move on a particular course; to guide (something or someone); to govern; to instruct (something or someone) with authority" ("ser causa de que algo o alguien adopte un curso determinado; guiar (a algo o a alguien); gobernar; dar instrucciones a alguien, o por que se haga algo, con autoridad").

5.47 Los Estados Unidos afirman que no cabe sostener que ninguna limitación de las exportaciones puede ajustarse a alguna de esas definiciones. Como mínimo, es fácil que pueda decirse que una limitación de las exportaciones "regula las actividades de" una entidad privada o "es causa" de que una entidad privada lleve a cabo una de las funciones enumeradas en el inciso iv), y otorga de esa forma una contribución financiera.

⁵⁷ Según los Estados Unidos, a la luz de este análisis, las afirmaciones del Canadá acerca de la evolución de la expresión "es decir: [...] cuando [...]" son escasamente pertinentes o no lo son en absoluto.

5.48 Por ejemplo, aducen los Estados Unidos, supongamos que para fomentar la producción y exportación de productos con más valor añadido, el Gobierno de Shangri-La decida ayudar a su industria de zumos de piña. El Gobierno comienza por comprar todas las piñas a los cultivadores y venderlas a la industria productora de zumos de piña a un precio inferior al que las ha comprado. Para los Estados Unidos, es evidente que en ese supuesto existe una subvención, ya que el gobierno ha hecho una contribución financiera a la industria elaboradora de zumos de piña proporcionándoles un bien (las piñas) por un precio inferior a la remuneración que sería adecuada.

5.49 Supongamos ahora -aducen los Estados Unidos- que, en lugar de comprar él mismo las piñas, el gobierno tiene un grado suficiente de control sobre los cultivadores de piñas para ordenarles que vendan sus piñas a la rama nacional de producción de zumos de piña. En tal caso, son los cultivadores de piñas, y no el gobierno, quienes proporcionan el bien en el sentido del inciso iii). Tal situación es precisamente, a juicio de los Estados Unidos el tipo de situación a que se refiere el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1. Si se proporcionan bienes por una remuneración inferior a la que sería adecuada existe una subvención.

5.50 No obstante, afirman los Estados Unidos, la orden del Gobierno de Shangri-La a los cultivadores de piñas de que venda sus piñas a la rama nacional de producción de zumos de piña puede adoptar diversas formas. El Gobierno de Shangri-La puede decretar que los cultivadores sólo pueden vender a la rama nacional de producción de zumos. Según los Estados Unidos, al mismo resultado exactamente puede llegarse si, en el curso de las operaciones comerciales normales hay un gran volumen de exportaciones de piñas y el Gobierno de Shangri-La pone fin a esa actividad exportadora prohibiendo la exportación de piñas. Según los Estados Unidos, el gobierno, al ordenar a los cultivadores que no exportaran, les estaría forzando a vender a los usuarios nacionales de piñas las piñas que de no ser por la prohibición habrían exportado.

5.51 Según los Estados Unidos, cuando un aumento de la oferta del producto en el mercado interno hace que se reduzca el precio de ese producto, se llega al mismo resultado que si el gobierno hubiera ordenado a los cultivadores que vendieran el producto a un precio inferior al del mercado. Así pues, el hecho de ordenar a los posibles cultivadores de piña que no exporten puede ser funcionalmente equivalente a ordenar a los cultivadores que vendan sus productos a la rama de producción de zumos por una remuneración inferior a la que sería adecuada. En opinión de los Estados Unidos, ambos tipos de funciones están claramente comprendidas en el ámbito del inciso iv).⁵⁸

5.52 Los Estados Unidos observan que el Canadá aduce que una limitación de las exportaciones no constituye una orden de proporcionar bienes, porque una limitación de las exportaciones no encomienda u ordena imperativamente a los productores del producto objeto de restricción que hagan algo, sino que limita su capacidad de exportarse. Los Estados Unidos añaden que el Grupo Especial no está obligado a atenerse únicamente a las definiciones elegidas por el Canadá.⁵⁹

5.53 Según los Estados Unidos, al establecer una distribución entre una restricción en forma de prohibición y una obligación positiva se da simplemente primacía a la forma sobre el fondo. Una y

⁵⁸ Según los Estados Unidos, en ambos casos hay una transferencia de recursos de los cultivadores a la rama de producción de zumos, y "una 'subvención' implica una transferencia de recursos económicos del otorgante al receptor por una cantidad inferior a la prestación total". *Canadá - Productos lácteos (AB)*, párrafo 87.

⁵⁹ Según los Estados Unidos, la *Special Import Measures Act*, S.C. 1984, c. 25, s.2 del Canadá declara que existe una subvención indirecta cuando "el gobierno *permite* a una entidad privada realizar alguno de los actos enumerados en alguno de los párrafos a) a c) o le *ordena* que lo realice [...]". En consecuencia, el Canadá está instando al Grupo Especial a que adopte un criterio que ese país no aplica a los efectos de su propia legislación en materia de derechos compensatorios.

otra son funcionalmente equivalentes: cuando un productor tiene dos opciones, la prohibición de una de ellas equivale a una orden positiva de elegir la otra. Los Estados Unidos sostienen que es evidente que una prohibición de las exportaciones ordena a los productores que no exporten, por lo que les ordena que recurran a los únicos compradores que quedan para venderles sus productos.

5.54 Los Estados Unidos añaden que, en lo que respecta a la expresión "entidad privada" el Acuerdo SMC (con independencia cual sea el idioma en que se consulte el texto) no contiene ni el término ni el concepto de entidad "organizada", ni puede darse del texto del Acuerdo una interpretación que incluya ese término.⁶⁰

5.55 Según los Estados Unidos el término "body" tiene muchas acepciones. Por ejemplo, puede referirse al singular ("an individual, a person") ("un individuo, una persona") o al plural ("an aggregate of individuals") ("un conjunto de individuos"). Los Estados Unidos señalan que el propio Canadá propone la definición alternativa de "un grupo de personas o cosas". Así pues, en el caso de las limitaciones de la exportación, puede considerarse que un gobierno ordena a cada productor o al conjunto de los productores que no exporten o que exporten sólo en un número muy reducido de supuestos.

5.56 Según los Estados Unidos, el argumento del Canadá de que una característica común de una serie de individuos (por ejemplo, trabajadores de las minas de oro, personas menores de 21 años, agricultores o médicos) no transforma al universo de esos individuos en una "entidad privada" es evidentemente erróneo. El mismo diccionario en el que el Canadá se basa dice que la definición de "body" incluye: "an assemblage of units characterized by some common attribute and thus regarded as a whole; a collective mass (of persons or of things) ("un conjunto de unidades caracterizadas por algún atributo común y consideradas en consecuencia como un todo; un colectivo (de 'personas o de cosas')").

5.57 Los Estados Unidos aducen que, a juicio del Canadá, una asociación de productores de acero constituiría una entidad privada (probablemente porque está "organizada"), pero no así cada uno de los productores de acero miembros de la asociación, aunque cada uno de ellos fuera a su vez una entidad social. Los Estados Unidos sostienen que, en consonancia con el texto y con el objeto y fin del Acuerdo SMC, no puede establecerse ninguna distinción nacional entre la asociación y las sociedades que son miembros de ella, ni hay diferencia entre los bancos y asociaciones de crédito (que el Canadá admite que son entidades privadas) y cualquier otro proveedor de un bien o de un servicio.

5.58 Según los Estados Unidos, en la medida en que haya alguna entidad que pueda constituir una entidad privada con arreglo incluso a la definición restrictiva del Canadá (una asociación organizada de productores) a la que pueda encomendarse u ordenarse, mediante una limitación de las exportaciones, que suministre un bien o servicio, cabe considerar que en una limitación de las exportaciones puede concurrir el elemento relativo a la existencia de una "entidad privada" del inciso iv).

5.59 Los Estados Unidos señalan que el tercer elemento del inciso iv) se remite a los tres incisos anteriores, al declarar que es necesario que se encomiende u ordene a una entidad privada que lleve a cabo "una o varias de las funciones descritas en los incisos i) a iii) *supra*". Los Estados Unidos afirman que el significado corriente de "llevar a cabo" es "realizar, ejecutar, poner en práctica". Así

⁶⁰ Los Estados Unidos afirman que la versión española del Acuerdo SMC hace referencia a una "entidad privada", expresión que en inglés se traduce por "private entity". El Canadá se apoya en el texto francés del Acuerdo SMC, en el que se emplea la expresión "organisme privé" y aduce que esa expresión significa "an organised group" "un grupo organizado". Ahora bien; el término "organisme" se traduce en inglés por "organization" o "body".

pues, en el supuesto de una limitación de las exportaciones, este elemento se cumple si una "entidad privada" realiza la función que le ha encomendado u ordenado llevar a cabo el Gobierno.

5.60 Según los Estados Unidos, una limitación de las exportaciones cumple las condiciones teóricas establecidas en el inciso iii) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 en relación con el suministro de bienes o servicios. Los Estados Unidos aducen que, en el caso de una limitación de las exportaciones, el gobierno estaría ordenando a una entidad privada (los productores de un bien) que proporcionara el producto objeto de la restricción a la rama de producción nacional que la utiliza mediante la limitación de la capacidad de los productores de vender ese producto a otros compradores.

5.61 Los Estados Unidos señalan que el Canadá aduce que cada uno de los tipos de actos del gobierno descritos en los incisos i) a iii) implica una transferencia de recursos económicos (financieros) de un gobierno a productores de bienes o servicios y que en una limitación de las exportaciones no hay transferencia de recursos financieros. Según los Estados Unidos, este argumento es simplemente una reiteración de la posición sostenida desde hace tiempo por el Canadá (y rechazada) según la cual sólo puede haber una subvención (directa o indirecta) cuando hay algún costo neto para el gobierno.

5.62 Los Estados Unidos añaden que el Canadá aduce también que haya o no una limitación de las exportaciones los productores de un bien suministran ese bien en el mercado interno en la medida en que desean hacerlo. Según los Estados Unidos, sencillamente eso no es cierto. Aunque no cabe duda de que los productores de un bien siguen proporcionando bienes al mercado interno cuando está en vigor una limitación de las exportaciones (porque no tienen otra opción), no abastecen al mercado interno en la medida en que desean hacerlo.

5.63 Los Estados Unidos recuerdan que el último elemento del inciso iv) requiere que la función de que se trata sea de las que "normalmente incumbirían al Gobierno [...] y la práctica no difiera, en ningún sentido real, de las prácticas normalmente seguidas por los gobiernos". En opinión de los Estados Unidos, el Canadá no aclara en absoluto las razones por las que una limitación de las exportaciones nunca podría cumplir este elemento, sino que se limita a reiterar sus argumentos erróneos acerca de los tres primeros elementos y afirma (erróneamente) que dado que una limitación de las exportaciones nunca podría cumplirlos en su totalidad, hay que llegar a la conclusión de que el último elemento no se cumple.

5.64 Los Estados Unidos sostienen, que, prescindiendo del hecho de que el Canadá no ha formulado argumentos sobre este aspecto, el texto no precisa más este elemento. No obstante, resulta esclarecedor en lo que respecta al significado de esas frases, un informe del Grupo Especial del GATT que se refiere expresamente a "la misión de percibir las imposiciones y de abonar las subvenciones" del gobierno. Los Estados Unidos aducen que el Canadá reconoce que el hecho de que una práctica difiera o no, en algún sentido real, de las prácticas normalmente seguidas por los gobiernos depende de las circunstancias relativas al gobierno y a la contribución financiera de que se trate.

5.65 Según los Estados Unidos, lo importante es que cuando un gobierno interviene en el suministro de un bien o servicio, y, en lugar de proporcionar directamente ese bien o servicio, encomienda u ordena a una entidad privada que lo proporcione a los compradores nacionales, mediante una limitación de las exportaciones o de cualquier otra forma, puede haber una contribución financiera en el sentido del inciso iv). Más importante aún, aducen los Estados Unidos, es que el inciso iv) se refiere evidentemente a funciones realizadas "normalmente" por los gobiernos en el contexto del otorgamiento de una subvención; cualquier otro significado privaría totalmente de sentido al inciso iv).

5.66 Por último, en opinión de los Estados Unidos, con una limitación de las exportaciones puede otorgarse un beneficio. Los Estados Unidos afirman que sólo puede dilucidarse caso por caso si con

una determinada limitación de las exportaciones se otorga o no un beneficio, aplicando el criterio establecido en el inciso d) del artículo 14 del Acuerdo SMC relativo al suministro de bienes o servicios. Los Estados Unidos afirman que al Canadá, aunque parece admitir la posibilidad de que con una limitación de las exportaciones se otorgue un beneficio, aduce que si se considerara que una limitación de las exportaciones implica el suministro de un bien porque *podría* dar lugar a la mayor disponibilidad de un producto en el mercado interno, *cualquier* medida que pudiera inducir o alentar a los productores nacionales a aumentar el suministro de un producto tendría que considerarse suministro de un bien y, por ende, una contribución financiera. Con respecto a esta argumentación sobre la "pendiente resbaladiza", los Estados Unidos indican que la respuesta es sencillamente que es poco probable que pueda constatar que todas las medidas indicadas conceden una contribución financiera en el sentido del inciso iv) que tenga por efecto el otorgamiento de un beneficio en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1. De hecho, indican los Estados Unidos, en el asunto *Live Cattle from Canada*, el Departamento de Comercio determinó que con la medida de que se trataba *no* se otorgaba un beneficio, por lo que esa medida no constituía una subvención.

5.67 Además, los Estados Unidos recuerdan que, sólo son recurribles aquellas medidas del gobierno que sean específicas en el sentido del párrafo 2 del artículo 1 del Acuerdo SMC. En consecuencia, para los Estados Unidos, resulta evidente que no todas las medidas del gobierno que incrementen la oferta de un producto constituirían subvenciones susceptibles de medidas compensatorias. De hecho, la historia ha puesto de manifiesto que ha habido pocas o ninguna investigaciones en materia de derechos compensatorios que hayan afectado a los sistemas "reglamentarios" generales de los gobiernos. A juicio de los Estados Unidos, ese hecho debilita la pretensión del Canadá de que se adopte una definición restrictiva del inciso iv) basada en la supuesta acumulación de litigios.

El contexto del inciso iv) respalda la tesis de que una limitación de las importaciones puede constituir una subvención

5.68 Los Estados Unidos aducen que el punto d) de la Lista ilustrativa de Subvenciones a la Exportación abarca también las subvenciones indirectas y es sumamente pertinente a la interpretación del párrafo 1 del artículo 1 porque cada uno de los tipos de subvención descritos en la Lista ilustrativa debe cumplir los requisitos del párrafo 1 del artículo 1. Así pues, según los Estados Unidos, el texto del inciso iv) debe entenderse en forma suficientemente amplia para comprender los "programas impuestos por las autoridades" del punto d). Los Estados Unidos aducen que lo menos que puede decirse es que no resulta difícil considerar las limitaciones de la exportación como "programas impuestos por las autoridades" para beneficiar a los usuarios del producto objeto de la limitación.

5.69 En *Canadá - Productos lácteos*, afirman los Estados Unidos, el Grupo Especial examinó el punto d) para decidir si el sistema dual de fijación de precios del Canadá podía constituir una subvención a la exportación no enumerada en el párrafo 1 del artículo 9 del Acuerdo sobre la Agricultura. El Grupo Especial llegó a la conclusión de que el sistema era un "programa impuesto por las autoridades" del tipo descrito en el punto d). Según el Grupo Especial:

Aun si se considerara que la leche no había sido suministrada directamente por gobiernos u organismos públicos del Canadá, en lo que respecta a las clases 5 d) y 5 e), esa leche habría sido, al menos, suministrada indirectamente por medio de programas impuestos por las autoridades. *Para que existan esos programas no consideramos necesario, como sostiene el Canadá, que el Gobierno federal o los gobiernos provinciales impongan un determinado resultado que haya de ser conseguido o una determinada forma de actuar que haya de ser adoptada por la CDC, las juntas provinciales de comercialización o el CMSMC (sin cursivas en el original).*

5.70 Según los Estados Unidos, esta constatación del Grupo Especial es sumamente pertinente al presente asunto, porque el Canadá ha aducido que una limitación de las exportaciones no puede constituir nunca una subvención porque una limitación de las exportaciones no encomienda u ordena imperativamente a los productores del producto objeto de restricción que hagan algo. Ahora bien, en opinión de los Estados Unidos, el Grupo Especial que entendió en el asunto *Canadá - Productos lácteos* rechazó de plano ese criterio, y constató que para que haya una subvención indirecta no es necesario que los gobiernos "impongan un determinado resultado que haya de ser conseguido o una determinada forma de actuar que haya de ser adoptada [...]".

iv) *No hay en la historia de la negociación del Acuerdo SMC nada que excluya la posibilidad de que una limitación de las exportaciones constituya una subvención*

5.71 Los Estados Unidos sostienen que el Canadá ha recurrido a la historia de la negociación del Acuerdo SMC en un vano intento de quitar la conclusión a la que llevan inexorablemente el texto, el contexto y el objeto y fin del Acuerdo. En opinión de los Estados Unidos, no hay en la historia de la negociación nada que establezca que las limitaciones de la exportación no puedan constituir nunca subvenciones.

5.72 Los Estados Unidos recuerdan que el Canadá afirma que en el curso de las negociaciones de la Ronda Uruguay los propios Estados Unidos reconocieron que la definición de subvención del Acuerdo SMC no abarcaba las limitaciones de la exportación. Según el Canadá, esa conclusión se desprende claramente de las propuestas de los Estados Unidos relativas a las prácticas de fijación de objetivos en la esfera industrial.⁶¹

5.73 Según los Estados Unidos, la historia de la negociación pone de manifiesto que los Estados Unidos, aunque habrían preferido que el Acuerdo SMC se ocupara expresamente de la "fijación de objetivos en la esfera industrial", nunca adoptaron la posición de que el término "subvención" no podía abarcar en ningún caso las limitaciones de la exportación; y, lo que es más importante aún a juicio de los Estados Unidos, los resultados de las negociaciones no ponen de manifiesto ninguna exclusión o excepción expresa en lo que respecta a las limitaciones de la exportación.

5.74 Los Estados Unidos recuerdan que, para facilitar la labor, la Secretaría preparó una lista de los problemas que habían surgido en el funcionamiento de los acuerdos pertinentes del GATT de 1947. La Secretaría señaló que el Grupo de Expertos del Cálculo de la Cuantía de una Subvención había examinado los criterios para determinar en qué casos ciertas prácticas podían constituir subvenciones susceptibles de compensación y cómo debía evaluarse la cuantía de la subvención. La Secretaría enumeraba cuatro tipos de subvenciones examinadas por el Grupo, uno de los cuales era el de las "limitaciones de la exportación". Es evidente, aducen los Estados Unidos, que había en el Grupo de Expertos quienes pensaban que las limitaciones de la exportación podían constituir subvenciones.

5.75 Los Estados Unidos recuerdan que, en marzo de 1987, presentaron su primera propuesta sobre subvenciones y medidas compensatorias; la parte pertinente de esa propuesta consta de dos párrafos, el primero de los cuales dice lo siguiente:

La fijación de objetivos en la esfera industrial consiste en la elaboración de un plan o programa oficial de medidas coordinadas para ayudar a determinadas industrias orientadas hacia la exportación. *Aunque algunas de esas medidas quedan claramente abarcadas por las disciplinas relativas a las subvenciones, no es en cambio tan clara*

⁶¹ Los Estados Unidos señalan a este respecto que la expresión "fijación de objetivos en la esfera industrial" se refería a un plan o programa oficial de medidas coordinadas para ayudar a determinadas industrias orientadas hacia la exportación.

la aplicación del Código a otras de ellas. Como consecuencia, se han mantenido intensos debates en el Comité de Subvenciones en cuanto a si las prácticas de "fijación de objetivos" de los gobiernos entran o no en la definición internacionalmente admitida de subvención. Hasta la fecha, sin embargo, no ha habido acuerdo sobre si las medidas de política industrial que dan indirectamente lugar a la canalización de recursos hacia una industria o sector específico constituyen subvenciones susceptibles de compensación o han de tratarse en el marco de alguna otra disposición del Acuerdo General (sin cursivas en el original).

Según los Estados Unidos, este párrafo refleja la idea general de que no había acuerdo en cuanto a si las prácticas de fijación de objetivos de los gobiernos constituían subvenciones susceptibles de compensación, así como la posición de los Estados Unidos conforme a la cual determinados componentes de la "fijación de objetivos" estaban ya abarcados por las disciplinas relativas a las subvenciones.

5.76 Los Estados Unidos recuerdan que el texto del segundo párrafo de su propuesta de marzo de 1987 era el siguiente:

Los Estados Unidos estiman que en las negociaciones de la Ronda Uruguay debe aclararse de qué recursos se dispone para corregir las distorsiones del comercio y el perjuicio económico que causan la "fijación de objetivos" y demás medidas de política industrial que afectan al comercio. Preocupa a los Estados Unidos que en las disposiciones en materia de comercio internacional no se trate adecuadamente el perjuicio comercial que puede derivarse de los programas de fijación de objetivos en la esfera industrial.

5.77 A juicio de los Estados Unidos, el Canadá pide al Grupo Especial que interprete selectivamente este párrafo en el sentido de que los Estados Unidos admitieron que la definición de subvención no abarca las limitaciones de la exportación. No obstante, en opinión de los Estados Unidos, el texto completo de su declaración no apoya la interpretación del Canadá, sino que el deseo de los Estados Unidos de que se *aclare* que la fijación de objetivos y algunas otras medidas de política industrial están sujetas a las normas y disciplinas aplicables al comercio internacional refleja simplemente el hecho de que no había acuerdo al respecto, como, según los Estados Unidos, prueban otros documentos citados por el Canadá.

5.78 Los Estados Unidos afirman que el Canadá hace tres citas de la nota de la Secretaría sobre la reunión de junio de 1990 como supuesta prueba de que los Estados Unidos "*entendían* claramente que la limitación de las exportaciones no estaba comprendida en el ámbito de la definición de subvención". Los Estados Unidos aducen que la cita más pertinente, no obstante, es la siguiente:

[Según los Estados Unidos] entre las políticas más frecuentemente utilizadas figuraban las siguientes: protección del mercado interno, fomento o tolerancia de los cárteles, prácticas de compra del sector público discriminatorias o preferenciales, canalización de capital (público o privado) hacia determinadas empresas, restricciones a la exportación y manipulación del mercado del usuario para reducir el riesgo concomitante al desarrollo de productos y su comercialización.

5.79 Los Estados Unidos señalan que el Canadá aduce que la inclusión de las "limitaciones de la exportación" en este debate sobre la "fijación de objetivos en la esfera industrial" pone claramente de manifiesto que las limitaciones de la exportación no se consideraban subvenciones. De hecho, según afirman los Estados Unidos, su inclusión aclara que algunas de las medidas comprendidas en la fijación de objetivos en la esfera industrial eran, en sí mismas, subvenciones. De hecho, aducen los Estados Unidos, en el documento que cita el Canadá se incluyen dentro de la lista de posibles

elementos de la "fijación de objetivos en la esfera industrial" las "prácticas de compra del sector público discriminatorias o preferenciales" (es decir la compra de bienes por un gobierno a cambio de una remuneración superior a la que sería adecuada) y la "canalización de capital (público o privado) hacia determinadas empresas". Para los Estados Unidos no cabe duda de que esas medidas, al igual que las limitaciones de la exportación, pueden ser subvenciones susceptibles de medidas compensatorias en el marco del párrafo 1 del artículo 1, a pesar de que las clasificó como posibles elementos de la fijación de objetivos en la esfera industrial.

5.80 A juicio de los Estados Unidos, el Canadá tergiversa asimismo las posiciones adoptadas en los litigios durante el transcurso de la Ronda Uruguay. Según los Estados Unidos, el Canadá, citando parcialmente determinaciones en materia de derechos compensatorios formuladas por el Departamento de Comercio en esa época, afirma que los Estados Unidos admitieron que las limitaciones de la exportación no pueden constituir una contribución financiera. A pesar de que, a juicio de los Estados Unidos, es evidente que esas determinaciones no forman parte de la historia de la negociación del Acuerdo SMC, por lo que no son pertinentes, las tergiversaciones del Canadá son tan flagrantes, según los Estados Unidos, que exigen una aclaración.

5.81 Los Estados Unidos afirman que en el asunto *Maderas blandas*, el Canadá adujo que una limitación de las exportaciones no constituía una subvención porque no implicaba una contribución financiera, en el sentido de una transferencia de recursos del gobierno al receptor. Según los Estados Unidos, es evidente que los *obiter dicta* que el Canadá ha citado se basaban en la caracterización del significado de "contribución financiera" por el Canadá. En consonancia con la posición que adoptó en las negociaciones de la Ronda Uruguay, el Canadá equiparaba "contribución financiera" y costo para el gobierno, como se desprende claramente, según aducen los Estados Unidos, del texto completo del pasaje de la determinación del Departamento de Comercio que el Canadá sólo cita parcialmente.

5.82 En un último intento de reforzar su argumentación -afirman los Estados Unidos- el Canadá cita declaraciones de empresas estadounidenses acerca de los resultados de la Ronda Uruguay. A pesar de que muchas de ellas se limitaban a manipular su preocupación por la "posibilidad" de que las limitaciones de la exportación dejaran de ser susceptibles de compensación, a juicio de los Estados Unidos, no puede considerarse que las evaluaciones de empresas estadounidenses formen parte de la historia de la negociación. Además, aun cuando algunas empresas estadounidenses consideraban (erróneamente) que la definición del párrafo 1 del artículo 1 podía impedir que las limitaciones de la exportación se consideren subvenciones, es evidente que otras empresas estadounidenses no compartían esa opinión.

5.83 En consecuencia, para los Estados Unidos lo único que pone de manifiesto la historia de la negociación es que los Estados Unidos trataron sin éxito de incluir en el Acuerdo SMC una referencia expresa a las prácticas de fijación de objetivos en la esfera industrial. No obstante, en ningún momento admitieron los Estados Unidos que las limitaciones de la exportación no podían constituir nunca subvenciones en sí mismas, y el Acuerdo SMC no contiene ninguna excepción expresa aplicable a las limitaciones de la exportación; es decir, no hay en él ninguna indicación con arreglo a la cual las limitaciones de la exportación no puedan constituir nunca, en ninguna circunstancia, una subvención. Sin embargo -aducen los Estados Unidos- eso es lo que el Canadá pretende que concluya el Grupo Especial, y el Grupo Especial debe abstenerse de formular esa conclusión.

3. Conclusión

5.84 A juicio de los Estados Unidos, el Canadá no ha demostrado que una limitación de las exportaciones no pueda constituir nunca, en ningún conjunto de circunstancias, una subvención comprendida en el marco del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC. Los Estados Unidos afirman que, por el contrario, han demostrado que, sobre la base de los principios uniformes de interpretación de los tratados, el inciso iv) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 -la disposición citada por el Canadá-

puede aplicarse a las limitaciones de la exportación. En consecuencia, los Estados Unidos aducen que el Canadá no ha satisfecho la carga de la prueba.

C. PRIMERA EXPOSICIÓN ORAL DEL CANADÁ

1. Solicitud de resoluciones preliminares de los Estados Unidos

5.85 El Canadá se remite a su respuesta a la solicitud de los Estados Unidos (véase la sección IV.B, *infra*).

2. Definición de "subvención" del Acuerdo SMC

5.86 El Canadá aduce que, en su primera comunicación escrita, los Estados Unidos interpretan erróneamente en varios aspectos la definición de "subvención" del Acuerdo SMC, haciendo diversas afirmaciones acerca de consideraciones económicas y formulando una interpretación errónea del objeto y fin del Acuerdo SMC. Según el Canadá, los Estados Unidos, aunque pretenden aplicar las prescripciones de la Convención de Viena, adoptan un enfoque que trata de forzar el significado corriente de las palabras para hacer posible que los Estados Unidos sigan tomando medidas contra prácticas con las que puede otorgarse un beneficio.

5.87 El Canadá declara que, no obstante, como el Órgano de Apelación aclaró en *Canadá - Aeronaves*, la tarea de interpretación debe comenzar "examinando el sentido corriente del texto". El Canadá comparte esa opinión, y comienza por el texto del párrafo 1 a) 1) del artículo 1.

5.88 El Canadá afirma que los Estados Unidos comparten su idea de que el párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC define el universo de los actos que constituyen "subvenciones." En consecuencia, según el Canadá, ambos países coinciden en que la existencia de una "subvención" en el sentido del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC es requisito previo de la imposición de medidas compensatorias. La discrepancia entre el Canadá y los Estados Unidos, según el Canadá, se refiere al ámbito del "universo" de los actos del gobierno abarcados por la definición de "contribución financiera" del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo.

5.89 El Canadá manifiesta que, en consonancia con los principios generales de interpretación de los tratados establecidos en la Convención de Viena, considera que el significado corriente de los términos del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 no es aplicable a una medida reglamentaria del gobierno que limite las exportaciones. Al limitar las exportaciones, afirma Canadá, un gobierno no "encomienda u ordena" a una "entidad privada" que haga una contribución financiera comprendida en los incisos i) a iii) o cumpla los demás requisitos del inciso iv). La ausencia de uno de esos elementos basta para hacer incompatibles las medidas estadounidenses con el Acuerdo SMC y el Acuerdo sobre la OMC.

5.90 Con respecto al elemento expresado con las palabras "encomiende [...] [u] ordene" el Canadá señala que los Estados Unidos no centran sus argumentos en la palabra "encomiende", sino en la palabra "ordene", con lo que parecen reconocer que no cabe equiparar la limitación a la capacidad de exportar de un productor con el hecho de que se encomienda a un productor la responsabilidad de llevar a cabo una función gubernamental.

5.91 No obstante, según el Canadá, hay que destacar que los Estados Unidos alegan que el término "ordena" significa "es causa de". El Canadá replica que no sólo una y otra palabra tienen un significado corriente muy distinto, sino que la expresión "es causa de" se toma enteramente fuera del contexto las definiciones del diccionario expuestas por los Estados Unidos, y que una limitación de las exportaciones no se ajusta en absoluto a esas definiciones. Por ejemplo, si se define "ordenar" como ser causa de que se cumpla una "orden determinada" una limitación de las exportaciones no

podría reunir las condiciones de una "orden" conforme al párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1, porque no sería preciso que la "orden determinada" consistiera en llevar a cabo "una o varias de las funciones descritas en los incisos i) a iii)". Ahora bien, sostiene el Canadá, la "orden determinada" en el caso de una limitación de las exportaciones *no* es proporcionar bienes, sino "no exportar". Lo mismo puede decirse si se define "ordena" como "ser causa de (que algo o alguien) siga un curso determinado". En el caso de una limitación de las exportaciones el "curso determinado" es "no exportar", afirma el Canadá, y *no* hacer una contribución financiera mediante el suministro de bienes.

5.92 El Canadá aduce que, en síntesis, el significado corriente de "ordenar" es "dar instrucciones con anterioridad" o "mandar a una persona hacer algo", y no es posible forzar las propias definiciones del diccionario expuestas por los Estados Unidos para transformar la acepción clara de "ordena" en "es causa de". El Canadá aduce que es evidente que los redactores estaban familiarizados con el concepto de relación causal, y que hay que suponer que si hubieran previsto recurrir a ese concepto en el inciso iv) de la definición de "contribución financiera", habrían utilizado ese término.

5.93 Según el Canadá, el enfoque adoptado por los Estados Unidos llevaría a resultados absurdos e imprevisibles, y ampliaría la definición de "subvención" del Acuerdo SMC hasta límites irreconocibles sometiendo a medidas compensatorias el ejercicio de la potestad reglamentaria de los gobiernos. Por ejemplo, en el supuesto de que un gobierno limitara las importaciones de acero, o aumentara sus derechos de aduana sobre el acero dentro de sus consolidaciones arancelarias en el marco de la OMC, con arreglo a la interpretación de los Estados Unidos, si ese hecho diera lugar a un aumento de los precios del acero en el mercado interno, la medida del gobierno habría "sido la causa" de que los particulares (los compradores de acero) proporcionaran a los productores de acero fondos que de no ser por esa medida no habrían recibido, por lo que los primeros habrían hecho una contribución financiera. Ahora bien; según el Canadá es evidente que no era ese el resultado pretendido.

5.94 En opinión del Canadá, la interpretación estadounidense de la expresión "entidad privada" tiende, de forma análoga, a menoscabar el significado corriente de los términos del tratado y no a darles efecto, por lo que está asimismo viciada. Los Estados Unidos insisten en que, "entidad privada" puede significar, entre otras cosas, un gran número de personas no asociadas, afirmando de hecho, por ejemplo, que todas las personas de edad inferior a 21 años pueden constituir una "entidad privada" basándose en las definiciones del diccionario que hacen referencia a un "conjunto" o un "colectivo". El Canadá aduce que los Estados Unidos no hacen ninguna indicación respecto de las razones por las que los redactores utilizaron la expresión "entidad privada" si, como sostienen esa expresión significa "persona o personas privadas". Por último, según el Canadá, el enfoque adoptado por los Estados Unidos no articula ningún principio que permita establecer una distinción entre los actores privados en función de que se trate o no de una "entidad". En consecuencia, la tesis de los Estados Unidos, unida a su interpretación de "ordene" como "sea causa de", supondría, a juicio del Canadá, que cualquier acto del gobierno que afectara al mercado (es decir a los compradores y vendedores individualmente considerados) equivaldría a "encomendar" u "ordenar" a una "entidad privada". El Canadá sostiene que si hubiera sido ese el propósito de los redactores, éstos podrían, sin duda, haberlo manifestado así.

5.95 El Canadá señala que, conforme al tercer elemento del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1, lo que debe encomendarse u ordenarse a una entidad privada que lleve a cabo es una contribución financiera comprendida en los incisos i) a iii). Canadá afirma que una limitación de las exportaciones limita la capacidad de exportar de un productor y no le "encomienda" u "ordena" que "proporcione bienes", como sostienen los Estados Unidos. De hecho, el argumento de los Estados Unidos en contrario no se basa en absoluto en los términos del tratado, a juicio del Canadá, sino que consiste sencillamente en afirmar que una limitación de las exportaciones equivale "conceptualmente" a un suministro de bienes. Según el Canadá, aun el supuesto de que eso fuera así, del párrafo 1 a) 1) iii) del artículo 1 no

se refiere al "suministro de bienes *u otro acto* conceptualmente similar", sino que su texto identifica como función pertinente el suministro de bienes.

5.96 Según el Canadá, el argumento de los Estados Unidos de que los actos del gobierno pueden ser susceptibles de medidas compensatorias cuando son lo que se denomina "funcionalmente equivalentes" a las contribuciones financieras enumeradas en los incisos i) a iii) está asimismo viciado. La "equivalencia funcional" y la "similitud conceptual" son conceptos poco precisos que suprimen las limitaciones que establece el texto del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 e introducen un grado de subjetividad y, por ende, de inseguridad en la definición de contribución financiera que los redactores no podían haber pretendido introducir.

5.97 Por último, afirma el Canadá, los elementos cuarto y quinto del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 confirman que el texto no avala la interpretación expansiva de esta disposición que propugnan los Estados Unidos. A juicio del Canadá, esos elementos ponen claramente de manifiesto que el inciso iv) no amplía la definición de subvención a las medidas reglamentarias de los gobiernos que no son contribuciones financieras enumeradas en los incisos i) a iii), sino que responde a la finalidad de asegurarse de que los gobiernos no puedan eludir las disciplinas aplicables a las subvenciones encomendando u ordenando a una entidad privada que haga una contribución financiera que normalmente el gobierno habría hecho directamente.

5.98 Según el Canadá, el ejemplo hipotético de las piñas en Shangri-La citado por los Estados Unidos aclara las razones por las que el texto del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 no abarca las limitaciones de la exportación. Conforme al significado corriente de las palabras "encomiende" u "ordene", la hipotética limitación de las exportaciones, a juicio del Canadá no "encomienda u ordena" a una entidad privada que proporcione piñas a la rama de producción de zumos, sino que simplemente impide su exportación. Además, sostiene el Canadá, los productores que ya proporcionan piñas sin ninguna orden del gobierno pueden optar por continuar haciéndolo en la misma medida o elegir otras posibilidades económicas. De forma análoga, en el ejemplo, los productores de piñas no actúan colectivamente, sino que adoptan decisiones individuales y probablemente distintas. Por último, aduce el Canadá, la alegación de los Estados Unidos de que la limitación de las exportaciones de piña "equivale funcionalmente" a una orden a los cultivadores de que vendan su producto a la rama de producción de zumos "por una remuneración inferior a la que sería adecuada" no es sino una alegación de que cuando haya un efecto sobre los precios, puede presumirse que una limitación de las exportaciones constituye una contribución financiera.

5.99 Dicho de otro modo, afirma el Canadá, lo anterior equivale a afirmar que un beneficio puede "otorgar" una contribución financiera; pero, como expuso el Órgano de Apelación en *Canadá - Aeronaves*, es necesario que una contribución financiera tenga por efecto o lleve aparejado el beneficio que se otorga, y no a la inversa. Un beneficio no puede tener por efecto o llevar aparejada una contribución financiera.

5.100 Según el Canadá, el objeto y fin del Acuerdo SMC, confirman su análisis del texto de la definición de subvención. El Canadá señala que el Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Prohibición de las exportaciones de determinados camarones y productos del camarón* declaró lo siguiente: "Es precisamente en las palabras de [una] disposición, leídas en su contexto, donde ante todo debe buscarse el objeto y fin que persiguen los Estados Partes en el tratado". En tal concepto, aduce el Canadá, los Estados Unidos no sólo han descrito de forma inexacta el objeto y fin del Acuerdo SMC, sino que han privado al texto del párrafo 1 del artículo 1 de su verdadero significado, al partir de esa tesis y basar todo su análisis en ella.

5.101 En opinión del Canadá, aunque uno de los fines del Acuerdo SMC es someter a disciplinas determinadas formas de acción gubernamental que pueden distorsionar el comercio internacional, ése no es el único objeto y fin del Acuerdo. Otro de los fines del Acuerdo es someter a disciplinas la

utilización de medidas compensatorias, como se desprende de su título "*Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias*". Aunque en la actualidad se han introducido en el Acuerdo disciplinas con respecto a esos dos "fines", el Canadá sostiene que la cuestión fundamental en relación con el Acuerdo sigue siendo la siguiente: "¿qué formas de acción gubernamental están sujetas a esas disciplinas?".

5.102 El Canadá señala que la primera comunicación escrita de los Estados Unidos comienza con un extracto de la "*Declaración hecha por la delegación del Canadá en reunión celebrada los días 28 y 29 de junio de 1988*". El Canadá afirma que, no obstante, los Estados Unidos han citado la declaración del Canadá de forma selectiva y que, a la luz del contexto de la declaración completa, que se reproduce en una sección titulada "Parámetros del alcance y la aplicación de las medidas compensatorias"⁶², resulta claro que el Canadá se refiere a la cuestión de las razones por las que, a juicio de este país, eran necesarias en el Acuerdo SMC disciplinas aplicables a las medidas compensatorias.

5.103 Teniendo presente lo anterior, el Canadá admite que el Acuerdo SMC somete a disciplinas el recurso a subvenciones que tienen efectos de distorsión del comercio. No obstante, mantiene que el Acuerdo lo hace definiendo el concepto de subvención, especificando cuáles son los tipos de subvenciones prohibidas, recurribles y no recurribles y estableciendo las normas que regulan la forma en que han de aplicarse las medidas compensatorias con respecto a las subvenciones recurribles. En consecuencia, es evidente que el Acuerdo no sólo establece disciplinas sobre el recurso a las subvenciones, sino también sobre los casos en que pueden imponerse medidas compensatorias. Este equilibrio contribuyó a llegar al resultado negociado.

5.104 Por último, aduce el Canadá, los Estados Unidos alegan que la interpretación del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC propuesta por el Canadá haría demasiado fácil la elusión de sus obligaciones por los Miembros. No obstante, a juicio del Canadá, la posibilidad de que una limitación de las exportaciones suponga una elusión del Acuerdo SMC depende de si las limitaciones de la exportación están o no abarcadas por el Acuerdo SMC. Si no lo están, el mantenimiento de una limitación de las exportaciones no puede constituir una elusión. En consecuencia, a juicio del Canadá, el argumento de los Estados Unidos es circular, porque en él se presume la conclusión que se desea probar.

3. Los argumentos de los Estados Unidos respecto a los "aspectos económicos" de las limitaciones de las exportaciones están fuera de lugar

5.105 El Canadá observa que los Estados Unidos afirman en primer lugar que, no cabe duda que desde el punto de vista económico y tradicionalmente las limitaciones de la exportación se consideran subvenciones, porque tienen efectos sobre los precios. A juicio del Canadá, esa afirmación da por supuesto que un posible efecto económico determina si hay o no una contribución financiera comprendida en el párrafo 1 a) 1) del artículo 1. Según el Canadá, lo que los Estados Unidos puedan considerar que "tradicionalmente" es una subvención no es pertinente al significado de la definición de subvención del Acuerdo SMC, y ninguna de las fuentes en que se basan los Estados Unidos se ocupa de si el significado del texto del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC puede aplicarse a una limitación de las exportaciones.

5.106 Más concretamente, aduce el Canadá, los Estados Unidos alegan que los productores nacionales, al enfrentarse a una limitación de las exportaciones tienen una sola opción económica, la de vender el producto objeto de restricción a los compradores nacionales de ese producto. Desde una

⁶² La declaración completa se adjuntó a la exposición oral del Canadá como Canadá - Prueba documental 106.

perspectiva económica, a juicio del Canadá, esta afirmación es simplemente inexacta. Una limitación de las exportaciones no entraña automáticamente la necesidad de que a un productor nacional del producto objeto de restricción lo venda en el mercado interno. Además, como el propio Departamento de Comercio reconoció en el asunto *Anhydrous and Aqua Ammonia from Mexico*, no se deduce necesariamente que una reducción del precio del producto objeto de restricción, en su caso, en el mercado interno de ese producto tras la imposición de una limitación de las exportaciones haya sido causada necesariamente por esa limitación de las exportaciones.⁶³

5.107 En opinión del Canadá, este mismo análisis erróneo de los aspectos económicos subyace a las observaciones que los Estados Unidos intentan hacer con su análisis de la situación hipotética de la rama de producción de piñas en Shangri-La en caso de prohibición de las exportaciones. Conforme a la descripción de los Estados Unidos, los cultivadores de piñas de Shangri-La no tienen otra opción que vender piñas a la rama nacional de producción de zumos de piña, lo que a juicio del Canadá sencillamente no es cierto. Los cultivadores de piñas pueden acogerse a diversas opciones en respuesta a una limitación de las importaciones de piñas. Pueden pasar a cultivar otro fruto u otro producto para el que el suelo sea adecuado. Pueden optar por convertirse en productores integrados y producir zumos de piñas con su propia producción y la de otros cultivadores, suministrar piñas a otros usuarios finales o elegir otras posibilidades. El Canadá, aunque reconoce que una limitación de las exportaciones reduce la capacidad del productor nacional de exportar el producto objeto de restricción, sostiene que no es cierto que tal limitación "obligue" o "fuerce" a los productores del producto objeto de restricción a venderlo a determinados usuarios del producto a precios inferiores. En consecuencia, esa prohibición no "encomienda u ordena" algo a esos productores.

5.108 Así pues, a juicio del Canadá, los Estados Unidos no están en lo cierto al afirmar que una limitación de las exportaciones es "funcionalmente equivalente" a una orden a los productores de un producto objeto de restricción de que vendan ese producto a sus usuarios en el mercado interno. Según el Canadá, esa consecuencia no se desprende necesariamente ni de las consideraciones económicas ni de un análisis literal del texto del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del Acuerdo SMC. En consecuencia, deben rechazarse, a juicio del Canadá, los intentos de los Estados Unidos de ampliar el significado claro del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del Acuerdo más allá de cualquier interpretación razonable de sus términos.

D. PRIMERA DECLARACIÓN ORAL DE LOS ESTADOS UNIDOS

5.109 Los Estados Unidos aducen que ni la OMC regula opiniones ni el procedimiento de solución de diferencias de la OMC se ocupa de "delitos de opinión". La regulación de la OMC se aplica a las medidas adoptadas por sus Miembros y el procedimiento de solución de diferencias se ocupa de esas medidas. Con respecto al objeto de la presente diferencia, los Estados Unidos mantienen que las medidas pertinentes serían 1) la imposición de derechos compensatorios en forma incompatible con el Acuerdo SMC, o 2) el establecimiento de una ley, reglamento o procedimiento que ordene a las autoridades nacionales imponer derechos compensatorios en una forma incompatible con el Acuerdo SMC. Los Estados Unidos señalan que el Canadá no alega que se haya producido el primer supuesto y afirman que los Estados Unidos no han hecho lo segundo.

5.110 Los Estados Unidos aducen que si no es admisible ya que el Canadá trate de impedir al Departamento de Comercio que exponga opiniones provisionales, el Canadá trata además de que se prohíba, pidiendo al Grupo Especial que declare, de forma completamente abstracta, que una limitación de las exportaciones no puede nunca, en ninguna situación presente o futura, constituir una subvención en el sentido del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC.

⁶³ Véase el párrafo 19, nota 8 de pie de página de la Primera comunicación del Canadá.

5.111 A juicio de los Estados Unidos, la solicitud extraordinaria del Canadá de una opinión consultiva entraña peligrosas consecuencias para el sistema de solución de diferencias de la OMC. Los Estados Unidos indican que aunque no tienen ninguna reserva en abordar las cuestiones sustantivas planteadas por el Canadá, se consideran obligados a ocuparse en primer lugar de las cuestiones sistémicas generales.

5.112 Los Estados Unidos sostienen que no tratan de privar de ninguno de sus derechos al Canadá, sino que se enfrentan simplemente a una situación en la que los Estados Unidos no han adoptado ninguna medida que menoscabe los derechos del Canadá en el marco de la OMC. Los Estados Unidos aducen que, en caso de que adoptaran medidas de esa índole, seguiría asistiendo plenamente al Canadá el derecho de impugnarlas.

5.113 A juicio de los Estados Unidos, hay una vía sólidamente establecida que permite al Grupo Especial rechazar el intento del Canadá de que los grupos especiales regulen las opiniones de los Miembros y emitan interpretaciones autorizadas. Consiste en aplicar la doctrina de la obligatoriedad/discrecionalidad.

5.114 Los Estados Unidos señalan que el Canadá no niega que la doctrina de la obligatoriedad/discrecionalidad siga siendo válida, ni pone en tela de juicio la interpretación de esa doctrina por los Estados Unidos. En lugar de ello, aducen los Estados Unidos, el Canadá expone el argumento, que no responde a la realidad, de que los diversos instrumentos que ha citado *obligan* al Departamento de Comercio a tratar las limitaciones de la exportación como subvenciones (o contribuciones financieras). Subsidiariamente, el Canadá expone el original argumento de que, aun en caso de que esos instrumentos no obliguen al Departamento de Comercio a tratar las limitaciones de la exportación como subvenciones (o contribuciones financieras), el Grupo Especial no puede constatarlo sin declarar antes, de forma abstracta, que una limitación de las exportaciones no puede nunca, en ninguna situación presente o futura, constituir una subvención en el sentido del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC. Según los Estados Unidos, el Canadá está equivocado en ambos puntos.

5.115 En lo que respecta al artículo 771(5), los Estados Unidos sostienen que el Canadá ha reconocido en todo momento que ese artículo, por su propio tenor, no obliga al Departamento de Comercio a tratar las limitaciones de la exportación como subvenciones (o contribuciones financieras). En consecuencia, parece haber coincidencia en que el artículo 771(5) no impone una actuación incompatible con la OMC.

5.116 En cuanto a la DAA, los Estados Unidos aducen que el Canadá alega que los Estados Unidos han intentado hacer una descripción falsa de la condición jurídica de ese documento. A juicio de los Estados Unidos no es así, como se expone en el párrafo 75 de la solicitud los Estados Unidos.

5.117 Los Estados Unidos afirman que su discrepancia con el Canadá no guarda relación con la condición jurídica de la DAA (aunque los Estados Unidos no aceptan que se trate de una "medida" en el sentido estricto), sino con lo que la DAA significa. En opinión de los Estados Unidos, sólo puede interpretarse la DAA como una decisión del Congreso y de la Administración de abstenerse de decidir exactamente qué tipo de medidas comprendidas anteriormente en la categoría de "subvenciones indirectas" podrían considerarse subvenciones con arreglo a la nueva definición recogida en el artículo 771(5)(B)(iii) de la *Ley de Aranceles* y el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del Acuerdo SMC.

5.118 En el ámbito de la legislación estadounidense, afirman los Estados Unidos, el Preámbulo es, como máximo, una declaración no vinculante del Departamento de Comercio sobre sus opiniones acerca del alcance del artículo 771(5)(B)(iii) en ese momento. Los Estados Unidos recuerdan que el Departamento de Comercio *no* publicó un reglamento sobre las subvenciones indirectas, en general, ni sobre las limitaciones de la exportación en particular. Aunque el Departamento de Comercio

manifestó en el Preámbulo la opinión de que las limitaciones de la exportación podían reunir las condiciones para ser consideradas subvenciones en determinadas circunstancias, no afirmó tajantemente que las reunieran ni se vinculó de otra forma a esa opinión.

5.119 Los Estados Unidos observan que el Canadá cita una serie de asuntos -ninguno de los cuales afecta, no ya al reglamento del Departamento de Comercio, sino ni siquiera a la legislación estadounidense en materia de derechos compensatorios- en apoyo de la tesis de que las declaraciones de los organismos en los preámbulos de los avisos de normas finales son siempre vinculantes para el organismo. No obstante, según los Estados Unidos, cada uno de esos asuntos presenta características distintas o no avala la tesis en apoyo de la cual se presentan, como ponen de manifiesto las Pruebas documentales 26 a 29 de los Estados Unidos. Especial importancia reviste, según los Estados Unidos, el hecho de que el Preámbulo no haya sido incluido en el *Code of Federal Regulations*. Los Estados Unidos sostienen que ello se debe a que, de conformidad con las normas que regulan el *Code of Federal Regulations*, el Departamento de Comercio no pretendía que el Preámbulo tuviera efectos jurídicos.

5.120 Con respecto al Preámbulo del Departamento de Comercio, los Estados Unidos aducen que era perfectamente compatible con las nociones de transparencia y buen gobierno que el Departamento de Comercio expusiera su opinión provisional sobre la cuestión de las subvenciones indirectas, y sería un resultado perverso que el Grupo Especial penalizara a un Miembro por exponer su opinión con mayor transparencia.

5.121 Los Estados Unidos señalan que el Departamento de Comercio, al igual que los tribunales de todo el mundo, puede citar, para justificar su determinación en un determinado asunto diversos documentos, incluidos artículos de revistas jurídicas y anteriores determinaciones del Departamento que no le vinculan. En consecuencia, en opinión de los Estados Unidos, el hecho de que el Departamento de Comercio haya citado el Preámbulo no le confiere carácter vinculante.

5.122 A juicio de los Estados Unidos, la definición que da el Canadá de "práctica" varía continuamente; el Canadá mantiene ahora que por "práctica" entiende "un compromiso o política administrativa de atenerse a una posición jurídica particular y aplicar una interpretación o metodología determinadas". El Canadá sostiene que, con arreglo a cualquiera de las definiciones utilizadas por el Canadá, la "práctica" no vincula al Departamento de Comercio en el sentido de obligarle a tratar las limitaciones de la exportación como subvenciones (o contribuciones financieras).

5.123 En opinión de los Estados Unidos, el Canadá parece aducir que aunque, aisladamente, las medidas a que se ha referido expresamente no dan lugar a una violación de normas de la OMC, dará lugar a ella consideradas en su conjunto. No obstante, aducen los Estados Unidos, el Canadá no aclara como se justifica esta conclusión sobre la base de cualquier disposición del ESD o de cualquier otro Acuerdo de la OMC.

5.124 Los Estados Unidos aducen que, sorprendentemente, el Canadá sostiene que el Grupo Especial debería hacer una interpretación autorizada del párrafo 1 del artículo 1 en primer lugar, antes de considerar la doctrina de la obligatoriedad/discrecionalidad; pero, en opinión de los Estados Unidos, el análisis del Canadá de los informes de grupos especiales del GATT y de la OMC en relación con este aspecto no apoya su posición. En ninguno de los asuntos analizados el demandado parece haber solicitado una resolución preliminar. Los Estados Unidos afirman que no hay ninguna disposición en el ESD o en los procedimientos de trabajo de este Grupo Especial que limite las resoluciones preliminares en la forma indicada por el Canadá y que, además, en ninguno de los asuntos citados se declaró expresamente que un grupo especial debía adoptar una decisión sobre cuestiones sustantivas antes de invocar la doctrina de la obligatoriedad/discrecionalidad.

5.125 Los Estados Unidos sostienen que hay una diferencia fundamental entre los asuntos citados por el Canadá y el presente. En los asuntos citados por el Canadá, se pedía a los grupos especiales que se pronunciaran sobre medidas concretas mantenidas por el demandado, lo que no ocurre en el presente caso. En esta diferencia, según los Estados Unidos, las medidas que están realmente en litigio abarcan no sólo los instrumentos impugnados por el Canadá, sino un número no precisado de limitaciones de la exportación actuales y futuras. En opinión de los Estados Unidos, el Grupo Especial no puede hacer lo que le pide el Canadá sin opinar de forma abstracta, y sin tener en cuenta ningún elemento fáctico, que nunca ha habido y nunca habrá una limitación de las exportaciones que pueda ajustarse a la definición de subvención del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC.

5.126 En caso de que el Grupo Especial constate -como a juicio de los Estados Unidos debe hacer- que las medidas en cuestión no requieren lo que el Canadá pretende, el asunto quedaría resuelto, a juicio de los Estados Unidos; las demás manifestaciones que hiciera el Grupo Especial serían *obiter dicta*.

5.127 Los Estados Unidos aducen que el Canadá sostiene ahora que la "práctica" no consiste en determinaciones concretas en asuntos específicos en materia de derechos compensatorios, sino en la posición teórica institucional del Departamento de Comercio, a la que denomina "un compromiso o política administrativa". La posición teórica del Departamento de Comercio no constituye, en opinión de los Estados Unidos, una medida "adoptada" en el sentido del ESD. Además, la posición teórica del Departamento de Comercio no puede infringir ninguna de las disposiciones invocadas por el Canadá.

5.128 Según los Estados Unidos, el párrafo 1 del artículo 1 es una disposición que establece una definición. En consecuencia, en sentido estricto, la "práctica" de los Estados Unidos -con independencia de la definición que se dé de ella- no puede infringir ese párrafo. Los Estados Unidos sostienen que el artículo 10 no es aplicable a este respecto, habida cuenta de que el Canadá manifiesta que no impugna la imposición efectiva por los Estados Unidos de derechos compensatorios al amparo del artículo 771(5) como consecuencia de una constatación de que una limitación de las exportaciones constituye una subvención, y de que, por la misma razón, tampoco son aplicables los artículos 11, 17 y 19 del Acuerdo SMC. Los Estados Unidos señalan que el Canadá no ha impugnado -ni los Estados Unidos han adoptado siquiera- ninguna "medida específica" al amparo del artículo 771(5) con respecto a una limitación de las exportaciones, y que la posición teórica del Departamento de Comercio no puede constituir una "medida específica". En consecuencia, según los Estados Unidos, tampoco es aplicable el párrafo 5 del artículo 32 del Acuerdo SMC.

5.129 Los Estados Unidos sostienen que, con respecto al párrafo 5 del artículo 32, las leyes, reglamentos y procedimientos de los Estados Unidos están en plena conformidad con el Acuerdo SMC. Un "compromiso o política administrativa" no está comprendido en el ámbito de aplicación del párrafo 5 del artículo 32. A juicio de los Estados Unidos, la misma conclusión es aplicable al párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC. No puede haber una infracción del párrafo 5 del artículo 32 o del párrafo 4 del artículo XVI si no hay una ley, reglamento o procedimiento que imponga una violación de otras disposiciones del Acuerdo SMC.

5.130 Los Estados Unidos muestran su vivo desacuerdo con el párrafo 40 de la respuesta del Canadá en la que, según mantienen, el Canadá intenta hacer ver que los Estados Unidos han incumplido resoluciones del OSD. Los Estados Unidos afirman que en ningún caso ha determinado un grupo especial de la OMC que los Estados Unidos hayan dejado de aplicar una resolución del OSD, y, de conformidad con el artículo 23 del ESD, el Canadá no puede formular unilateralmente una determinación de esa naturaleza.

5.131 Según los Estados Unidos, el Canadá afirma básicamente que hay que considerar la "práctica" -con arreglo a cualquier definición- como una medida adoptada, porque debe presumirse que los

Miembros de la OMC actuarán de mala fe. Los Estados Unidos señalan que el Órgano de Apelación ha aclarado que esa presunción no es admisible.

5.132 En opinión de los Estados Unidos, por las razones expuestas en su solicitud, deben desestimarse las alegaciones del Canadá acerca de la "práctica", ya que el Canadá no ha cumplido lo dispuesto en el párrafo 7 del artículo 4 y en el párrafo 2 del artículo 6 del ESD. Aun aceptando, a efectos de argumentación, la doctrina del "perjuicio", basada en la equidad y que el Órgano de Apelación y los grupos especiales han incorporado a las prescripciones del ESD, los Estados Unidos mantienen que han resultado perjudicados. Además, sostienen que se genera un perjuicio a ese país y al sistema de solución de diferencias de la OMC cuando se trata a las prescripciones en materia de notificación y consulta como prescripciones proforma, lo que impide contar con una descripción completa y exacta del objeto de la impugnación del reclamante.

5.133 En lo que respecta a las razones por las que la DAA y el Preámbulo no son medidas, los Estados Unidos observan que ninguno de esos instrumentos tiene efectos jurídicos independientes en el ordenamiento estadounidense.

5.134 Con respecto a la cuestión de si alguno de esos instrumentos está abarcado por el mandato del Grupo Especial, los Estados Unidos señalan que en su respuesta, el Canadá ni siquiera trata de explicar la forma en que puede interpretarse que su solicitud de establecimiento de un grupo especial abarca como medidas independientes la DAA y el Preámbulo. Además, los Estados Unidos recuerdan que en dos reuniones del OSD expusieron su opinión de que el Canadá había sustituido como medida impugnada la DAA y el Preámbulo por el artículo 771(5), y el Canadá no puso en tela de juicio la exactitud de la evaluación de los Estados Unidos.

5.135 Los Estados Unidos aducen que en su primera comunicación han demostrado que una limitación de las exportaciones puede cumplir todos los elementos del inciso iv) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC. Si una determinada práctica de limitación de las exportaciones cumple o no todos los elementos de una subvención sólo puede determinarse mediante un análisis caso por caso de las pruebas que efectivamente existan. En este momento, a juicio de los Estados Unidos, basta decir que el Canadá no ha demostrado que en una práctica de limitación de las exportaciones no puedan nunca, en ninguna situación, concurrir todos sus elementos.

5.136 Los Estados Unidos sostienen que la lectura de su primera comunicación pone de manifiesto que los Estados Unidos han realizado un análisis completo del texto del inciso iv). No obstante, el objeto y fin del Acuerdo SMC *es* pertinente a la interpretación del inciso iv), y asimismo *es* pertinente el hecho de que la interpretación del Canadá es incompatible con dicho objeto y fin, así como con la concepción general de lo que constituye y no constituye una subvención.

5.137 Los Estados Unidos aducen que no han dicho que *todas* las intervenciones del gobierno que distorsionen el comercio internacional reúnan las condiciones para ser consideradas subvenciones, sino que han subrayado que la intervención del gobierno habría de cumplir todos los elementos de la definición de las subvenciones recurribles.

5.138 Según los Estados Unidos, el argumento de las Comunidades Europeas acerca de la "pendiente resbaladiza" carece de base, porque, en los ejemplos citados, resulta difícil ver en qué sentido habría una contribución financiera. Además, los Estados Unidos aducen que en los 10 años transcurridos desde la determinación del Departamento de Comercio en el asunto *Cuero* de Argentina, no se han producido los "horrores" anunciados.

5.139 Los Estados Unidos recuerdan que en el párrafo 90 de la primera comunicación del Canadá, este país afirma que una limitación de las exportaciones no puede considerarse una subvención porque no implica una transferencia de recursos financieros de un gobierno a productores de bienes.

En consecuencia, los Estados Unidos niegan haber desfigurado la posición del Canadá. El Canadá expone la misma teoría del costo neto para el gobierno que ha sido repetidamente rechazada.

5.140 Por último, los Estados Unidos afirman que se ha indicado que las limitaciones de la exportación no pueden constituir nunca subvenciones porque, aunque pueden limitar las oportunidades de un productor y reducir el precio que cobra el productor por un insumo (como el Canadá ha admitido en el presente caso), no obligan a los productores a vender sus productos en el mercado interno a sus clientes a precios predeterminados o en cantidad predeterminada. Según este razonamiento, señalan los Estados Unidos, no hay una "orden del gobierno" porque aunque la libertad de acción del productor está limitada, no se imponen una venta o un precio predeterminados.

5.141 Según los Estados Unidos, este argumento adolece de graves defectos por varias razones. En primer lugar, el texto de los incisos iii) o iv) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 no requiere que se especifiquen el precio o la cantidad de los bienes que se proporcionan a la parte subvencionada. En segundo lugar, no se exige en él que los beneficiarios de la práctica de subvención de que se trate sean los clientes a que se destina el producto, aunque cabe perfectamente la posibilidad de que una determinada práctica de limitaciones a las exportaciones cumpla ese requisito. En tercer lugar, no hay nada en esas disposiciones que apoye la tesis de que para que exista una subvención es necesario que el gobierno determine de forma precisa el ámbito y alcance del beneficio que desea otorgar y la categoría a la que pertenecen los beneficiarios en el momento de la acción del gobierno; el Grupo Especial que entendió en el asunto *Canadá - Productos lácteos* rechazó ese argumento. En cuarto lugar, no es pertinente afirmar que los productores que, de no ser por la limitación habrían exportado, pueden adaptarse a las nuevas condiciones del mercado, por ejemplo llevando a cabo alguna otra actividad. En el ejemplo estadounidense de los hipotéticos cultivadores de piñas, los Estados Unidos consideran que se ha admitido que si el gobierno ordenara a los cultivadores de piñas que vendieran su producto a un precio fijo o en cantidades predeterminadas a los elaboradores de zumos, habría habido una subvención indirecta. No obstante, en ese supuesto hipotético, sostienen los Estados Unidos, los cultivadores de piñas también habrían podido abandonar su actividad, y dedicarse a elaborar zumos o a una actividad enteramente distinta (por ejemplo cultivar bananos). Los Estados Unidos no entienden las razones por las que la capacidad teórica de adaptación *no* impediría una constatación de existencia de una subvención indirecta en esa situación hipotética, y si en el supuesto de que en esa misma hipótesis la orden del gobierno no especificara precios o cantidades precisas.

5.142 Además, afirman los Estados Unidos, puede haber situaciones en las que un productor, enfrentado a una limitación de las exportaciones, no tenga otra opción que vender su producto a los elaboradores nacionales, como por ejemplo cuando la limitación de la exportación afecta a una materia prima. Dicho de otra forma, puede haber situaciones en la que no exista la opción de dedicarse a otra actividad. A juicio de los Estados Unidos, esta es una cuestión fáctica que es preciso determinar caso por caso basándose en las pruebas, y no de forma especulativa.

5.143 En síntesis, aducen los Estados Unidos, el Canadá no ha satisfecho la carga de la prueba; no ha demostrado que una limitación de las exportaciones no pueda constituir nunca una subvención. No obstante, no es necesario que el Grupo Especial llegue hasta aquí en su análisis, según los Estados Unidos, porque el Canadá no impugna medidas, sino opiniones. Los Estados Unidos sostienen que aunque podría ser interesante abordar la cuestión sustantiva abstracta planteada por el Canadá, el hecho de abordarla desvirtuaría el objeto y la función del sistema de solución de diferencias de la OMC. En consecuencia, los Estados Unidos sostienen que lo procedente en el presente caso es que el Grupo Especial se limite a constatar que ninguna de las medidas citadas por el Canadá obliga al Departamento de Comercio a tratar una limitación de las exportaciones como una subvención (o una contribución financiera).

E. SEGUNDA COMUNICACIÓN ESCRITA DEL CANADÁ

1. Introducción

5.144 La segunda comunicación escrita del Canadá es en respuesta a la primera declaración oral de los Estados Unidos. Los Estados Unidos siguen afirmando que lo que el Canadá desea obtener en esta diferencia es una "opinión consultiva", de conformidad con el Acuerdo SMC. El Canadá lo niega, y dice que lo que trata de conseguir es una resolución contra las medidas estadounidenses que consideran las limitaciones a la exportación como una "contribución financiera". En último término, con ello se zanjaría la diferencia entre esos dos países, en cuanto a la incompatibilidad de las medidas estadounidenses con las disposiciones de los Acuerdos SMC y sobre la OMC invocadas por el Canadá. Al Canadá le interesa en particular que se resuelvan estas diferencias, porque el trato dado a las limitaciones a la exportación en virtud de la legislación estadounidense de derechos compensatorios tiene repercusiones directas para la industria canadiense. Un ejemplo lo ofrece la solicitud canadiense de que se celebren consultas en la OMC en el caso *Ganado en pie* y, como se desprendió claramente del debate en la primera reunión sustantiva, el riesgo inmediato para las exportaciones canadienses de madera que se deriva de las amenazas estadounidenses de iniciar una investigación sobre derechos compensatorios después del vencimiento inminente del Acuerdo sobre las maderas blandas para construcción.

2. La función de defensa de la distinción entre imperativo y discrecional en la jurisprudencia de la OMC

5.145 El Canadá aduce que ha demostrado ya que no es adecuado considerar como una cuestión de procedimiento o de jurisdicción el carácter discrecional de una medida impugnada -o el grado en que lo sea- con respecto a una presunta violación de las normas de la OMC. Además, en su respuesta ha demostrado que el examen de los casos del GATT y la OMC invocados por los Estados Unidos revela que no dependen de que una medida haya sido, en su totalidad o en parte, imperativa o discrecional en abstracto. Los grupos especiales de estos casos, tras resolver las eventuales controversias acerca de las condiciones impuestas por las normas del GATT/OMC que se examinaban, constataron que la parte demandada había demostrado sobradamente que gozaba de facultades discrecionales suficientes para cumplir estas normas. Además, en todos estos casos se entendía, explícita o implícitamente, que la parte demandada no sólo podía recurrir a sus facultades discrecionales para conformarse a la interpretación adecuada de las normas pertinentes, sino que lo haría.

5.146 El Canadá sostiene que los Estados Unidos han seguido afirmando que la distinción entre imperativo y discrecional significa que las medidas estadounidenses impugnadas no pueden considerarse incompatibles con los Acuerdos SMC y sobre la OMC -independientemente de cuál sea la interpretación adecuada de esos Acuerdos- sobre la base de un argumento equivocado tanto en su interpretación del precedente del GATT y la OMC como en su representación de la fuerza jurídica de las medidas estadounidenses, en el contexto de la legislación americana. A juicio del Canadá, el argumento estadounidense acerca de la "doctrina de la distinción entre imperativo y discrecional" en esta diferencia puede resumirse del modo siguiente: i) los Estados Unidos consideran que la OMC no permite que se resuelva una diferencia sobre la conformidad de las medidas impugnadas con las normas de la Organización si las medidas, en el contexto del derecho interno, no "exigen" o "imponen" la acción que se supone es incompatible con las normas de la OMC; y ii) los Estados Unidos opinan que, de conformidad con el derecho estadounidense, las medidas impugnadas por el Canadá, por separado o en conjunto, no "exigen" en ningún caso que se dé a una limitación de las exportaciones el trato de contribución financiera. El Canadá disiente de los argumentos de los Estados Unidos, en virtud tanto de las normas de la OMC como del derecho estadounidense.

a) La jurisprudencia del GATT/OMC

5.147 El Canadá sostiene que está sobradamente demostrado que un Miembro de la OMC puede impugnar la legislación de otra parte, independientemente de cualquier aplicación específica de esta legislación, alegando que es, de por sí, incompatible con las normas de la OMC. Estas impugnaciones se autorizan para garantizar la previsibilidad de las condiciones del comercio, en relación con medidas que han de dar lugar necesariamente a una acción incompatible con las obligaciones dimanantes del GATT/OMC. En efecto, estas medidas podrían "congelar" el comercio obligando a los Miembros a modificar su comportamiento para ajustarse a una medida que prevén, razonablemente, que se aplicará a sus exportaciones. El Canadá recuerda que en el caso *Estados Unidos - Ley Antidumping de 1916*, el Órgano de Apelación citó aprobadoramente diversas declaraciones del Grupo Especial del caso *Estados Unidos - Superfund*, según las cuales el GATT de 1947 tenía por objeto no sólo proteger el comercio corriente, sino también crear la previsibilidad necesaria para planear el comercio futuro, y que, por consiguiente, debía autorizarse a las partes contratantes a impugnar las leyes vigentes que obligaran a adoptar medidas disconformes con el Acuerdo General, sin esperar a que estas normas legislativas se aplicaran efectivamente a su comercio.

5.148 El Canadá cree haber expuesto ya en sus anteriores comunicaciones el motivo de que las medidas que impugna exijan el trato de las limitaciones a la exportación como "contribuciones financieras" en virtud de la legislación estadounidense de derechos compensatorios, y de que este trato sea incompatible con las obligaciones de los Estados Unidos derivadas de los Acuerdos SMC y sobre la OMC. El Canadá observa que los Estados Unidos han afirmado que el caso *Estados Unidos - Ley Antidumping de 1916* y otros casos que tienen en cuenta la distinción entre normas legislativas imperativas o discrecionales corroboran la afirmación estadounidense de que el Grupo Especial no puede constatar que las medidas que se están considerando sean incompatibles con los Acuerdos SMC y sobre la OMC, porque dichas medidas no prescriben el trato que es objeto de la reclamación del Canadá (y que los Estados Unidos no estiman incompatibles con las mencionadas obligaciones). No obstante, en opinión del Canadá los casos alegados por los Estados Unidos no confirman este extremo.

5.149 Según el Canadá, la distinción entre imperativo y discrecional no significa que las facultades discrecionales, de cualquier tipo o grado que sean, permitirán que una parte demandada se acoja con éxito a esta defensa. En el caso *Estados Unidos - Ley Antidumping de 1916*, el Órgano de Apelación afirmó que, teniendo en cuenta la jurisprudencia relativa a la elaboración y aplicación de la distinción entre imperativos y discrecional, las facultades discrecionales de que goza el Departamento de Justicia de los Estados Unidos para incoar o no una causa criminal "no son de naturaleza o alcance tales que transformen la Ley de 1916 en una legislación discrecional ...".⁶⁴ De modo análogo, en el caso *Estados Unidos - Bebidas a base de malta*, el Grupo Especial constató que la facultad discrecional de no aplicar una ley que sea incompatible con el GATT no hace, de por sí, que esta ley sea compatible con el GATT.⁶⁵

5.150 Respecto de las cuestiones que se consideran en esta diferencia, el Canadá observa que el artículo 771(5)(B)(iii) no se ocupa específicamente de las limitaciones a la exportación. Esta disposición puede considerarse "discrecional" en el sentido limitado de que el Departamento de Comercio, en su condición de autoridad investigadora, tiene que determinar si una limitación de las exportaciones, o cualquier otra práctica sujeta a una investigación sobre derechos compensatorios, es una contribución financiera. Sin embargo, el mencionado artículo no existe aisladamente; de conformidad con el razonamiento del Grupo Especial *Estados Unidos - Artículo 301*, el

⁶⁴ *Id.*, párrafo 91.

⁶⁵ *Estados Unidos - Bebidas a base de malta*, párrafo 5.60.

artículo 771(5)(B)(iii) es "inseparable" de la DAA, el Preámbulo y la práctica estadounidense y, por consiguiente, no puede considerarse un elemento aislado.

5.151 Según el Canadá, en cada uno de los casos citados por los Estados Unidos en que se consideró que una medida era "discrecional", el Grupo Especial constató no sólo que existía un margen discrecional suficiente para que el ejecutivo pudiera aplicar la ley de manera coherente con sus obligaciones derivadas de la pertenencia al GATT, sino también que la parte demandada podría ejercer esta facultad discrecional para actuar de un modo compatible con la norma del GATT en cuestión, y, o bien lo había hecho, o en cierto sentido estaba comprometido a hacerlo.⁶⁶ El Canadá sostiene que en cada uno de estos casos el Grupo Especial verificó a su satisfacción, a menudo sobre la base de las garantías dadas por la parte demandada en cuanto al modo en que interpretaría su legislación, que la legislación impugnada dejaría suficiente margen discrecional a la autoridad ejecutiva para evitar cualquier violación del GATT.

5.152 El Grupo Especial *Estados Unidos - Artículo 301* constató que un Miembro podía "limitar sus facultades discrecionales" de violar una obligación de la OMC, mediante su interpretación de estas facultades en la DAA y sus acciones subsiguientes. El Canadá saca la conclusión opuesta. A un Miembro demandante debe autorizársele también que impugne si un Miembro ha "limitado sus facultades discrecionales" de no violar un compromiso de la OMC. Así pues, aunque el artículo 771(5)(B)(iii) no impone ninguna acción incompatible por cuanto podría (e incluso debería) interpretarse y aplicarse de manera compatible con las normas de la OMC, el Canadá piensa que la DAA y el Preámbulo "limitan las facultades discrecionales" de la autoridad ejecutiva en el contexto de esta diferencia, de modo que la legislación se interpretará y aplicará de una manera incompatible con la OMC.

b) Las medidas estadounidenses en examen

5.153 El Canadá ve claramente el fuerte contraste existente entre los mencionados casos y las circunstancias de la presente diferencia. En esta última las medidas estadounidenses, más que dar garantías de que los Estados Unidos no darán a las limitaciones a la exportación el trato de contribuciones financieras, demuestran, en opinión del Canadá, que la autoridad ejecutiva de aquel país se ha comprometido a interpretar su legislación de un modo incompatible con la OMC. El Canadá toma nota de la alegación de los Estados Unidos de que podría interpretar su legislación de otra manera, pero afirma que de las medidas y declaraciones estadounidenses se desprende claramente que no lo hará, por lo menos mientras el OSD no tome una decisión confirmando que los Estados Unidos están obligados a ello.

5.154 El Canadá no afirma que los Estados Unidos actúen de mala fe. Pero es evidente que en esta situación, a diferencia de lo que ocurría en los casos alegados, los Estados Unidos creen, erróneamente pero de buena fe, que su interpretación no es incompatible con las obligaciones derivadas de la pertenencia a la OMC. El hecho de que los Estados Unidos creen que su interpretación es compatible con la OMC se manifiesta claramente en la DAA, el Preámbulo y toda la práctica estadounidense. A juicio del Canadá, dada la importancia que los grupos especiales del GATT/OMC han atribuido a las declaraciones estadounidenses sobre la interpretación que piensan dar a su legislación (especialmente en los casos *Estados Unidos - Superfund*, *Estados Unidos - Medidas que afectan a la importación y a la venta y utilización en el mercado interno de tabaco* y *Estados Unidos - Artículo 301*), la interpretación recogida en las medidas estadounidenses que prescriben un trato de las limitaciones de la exportación incompatible con la OMC debería tenerse muy en cuenta. Para el Canadá, ello demuestra que el Departamento de Comercio está comprometido a actuar de un modo incompatible con las obligaciones de los Estados Unidos en virtud de su

⁶⁶ Véase la Segunda comunicación escrita del Canadá, párrafos 12 a 14.

pertenencia a la OMC; en consecuencia, las medidas estadounidenses anulan y menoscaban las ventajas resultantes para el Canadá de la aplicación de los Acuerdos SMC y sobre la OMC.

5.155 El Canadá afirma que, al invocar la distinción entre imperativo y discrecional como defensa en esta diferencia, los Estados Unidos sostienen que las medidas en cuestión dejan al Departamento de Comercio suficiente margen discrecional para no considerar las limitaciones a la exportación como contribuciones financieras, al tiempo que afirman que hacerlo no sería incompatible con las obligaciones dimanantes de su pertenencia a la OMC. No obstante, estas facultades discrecionales que, según los Estados Unidos, se infieren de la DAA y de la fórmula utilizada en el Preámbulo ("permitiría"), son tan limitadas que excluyen prácticamente la capacidad del Departamento de Comercio de actuar de conformidad con las normas de la OMC. Dicho de otro modo, siempre y cuando haya un elemento discrecional en estas medidas, el Canadá no cree que dicho elemento sea de naturaleza tal que permita a los Estados Unidos invocar la distinción entre imperativo y discrecional como defensa en esta diferencia, porque la DAA da instrucciones sobre el modo en que deben ejercerse estas facultades discrecionales, y el Preámbulo y la práctica de los Estados Unidos recogen estas instrucciones.

5.156 El Canadá cree haber demostrado en su respuesta que la DAA da instrucciones explícitas al Departamento de Comercio en cuanto a la determinación que debe hacer, con arreglo a la disposición, respecto de las limitaciones a la exportación. A su juicio, si la disposición deja algún margen discrecional al Departamento de Comercio, éste se limita a la verificación de que una presunta subvención indirecta implica una "medida formal y ejecutoria". Si es así, aduce el Canadá, el Departamento de Comercio debe llegar a la conclusión de que se ha cumplido la norma prevista en el artículo 771(5)(B)(iii). Como una limitación de las exportaciones presupone, por su propia naturaleza, una medida formal y ejecutoria, y la DAA lo declara así en consecuencia, el Canadá entiende que la DAA obliga al Departamento de Comercio a llegar a la conclusión de que, en el caso de una limitación de las exportaciones, se habrá cumplido la norma del artículo 771(5)(B)(iii) de la Ley y del inciso iv) del artículo 1.1 a) 1) del Acuerdo SMC, y a constatar la existencia de una subvención susceptible de compensación si el Departamento hace una constatación de hecho en una investigación, respecto de la existencia de un "beneficio" para la rama de producción que se está examinando.

5.157 Asimismo, el Canadá entiende que la fórmula del Preámbulo ("permitiría") que, a juicio de los Estados Unidos, concede al Departamento de Comercio suficiente margen discrecional para no dar a las limitaciones a la exportación el trato de contribuciones financieras, no otorga a los Estados Unidos facultades discrecionales suficientes para alegar con éxito la distinción entre imperativo y discrecional en este caso. Como quiera que, en opinión del Canadá, en la DAA y en el Preámbulo ya se determina que una limitación de las exportaciones cumple el requisito de contribución financiera, el alcance de cualquier facultad discrecional reconocida por el término "permitiría" queda limitado al análisis del beneficio y la especificidad por parte del Departamento de Comercio.

5.158 El Canadá entiende que la medida en que los Estados Unidos han restringido sus facultades discrecionales en relación con las limitaciones a la exportación se demuestra con extremada claridad en la parte en que la DAA impone con autoridad al Departamento de Comercio que considere que las circunstancias análogas a las de los casos *Cuero* y *Maderas para construcción* quedan comprendidas en el significado del artículo 771(5)(B)(iii). Al demostrar que en estas circunstancias concretas el Departamento de Comercio debe dar a las limitaciones a la exportación el trato de contribuciones financieras, este texto refuta de modo concluyente la posición de los Estados Unidos según la cual el Grupo Especial debe resolver en su favor si llega a la conclusión de que en un determinado conjunto de circunstancias una limitación de las exportaciones podría constituir una contribución financiera. Aunque no cree que una limitación de las exportaciones constituya una contribución financiera, el Canadá afirma que está sobradamente demostrado que una medida es incompatible con una norma de

la OMC si impone una acción incompatible con las normas de la Organización en determinadas circunstancias, aunque en otras circunstancias pueda no serlo.⁶⁷

3. La afirmación de los Estados Unidos de que el Preámbulo no surte efectos jurídicos da una idea equivocada del derecho administrativo estadounidense y de la función que desempeña el Preámbulo del Departamento de Comercio

5.159 Según el Canadá, las diversas afirmaciones de los Estados Unidos en el sentido de que el Preámbulo de la reglamentación definitiva del Departamento de Comercio para los derechos compensatorios recoge simplemente "opiniones aproximativas" o, "en el mejor de los casos una declaración no vinculante del Departamento de Comercio respecto de sus opiniones en ese momento" son incompatibles con el derecho administrativo estadounidense y dan una idea errónea de la función que desempeña el Preámbulo. El Canadá observa que, con arreglo a la legislación estadounidense, el Departamento de Comercio debe ajustarse a la interpretación de la ley que figura en el Preámbulo, salvo que tenga una "razón imperativa para no hacerlo".⁶⁸

5.160 Los Estados Unidos argumentan, en particular, que sólo una reglamentación publicada en el *Code of Federal Regulations* (Código de Reglamentaciones Federales) (CFR) es de aplicación federal y surte efecto jurídico, y afirman que el hecho de que el Preámbulo del Departamento de Comercio a su reglamentación definitiva no fuera publicado en el CFR da una "fuerte indicación" de que no surte efecto jurídico. Empero, el Canadá no cree que se trate de una norma del derecho administrativo estadounidense. El conocido especialista en derecho administrativo estadounidense Kenneth Culp Davis, afirma en su tratado que "el hecho de que se haya publicado o no en el *Code of Federal Regulations* no debe ser utilizado por los tribunales como prueba de que la declaración de un organismo es, o no es, una norma". El Profesor Davis critica la decisión del caso *American Portland Cement Alliance c. EPA* por su referencia a la publicación en el CFR, y observa que el tribunal de este caso se basó en un caso obsoleto y que, "al parecer pasó por alto" una opinión posterior en la que el tribunal de apelación hacía hincapié en que "el hecho de que haya o no habido una publicación, en el *Code of Federal Regulations* no es más que una parte mínima de la prueba de la intención del organismo".⁶⁹ Además, la afirmación de los Estados Unidos en cuanto al significado de la publicación en el CFR ni siquiera está corroborada por los dos casos que invocan, que se referían a la posibilidad de revisar una reglamentación *propuesta*, no *definitiva*. El Departamento de Comercio promulgó su reglamentación de los derechos compensatorios, incluido el Preámbulo, como norma definitiva que entraba en vigor a la fecha de su publicación en el *Federal Register*. Aunque más tarde algunas partes de la reglamentación se codificaron y fueron publicadas en el CFR, para el Canadá esta publicación ulterior no añade ni quita nada a la autoridad jurídica de la reglamentación, incluido el Preámbulo, tal y como fueron publicados en el *Federal Register*.

5.161 El otro argumento primordial de los Estados Unidos para pedir a este Grupo Especial que desestime las disposiciones del Preámbulo es su afirmación al Grupo Especial de que el Departamento de Comercio no *tenía la intención* que el Preámbulo surtiese efecto jurídico. No obstante, el Canadá no ha podido localizar ninguna declaración precedente de este tipo, que no se compadece con las anteriores determinaciones del Departamento de Comercio, las decisiones de los tribunales

⁶⁷ Véase el caso *Argentina - Medidas que afectan a las importaciones de calzado, textiles, prendas de vestir y otros artículos*, WT/DS56/AB/R, 27 de marzo de 1998.

⁶⁸ *NMB Singapur c. Estados Unidos*, 780 F. Supp. 823, 827 (Comisión de Comercio Internacional 1991).

⁶⁹ Kenneth Culp Davis y Richard J. Pierce Jr., *Administrative Law Treatise*, 3ª edición, Supp. 2000 (Boston, Mass.: Little, Brown and Co., 2000), páginas 167 y 168.

estadounidenses en relación con las determinaciones del Departamento, ni la afirmación de los Estados Unidos ante los grupos especiales de la OMC de que el Preámbulo surte efecto jurídico.

5.162 El Canadá afirma que desde el 1º de enero de 1995 el Preámbulo a los proyectos de reglamentación, o a la reglamentación definitiva del Departamento de Comercio en materia de derechos compensatorios han servido de base a 103 determinaciones del Departamento sobre medidas antidumping y derechos compensatorios. Según el Canadá, en ninguno de estos casos ha indicado el Departamento que a su juicio el Preámbulo no surte efecto jurídico, o que se había basado en simples "opiniones aproximativas" para determinar los derechos a reparación. En todos los casos el Departamento citó al Preámbulo en relación con la interpretación o norma aplicable, y se limitó simplemente a aplicarlo, con los consiguientes efectos en los derechos de las partes. Según el Canadá, en algunos de estos casos la disposición del Preámbulo se basaba en una elaboración crítica de una reglamentación adjunta, o en las excepciones descritas a la interpretación indicada en esta reglamentación, mientras que en muchos de ellos la declaración utilizada por el Departamento de Comercio *sólo* figuraba en el Preámbulo. El Canadá ha expuesto un cierto número de ejemplos en los cuales el Departamento de Comercio se había basado únicamente en el Preámbulo para su determinación de las cuestiones en examen.⁷⁰

5.163 El Canadá considera que los ejemplos más patentes de la aplicación de las interpretaciones y las metodologías del Preámbulo con efecto jurídico concluyente por parte del Departamento de Comercio se encuentran en las determinaciones de la concesión de un beneficio mediante una privatización en condiciones de plena competencia, y en los casos *Ganado en pie* y *Acero inoxidable* de Corea. Paralelamente a sus prolongadas declaraciones sobre las limitaciones a la exportación, el Preámbulo se ocupa también *in extenso* de la posibilidad de que una privatización en condiciones de plena competencia elimine el beneficio de las subvenciones anteriores a la privatización.⁷¹ En este texto, el Departamento de Comercio declara que no promulga una reglamentación y pone de relieve que la ley le concede facultades discrecionales para determinar las repercusiones de un cambio en la propiedad caso por caso. Según el Canadá, el Departamento de Comercio declaró no obstante que seguiría aplicando su práctica anterior a la OMC, consistente en considerar solamente el beneficio en el momento de conceder una subvención, y que su "metodología de reembolso/reasignación" anterior a la OMC, con la que se transfería parte del beneficio de anteriores subvenciones, "alcanzaba el objetivo" de mantener su discrecionalidad para hacer determinaciones en cada caso. En otras palabras, el Departamento de Comercio decidió la cuestión jurídica fundamental -que por lo menos una parte del "beneficio" subsiste después de una privatización en condiciones de plena competencia- declarando en el Preámbulo que se mantenían en vigor sus métodos anteriores a la OMC, y limitó su "discrecionalidad" a aplicar una fórmula para la medición de la cuantía del beneficio. El Canadá afirma que el Departamento de Comercio ha aplicado su metodología anterior a la OMC en numerosos casos de privatización registrados posteriormente a la creación de la Organización.

5.164 El Canadá opina que los casos de *Acero inoxidable* de Corea constituyen otro ejemplo manifiesto de la aplicación del Preámbulo por el Departamento de Comercio como elemento concluyente de una cuestión, y en circunstancias que dejan claro cuán determinantes son las referencias del Preámbulo a los casos *Cuero* de Argentina y *Maderas blandas para construcción*. En una parte del Preámbulo, el Departamento interpreta el artículo 771(5)(D)(iii) de la ley, que aplica el párrafo 1 a) 1) iii) del artículo 1 del Acuerdo SMC, e indica como contribución financiera "el suministro de bienes o servicios que no sean de infraestructura general". Según el Canadá, al declarar que las carreteras o los puentes pueden beneficiar a determinadas industrias, más que a la sociedad en

⁷⁰ Véase la Segunda comunicación escrita del Canadá, párrafo 34.

⁷¹ *Regulations*, 63 *Federal Register* en 65.351-55 (anexo C a la Primera comunicación escrita del Canadá - Canadá - Prueba documental 3).

general, el Departamento de Comercio cita el caso anterior a la OMC *Ciertos productos de acero procedentes de Corea* -el mismo al que se refiere la parte relativa a las subvenciones indirectas en la DAA y el Preámbulo- en el que el Departamento constató que los servicios portuarios de la bahía de Kwangyang no constituían una "infraestructura general" a los efectos de su criterio de "especificidad" anterior a la OMC, y que, por consiguiente, eran susceptibles de compensación.⁷² Cuando la cuestión se planteó de nuevo en los casos *Acero inoxidable* posteriores a la OMC, el Departamento de Comercio declaró lo siguiente:

"La infraestructura existente en la bahía de Kwangyang no se construyó en beneficio del público en general; ... por consiguiente, no es una "infraestructura general" Así pues, dicha infraestructura es susceptible de medidas compensatorias. Es más, en la "Explicación de la reglamentación definitiva" (el Preámbulo) en materia de derechos compensatorios ... se cita expresamente la infraestructura construida en la bahía de Kwangyang (del caso *Productos de acero procedentes de Corea*), como ejemplo de complejos industriales, carreteras, líneas ferroviarias y puertos que no constituyen una "infraestructura general" y que son susceptibles de medidas compensatorias Véase la reglamentación definitiva de los derechos compensatorios, 63 FR en 65378-79."⁷³

5.165 Así pues, según el Canadá el Departamento de Comercio, al decidir una cuestión significativa en los casos posteriores a la OMC, constató que la interpretación de "infraestructura general" del Preámbulo, y en particular su referencia a un caso anterior a la OMC en que se había constatado que la bahía de Kwangyang no era una "infraestructura general", era de carácter dispositivo. Es difícil concebir, pues, cómo el Departamento de Comercio no constataría que la interpretación del Preámbulo relativa a las limitaciones a la exportación y su referencia al caso *Maderas blandas para construcción procedentes del Canadá* son igualmente dispositivas en un caso que plantee la misma cuestión.

5.166 Por último, el Canadá entiende que la pretensión estadounidense de que el Preámbulo recoge "opiniones simplemente aproximativas" no es confirmada por los casos en los tribunales estadounidenses ni por el hecho de que los propios Estados Unidos se remitan a un preámbulo en los procedimientos de solución de diferencias en la OMC. Según el Canadá, en los tribunales estadounidenses el Departamento de Comercio invoca el Preámbulo como fundamento jurídico de sus determinaciones, y los tribunales sancionan este proceder.

4. La "práctica" es una medida, y encaja en el concepto de "imperativo" de la OMC

5.167 El Canadá estima que, como los Estados Unidos no ignoran, la "práctica" de un organismo es un concepto sumamente corriente del derecho estadounidense. El Departamento de Comercio se refiere habitual y expresamente a su "práctica" en las determinaciones de medidas antidumping y derechos compensatorios, dando efecto jurídico a esa "práctica" como factor determinante de las interpretaciones y las metodologías que aplica, como demuestran los casos citados por el Canadá.⁷⁴ Además, existe una conexión entre la práctica y el precedente, ya que con frecuencia una

⁷² *Id.*, párrafo 65.378.

⁷³ *Hojas de acero inoxidable y chapas de acero inoxidable en rollos procedentes de la República de Corea*, 64 *Federal Register* 30.636, 30.659 (Departamento de Comercio, 8 de junio de 1999) (Determinación definitiva) (Canadá - Prueba documental 23); *Chapas de acero inoxidable en rollos procedentes de la República de Corea* 64 *Federal Register* 15.530, 15.548 (Departamento de Comercio, 31 de marzo de 1999) (Determinación definitiva) (Canadá - Prueba documental 24).

⁷⁴ Véase la Segunda comunicación escrita del Canadá, párrafo 40.

interpretación o metodología se elabora para un solo caso o un grupo de casos y se convierte en la "práctica" seguida en casos subsiguientes. Así pues, la práctica no es una determinación individual en un caso de derechos compensatorios (aunque normalmente una determinación reflejará la "práctica") sino que más bien es un compromiso institucional de atenerse a interpretaciones y metodologías declaradas, que se refleja en determinaciones acumulativas.

5.168 Cuando el Departamento de Comercio promulga reglamentaciones de derechos compensatorios y medidas antidumping, establece su práctica en esas reglamentaciones, incluido el Preámbulo. Sin embargo, a menudo la práctica del Departamento no está articulada en forma de reglamentaciones. Es más, hasta que se promulgaron en 1998 las reglamentaciones definitivas en materia de derechos compensatorios, el Departamento de Comercio no había promulgado nunca reglamentaciones definitivas en las que se indicasen sus interpretaciones sustantivas del derecho estadounidense y las metodologías que iba a aplicar. Por consiguiente, durante buena parte de los 20 últimos años, las interpretaciones y metodologías en que se basaron las determinaciones del Departamento de Comercio en los casos de derechos compensatorios estaban simplemente en función de la "práctica" del Departamento. En consecuencia, el Canadá sostiene que, si bien la "práctica" se refleja en las reglamentaciones del Departamento de Comercio cuando se promulgan, este concepto ofrece una base independiente para la acción del Departamento, a la que se confiere efecto jurídico con carácter adicional a la exposición de dicha práctica en los reglamentos, o en ausencia de una indicación en este sentido.

5.169 El Canadá estima que la independencia de la práctica respecto de las reglamentaciones se observa claramente en la promulgación, por el Departamento de Comercio, de un *Reglamento enmendado relativo a la revocación de órdenes en materia de medidas antidumping y de derechos compensatorios*, en respuesta a una determinación del Grupo Especial de la OMC respecto de los DRAM de Corea.⁷⁵ En el preámbulo de este reglamento el Departamento de Comercio declara que, si bien la decisión de la OMC requería un cambio en una norma comercial, no invalidaba varios aspectos de la "práctica" del Departamento, que seguirían vigentes.

5.170 El Canadá sostiene además, que un principio fundamental del derecho estadounidense es que un organismo no puede apartarse de su práctica y sus precedentes salvo en circunstancias muy explícitas, cuando la desviación de las anteriores políticas y normas es expresa y deliberada, y se explica adecuadamente. A juicio del Canadá, estas circunstancias estrictas no se dan en este caso, ya que los Estados Unidos no tienen evidentemente la intención de dejar de aplicar un trato de las limitaciones a la exportación que consideran correcto.

5.171 El Canadá alega que la "práctica" impugnada es el compromiso del Departamento de Comercio de atenerse a una opinión jurídica y una interpretación o metodología determinadas. En su opinión, el trato de una limitación de las exportaciones como contribución financiera incluye la práctica del Departamento de Comercio anterior a la OMC que se hizo valer en los casos *Cuero procedente de Argentina* y *Maderas blandas para construcción procedentes del Canadá*, porque dicha práctica se había incorporado expresamente a la práctica vigente de los Estados Unidos por mediación de la DAA y el Preámbulo. También está incluida la práctica del Departamento posterior a la OMC, como confirman los casos *Ganado en pie* y *Acero inoxidable* de Corea, que son ejemplos acumulativos del compromiso del Departamento de Comercio de aplicar la práctica indicada en el Preámbulo y, en particular, "una norma de alcance no menor que el de la anterior norma estadounidense para la constatación de la existencia de una subvención indirecta".

⁷⁵ 64 *Federal Register* 51.236 en 51.239 (Departamento de Comercio 22 de septiembre de 1999) (norma definitiva) (Canadá - Prueba documental 109).

5.172 A juicio del Canadá, como el Departamento de Comercio ha expuesto su "práctica" para las limitaciones a la exportación en el Preámbulo de la reglamentación definitiva de los derechos compensatorios, actualmente no existe una distinción de fondo entre el trato que el Departamento da a esas limitaciones en virtud de la DAA y el Preámbulo, y el que concede con arreglo a su "práctica". Además, la DAA y el Preámbulo son incompatibles con las obligaciones de los Estados Unidos en virtud del Acuerdo SMC, independientemente de la "práctica" que el Canadá impugna. En este sentido, aunque cree que la "práctica" es una medida que se presta a la solución de diferencias como cualquier ley, reglamento o acto de un Miembro, el Canadá considera que una constatación del presente Grupo Especial con respecto a la "práctica" no es esencial para determinar qué otras medidas estadounidenses son incompatibles con las obligaciones dimanantes de la OMC.

5.173 Sin embargo, la "práctica" tiene que ver con la observancia, por los Estados Unidos, de una resolución de la OMC en favor del Canadá. Es decir, si el actual Grupo Especial constata que la ley estadounidense, interpretada por la DAA, el Preámbulo y la práctica, es incompatible con el Acuerdo SMC porque compromete a los Estados Unidos a dar el trato de contribución financiera a la limitación de las exportaciones, el Canadá cree que, entre otras cosas, los Estados Unidos deberían renunciar a su práctica de dar este trato a las limitaciones a la exportación cuando inicien casos relativos a los derechos compensatorios y hagan determinaciones al respecto. La inclusión de la "práctica" como una medida tenía por objeto insistir en ese punto, y el Canadá desea que el Grupo Especial haga una recomendación específica a los Estados Unidos para que pongan sus medidas en conformidad con el Acuerdo SMC y con el Acuerdo sobre la OMC, entre otras cosas, dejando de tratar las limitaciones a la exportación como contribuciones financieras.

5. Comentarios sobre las comunicaciones estadounidenses relativas al Acuerdo SMC, que figuran en la declaración oral de los Estados Unidos

5.174 En opinión del Canadá, la cuestión esencial en esta diferencia ha sido, y sigue siendo, si el trato que las medidas estadounidenses dispensan a las limitaciones a la exportación es incompatible con la definición de "contribución financiera" del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC, cuestión ésta que depende necesariamente de la interpretación de la disposición en base al significado corriente de sus términos, y teniendo en cuenta el contexto y el objeto y fin del Acuerdo. El Canadá alega que, como expuso en su primera declaración oral, el intento de los Estados Unidos de encajar las limitaciones a la exportación en la definición de contribución financiera es una tentativa profundamente equivocada de aplicar estos principios de interpretación de los tratados.

5.175 El Canadá sostiene que los Estados Unidos se limitan a redefinir el término esencial "ordenar" de modo que signifique "causar" en el sentido más amplio de la palabra, sobre la base de una extrapolación de significados del diccionario, sacados de contexto según el Canadá, la palabra "ordena" del inciso iv) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 significa que un gobierno debe dar instrucciones autorizadas a la "entidad privada" para que lleve a cabo una determinada acción, mientras que con la definición de los Estados Unidos ("regular el curso de, o ser causa de que alguien o algo se mueva en una dirección determinada") su significado es bastante distinto. Además, como señaló el Canadá en su primera declaración oral, una limitación de las exportaciones ni siquiera se ajusta a la definición estadounidense de "ordena". Y, lo que es más importante, la palabra "causar" no aparece en el texto del inciso iv).

5.176 Los Estados Unidos alegan que el que una determinada limitación de las exportaciones cumpla todas las condiciones para que exista una "subvención al amparo del artículo 1.1" sólo podría determinarse en un análisis de las pruebas efectivas del caso. Aunque para determinar si "con ello se ha otorgado un beneficio", según el párrafo 1 b) del artículo 1, haría falta efectivamente un análisis de las pruebas, en este caso no se discute el concepto "beneficio". El Canadá sostiene que si el Grupo Especial está de acuerdo en que una limitación de las exportaciones no es una contribución financiera en el sentido del inciso iv) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1, la cuestión del beneficio" no se planteará

nunca, ya que nunca podría incoarse un caso alegando que una limitación de las exportaciones es una "subvención".

5.177 Los Estados Unidos afirman también que no existe una "pendiente resbaladiza" en cuanto a la constatación de una serie de medidas reglamentarias del gobierno comprendidas en esta interpretación del inciso iv). A juicio del Canadá, un sencillo examen demuestra el error de este planteamiento. Los importadores podrían reaccionar a la reducción o eliminación de un derecho aumentando sus importaciones de un producto, con lo que, en potencia, aumentarían la oferta interna y en determinadas condiciones económicas reducirían el precio del mercado del producto para los usuarios en una fase más adelantada de producción. Según la interpretación estadounidense del inciso iv), así como su opinión sobre las limitaciones a la exportación, el gobierno, al reducir el derecho, habría "encomendado u ordenado" a los importadores que "proporcionarán bienes" a los usuarios internos del producto. Con arreglo a los argumentos del Canadá y de las CE, las acciones gubernamentales tales como la reducción de los derechos de importación no forman parte, simplemente, de las acciones del gobierno que constituyen una "contribución financiera" en el sentido del párrafo 1 a) 1) del artículo 1.

5.178 Por último, en respuesta a los argumentos del Canadá y de las CE respecto de la capacidad de los productores sometidos a una limitación de las exportaciones de adaptarse a las condiciones de mercado, los Estados Unidos siguen afirmando que una limitación de las exportaciones constituye un caso de suministro de bienes "encomendado u ordenado" por el gobierno, que es susceptible de compensación si se constata la existencia de un beneficio o una especificidad. El Canadá señala que la libertad de los productores de adaptarse a la imposición de una limitación de las exportaciones pone de relieve el hecho de que no se les ha encomendado ni ordenado nada en el sentido del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1. En opinión del Canadá, una orden de un gobierno de no hacer algo no es lo mismo, con arreglo al inciso iv), que una orden de hacer otra cosa.

F. SEGUNDA COMUNICACIÓN ESCRITA DE LOS ESTADOS UNIDOS

1. Introducción

5.179 Los Estados Unidos sostienen que, en términos generales, lo que se está debatiendo es una clase de medidas –las limitaciones a la exportación– que se consideran "subvenciones" en el sentido normal de la palabra en terminología económica, y añaden que la Secretaría de la OMC y las Organizaciones de las Naciones Unidas, entre otras, han definido de esta manera las limitaciones a la exportación. Pese a ello, el Canadá trata de demostrar que, desde el punto de vista técnico, una limitación de las exportaciones no puede constituir nunca, en ninguna circunstancia, una subvención en el sentido de lo dispuesto en el Acuerdo SMC. A juicio de los Estados Unidos, el Canadá hace esta afirmación sin ofrecer ninguna prueba respecto de la naturaleza y el funcionamiento de las limitaciones a la exportación en el mundo real, y esto a pesar de que, en su calidad de demandante, le corresponde la carga de la prueba, en este caso concreto negativa.

5.180 En segundo lugar, los Estados Unidos no creen que en este caso exista un litigio real y tangible. El Canadá no reclama contra la imposición de cualquier derecho compensatorio; es más, después de la creación de la OMC el Departamento de Comercio no ha impuesto ningún derecho compensatorio con respecto a una limitación de las exportaciones, contra el Canadá o contra cualquier otro Miembro. Tampoco alega el Canadá que una ley o reglamento de los Estados Unidos sea incompatible con uno cualquiera de los Acuerdos de la OMC; lo que afirma realmente es que, si alguna vez se viera enfrentado a la cuestión, el Departamento de Comercio interpretaría la disposición legislativa compatible con la OMC de modo que abarcara las limitaciones a la exportación. No obstante, según los Estados Unidos esto no significa que se impugne una medida "adoptada", en el sentido del ESD.

5.181 En tercer lugar, los Estados Unidos alegan que, aunque este caso debería desestimarse por motivos de procedimiento, e independientemente del carácter abstracto de su impugnación, el Canadá está equivocado en sus reclamaciones sustantivas. Los Estados Unidos creen haber demostrado, con el análisis del texto, el contexto y el objeto y fin del Acuerdo SMC, que el Canadá se equivoca cuando afirma que una limitación de las exportaciones no puede constituir nunca una subvención, en ninguna circunstancia. Así pues, aunque el Grupo Especial no necesita ocuparse de las reclamaciones sustantivas del Canadá, ni debe hacerlo, si lo hace debería rechazarlas.

2. La doctrina de la distinción entre imperativo y discrecional

5.182 Los Estados Unidos creen que es significativo que ni el Canadá ni las CE hayan impugnado la validez de la doctrina de la distinción entre imperativo y discrecional. En consecuencia, lo único que tiene que considerar realmente el Grupo Especial es si las llamadas "medidas" identificadas por el Canadá exigen que el Departamento de Comercio dé a las limitaciones a la exportación el trato de subvenciones.

a) Artículo 771(5)

5.183 En lo relativo al artículo 771(5) de la *Ley de Aranceles de 1930*, los Estados Unidos observan que el Canadá admite que la ley "no se ocupa específicamente de las limitaciones a la exportación".⁷⁶ El Canadá cede en este punto a la opinión de los Estados Unidos porque, como reconoció en 1995 en sus comentarios al Departamento de Comercio, el artículo 771(5) "ofrece una definición de 'subvención' que es esencialmente la misma que la del Acuerdo sobre Subvenciones".⁷⁷ Así pues, los Estados Unidos entienden que, con arreglo a la doctrina de la distinción entre imperativo y discrecional, el artículo 771(5) no viola sus obligaciones derivadas de la pertenencia a la OMC.

b) La DAA

5.184 Aunque sostienen que las partes también están de acuerdo en que la DAA es un texto "autorizado" con respecto a la interpretación del artículo 771(5), los Estados Unidos creen haber demostrado que todo lo que dice "autorizadamente" la DAA es que el Departamento de Comercio debe ajustarse a la norma estipulada en el artículo 771(5), que, como reconoce el Canadá, es compatible con la OMC.⁷⁸ Así pues, según la doctrina de la distinción entre imperativo y discrecional, aunque la DAA fuera una medida aparte, en el contexto del mandato del Grupo Especial, a juicio de los Estados Unidos no violaría sus obligaciones derivadas de la OMC.

c) El Preámbulo

5.185 Los Estados Unidos observan que las partes están de acuerdo en que un preámbulo reglamentario puede utilizarse para interpretar una norma de un organismo. Más concretamente, la jurisprudencia estadounidense muestra que un preámbulo reglamentario puede utilizarse como prueba del entendimiento contemporáneo, por un organismo, de sus normas propuestas.⁷⁹ No obstante, con respecto al Preámbulo que se considera, los Estados Unidos afirman que el Departamento de

⁷⁶ Primera comunicación del Canadá, párrafo 32.

⁷⁷ *Solicitud de resoluciones preliminares de los Estados Unidos ("Solicitud de los Estados Unidos")*, párrafo 43, citando EE.UU. - Prueba documental 11.

⁷⁸ Véase, por ejemplo, *Solicitud de los Estados Unidos*, párrafos 35 a 39 y 75 a 79; y respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 1 (primera serie) y a las preguntas 15, 27 y 31 a 33 (segunda serie).

⁷⁹ *Solicitud de los Estados Unidos*, párrafo 81 y los casos citados en dicho párrafo.

Comercio no promulgó una reglamentación y que, además, el texto de dicho preámbulo no se publicó en el *Code of Federal Regulations*. Los Estados Unidos creen haber demostrado que, en el contexto del derecho estadounidense, el Preámbulo de referencia no es vinculante para el Departamento de Comercio.⁸⁰

5.186 Además, el debate sobre un oscuro principio del derecho administrativo estadounidense oculta el hecho de que, aunque el Preámbulo fuera vinculante para el Departamento de Comercio, no refleja una interpretación en el sentido de que el artículo 771(5) *exige* que el Departamento de Comercio dé a las limitaciones a la exportación el trato de subvenciones (o contribuciones financieras). En realidad, el Preámbulo expresa simplemente una opinión aproximativa según la cual la ley "permitiría" que el Departamento de Comercio diera a las limitaciones a la exportación el trato de subvenciones; es decir, que el trato de una limitación de las exportaciones como si fuera una subvención sería una posible interpretación de la ley.⁸¹

5.187 Así pues, según los Estados Unidos con arreglo a la doctrina de la distinción entre imperativo y discrecional el Preámbulo no viola las obligaciones estadounidenses dimanantes de la OMC porque: 1) no es vinculante para el Departamento de Comercio, y 2) aunque lo fuera, no exige que el Departamento de Comercio dé a las limitaciones a la exportación el trato de subvenciones.

d) La "práctica" de los Estados Unidos

5.188 Los Estados Unidos observan que el Canadá no discute que, en ningún caso posterior a la OMC, el Departamento de Comercio ha constatado que una limitación de las exportaciones fuera una subvención. Además el Canadá tampoco pone en tela de juicio que, aunque hubiera un caso de esta índole, en el contexto del derecho estadounidense no sería vinculante para el Departamento de Comercio.⁸² Así pues, de acuerdo con la doctrina de la distinción entre imperativo y discrecional, la "práctica" estadounidense, entendida en el sentido convencional de un precedente de un organismo, no violaría la obligación de los Estados Unidos de no dar a las limitaciones a la exportación el trato de subvenciones, derivada de su pertenencia a la OMC.

5.189 No obstante, los Estados Unidos sostienen que en el curso de este litigio la definición canadiense de "práctica" ha cambiado constantemente. En su versión más reciente, la "práctica" es un supuesto "compromiso administrativo" de dar a las limitaciones a la exportación el trato de subvenciones; o sea, es el presunto estado de ánimo institucional del Departamento de Comercio. Sin embargo, el Canadá no ha explicado en ninguna de sus comunicaciones cómo un "compromiso administrativo" –sea lo que fuere– es vinculante para el Departamento de Comercio de conformidad con el derecho estadounidense. Por lo tanto, aunque este "compromiso administrativo" pudiera constituir una medida a los efectos del ESD, para los Estados Unidos el Canadá no ha demostrado que esa "cosa" exige que el Departamento de Comercio dé a las limitaciones a la exportación el trato de subvenciones.⁸³ Por consiguiente, en virtud de la doctrina de la distinción entre imperativo y

⁸⁰ *Id.*, párrafos 80 a 83 y los casos citados en dichos párrafos; *Declaración oral de los Estados Unidos*, párrafos 17 a 31 y los casos citados en dichos párrafos.

⁸¹ *Solicitud de los Estados Unidos*, párrafo 80.

⁸² Para el examen de la naturaleza no vinculante de los precedentes de un organismo administrativo, los Estados Unidos se remiten a la *Solicitud de los Estados Unidos*, párrafos 84 y 85, y a la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 16 d) (segunda serie).

⁸³ Los Estados Unidos se refieren a su respuesta a la pregunta 16 d) (segunda serie), en la que explican por qué un "compromiso administrativo" no puede ser vinculante en derecho estadounidense.

discrecional, cualquier presunto "compromiso administrativo" de esta índole no violaría las obligaciones de los Estados Unidos derivadas de su pertenencia a la OMC.

e) Las medidas consideradas en conjunto

5.190 El Canadá ha alegado que, aunque los documentos identificados no exijan individualmente que el Departamento de Comercio dé a las limitaciones a la exportación el trato de subvenciones, las medidas "consideradas en conjunto" sí lo exigen.⁸⁴ No obstante, en ningún lugar de las comunicaciones canadienses se ofrece una explicación –y mucho menos una demostración– de cómo, en el contexto general del derecho estadounidense, las medidas que consideradas individualmente no exigen que un organismo actúe de un modo particular, en conjunto sí pueden conllevar esa exigencia. Tampoco hay ninguna demostración de que, con arreglo al derecho estadounidense, los documentos del caso exijan, colectivamente, que el Departamento de Comercio dé a las limitaciones a la exportación el trato de subvenciones. El motivo de esta omisión es que, en derecho estadounidense, la aseveración fundamental del Canadá es errónea. Así pues, con arreglo a la doctrina de la distinción entre imperativo y discrecional, los Estados Unidos entienden que las medidas, consideradas en conjunto, no constituyen un incumplimiento de las obligaciones derivadas de su pertenencia a la OMC.

3. Ninguna de las medidas citadas por el Canadá violan las disposiciones de los Acuerdos de la OMC que el Canadá ha invocado

5.191 Los Estados Unidos se remiten a su explicación de los párrafos 44 a 51 de su *Declaración oral*, y a su respuesta a la pregunta 17 (segunda serie), según las cuales la mayoría de las "medidas" identificadas por el Canadá no pueden violar ninguna de las disposiciones de los Acuerdos de la OMC que el Canadá ha invocado en este caso.

5.192 A juicio de los Estados Unidos, ninguna de estas medidas puede violar el párrafo 1 del artículo 1 porque dicho párrafo es una disposición definitoria que no impone obligaciones propiamente dichas. Tampoco pueden violar el artículo 10 (ni los artículos 11, 17 y 19 en su relación con las disposiciones del artículo 10) porque estas reglas corresponden a acciones emprendidas en el contexto de procedimientos reales de derechos compensatorios, y el Canadá no impugna ninguna de ellas. Además, el párrafo 1 del artículo 32 no es aplicable porque corresponde a una "medida específica contra una subvención de otro Miembro", y el Canadá no impugna ninguna medida de esta clase.

5.193 En consecuencia, según los Estados Unidos las únicas disposiciones que podrían aplicarse a una impugnación de medidas "propiamente dichas", son el párrafo 5 del artículo 32 del Acuerdo SMC y el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC, que rigen en ambos casos para "leyes, reglamentos y procedimientos administrativos". En general, para que se incumpliese alguna de estas disposiciones, una ley, reglamento o procedimiento administrativo tendría que violar otra disposición de un acuerdo de la OMC. En el presente caso, una ley, reglamento o procedimiento administrativo sólo violaría estas disposiciones si impusiera una acción incompatible con los artículos 1.1, 10 (u 11, 17 y 19) o 32.1 del Acuerdo SMC.

5.194 En opinión de los Estados Unidos, la única medida que se considera en el presente caso y que podría quedar comprendida en las disposiciones del párrafo 5 del artículo 32 o del párrafo 4 del artículo XVI es el artículo 771(5), que es una "norma legislativa". No obstante, el Canadá reconoce que el mencionado artículo no es, de por sí, incompatible con ninguna de las disposiciones que ha citado, y los Estados Unidos han demostrado que esta conclusión no cambia si el artículo se interpreta

⁸⁴ *Declaración Oral del Canadá*, párrafo 8.

conjuntamente con la DAA. Así pues, el artículo 771(5) no viola el párrafo 5 del artículo 32 ni el párrafo 4 del artículo XVI.

5.195 En cuanto a las otras "medidas", los Estados Unidos se limitan a afirmar que no son el objeto del párrafo 5 del artículo 32 ni del párrafo 4 del artículo XVI. Ni la DAA, ni el Preámbulo, ni lo que el Canadá define con el concepto amorfo de "prácticas", constituyen una "ley", un "reglamento" o un "procedimiento administrativo" en el sentido de estas disposiciones.

4. El Canadá ha fracasado en su intento de demostrar que una limitación de las exportaciones no puede constituir nunca una subvención, en ninguna circunstancia

5.196 En cuanto a la afirmación del Canadá de que una limitación de las exportaciones nunca puede constituir, en ninguna circunstancia, una subvención según lo previsto en el inciso iv) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1, los Estados Unidos reafirman su posición de que el Grupo Especial no necesita ni debe tratar esta cuestión.⁸⁵ No obstante, si el Grupo Especial decidiera hacerlo, los Estados Unidos creen haber demostrado que una limitación de las exportaciones es capaz, en potencia, de cumplir las normas del inciso iv).

a) "Encomienda u ordena"

5.197 Los Estados Unidos observan que la parte esencial del argumento del Canadá se refiere al requisito del inciso iv) expresado con la fórmula "encomienda u ordena". No obstante, los Estados Unidos estiman haber demostrado que una limitación de las exportaciones, en circunstancias propicias, puede satisfacer este requisito si nos atenemos al significado corriente de los términos. En inglés "direct" ("ordenar") significa "ser causa de que se tome una dirección determinada"; "ser causa de que (alguien o algo) se desplace en una dirección determinada".⁸⁶ Según los Estados Unidos, el Canadá no puede indicar nada en esas definiciones que excluya de su alcance a las limitaciones a la exportación.

5.198 El razonamiento canadiense con respecto a la fórmula "encomienda u ordena" se basa esencialmente en tres argumentos. En primer lugar, el Canadá discute las definiciones de "ordenar" del diccionario que emplean un elemento causal, y trata de insertar un requisito adicional de carácter afirmativo, consistente en "una instrucción autorizada de hacer algo", y no solamente de abstenerse de hacer algo.⁸⁷ En segundo lugar, el Canadá, junto con las CE, afirma que una limitación de las exportaciones nunca puede satisfacer la norma expresada en la fórmula "encomienda u ordena" porque el productor del producto objeto de limitación dispone de varias opciones a la venta del producto en el mercado interno, como producir otro producto, elaborar un producto en una fase más

⁸⁵ Véase, por ejemplo, la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 39 (segunda serie).

⁸⁶ *Primera comunicación de los Estados Unidos*, párrafo 31. A este respecto, los Estados Unidos no admiten que pueda pasarse por alto la palabra "encomienda", como sugiere el Canadá en el párrafo 19 de su *Declaración oral*. Podría haber situaciones en las que una limitación de las exportaciones constituya el mecanismo por el cual un gobierno "encomiende" a una entidad privada que proporcione una contribución financiera en el sentido del inciso iv). No obstante, si, como han demostrado los Estados Unidos, una limitación de las exportaciones puede satisfacer el significado de la expresión "ordena", el término "encomienda" pasa a ser una cuestión puramente teórica, en lo relativo a las reclamaciones del Canadá en esta diferencia.

⁸⁷ Los Estados Unidos alegan que este planteamiento es incompatible con la interpretación contemporánea del Canadá de "encomienda u ordena", porque la ley canadiense de derechos compensatorios no exige una "instrucción autorizada". Con arreglo a esta última ley, la existencia de una contribución financiera depende de que un gobierno "permita u ordene" a una entidad privada que haga algo. Véase la *Primera comunicación de los Estados Unidos*, párrafo 37, nota 34.

adelantada de la producción, o cesar la producción. En tercer lugar, el Canadá afirma que si su propuesta no fuera aceptada, se produciría un efecto de "pendiente resbaladiza" que conduciría a la compensación de todas las acciones reglamentarias de un gobierno.

i) *"Instrucción autorizada"*

5.199 En cuanto al primer argumento del Canadá, los Estados Unidos recuerdan que este país ha afirmado que una limitación de las exportaciones no va acompañada de una orden específica de proporcionar los bienes al mercado nacional, sino que lo que se ordena es más bien "no exportar". El Canadá reconoce significativamente que las limitaciones a la exportación constituyen "órdenes"⁸⁸, pero afirma que debe existir una "instrucción autorizada" o un "mandato ... de hacer una cosa", para que exista una "orden".⁸⁹ En opinión de los Estados Unidos, el Canadá no ofrece ningún apoyo textual a esta proposición, sino que se limita a promover sus definiciones preferidas del diccionario.⁹⁰

5.200 El Canadá tampoco ha tenido en cuenta las diversas formas en que se puede manifestar una limitación de las exportaciones (problema que no se plantearía si hubiese presentado un argumento basado en hechos reales). Cabe suponer que, incluso con la interpretación canadiense de la fórmula "encomienda u ordena", la norma se cumpliría si la limitación de las exportaciones estuviera acompañada de una disposición gubernamental que exigiese que el producto objeto de limitación fuera procesado en el país. En el mejor de los casos, el Canadá trata de dar preferencia a la forma sobre la sustancia. Los Estados Unidos piensan que cuando un productor nacional se dedica a la venta de un producto, una restricción de exportar *puede ser* una orden de vender (o sea, proporcionar bienes) a compradores nacionales, en un entorno comercial normal.

5.201 Además, el término "ordena" del inciso iv) conlleva elementos de causalidad, como se reconoce en la pregunta 11 c) (segunda serie). Para los Estados Unidos, el que una limitación de las exportaciones sea o no la causa de que un productor venda en el mercado nacional es una cuestión fáctica que sólo puede responderse caso por caso. Lo que es significativo, a los efectos de esta diferencia, es que tanto el Canadá como los Estados Unidos parecen estar de acuerdo en que una limitación de las exportaciones puede producir el efecto requerido. En su declaración oral, el Canadá hizo la siguiente afirmación:

⁸⁸ Declaración oral del Canadá, párrafo 20 ("Sin embargo, en el caso de una limitación de las exportaciones la "orden específica" *no* es proporcionar bienes, sino más bien "no exportar") (en cursivas en el original).

⁸⁹ *Id.*, párrafo 21.

⁹⁰ Según los Estados Unidos, el Canadá argumenta que, como los redactores utilizaron la palabra "causa" en otra parte del Acuerdo SMC, esto significa que tenían el propósito de dar al término "ordenar" un significado distinto del corriente. Con respecto a este argumento, los Estados Unidos tienen tres observaciones que hacer. En primer lugar, el Órgano de Apelación ha reconocido que distintas palabras pueden tener significados intercambiables o coincidentes (*Comunidades Europeas – Régimen para la importación, venta y distribución de bananos*, WT/DS27/AB/R, informe del Órgano de Apelación adoptado el 25 de septiembre de 1997, párrafo 203). El Órgano de Apelación constató que, a pesar de que el artículo 1.3 del *Acuerdo sobre Licencias* y el párrafo 3 a) del artículo X del GATT de 1994 utilizaban frases distintas, las dos disposiciones tenían el mismo alcance. En segundo lugar, como quiera que el Canadá afirma que la palabra "ordenar", tal y como se utiliza en el inciso iv), tiene un significado especial con arreglo a los principios consuetudinarios del derecho público internacional, a él le corresponde probar que los redactores tenían esta intención. *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, artículo 31 4). En tercer lugar, los Estados Unidos observan que la nota 1 de pie de página del Acuerdo SMC demuestra que los redactores sabían cómo excluir ciertas prácticas del alcance del párrafo 1 del artículo 1, pero no lo hicieron en el caso de las limitaciones a la exportación.

"Más concretamente, los Estados Unidos sostienen que frente a una limitación de las exportaciones el productor nacional sólo tiene una opción económica, consistente en vender el producto objeto de la limitación a los compradores nacionales de ese producto. Desde un punto de vista económico esto es inexacto. *No es inevitable* que una limitación de las exportaciones obligue a un productor nacional del producto objeto de la limitación a vender en el mercado interno."⁹¹

5.202 Para los Estados Unidos, en la frase "no es inevitable" hay un reconocimiento implícito de que "podría" ocurrir que una limitación de las exportaciones obligue a un productor nacional de los productos objeto de la limitación a vender en el mercado interno. El Canadá trata de salir ganando en todos los supuestos. Por una parte reconoce que, teóricamente, una limitación de las exportaciones puede obligar a un productor nacional del producto objeto de limitación a venderlo en el mercado interno. Por otra parte, afirma esencialmente que esto nunca podría ocurrir en el mundo real, pero no presenta ni la sombra de una prueba en abono de esta afirmación.

ii) *"Otras opciones"*

5.203 El segundo intento del Canadá de eludir el significado corriente de la expresión "encomienda u ordena" es el argumento de las "otras opciones". El Canadá y las CE afirman que, enfrentados a una limitación de las exportaciones, los productores pueden optar por producir otro producto, cesar la producción o dedicarse a la elaboración en una fase más adelantada de producción.⁹²

5.204 Sin embargo, puede haber situaciones en las que el productor del bien objeto de la limitación no goce de estas posibilidades. Es más, como se comentó en la anterior sección, los Estados Unidos creen que el Canadá ha reconocido implícitamente esta posibilidad, y no ha proporcionado ninguna prueba de que, en la realidad pudiera darse el caso de que no existieran estas opciones técnicas del Canadá.

5.205 En todo caso, con la excepción quizás de un régimen económico dirigido que no sea de mercado (que no hace falta considerar aquí, puesto que los casos que se tratan son hipotéticos), un productor siempre tiene opciones. Si un gobierno "ordena" a un banco que conceda un préstamo a una empresa, el banco puede negarse; la negativa podría tener consecuencias, pero que el banco siempre tiene esta opción. Para los Estados Unidos esta realidad comercial es la misma en el caso de una limitación de las exportaciones.

5.206 Es más, los Estados Unidos sostienen que, incluso aplicando la norma del Canadá/CE relativa a una instrucción autorizada de vender en condiciones predeterminadas, un productor tendría la opción de fabricar un producto distinto, cesar la producción, o dedicarse a la elaboración en una fase posterior de la producción. Sin embargo, si la existencia de opciones en esta situación significara que

⁹¹ *Declaración oral del Canadá* (18 de enero de 2001), párrafo 42 (sin cursivas en el original). Los Estados Unidos niegan, desde luego, que hayan dicho que una limitación de las exportaciones surtirá siempre el efecto supuesto. La posición estadounidense es, simplemente, que no puede decirse que una limitación de las exportaciones no surtirá nunca el efecto supuesto.

⁹² *Id.*, párrafo 40. Los Estados Unidos observan que las CE añaden el requisito de que el producto se suministre en ciertas condiciones predeterminadas. *Comunicación de las CE*, párrafos 25 a 27. Los Estados Unidos creen haber rebatido adecuadamente este argumento de las CE, en sus respuestas a las preguntas del Grupo Especial.

no puede haber una subvención, el inciso iv) sería verdaderamente una disposición carente de sentido, ya que no podría existir una subvención financiada por el productor.⁹³

5.207 En opinión de los Estados Unidos, el argumento de que no puede haber una subvención porque existe una opción teórica invierte los términos del Acuerdo SMC. El Canadá ha declarado que las subvenciones distorsionan la ventaja comparativa⁹⁴, y los Estados Unidos creen que éste es precisamente el posible efecto de una limitación de las exportaciones. Aunque sólo se puede hablar en términos abstractos, porque en esta diferencia no hay hechos, los Estados Unidos proponen el ejemplo de un mercado basado en la ventaja comparativa y en el que no haya ninguna limitación de las exportaciones, en el cual un insumo se exporta a otro mercado para su elaboración porque financieramente este procedimiento es más ventajoso. Debido a la imposición de una limitación de las exportaciones, el productor del insumo (que de lo contrario no podría justificar económicamente la elaboración) se dedica a la elaboración en una fase más adelantada de la producción, promoviendo así artificialmente la producción en el mercado interno a expensas de los productores extranjeros. El Canadá afirma que nada de esto tiene que ver con el Acuerdo SMC, porque el productor dispone de opciones.

5.208 Para los Estados Unidos, lo importante es que una limitación de las exportaciones puede ser causa de que el productor proporcione bienes a los elaboradores nacionales que, de lo contrario, no habría proporcionado. Así pues, la cuestión fundamental que se refleja en la pregunta 11 c) (segunda serie) es si existe una relación causal suficientemente importante entre la acción del gobierno que establece y aplica una limitación de las exportaciones y un suministro del producto por parte del productor nacional que de otro modo no se habría producido en el mercado.

iii) *La "pendiente resbaladiza"*

5.209 Los Estados Unidos afirman que el argumento definitivo del Canadá en contra del significado corriente de la expresión "encomienda u ordena", es el llamado argumento de la "pendiente resbaladiza" o la "hora de rendir cuentas".⁹⁵ La táctica del Canadá consiste en parte en elegir algunos términos de las comunicaciones de los Estados Unidos, como "equivalencia funcional" y "similitud conceptual", y calificarlos de "conceptos no vinculantes".⁹⁶ No obstante, los Estados Unidos entienden que de este modo los argumentos del Canadá van mucho más allá de las limitaciones de la exportación, y abarcan todas las subvenciones indirectas.

5.210 En todo caso, los Estados Unidos creen que no hay ningún hecho, en absoluto, que confirme las predicciones agoreras del Canadá. Un hecho sumamente significativo es que, a los diez años del caso *Cuero procedente de la Argentina*, y a los seis de la entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC, la "hora de rendir cuentas" no ha llegado todavía. Es más, el Canadá ni siquiera puede encontrar un caso real en el que basar su reclamación. De hecho, los Estados Unidos ni siquiera han tenido la posibilidad de estimar, con arreglo a la legislación posterior a la OMC, si una determinada limitación de las exportaciones ha dado lugar a una contribución financiera. Es más, si nos remontamos en el

⁹³ Los Estados Unidos observan que el Canadá ha dicho que ya no sostiene su posición anterior, según la cual la existencia de un costo para el gobierno es un requisito necesario de la existencia de una subvención. *Id.*, párrafo 27.

⁹⁴ Canadá - Prueba documental 106.

⁹⁵ Véase, por ejemplo, *la Declaración Oral del Canadá*, párrafo 25 ("La postura de los Estados Unidos significaría que toda acción gubernamental que afecte al mercado (es decir, a los compradores y vendedores a título individual) supondría 'encomendar u ordenar algo a una entidad privada'").

⁹⁶ *Id.*, párrafo 27.

tiempo y consideramos las determinaciones anteriores a la OMC, veremos que en el caso *Maderas para construcción III* el Departamento de Comercio constató que las limitaciones a la exportación en tres de las cuatro provincias consideradas no cumplían la norma que el Departamento aplicaba en aquel momento, o sea, la que el Canadá y las CE afirman falsamente que es la disposición legislativa vigente.

5.211 Los Estados Unidos creen que el punto más importante del argumento de la "pendiente resbaladiza" es que la norma plasmada en la fórmula "encomienda u ordena" –que figura tanto en la legislación estadounidense como en el inciso iv)- requiera una relación causal. Los Estados Unidos sostienen que algunas limitaciones a la exportación satisfarán esta norma, y otras no, y que, incluso en el caso de las primeras, las condiciones de beneficio y especificidad excluirán algunas limitaciones a la exportación y otros tipos de medidas gubernamentales indirectas de la categoría de subvenciones recurribles.⁹⁷

b) "Entidad privada"

5.212 Los Estados Unidos creen haber demostrado anteriormente que las definiciones de los diccionarios en varios idiomas privan de fundamento a la peculiar interpretación canadiense del término "entidad privada"⁹⁸, y añade que ni siquiera las CE aceptan el requisito inventado por el Canadá de "colectividad organizada".⁹⁹

c) Llevar a cabo una o varias de las funciones descritas en los incisos i) a iii) que normalmente incumbirían al gobierno y que no difieran, en ningún sentido real, de las prácticas normalmente seguidas por los gobiernos

5.213 En lo relativo a los elementos finales del inciso iv), el Canadá no explica por qué una limitación de las exportaciones no puede satisfacer estas condiciones¹⁰⁰, sino que se limita a negar que se puedan cumplir, y no ofrece ninguna explicación de su significado.

5.214 Estos elementos se examinan con más detalle en las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas del Grupo Especial. Para este país las expresiones "que normalmente incumbirían" y "normalmente seguidas por los gobiernos" se refieren a las funciones de la percepción de impuestos y la concesión de subvenciones, y esta posición se ve confirmada por la única referencia existente, el

⁹⁷ Según los Estados Unidos, las CE esgrimen una especie de contraargumento de la "pendiente resbaladiza", al afirmar que las limitaciones a la exportación pueden abordarse en el marco del artículo XI del GATT de 1994. Desde el punto de vista jurídico este argumento es obviamente falso e incompatible con las anteriores posiciones de las CE. Los Estados Unidos observan que en el caso *Indonesia – Ciertas medidas que afectan a la industria del automóvil* (WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R), informe del Grupo Especial adoptado el 23 de julio de 1998, párrafos 14.29- 14.36, el Grupo Especial se declaraba de acuerdo con los Estados Unidos, el Japón y las CE en que una medida podía ser recurrible de conformidad tanto con el Acuerdo SMC como con el artículo III del GATT de 1994. El Grupo Especial señaló en particular la nota 56 de pie de página del párrafo 1 del artículo 32 del Acuerdo SMC, que reconoce que se pueden adoptar medidas al amparo de otras disposiciones pertinentes del GATT de 1994. *Id.*, párrafo 14.36, nota 659. Los Estados Unidos creen que desde un punto de vista fáctico este argumento está claramente equivocado, porque no todas las limitaciones a la exportación violarán el artículo XI, e incluso aquellas que lo hagan podrían ser objeto de una o más excepciones con arreglo al artículo XX del GATT de 1994.

⁹⁸ *Primera comunicación de los Estados Unidos*, párrafos 40 a 44.

⁹⁹ *Comunicación de las CE*, párrafo 28.

¹⁰⁰ Véase *Primera comunicación del Canadá*, párrafo 93, y *Declaración oral del Canadá*, párrafo 28.

Informe previsto en el apartado 5 del artículo XVI de 1960, que menciona las "funciones de percepción de impuestos y concesión de subvenciones".

d) Objeto y fin

5.215 Tanto el Canadá como las CE se oponen a la referencia estadounidense al objeto y fin del Acuerdo SMC, sugiriendo falsamente que los Estados Unidos se basan en esta fórmula, haciendo abstracción del texto.¹⁰¹ Según los Estados Unidos, los dos están equivocados.

5.216 Las comunicaciones estadounidenses hablan por sí solas y demuestran no ya que los Estados Unidos no han ignorado el texto, sino que éste corrobora su posición. Sin embargo, de conformidad con los principios consuetudinarios del derecho internacional público, recogidos en el artículo 31 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, el objeto y el fin forman parte de una misma norma de interpretación de los tratados. Los Estados Unidos entienden que en este caso el objeto y el fin proporcionan indicaciones sobre el modo en que debe interpretarse el texto.

5.217 Es particularmente significativo que ni el Canadá ni las CE puedan discutir de un modo plausible que el objeto y el fin del Acuerdo SMC -independientemente de la importancia que se le conceda- confirman la posición estadounidense. Los Estados Unidos recuerdan su anterior declaración según la cual el objeto y fin primordiales del Acuerdo SMC consisten en imponer disciplinas a ciertas medidas gubernamentales que distorsionan el comercio internacional.¹⁰²

5.218 Los Estados Unidos se oponen al intento canadiense de calificar su posición de "unidimensional", al referirse a un solo párrafo de la *Declaración de la delegación del Canadá en la reunión celebrada los días 28 y 29 de junio de 1988 Canadá – Prueba documental 106*, en la que el Canadá señalaba que era necesario fijar límites al empleo de medidas compensatorias.¹⁰³ Si bien cabe reconocer que el Acuerdo SMC regula también el empleo de medidas compensatorias, es evidente que no es ésta su finalidad primordial. Es más, la Prueba documental 106 del Canadá se refiere, casi en su totalidad, a la necesidad de disciplinar el empleo de las subvenciones en su condición de medidas que distorsionan el comercio. Los Estados Unidos instan al Grupo Especial a leer íntegramente la mencionada Prueba documental 106, y observarán que, incluso cuando se refiere a las disciplinas para las medidas compensatorias, el Canadá deja bien claro que hay que hacer lo posible por no crear una laguna jurídica.

5.219 Asimismo, los Estados Unidos creen que ni el Canadá ni las CE discuten el objeto y fin del inciso iv), que es impedir que los gobiernos hagan indirectamente lo que no pueden hacer directamente. Si el Grupo Especial, al no disponer de ningún hecho concreto, excluyera categóricamente las limitaciones a la exportación de la definición del párrafo 1 del artículo 1, ello menoscabaría el objeto y fin del inciso iv).

5.220 Por último, el Canadá afirma que el método del Acuerdo SMC de dividir las prácticas en prohibidas, recurribles o no recurribles, abona su opinión de que las limitaciones a la exportación deben excluirse de la definición del párrafo 1 del artículo 1.¹⁰⁴ Según los Estados Unidos, lo contrario

¹⁰¹ Los Estados Unidos afirman que la acusación de las CE es particularmente preocupante, ya que en sus comunicaciones las CE ni siquiera han efectuado un análisis textual del párrafo 1 del artículo 1 en general, ni del inciso iv) en particular.

¹⁰² *Primera comunicación de los Estados Unidos*, párrafos 13 a 20; respuesta de los Estados Unidos a las preguntas 18 y 19 (segunda serie).

¹⁰³ *Declaración oral del Canadá*, párrafo 34.

¹⁰⁴ *Id.*, párrafo 36.

es más cierto. Si se excluyeran categóricamente las limitaciones a la exportación del párrafo 1.1 del artículo 1, dejarían de ser recurribles en lo esencial y el Grupo Especial estaría reescribiendo el Acuerdo SMC. Los Estados Unidos suponen que los redactores del Acuerdo SMC dieron una definición de "subvención" que permitiese evaluar cada medida gubernamental (no cada categoría de medida) con arreglo a sus propios hechos y circunstancias.

5. Conclusión

5.221 Teniendo en cuenta lo que precede, los Estados Unidos renuevan su solicitud de que el Grupo Especial desestime la reclamación del Canadá mediante las resoluciones preliminares descritas en el párrafo 125 de la *Solicitud de los Estados Unidos*. En caso de que el Grupo Especial se negara a desestimar la reclamación del Canadá, los Estados Unidos piden de nuevo que el Grupo Especial haga las constataciones que se indican en el párrafo 87 de la *Primera comunicación de los Estados Unidos*.

G. SEGUNDA DECLARACIÓN ORAL DEL CANADÁ

1. Introducción, y los persistentes esfuerzos de los Estados Unidos por definir "subvención" como "beneficio compensable"

5.222 El Canadá afirma haber demostrado que las medidas en cuestión dan a las limitaciones a la exportación el trato de contribuciones financieras, y que una limitación de las exportaciones no es una contribución financiera de conformidad con el párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC. Los Estados Unidos han respondido en primer lugar que las medidas no les "exigen" dar a las limitaciones a la exportación el trato de contribuciones financieras, sino que dejan a la discreción del Departamento de Comercio determinarlo caso por caso, y, en segundo lugar, que las limitaciones a la exportación pueden constituir una contribución financiera si existe simplemente una "relación causal" entre la limitación y el suministro del producto a usuarios nacionales. Estas posiciones, según el Canadá, equivalen a reescribir la legislación estadounidense y el Acuerdo SMC.

5.223 En lo relativo al primer argumento, el Canadá estima que consiste principalmente en que las medidas dejan suficiente flexibilidad al Departamento de Comercio para decidir que una limitación de las exportaciones no es una contribución financiera. Para el Canadá, esta presunta flexibilidad es ilusoria, puesto que las medidas ya han determinado que una limitación de las exportaciones satisfará el requisito de contribución financiera.

5.224 Si bien los Estados Unidos alegan que las medidas deben interpretarse caso por caso, también han afirmado repetidamente que no pueden decir qué trato recibiría una limitación *cualquiera* de las exportaciones en virtud de la legislación estadounidense de derechos compensatorios, y no han ofrecido a este Grupo Especial un solo ejemplo de limitación de las exportaciones que no considerasen una contribución financiera. A juicio del Canadá, la presunta flexibilidad acaba siendo en cada caso un ejemplo de una limitación de las exportaciones que no se consideró una *subvención* porque no había *beneficio*, o simplemente una limitación inexistente.

5.225 La segunda parte del argumento estadounidense se basa en la afirmación de que las condiciones del inciso iv) se cumplen cuando existe una relación causal entre una acción gubernamental y el suministro de un producto. En opinión del Canadá con el significado corriente de los términos del inciso iv), y teniendo en cuenta el objeto y fin del Acuerdo, en este contexto el análisis estadounidense no es aceptable. Simplemente no hay modo de explicar por qué, si se quería que el inciso iv) tuviera el significado que los Estados Unidos afirman que tiene, se redactó en estos términos.

5.226 El elemento discrecional que puedan contener las medidas no es de naturaleza tal que permita a los Estados Unidos invocar la distinción entre imperativo y discrecional como defensa. Este trato de

las limitaciones a la exportación es incompatible con el inciso iv), porque una limitación de este tipo no está comprendida en el significado corriente de la disposición. Por el contrario, las afirmaciones de los Estados Unidos reflejan el constante esfuerzo de este país por mantener una definición abierta de "subvención", que ya trató de obtener durante la negociación del Acuerdo SMC, pero sin conseguirlo.

5.227 A juicio del Canadá, esta diferencia revela una discrepancia fundamental en cuanto a las acciones gubernamentales que quedan comprendidas en la definición de "contribución financiera" del párrafo 1 del artículo 1. Por una parte, la posición del Canadá y las Comunidades Europeas se basa en el significado corriente de los términos en su contexto, y aporta certidumbre y previsibilidad al funcionamiento del Acuerdo SMC. Los Estados Unidos han propuesto una interpretación tan amplia de "contribución financiera" que cualquier acción del gobierno que diera lugar a un beneficio se consideraría una contribución de este tipo, con lo que, en la práctica, este concepto queda excluido del Acuerdo. Esto amplía hasta tal punto el alcance de la disposición, que se pierden la certidumbre y la previsibilidad que consiguieron los negociadores.

5.228 El Canadá sostiene que el planteamiento fundamental de los Estados Unidos se resume adecuadamente en el párrafo 2 de su segunda comunicación escrita, en el que se afirma que las limitaciones a la exportación "se consideran 'subvenciones' en el sentido económico normal del término", lo que significa que una limitación de las exportaciones *debe* ser susceptible de derechos compensatorios. Según el Canadá, esta lógica refleja el fracasado esfuerzo de los Estados Unidos en la Ronda Uruguay por definir la "subvención" como cualquier acción gubernamental que dé lugar a un "beneficio". La definición de la subvención fue uno de los logros más importantes de la Ronda, y los Estados Unidos tratan de ignorarlo. Empiezan ofreciendo una definición de subvención en idioma "vernáculo" y se remontan en su argumentación hasta concluir que una limitación de las exportaciones debe ser una subvención de conformidad con el Acuerdo. El Canadá afirma que en el contexto de las limitaciones de la exportación los Estados Unidos han aplicado el acuerdo que trataron de negociar, y no el que aceptaron.

2. Las medidas en cuestión exigen que los Estados Unidos den a las limitaciones a la exportación el trato de "contribuciones financieras"

5.229 Los Estados Unidos afirman que la DAA, el Preámbulo y la práctica del Departamento de Comercio no son en modo alguno medidas y que, aunque lo fueran, lo que imponen respecto de las limitaciones a la exportación no tiene ningún efecto real por cuanto no exigen ninguna acción particular del Departamento. Para el Canadá, estas medidas *son* claramente medidas de conformidad con los acuerdos del GATT y la OMC. Si no tienen efectos prácticos, los Estados Unidos habrán hecho un gran esfuerzo para dar interpretaciones carentes de significado a sus leyes. A juicio del Canadá, estas medidas no están vacías de contenido, sino que obligan autorizadamente al Departamento de Comercio a dar a una limitación de las exportaciones el trato de contribución financiera.

5.230 El Canadá sostiene que los Estados Unidos tratan de mantener las medidas en estado de aislamiento clínico, pero recomiendan no obstante que el Grupo Especial considere "qué relación existe entre las medidas, con arreglo a su legislación interna". Para el Canadá este enfoque se basa tanto en el sentido común como en la jurisprudencia de la OMC. El Grupo Especial *Estados Unidos - Artículo 301* observó que los elementos legislativos y no legislativos del derecho interno de un Miembro "son a menudo inseparables y no deben considerarse independientemente cuando se estime la conformidad general de la ley con las obligaciones derivadas de la OMC".

5.231 El Canadá observa que la DAA es una "expresión autorizada" de las opiniones de la Administración y el Congreso de los Estados Unidos acerca de la "interpretación y aplicación" de los Acuerdos de la OMC, y debe considerarse como tal en los procedimientos judiciales estadounidenses.

Este texto impone de manera explícita al Departamento de Comercio el trato que debe dar a las limitaciones a la exportación. La DAA lo expresa con sobrada claridad cuando indica que "el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del Acuerdo sobre Subvenciones y el artículo 771(5)(B)(iii) *abarcan* las prácticas indirectas de subvención como aquellas que el Departamento de Comercio compensó en el pasado" (es decir, las limitaciones a la exportación de los casos *Cuero* y *Maderas para construcción*). El Canadá alega que el texto no dice "pueden o podrían abarcar". A pesar de su claridad, y de la evidente indicación de la DAA de que se dé una amplia interpretación a la norma "encomienda u ordena", los Estados Unidos insisten en que la DAA no da instrucciones al Departamento de Comercio sobre el modo en que debe interpretarse la ley. A juicio del Canadá, los Estados Unidos rebajan la importancia de la DAA por lo que llaman la "libertad" del Departamento de Comercio de tomar sus propias decisiones.

5.232 Los Estados Unidos afirman que "todo lo que dice la DAA "autorizadamente" es que el Departamento de Comercio debe ajustarse a la norma establecida en el artículo 771(5)", y añaden que la DAA no se pronuncia respecto de las subvenciones indirectas. Al Canadá le parece que los Estados Unidos piensan más bien que todo el texto de la DAA acerca de lo que debe *abarcar* el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del Acuerdo SMC y el artículo 771(5)(B)(iii) ha de entenderse en el sentido de que el Congreso se abstiene de prejuzgar el tema de las limitaciones a la exportación. El Canadá sostiene que la finalidad misma de la DAA, como expresión afirmativa y autorizada del modo en que debe interpretarse y aplicarse la legislación, priva de validez a esta afirmación.

5.233 El Canadá alega que los Estados Unidos rebajan aún más la importancia de la DAA al decir que las declaraciones efectuadas en los casos de *Acero inoxidable* de Corea no son más que la expresión de "la opinión no vinculante del Departamento de Comercio según la cual con la nueva norma del inciso iv) los resultados quizás no difieran mucho de los que se habrían obtenido con la norma [del Departamento] anterior a la OMC". El Canadá sostiene, no obstante, que lo que dijo verdaderamente el Departamento de Comercio fue que "la DAA hace ver en términos claros e inequívocos que el Congreso tenía el propósito de que los tipos de subvenciones indirectas considerados susceptibles de compensación", en los mencionados casos anteriores a la OMC, siguieran siéndolo con la nueva ley. Para el Canadá, ésta es una exposición clara e inequívoca de la posición del Departamento de Comercio, hecha en respuesta directa al argumento de que los préstamos de bancos extranjeros privados no pueden constituir contribuciones financieras.

5.234 A juicio del Canadá, decir que el Congreso se remitió simplemente a la decisión del Departamento de Comercio no es conciliable con las claras indicaciones contenidas en la DAA y confirmadas en otros antecedentes legislativos, como el informe conjunto del Senado sobre la *URAA*¹⁰⁵, y más recientemente (hace sólo dos semanas) las declaraciones del Congreso sobre las maderas blandas para construcción del Canadá.¹⁰⁶

5.235 El Canadá sostiene que la afirmación estadounidense de que el Preámbulo refleja las "opiniones aproximativas" del Departamento de Comercio no coincide con el texto del propio Preámbulo. Para el Canadá, nada en el Preámbulo hace pensar que las opiniones expresadas son "aproximativas" o preliminares, y el hecho de que el Departamento de Comercio se remitiera a ellas en los casos *Acero inoxidable* de Corea indica claramente que el Departamento no consideraba que el Preámbulo fuera "aproximativo". En opinión del Canadá, diversas causas en los tribunales

¹⁰⁵ *Uruguay Round Agreements Act: Joint Report of the Comm. on Finance, Comm. on Agriculture, Nutrition, and Forestry, Comm. on Governmental Affairs*, Senado de los Estados Unidos 103d Congreso, S. Rep. 103-412 en 91 (1994). (Canadá - Prueba documental 134.)

¹⁰⁶ 147 Congressional Record S1158 (edición del 7 de febrero de 2001) (declaración del Senador Snowe). (Canadá - Prueba documental 135.)

estadounidenses y el que los Estados Unidos invocaran un preámbulo en los procedimientos para la solución de diferencias en la OMC privan de validez a este argumento. No hay nada "aproximativo" en la conclusión del Departamento de Comercio de que la norma prevista en la *URAA* no es de menor alcance que la anterior a la OMC, ni en su utilización de la jurisprudencia previa a la OMC sobre las limitaciones de la exportación para hacer esta declaración. El Canadá alega que el Preámbulo no puede considerarse "aproximativo" cuando indica claramente que el Departamento aplicará enérgicamente la disposición expresada en la fórmula "encomienda u ordena" y que el Departamento está de acuerdo con "los comentaristas que le han instado a confirmar que la norma vigente no es de menor alcance que la anterior norma estadounidense para constatar la existencia de una subvención indirecta, como se indica en el caso ... [*Maderas para construcción*]."

5.236 El Canadá sostiene que, considerando el marco administrativo en el que los organismos estadounidenses promulgan sus reglamentaciones, la presunta distinción entre el Preámbulo y el resto de la reglamentación carece de fundamento. Tampoco lo tiene la afirmación de que, en derecho estadounidense, el Preámbulo del Departamento de Comercio a sus reglamentaciones definitivas debe publicarse en la CFR para que surta efecto jurídico.

5.237 El Canadá considera que la afirmación de que no hay ninguna práctica estadounidense que corresponda al trato de las limitaciones a la exportación no es correcta. La práctica estadounidense pertinente incluye la práctica anterior a la OMC, que se ha incorporado expresamente a la legislación de los Estados Unidos mediante la DAA y el Preámbulo, y la práctica posterior a la OMC del Departamento de Comercio (véanse, por ejemplo, los casos *Ganado en pie* y *Acero inoxidable* de Corea), que pone de manifiesto su compromiso de aplicar "una norma de alcance no inferior a la anterior norma estadounidense para la constatación de la existencia de una subvención indirecta". Los casos *Acero inoxidable* excluyen toda duda en cuanto a que la práctica del Departamento de Comercio con respecto a las subvenciones indirectas, entre ellas las limitaciones a la exportación, se ajusta a las disposiciones de la DAA y el Preámbulo, sin margen alguno para desviarse de la norma establecida en estos dos instrumentos.

5.238 El caso *Ganado en pie* es otra prueba de que el Departamento de Comercio considera que una limitación de las exportaciones satisface el requisito de "contribución financiera" del artículo 771(5)(B)(iii). El Canadá observa que en el memorando de iniciación el Departamento de Comercio declaraba específicamente que el solicitante: había proporcionado "pruebas de que la Junta Canadiense del Trigo controla las exportaciones"; afirmó que la Junta Canadiense del Trigo "limitaba la cantidad de exportaciones [de cebada para piensos] a los Estados Unidos"; y había ofrecido "pruebas empíricas de que la Junta Canadiense del Trigo limita las exportaciones a los Estados Unidos". En opinión del Canadá, la decisión del Departamento de Comercio de abrir una investigación sobre esta alegación en base a las mencionadas pruebas significa que llegó necesariamente a la conclusión de que el "control" de la Junta Canadiense del Trigo sobre las exportaciones de cebada, si se demuestra, cumpliría la norma de contribución financiera del artículo 771(5)(B)(iii). Asimismo, en su determinación definitiva el Departamento de Comercio expuso la opinión de que, en el contexto de las limitaciones a la exportación, "el suministro de un producto, sea directo o indirecto, por una remuneración inferior a la adecuada constituye una contribución financiera".

5.239 El Canadá entiende que, si hay algún elemento discrecional en las medidas, no es de naturaleza tal que permita a los Estados Unidos invocar como defensa la distinción entre imperativo y discrecional. El carácter discrecional que, según los Estados Unidos, posee la DAA y el Preámbulo ha sido limitado de manera que el Departamento de Comercio está obligado a aplicar la ley estadounidense aunque sea incompatible con los Acuerdos SMC y OMC. Según el Canadá, para utilizar de un modo efectivo esta defensa los Estados Unidos tendrían que demostrar que el Departamento de Comercio goza de facultades discrecionales para pasar por alto la DAA y el

Preámbulo y determinar que una limitación de las exportaciones no es una contribución financiera. Sin embargo, a juicio del Canadá todas las pruebas apuntan a lo contrario.

3. Las limitaciones a la exportación no están comprendidas en las disposiciones del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del Acuerdo SMC, porque no se "encomienda" ni se "ordena" a una entidad privada que proporcione bienes

5.240 El Canadá observa que la definición de "subvención" del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC es la premisa y fundamento de todas las acciones efectuadas al amparo del Acuerdo SMC. Una medida que ponga en práctica la definición incompatible con el Acuerdo anula y menoscaba los derechos de otros Miembros de la OMC. A juicio del Canadá, interpretando correctamente el inciso iv) del párrafo 1 del artículo 1 se llega a la conclusión de que sus disposiciones no comprenden las limitaciones a la exportación. La necesidad de demostrar la existencia de beneficio y especificidad no justifica la anulación del elemento de contribución financiera.

5.241 Según el Canadá, los Estados Unidos ignoran el término "encomienda", y por ende el hecho de que el significado del término "orden" le está directamente supeditado. Aunque no es sinónimo de "encomendar", "ordenar" comparte la misma calidad esencial de una comunicación gubernamental a una entidad privada. Sin embargo, los Estados Unidos sustituyen en la práctica el término "ordena" por el término "causa" en el inciso iv). Para el Canadá, "ordenar" no significa "causar". El que se haya hecho algo no significa que el gobierno haya ordenado que se hiciera.

5.242 Además, los redactores del Acuerdo SMC conocían los términos "causa" o "relación causal", y los emplearon en el párrafo 5 del artículo 15, pero para el inciso iv) prefirieron la expresión más limitada "encomienda u ordena". El Canadá sostiene que los Estados Unidos pasan por alto los múltiples contextos en que la noción de "causa" se utiliza en el Acuerdo, al afirmar que las palabras tienen significados intercambiables o coincidentes. Se remiten al caso *CE - Bananos*, pero el Canadá, entiende que en este caso la comparación era entre términos similares de dos acuerdos interrelacionados, y no entre términos diferentes de un mismo acuerdo. Si bien distintos acuerdos pueden utilizar diferentes fórmulas para expresar conceptos similares, dentro de un mismo acuerdo puede llegarse razonablemente a la conclusión de que el empleo de un término diferente evidencia el propósito de expresar un concepto distinto.

5.243 Según el Canadá, las acepciones de "instrucciones autorizadas" en el diccionario son adecuadas en este caso, por cuanto corresponden a la terminología del inciso iv). El *Concise Oxford Dictionary* es muy concreto a este respecto. Para el término inglés "direct" ("ordena"), seguido de la preposición "to + un infinitivo" da el significado "give a formal order or command to" ("dar una orden formal o un mandato a"). El Canadá observa que, en el inciso iv), la expresión "le ordene" va seguida de "que las lleve a cabo".

5.244 El Canadá afirma que una limitación de las exportaciones no implica encomendar u ordenar a una entidad privada que proporcione bienes a nadie, y que los mismos Estados Unidos consideran que la limitación de las exportaciones "... reduce las oportunidades del productor objeto de la limitación". Según el Canadá, una limitación de las exportaciones restringe la exportación de bienes, pero esto no es lo mismo que ordenar a alguien que proporcione estos bienes. Los Estados Unidos reconocen que un productor siempre tiene otras posibilidades, pero, a diferencia del Canadá, no las considera reales desde el punto de vista comercial. En particular, si no existe una medida que equivalga verdaderamente a una orden al productor de proporcionar bienes a alguien, dicho productor optará por lo que mejor convenga a sus intereses.

5.245 Si lo que creen los Estados Unidos fuera cierto, cualquier acción gubernamental que de alguna manera causase un descenso de los precios se convertiría en una contribución financiera, por cuanto existiría una relación causal entre ella y el comportamiento de los agentes privados del

mercado. En opinión del Canadá, si los redactores del Acuerdo SMC hubieran tenido esta intención, podrían haberse limitado a definir una subvención como cualquier acción gubernamental que da lugar a un beneficio y es específica. La necesidad de demostrar la existencia de beneficio y especificidad no puede justificar la anulación del elemento de contribución financiera.

5.246 Los Estados Unidos alegan que el hecho de que los productores tengan opciones es compatible con la creencia de que una limitación de las exportaciones es una orden de proporcionar bienes; para el Canadá, los Estados Unidos han llegado a esta conclusión mediante una *reductio ad absurdum*, según la cual aunque se le diera verdaderamente a un productor la orden de proporcionar bienes, el productor tendría la opción de incumplir la ley. Los Estados Unidos afirman (y el Canadá está de acuerdo) que ésta no es una opción real. Las opciones descritas por el Canadá son económicas y además *jurídicas*, y están al alcance del productor.

5.247 Según el Canadá, los Estados Unidos interpretan erróneamente la indicación del inciso iv) "... una o varias de las funciones descritas en los incisos i) a iii) ...", al afirmar que debe entenderse que esta expresión incluye las funciones del mismo "carácter general" que las de los otros incisos mencionados, pese al hecho de que la disposición vincula directamente las funciones del inciso iv) con las descritas en los incisos i) a iii). Además, los Estados Unidos, interpretan el término "descritas" como una referencia a funciones no definidas que comparten las mismas características generales que las funciones de estos incisos. Es decir que el significado de "describir", o sea, "hacer claro o evidente mediante un ejemplo", se amplía para incluir funciones no comprendidas en estos incisos. En opinión del Canadá, esto se traduciría en la imposición de disciplinas a una serie de acciones privadas que no están sujetas a estas disciplinas cuando las lleva a cabo un gobierno, lo cual es inaceptable.

5.248 El Canadá sostiene que, contrariamente a lo afirmado por los Estados Unidos, no ha dicho que la Lista ilustrativa prohíba las medidas gubernamentales que no son subvenciones en el sentido del párrafo 1 del artículo 1. Lo que cree el Canadá es que los puntos de la Lista ilustrativa deben interpretarse de un modo compatible con el alcance de la definición de "subvención". Asimismo, el inciso iv) se aplica a las funciones descritas en el inciso iii) cuando se encomienda o se ordena el suministro de bienes o servicio, o la compra de servicios, condición ésta que las limitaciones a la exportación no cumplen.

H. SEGUNDA DECLARACIÓN ORAL DE LOS ESTADOS UNIDOS

5.249 Los Estados Unidos creen que si "los malos hechos hacen malas leyes", "la ausencia de hechos hace leyes aún peores". El Canadá pide al Grupo Especial que, al no haber hechos en el caso, resuelva que una determinada categoría de medidas nunca podrá constituir, en ninguna circunstancia, una contribución financiera. Los Estados Unidos creen que esto garantiza no sólo leyes malas, sino leyes aún "peores". El Grupo Especial podría evitar hacer una "ley peor" constatando que las llamadas "medidas" identificadas por el Canadá no exigen que el Departamento de Comercio dé a las limitaciones a la exportación el trato de subvenciones. Esta constatación es de carácter dispositivo en esta diferencia, y es la única que podría hacer el Grupo Especial que estaría corroborada por pruebas.

5.250 A los Estados Unidos les parece absurdo que el Canadá niegue que solicita una "opinión consultiva". Según el Canadá, aunque el Grupo Especial constate que este país no tiene derecho a ninguna reparación, deberá hacer también constataciones sobre la condición de las limitaciones a la exportación, tanto si tienen efecto jurídico como si no. En opinión de los Estados Unidos, en esto consiste la solicitud de una "opinión consultiva".

5.251 El Canadá trata de introducir subrepticamente la idea de que los Estados Unidos son quienes deben probar que las "medidas" en cuestión no exigen una acción incompatible con la OMC: esto es erróneo al menos por dos razones. En primer lugar, el Canadá ha afirmado que las "medidas" en

cuestión *sí exigen* que el Departamento de Comercio dé a las limitaciones a la exportación el trato de subvenciones (o contribuciones financieras). En su condición de demandante, el Canadá tiene que justificar esta alegación presentando pruebas y, en último término, convenciendo a los demás. En segundo lugar, el Órgano de Apelación no constató, en el caso *Ley de 1916*, que la doctrina de la distinción entre imperativo y discrecional sea una "defensa afirmativa". Así pues, nada en el caso *Ley de 1916* exime al Canadá de la carga de la prueba de su alegación según la cual las "medidas" en cuestión exigen que el Departamento de Comercio dé a las limitaciones a la exportación el trato de subvenciones.

5.252 En cuanto a la doctrina de la distinción entre imperativo y discrecional, el Canadá afirma que en cada uno de los casos citados por los Estados Unidos el Grupo Especial resolvió en favor de la parte demandada, sólo porque esta parte había aplicado la legislación discrecional de un modo compatible con el GATT, o "en cierto sentido estaba comprometida a hacerlo". El Canadá ha ignorado los casos del GATT y la OMC citados por los Estados Unidos, que contradicen directamente su afirmación. En el caso *CE - Piezas*, el Grupo Especial constató que la aplicación por las CE de su legislación antielusión era incompatible con el párrafo 2 del artículo III, pero constató también que la legislación, de por sí, no era incompatible con el GATT porque no exigía una acción incompatible con éste. En el caso *Canadá - Aeronaves*, el Grupo Especial constató que la financiación de la deuda con cargo a la Cuenta del Canadá constituía una subvención prohibida, pero constató también que la Cuenta del Canadá, de por sí, no era incompatible con la OMC porque no imponía el suministro de subvenciones supeditadas a la exportación. Independientemente de su constatación de que se había utilizado la Cuenta del Canadá de un modo incompatible con la OMC, el Grupo Especial constató también que "habida cuenta de la distinción entre legislación discrecional y legislación imperativa, que los grupos especiales del GATT/OMC han sostenido constantemente, llegamos a la conclusión de que no podemos hacer ninguna constatación sobre el programa 'Cuenta del Canadá' propiamente dicho".

5.253 Otra proposición errónea del Canadá es que debe permitirse a un Miembro que discuta si otro Miembro ha "limitado sus facultades discrecionales" de *no* violar un compromiso de la OMC. En opinión de los Estados Unidos esta proposición carece de fundamento, como ya reconoció anteriormente el Canadá. En el caso *Canadá - Aeronaves*, este país declaró lo siguiente: "*no hay ningún fundamento* en las constataciones del Grupo Especial o del Órgano de Apelación, el Acuerdo SMC o el derecho internacional, para imputar al Canadá una obligación de demostrar que las leyes discrecionales no pueden utilizarse en absoluto para conceder subvenciones a la exportación" (sin cursivas en el original). Los Estados Unidos toman nota de que el Órgano de Apelación se declaró de acuerdo con el Canadá.

5.254 En cuanto a la aplicación de la doctrina de la distinción entre imperativo y discrecional a las "medidas" que se consideran, el Canadá parece molesto por el hecho de que los Estados Unidos no hayan reconocido en esta diferencia que, si se plantea un caso *Maderas para construcción IV*, el Departamento de Comercio constatará que las limitaciones a las exportaciones de trozas canadienses constituyen subvenciones. Según los Estados Unidos, ninguno de los miembros de la delegación estadounidense en la reunión del Grupo Especial -es más, ningún empleado de la Representante de los Estados Unidos para las Cuestiones Comerciales Internacionales, ni del Departamento de Comercio- está en condiciones de decir lo que podría ocurrir si se planteara un caso *Maderas para construcción IV*. Además, lo que el Departamento de Comercio *pudiera* hacer en un caso futuro es irrelevante en derecho. Para los Estados Unidos lo pertinente es lo que, eventualmente, la ley estadounidense *obligue* a hacer al Departamento de Comercio. A este respecto, los Estados Unidos opinan que si el Subsecretario de Administración de las Importaciones decidiera, en un procedimiento de derechos compensatorios, que una limitación provincial a la exportación de trozas *no* constituye una contribución financiera, ningún tribunal de los Estados Unidos ni grupo especial binacional del TLCAN invalidaría esta determinación alegando que la DAA, el Preámbulo o cualquier "compromiso administrativo" amorfo *exigen* un resultado distinto.

5.255 En cuanto al examen canadiense de la DAA, los Estados Unidos creen que ningún tribunal estadounidense excluiría la disposición del modo que lo hace el Canadá. Además, en sus comentarios al Departamento de Comercio en relación con su procedimiento de reglamentación, los Estados Unidos recuerdan que el Canadá se pronunció en el sentido de que la ley y la DAA no exigen que el Departamento dé a las limitaciones a la exportación el trato de subvenciones, y adoptó también esta posición en el caso *Ganado en pie* de 1999, como puede verse en la EE.UU. - Prueba documental 32. El informe del Canadá en el caso *Ganado en pie* pone de relieve otra parte importante de la DAA que hasta ahora no se ha considerado en este caso, a saber, el párrafo del comienzo de la página 925. Según los Estados Unidos, en esta parte de la DAA se refleja la intención general del Congreso y la Administración de que la anterior práctica del Departamento de Comercio respecto de la definición de "subvención" sólo se mantenga en la medida en que sea compatible con la nueva definición de "subvención", compatible con la OMC, que figura en la ley.

5.256 En cuanto al Preámbulo, a juicio de los Estados Unidos el Canadá lo equipara inadecuadamente con una reglamentación. El Canadá todavía no ha citado un solo caso en el que se afirme que el Departamento de Comercio está vinculado por algo que no sea una reglamentación. Los Estados Unidos han tomado nota de la afirmación del Canadá, según la cual "los tribunales estadounidenses citan regularmente declaraciones de organismos en preámbulos que interpretan una ley en el sentido de que está sujeta a control y revisión como cualquier reglamentación ...", y declara que el Canadá se limita a referirse a casos respecto de los cuales los Estados Unidos han explicado previamente que son diferenciables o no apoyan la proposición para la que se presentan.

5.257 El Canadá ha citado la afirmación del Profesor Davis de que la publicación en el *CFR* no debería servir de prueba de que la declaración de un organismo es, o no es, una norma. Según los Estados Unidos, el Canadá está invitando al Grupo Especial a socavar la credibilidad de su propio informe, al dar preferencia a lo que los especialistas piensan que debería ser el derecho estadounidense, sobre lo que un tribunal de apelación federal entiende que es. Además, refiriéndose a sus Pruebas documentales 33 y 34, los Estados Unidos alegan que si se compulsan otras opiniones de los Profesores Davis y Pierce se verá claramente que no creen que una norma legislativa deba publicarse necesariamente en el *CFR*. Los Estados Unidos sostienen que, si se aplicara el criterio del caso *American Mining Congress* sin agregar la publicación en el *CFR*, el Preámbulo no reuniría los requisitos de una norma legislativa válida y vinculante. Por último, la cita canadiense del caso *Wiggins Brothers, Inc.* (Canadá - Prueba documental 124) no es pertinente porque el tribunal indicó claramente que no se podía prescindir del preámbulo por que formaba parte de los "antecedentes legislativos" de la reglamentación que se estaba interpretando. El tribunal *no* dijo que el preámbulo en cuestión fuera de por sí una norma legislativa vinculante, que es la condición que el Canadá trata de asignar al Preámbulo del Departamento de Comercio en este caso. Por otra parte, el Canadá no ha mencionado el caso *Clean Air Implementation Project v. EPA* (EE.UU.- Prueba documental 26), en el que se afirma que un preámbulo no es una "declaración vinculante de la política de un organismo", cuando el organismo no lo considera así.

5.258 En el Preámbulo a las reglamentaciones propuestas, el Departamento de Comercio declaró expresamente que no promulgaba una reglamentación sobre las "subvenciones indirectas" para preservar su "flexibilidad y discrecionalidad". En el Preámbulo de las reglamentaciones definitivas el Departamento de Comercio indicó expresamente que "la fórmula 'encomienda u ordena' podría tener significados muy distintos". No creemos pues que sea apropiado elaborar una definición concreta de dicha fórmula a los efectos de las presentes reglamentaciones. Para los Estados Unidos la explicación del Departamento de Comercio en la parte mencionada del Preámbulo deja en claro que el Departamento no tenía la intención de vincularse respecto del tema de las subvenciones indirectas, promulgando una reglamentación. Los Estados Unidos consideran simplemente absurdo afirmar, como hace el Canadá, que, al tiempo que expresaba el propósito de no vincularse mediante una reglamentación, el Departamento de Comercio proyectase vincularse mediante una declaración en forma de preámbulo, en la que explica por qué no se ha vinculado.

5.259 Los Estados Unidos creen que el hecho de que el Departamento de Comercio pueda citar el Preámbulo en una determinación particular no transforma este texto en una reglamentación vinculante, al igual que una cita de un artículo de una revista jurídica no transforma a éste en una reglamentación vinculante. Los Estados Unidos no niegan que los tribunales y los organismos recurran a los preámbulos para interpretar sus reglamentaciones. Sin embargo, en este caso no hay ninguna reglamentación que interpretar. Además, el Canadá *no ha señalado un solo caso* en que el Departamento de Comercio haya declarado que seguía un principio enunciado en el Preámbulo porque tenía la obligación legal de hacerlo. Los Estados Unidos creen que este es el punto esencial. Existe una considerable diferencia entre citar el Preámbulo como explicación abreviada de los motivos de una determinación particular del Departamento de Comercio, y citarlo como una autoridad vinculante. En la primera situación el Departamento de Comercio citaría, con carácter discrecional, el razonamiento expuesto del Preámbulo porque consideraría que dicho razonamiento puede ser persuasivo. En la segunda situación, el Departamento de Comercio seguiría las indicaciones del Preámbulo porque no goza de facultades discrecionales para no hacerlo. El Canadá tampoco ha podido citar un solo caso en el que un tribunal haya dicho que una parte del Preámbulo del Departamento de Comercio no relacionada con una reglamentación tiene fuerza de ley.

5.260 Los Estados Unidos afirman que, con respecto a la "práctica" del Departamento de Comercio -sea la que fuere- el Canadá no ha podido citar una sola decisión de un tribunal estadounidense favorable a la proposición de que la práctica de un organismo en general, o del Departamento de Comercio en particular, es obligatoria. Además, la afirmación del Canadá de que un organismo sólo puede desviarse de los precedentes en "circunstancias muy estrictas" es desmentida por los mismos expertos en derecho administrativo estadounidense a los que el Canadá ha recurrido en este caso. Los Estados Unidos afirman que, como se indica en su Prueba documental 34, los Profesores Davis y Pierce opinan que un organismo es libre de rechazar un precedente propio.

5.261 La referencia del Canadá al llamado *Apéndice de subvenciones* merece un breve comentario, porque los antecedentes de dicho Apéndice contradicen totalmente los argumentos canadienses en este caso. El mencionado *Apéndice de subvenciones* figuraba adjunto a una determinación definitiva de derechos compensatorios de 1984, en la que se anunciaba una nueva práctica del Departamento de Comercio para una serie de cuestiones metodológicas relativas a los derechos compensatorios, en un momento en que no había ninguna reglamentación a este respecto. Aunque no promulgó el *Apéndice de subvenciones* mediante el sistema de aviso y comentario que prescribe la *Ley de Procedimiento Administrativo* para que una norma jurídica sea válida y vinculante, el Departamento de Comercio empezó a utilizar el *Apéndice* como si fuera una norma legislativa. En 1988, el Tribunal de Comercio Internacional de los Estados Unidos puso fin a este proceder, como se explica en el Preámbulo a las reglamentaciones propuestas del Departamento de Comercio, de 1989 (Canadá - Prueba documental 5). El tribunal de examen del Departamento de Comercio le indicó que no podía actuar como si su práctica administrativa fuera vinculante, porque, con arreglo a los principios establecidos del derecho administrativo estadounidense, no lo era. El tribunal indicó al Departamento de Comercio que, si quería que su práctica fuera vinculante, tendría que codificarla en forma de una reglamentación.

5.262 El Canadá afirma que el artículo 10 del Acuerdo SMC se aplica a esta diferencia, porque impone la obligación de tomar "todas las medidas necesarias para que la imposición de un derecho compensatorio ... esté en conformidad con las disposiciones del artículo VI del GATT de 1994". Según los Estados Unidos, el Canadá sostiene que el artículo 10 (y las disposiciones conexas) impone a un Miembro la obligación de asegurar la conformidad de su legislación de derechos compensatorios con el Acuerdo SMC y el artículo VI. No obstante, de una lectura íntegra del artículo 10 se desprende claramente que dicho artículo estaba pensado para las acciones de los Miembros en procedimientos individuales de derechos compensatorios. El hecho de que en la primera frase se utilice el término "imposición" hace pensar en una determinación de un caso específico, y lo propio se puede decir de la expresión de la segunda frase "investigación iniciada y realizada". Además, si se aceptara la

interpretación del Canadá el artículo 10 sería una repetición de las disposiciones del párrafo 5 del artículo 32, que impone expresamente la obligación de garantizar la conformidad de leyes, reglamentos y procedimientos administrativos. A juicio de los Estados Unidos, el Canadá ha reconocido implícitamente este extremo en todas sus comunicaciones anteriores de esta diferencia. Tanto el artículo 10 como el párrafo 5 del artículo 32 pueden interpretarse en el sentido de que el primero regula las acciones reales efectuadas por un Miembro en un procedimiento efectivo de derechos compensatorios, mientras que el segundo rige la conformidad como tal de las leyes, reglamentos y procedimientos administrativos de un Miembro.

5.263 Según los Estados Unidos, dejando aparte la cuestión de si la DAA, el Preámbulo y el presunto "compromiso administrativo" del Departamento de Comercio constituyen "medidas" -aunque a efectos de la argumentación supongamos que estas "medidas" deben considerarse en conjunto- el Canadá todavía no ha citado *ninguna* autoridad en favor de la proposición de que, con arreglo a la legislación estadounidense, las "medidas" que individualmente no imponen a un organismo la obligación de hacer una cosa en particular, sí lo hacen cuando se las considera en conjunto.

5.264 En lo relativo a la fórmula "encomienda u ordena", lo que hace el Canadá, simplemente, es pedir al Grupo Especial que ignore las definiciones de "ordenar" del diccionario que no coinciden con su argumentación. El Canadá sostiene que determinar si una limitación de las exportaciones constituye una "contribución financiera" es una cuestión más jurídica que fáctica. No obstante, esto sólo es cierto si se ignora el significado corriente de "ordenar". Todos los diccionarios utilizados en esta diferencia contienen definiciones con un elemento causal. Es significativo que el Canadá haya reconocido que una limitación de las exportaciones constituye una "orden" del gobierno, y se limite a alegar que la "orden" es de "exportar". En opinión de los Estados Unidos, esto no es más que un juego semántico.

5.265 Por último, el Canadá repite su fatigado argumento de que "la libertad de los productores de adaptarse a la imposición de una limitación de las exportaciones" significa que no se encomienda u ordena nada en el sentido del inciso iv). Los Estados Unidos sostienen que no hay *ninguna* prueba de hecho que confirme la presunta "libertad de los productores" de adaptarse, alegada por el Canadá. En un intento de escamotear las insuficiencias de sus pruebas, el Canadá da una idea equivocada de la posición estadounidense en este caso, afirmando que los Estados Unidos alegan que una limitación de las exportaciones está comprendida en las disposiciones del inciso iv) "porque *podría* dar lugar a una mayor disponibilidad interna de un producto ...". En sus anteriores comunicaciones los Estados Unidos han dejado en claro su posición, que es que una limitación de las exportaciones sólo podría ser objeto de las disposiciones del inciso iv) si *diera lugar* a una mayor disponibilidad interna. Para los Estados Unidos, es el Canadá el que basa su posición en especulaciones teóricas sobre el efecto que *podría* tener una limitación de las exportaciones, porque teme lo que puedan revelar los hechos en los casos reales.

5.266 Por último, la vaciedad del argumento canadiense sobre la "libertad de los productores" se pone de manifiesto en la última frase de su respuesta a la pregunta 6 (segunda serie), en la que se afirma que un productor podría "optar libremente por reducir o abandonar su producción", o sea, cesar el negocio. Los Estados Unidos estiman que, si esta es la clase de "libertad" que hace que una medida gubernamental no quede comprendida en el alcance del inciso iv), dicho inciso carece verdaderamente de significado. En una situación en la que un gobierno ordenase a un productor vender un producto a clientes internos seleccionados en condiciones predeterminadas (situación que tanto el Canadá como las CE reconocen que debería estar comprendida en las disposiciones del inciso iv)), el productor tendría la misma "libertad" para abandonar el negocio.

5.267 En cuanto al término "entidad privada", los Estados Unidos no ven nada claro cuál es la posición del Canadá al respecto. En su respuesta, el Canadá afirma que "una ley, reglamento o

directriz administrativa que exija a "todos los banqueros" que dediquen un X por ciento de sus fondos a préstamos para la industria X (en vez de los préstamos gubernamentales) podría hacer de los banqueros una "entidad privada" ...". Los Estados Unidos no creen que exista ninguna diferencia de fondo entre esta situación y aquella en la que un gobierno, mediante una limitación de las exportaciones, ordena a los productores de un insumo que vendan solamente a clientes nacionales.

5.268 En lo relativo a la parte del inciso iv) que comienza con la expresión "que normalmente incumban", en la respuesta estadounidense a la pregunta 26 a), se alega que, como el Departamento de Comercio todavía no se ha ocupado de esta disposición, los Estados Unidos no han adoptado una posición definitiva acerca de su significado. No obstante, los Estados Unidos estiman que esta disposición procede del *Informe previsto en el apartado 5 del artículo XVI de 1960*, que se refería a las funciones de percepción de impuestos y concesión de subvenciones. Así pues, estas disposiciones hacen pensar que lo que debe determinarse es si la práctica cuya ejecución se ordena a una entidad privada corresponde a los tipos de prácticas que realiza normalmente un gobierno a los efectos de la concesión de una subvención.

5.269 Los Estados Unidos estiman que hay varias interpretaciones posibles de la expresión "que normalmente incumbiría". Partiendo del reconocimiento explícito de la función de los incisos i) a iii) como mecanismos empleados por los gobiernos para proporcionar directamente contribuciones financieras, podría entenderse que con la expresión "que normalmente incumbiría" se admite que las funciones enumeradas en los incisos i) a iii) son normalmente de la incumbencia del gobierno, y se determina la misma limitación para las funciones del mismo "tipo". De resultas de ello, con esta interpretación el inciso iv) abarca las funciones de los incisos i) a iii), que normalmente incumben a los gobiernos, y las funciones de ese "tipo" a condición de que también incumban normalmente al gobierno.

5.270 Otra interpretación posible es que la fórmula "que normalmente incumban" sirva para excluir acciones del gobierno que, a primera vista, podrían parecer órdenes de realizar una función descrita en los incisos i) a iii). Una consideración superficial del ejemplo del Canadá de una acción gubernamental encaminada a poner fin a un monopolio permitiría afirmar que dicha acción podría dar lugar al tipo de suministro de un producto a precios reducidos, ordenado por un gobierno, que reúne las condiciones de una subvención. No obstante, si se considera desde una perspectiva diferente, podría decirse que los gobiernos no suelen proporcionar subvenciones desarticulando los cárteles y restableciendo las condiciones normales de mercado.

5.271 Por último, la interpretación del Canadá, como la entienden los Estados Unidos, es que esta disposición exige que el gobierno en cuestión haya realizado corrientemente la función que se ordena realizar a la entidad privada.

5.272 Los Estados Unidos alegan que no es infrecuente que las negociaciones multilaterales produzcan documentos jurídicos en términos que no son precisamente los ideales. Con el debido respeto a los redactores, los Estados Unidos pueden admitir que la fórmula "que normalmente incumba" no es un modelo de claridad, lo que hace aún más importante compulsar los antecedentes de su negociación.

5.273 Sin embargo, los Estados Unidos no creen que el Grupo Especial tenga que tomar una resolución acerca del significado preciso de estas fórmulas, porque, incluso con su interpretación, el Canadá saldría perdiendo. El Canadá no ha demostrado, de hecho, que no hay, ni habrá nunca, situaciones en las que un gobierno que ha proporcionado desde siempre un producto directamente, limita las exportaciones de este producto de un modo que causa que una entidad privada empiece a proporcionar el producto.

VI. ARGUMENTOS DE LOS TERCEROS

6.1 Los argumentos de los terceros -las Comunidades Europeas y la India- se exponen en sus comunicaciones y sus declaraciones orales al Grupo Especial, que figuran en el anexo B del presente informe. Australia no hizo ninguna comunicación escrita ni declaración oral (véase la lista de anexos, página v, *supra*).

VII. REEXAMEN INTERMEDIO

7.1 El Grupo Especial publicó su informe provisional a las partes el 27 de abril de 2001. El 11 de mayo las dos partes presentaron solicitudes escritas para el reexamen de ciertos aspectos del informe provisional. El 16 de mayo las partes presentaron sus comentarios sobre las solicitudes recíprocas de reexámenes intermedios. Ninguna de las dos partes solicitó una reunión de reexamen intermedio.

7.2 El **Canadá** alega que hemos dado una versión incorrecta de su posición sobre la distinción entre imperativo y discrecional. Hemos ampliado la cita de la respuesta del Canadá a una pregunta del párrafo 8.6, y hemos recogido su respuesta a otra pregunta en el párrafo 8.8 a fin de situar en un contexto más amplio nuestra versión de la posición del Canadá.

7.3 El Canadá propone ligeros cambios de redacción en los párrafos 8.23 y 8.50, para exponer con más precisión sus argumentos. Los Estados Unidos proponen otro texto del párrafo 8.50. Nosotros hemos ajustado la redacción de estos párrafos.

7.4 El Canadá propone también que se suprima una palabra en el párrafo 8.75, por considerarla innecesaria, y hace un comentario general acerca del modo en que empleamos la frase "condición operacional independiente" en los párrafos 8.85, 8.99, 8.113 y 8.126. No estamos de acuerdo con la primera observación, y por consiguiente no hemos modificado el párrafo 8.75. No creemos que el Canadá haya pedido un cambio específico en los otros párrafos mencionados, ni nos parece necesario. Así pues, tampoco hemos introducido ninguna modificación en estos párrafos.

7.5 Los **Estados Unidos** piden que suprimamos las secciones VIII.B.2 y VIII.B.3 de nuestras constataciones, o sea, las secciones que tratan de las reclamaciones del Canadá al amparo del artículo 1 del Acuerdo SMC. Los Estados Unidos no creen que estas secciones sean necesarias, dada nuestra constatación de la sección VIII.B.4 en el sentido de que la legislación estadounidense no exige que el Departamento de Comercio dé a las limitaciones a la exportación el trato de subvenciones; esto es lo que los Estados Unidos han venido sosteniendo a lo largo de todo el procedimiento del Grupo Especial. Los Estados Unidos sostienen también que este aspecto del informe, si se recoge en los informes de otros grupos especiales, tendrá consecuencias muy graves y desafortunadas para el sistema de solución de diferencias de la OMC. El Canadá disiente, y observa que hemos considerado si el trato objeto de la reclamación constituye una violación de las obligaciones dimanantes de la OMC, y, en tal caso, si las medidas en cuestión imponen dicho trato. Además, señala que el Órgano de Apelación ha criticado a grupos especiales por no completar su análisis cuando se desestimaron las constataciones de un grupo especial sobre ciertas cuestiones. Nosotros hemos explicado los motivos del método adoptado, y sus precedentes. No hemos efectuado ninguna modificación en estas secciones.

7.6 Los Estados Unidos hacen otras observaciones específicas sobre la sección VIII.B.3, para el caso de que decidamos mantenerla. En primer lugar estiman que no hemos entendido su posición acerca del objeto y el fin del Acuerdo SMC, y que no hemos conciliado nuestra interpretación del artículo 1 con estos dos conceptos. A raíz de la respuesta del Canadá a esta observación de los Estados Unidos, hemos completado la cita del artículo 32 de la *Convención de Viena* en el párrafo 8.64. Asimismo hemos introducido algunas modificaciones de forma en los párrafos 8.62

y 8.63, para aclarar la posición de los Estados Unidos y nuestras propias opiniones acerca de la relación existente entre nuestro análisis del artículo 1 y el objeto y fin del Acuerdo.

7.7 Los Estados Unidos indican que hemos interpretado erróneamente sus argumentos acerca de las acepciones del término "ordena", y que en nuestras constataciones sólo nos hemos referido parcialmente a las definiciones de este término, en la particular construcción gramatical que se emplea en el inciso iv) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1. Hemos cambiado la redacción del párrafo 8.27 para plasmar de un modo más completo el argumento de los Estados Unidos, y hemos aclarado la cuestión gramatical del párrafo 8.28. Asimismo hemos modificado ligeramente el párrafo 8.44, para aclarar más nuestra respuesta al argumento estadounidense.

7.8 Los Estados Unidos afirman que hemos dado una imagen inexacta de su posición al decir que no reconocen la "contribución financiera" como elemento jurídico distinto y significativo de una subvención. Nosotros hemos ampliado la cita de las respuestas de los Estados Unidos a las cuestiones para esclarecer su posición a este respecto, y hemos cambiado la redacción del párrafo 8.39 a fin de dejar más claras nuestras opiniones acerca de las consecuencias de la posición estadounidense. Los Estados Unidos cuestionan también la ubicación de la nota 135 de pie de página del informe. No hemos introducido ningún cambio en respuesta a este comentario.

7.9 Los Estados Unidos alegan que hemos dado una versión errónea de sus argumentos respecto de la fórmula "type of functions" de la versión inglesa del Acuerdo SMC, en los párrafos 8.51 y 8.52. Hemos redactado de otro modo nuestra versión de los argumentos estadounidenses en estos párrafos, así como nuestra frase final del párrafo 8.55, para plasmarlos con más precisión, y hemos introducido los consiguientes cambios de redacción en el párrafo 8.53.

7.10 Los Estados Unidos señalan además errores materiales en las notas 177, 186 y 187 de pie de página, que hemos rectificado.

7.11 Asimismo hemos introducido correcciones materiales y técnicas en las secciones IV y V, y cambios de redacción en el párrafo 8.6 y en el encabezamiento de la sección VIII.B.4 a)

VIII. CONSTATAIONES

A. SOLICITUD DE RESOLUCIONES PRELIMINARES

8.1 Como se recordará, los Estados Unidos han pedido al Grupo Especial que desestime las reclamaciones del Canadá, tomando las siguientes resoluciones preliminares (*véase* la sección IV.A, *supra*):

- a) que, como ni el artículo 771(5), ni la DAA, ni el Preámbulo ni ninguna "práctica" del Departamento de Comercio exigen que las autoridades estadounidenses traten las limitaciones a la exportación como subvenciones, estas supuestas medidas no entrañan de por sí un incumplimiento de las obligaciones de los Estados Unidos en virtud de una cualquiera de las disposiciones citadas por el Canadá en su solicitud de establecimiento de un grupo especial;
- b) que la "práctica" estadounidense -anterior, presente o futura- no constituye una medida que proceda a examinar en este Grupo Especial;
- c) que, como el Canadá no incluyó la "práctica" estadounidense al amparo del artículo 771(5) en su solicitud de consultas, como las partes no celebraron consultas sobre dicha "práctica", y como en su solicitud para el establecimiento de un grupo especial el Canadá no identifica suficientemente la "práctica" en cuestión, las

reclamaciones del Canadá al respecto no son conformes con los artículos 4.7 y 6.2 del ESD, y no es procedente que las examine este Grupo Especial; y

- d) que, como en su solicitud de establecimiento de un grupo especial el Canadá no indicó que la DAA o el Preámbulo fueran medidas, y como en cualquier caso no lo son, el hecho de que el Canadá incluyera a la DAA y el Preámbulo como medidas propiamente dichas, en su primera comunicación escrita no es conforme con el artículo 6.2 del ESD, y las alegaciones del Canadá respecto de la DAA y el Preámbulo no encajan en el mandato del Grupo Especial.

8.2 Nosotros entendemos que las objeciones preliminares de los Estados Unidos, sobre todo en lo referente a lo que constituyen las medidas en cuestión, y a si estas medidas son de carácter imperativo o discrecional respecto del supuesto trato de las limitaciones a la exportación, van al fondo de la cuestión que estamos considerando. No nos parece, pues, que sea pertinente considerar estas objeciones como cuestiones previas, y nos ocuparemos de ellas en nuestro análisis sustantivo de las reclamaciones.

B. RECLAMACIÓN AL AMPARO DEL ARTÍCULO 1 DEL ACUERDO SMC: SI EL TRATO DE LAS LIMITACIONES A LA EXPORTACIÓN COMO CONTRIBUCIONES FINANCIERAS ES INCOMPATIBLE CON EL ACUERDO SMC, Y SI LA LEGISLACIÓN ESTADOUNIDENSE EXIGE DICHO TRATO

8.3 Las medidas que se consideran en este caso son normas legales de los Estados Unidos: legislación, instrumentos para su interpretación y práctica derivada de la legislación. El Canadá no impugna un caso particular en el que una limitación de las exportaciones haya sido objeto de una investigación sobre derechos compensatorios. El Canadá sostiene que las medidas estadounidenses impugnadas surten el efecto, por separado y conjuntamente, de exigir un determinado trato de las limitaciones a la exportación en las investigaciones sobre derechos compensatorios, contrariamente a las obligaciones que impone a los Estados Unidos su pertenencia a la OMC.

1. Tipo de legislación que puede considerarse, como tal, incompatible con las obligaciones derivadas de la OMC

8.4 Hay un considerable número de precedentes en las prácticas de solución de diferencias, tanto en el GATT como en la OMC, favorables al principio de que sólo la legislación que *impone* una violación de las obligaciones derivadas del GATT/OMC puede considerarse, como tal, incompatible con estas obligaciones. Este principio fue señalado y aplicado recientemente por el Órgano de Apelación en el caso *Estados Unidos - Ley Antidumping de 1916* ("*Ley de 1916*"):

"... el concepto de legislación imperativa en contraposición a la legislación discrecional ha sido elaborado por varios grupos especiales del GATT como consideración previa en la determinación de cuándo normas legislativas como tales -y no una aplicación específica de esas normas legislativas- eran incompatibles con las obligaciones de una parte contratante del GATT de 1947".¹⁰⁷

...

"... los grupos especiales elaboraron la teoría de que debía establecerse una distinción entre legislación imperativa y discrecional, y mantuvieron que únicamente podía

¹⁰⁷ *Ley de 1916*, informe del Órgano de Apelación, WT/DS136/AB/R-WT/DS162/AB/R, adoptado el 26 de septiembre de 2000, párrafo 88.

constatarse que fuera incompatible en sí misma con las obligaciones derivadas del GATT la legislación que impone una violación de estas obligaciones".¹⁰⁸

8.5 Antes del caso *Ley de 1916*, el Grupo Especial del caso *Estados Unidos - Medidas que afectan a la importación y a la venta y utilización en el mercado interno de tabaco* ("*Estados Unidos - Tabaco*") resumió en los términos siguientes la práctica de los grupos especiales del GATT a este respecto:

"... los grupos especiales habían declarado sistemáticamente que, en tanto que cabía impugnar la propia legislación que exigía imperativamente medidas incompatibles con el Acuerdo General, no era posible impugnar en sí mismas las disposiciones legislativas que dieran meramente a las autoridades ejecutivas de una parte contratante la posibilidad de adoptar medidas incompatibles con el Acuerdo General, y que sólo podía ser objeto de impugnación la aplicación efectiva de esa legislación incompatible con dicho Acuerdo".¹⁰⁹

8.6 En su solicitud de resoluciones preliminares, los Estados Unidos afirman que la distinción entre legislación imperativa y legislación discrecional -lo que llamaremos en adelante "el criterio clásico"- es aplicable en esta diferencia. El Canadá no impugna la persistente validez del criterio clásico (como tampoco lo hacen las Comunidades Europeas en su condición de terceros en la diferencia). Es decir, el Canadá no afirma que pueda constatarse la incompatibilidad de una legislación discrecional con las obligaciones derivadas de la OMC sino que, por el contrario, afirma explícitamente que en tales casos no puede constatarse la existencia de una violación:

"Como ha indicado en sus comunicaciones, el Canadá cree que las medidas que ha identificado, consideradas en conjunto, *exigen* que los Estados Unidos den a las limitaciones a la exportación el trato de contribuciones financieras en el sentido del artículo 1 del Acuerdo SMC. No obstante, si las medidas se limitaron a *autorizar* este trato, o sea que no obligaban en modo alguno a los Estados Unidos a interpretar el artículo 771(5)(B)(iii) de un modo que llevara aparejado el trato de las limitaciones a la exportación como 'contribuciones financieras', en tal caso no cabe constatar que las medidas que se consideran sean incompatibles con las obligaciones de los Estados Unidos derivadas de su pertenencia a la OMC."¹¹⁰

8.7 Además, los argumentos del Canadá están articulados en torno al criterio clásico. Es decir, el Canadá afirma que las medidas que ha identificado (o sea, la legislación estadounidense) *exigen* un determinado trato de las limitaciones de la exportación en las investigaciones sobre derechos compensatorios, y que, a su juicio, este trato viola el Acuerdo SMC, por lo que la legislación es incompatible con dicho Acuerdo y con el Acuerdo sobre la OMC.

8.8 Por último, el Canadá presenta dos argumentos acerca de la distinción entre legislación imperativa y legislación discrecional: i) que la ley "interpretada por" la DAA y el Preámbulo es *legislación imperativa que exige* que el Departamento de Comercio viole sus obligaciones derivadas del Acuerdo SMC; y ii) que, si bien la ley es de por sí discrecional, en el sentido de que sería posible interpretarla de un modo compatible con la OMC, la DAA y el Preámbulo "limitan las facultades

¹⁰⁸ *Id.*, párrafo 60.

¹⁰⁹ *Estados Unidos - Tabaco*, informe del Grupo Especial adoptado el 4 de octubre de 1994, IBDD 41S/140, párrafo 118.

¹¹⁰ Respuesta del Canadá a la pregunta 5 del Grupo Especial en la primera reunión (sin cursivas en el original).

discrecionales" del Departamento de Comercio para actuar de modo compatible con la OMC. En respuesta a nuestra pregunta sobre si se trataba de dos maneras de exponer un único argumento, o de dos argumentos diferentes o alternativos, el Canadá afirma lo siguiente: "no hay diferencia alguna entre estos argumentos, ya que cualquiera de los dos llevan a la conclusión de que las medidas estadounidenses no son 'discrecionales' en el sentido de la distinción entre legislación imperativa y legislación discrecional de la jurisprudencia del GATT/OMC, o sea, que los Estados Unidos no han demostrado que tengan facultades discrecionales suficientes para cumplir las obligaciones derivadas de su pertenencia a la OMC".¹¹¹

8.9 Como se ha señalado anteriormente, hay antecedentes de larga data que corroboran el criterio clásico, que ha sido empleado recientemente por el Órgano de Apelación en el caso *Ley de 1916*. Lo que es más importante, el objetivo racional de la distinción entre legislación imperativa y legislación discrecional es garantizar la previsibilidad de las condiciones del comercio. Gracias a ella, las partes pueden impugnar las medidas que dan lugar forzosamente a una acción incompatible con las obligaciones derivadas del GATT/OMC, *antes* de que esta acción se lleve a cabo efectivamente. Así pues, en la presente diferencia utilizaremos el criterio clásico para determinar si la legislación estadounidense es de un tipo que se preste, como tal, a la constatación de incompatibilidad con las obligaciones derivadas de la OMC, o sea, si se trata de una legislación imperativa con respecto al trato de las limitaciones a la exportación en las investigaciones sobre medidas compensatorias.¹¹²

2. Orden en el que se examinarán las cuestiones

8.10 Aunque no impugna el criterio clásico el Canadá, entiende que no es procedente considerar que una medida impugnada sea discrecional con respecto a una violación supuesta de las normas de la OMC, o la medida en que lo sea, como una cuestión general de procedimiento o jurisdicción. El Canadá opina más bien que, como confirmó el Órgano de Apelación en el caso *Ley de 1916*, esta cuestión puede plantearse en el examen, por un grupo especial, de las alegaciones de derecho formuladas en un caso determinado. En cambio, los Estados Unidos sostienen que cualquier resolución sustantiva sobre el significado de las disposiciones de la OMC, en la que se constate eventualmente que la legislación es discrecional, constituiría una "opinión consultiva" inadecuada o inadmisibles.¹¹³ En consecuencia, según el Canadá, antes de examinar el significado del artículo 1 debemos considerar si la legislación estadounidense es imperativa o discrecional.

8.11 No conocemos ningún precedente del GATT/OMC que prescriba que un grupo especial ha de considerar si la legislación es imperativa o discrecional *antes* de examinar el fondo de las disposiciones del caso. Por el contrario, hemos observado que varios grupos especiales, en diferencias relativas a la compatibilidad de la legislación, *no* han considerado en abstracto que la cuestión de la distinción entre legislación imperativa y discrecional es necesariamente previa. Lo que hicieron los grupos especiales en estos casos fue resolver primero cualquier controversia en cuanto a las obligaciones derivadas del GATT/OMC, y sólo entonces, *teniendo en cuenta estas constataciones*, consideraron si la parte demandada había demostrado adecuadamente que gozaba de facultades

¹¹¹ Respuesta del Canadá a la pregunta 17 del Grupo Especial, después de la segunda reunión.

¹¹² Observamos que el Grupo Especial del caso *Artículo 301* constató que incluso la legislación discrecional podía violar algunas obligaciones derivadas de la OMC (*véase Estados Unidos - Artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974*, informe del Grupo Especial, WT/DS152/R, adoptado el 27 de enero de 2000, párrafo 7.53). El análisis del Grupo Especial en esta diferencia se centró en la naturaleza de las obligaciones impuestas por el artículo 23.2 a) del ESD. Ninguna de las dos partes ha sugerido que puedan alegarse las mismas consideraciones con respecto a las disposiciones del Acuerdo SMC que, según el Canadá, fueron violadas en esta diferencia.

¹¹³ Solicitud de resoluciones preliminares de los Estados Unidos, párrafo 55.

discrecionales suficientes para cumplir estas normas. Es decir, la distinción entre legislación imperativa y legislación discrecional se aplicó en *un determinado contexto sustantivo*.¹¹⁴

8.12 Nosotros entendemos que este es el planteamiento adecuado en este caso. En particular, identificar primero las obligaciones pertinentes derivadas de la OMC, y examinarlas, facilitará nuestra evaluación del trato que la legislación da a estas obligaciones, y de la eventual existencia de una violación. Es decir, el examen previo del fondo de las reclamaciones con respecto a las disposiciones de la OMC y las disposiciones pertinentes de la legislación que se discute nos dejará en mejores condiciones para determinar si la legislación prescribe un trato de las limitaciones a la exportación que viola estas disposiciones.

8.13 Por último, hemos de señalar que, tanto si un grupo especial considera que la distinción entre la legislación imperativa y discrecional es una necesaria cuestión previa o entiende, como ha sugerido el Canadá, que es una cuestión que puede plantearse en el examen de las alegaciones jurídicas por un grupo especial, no deja de ser cierto -por lo menos con el criterio clásico que aplicaremos- que no es posible constatar la incompatibilidad de una legislación como ésta con las obligaciones de un Miembro de la OMC, salvo que la norma sea de carácter imperativo. Así pues, en todo caso el orden en que se examinan las dos cuestiones -tipo de legislación y fondo del caso- no alterará una constatación eventual de compatibilidad o incompatibilidad.

8.14 Por estas razones, examinaremos en primer lugar si el trato de las limitaciones a la exportación como contribuciones financieras es incompatible con el Acuerdo SMC, y a continuación determinaremos si la legislación estadounidense prescribe este trato.

3. Si el trato de las limitaciones a la exportación como contribuciones financieras es incompatible con el Acuerdo SMC

a) Alcance de las resoluciones

8.15 Antes de considerar si el trato de las limitaciones a la exportación como contribuciones financieras es incompatible con el Acuerdo SMC, es importante explicar lo que entendemos

¹¹⁴ Véase, por ejemplo, *Estados Unidos - Superfund*. Este programa comprendía, entre otras cosas, un gravamen penalizador discriminatorio que se impondría al importador que no comunicara la información necesaria. El Grupo Especial constató en primer lugar que la imposición de semejante gravamen penalizador violaría el párrafo 2 del artículo III; después constató también que, de hecho, la ley relativa al "Superfund" no exigía la imposición del gravamen, ya que preveía la posibilidad de que los Estados Unidos adoptasen reglamentaciones que eliminarían la necesidad de imponerlo (*Estados Unidos - Impuestos sobre el petróleo y sobre determinadas sustancias importadas ("Superfund")*, informe del Grupo Especial adoptado el 17 de junio de 1987, e IBDD 34S/157, párrafo 5.2.9). *Tailandia - Cigarrillos*: después de constatar que los tipos impositivos discriminatorios previstos en la ley violarían las normas del GATT, el Grupo Especial constató también que las autoridades tailandesas tenían suficientes facultades discrecionales en materia de reglamentación para aplicar la ley de manera compatible con el GATT, y en la práctica las habían ejercido (*Tailandia - Restricciones a la importación de cigarrillos e impuestos internos sobre los cigarrillos*, informe del Grupo Especial adoptado el 7 de noviembre de 1990, IBDD 37S/222, párrafo 84). *Estados Unidos - Tabaco*: la legislación estadounidense exigía que el Departamento de Agricultura de los Estados Unidos impusiera derechos de inspección "comparables" para el tabaco importado y el tabaco nacional, y el Grupo Especial consideró en primer lugar el significado de la palabra "comparable" teniendo en cuenta la condición del GATT de que esos derechos fueran "proporcionales" al costo de los servicios prestados para la inspección del tabaco importado. El Grupo Especial llegó a la conclusión de que los Estados Unidos tenían facultades discrecionales para interpretar el término "comparable" en el sentido de "proporcional" (y en la práctica lo habían hecho), esto es, que la legislación no imponía una violación (*Estados Unidos - Medidas que afectan a la importación y a la venta y a la utilización en el mercado interno de tabaco*, informe del Grupo Especial adoptado el 4 de octubre de 1994, IBDD 41S/140, párrafo 123).

exactamente por "limitación de las exportaciones" en esta diferencia. Dicho de otro modo, hemos de examinar primero las características definitorias esenciales de la medida descrita como una "limitación de las exportaciones", que es el objeto de las reclamaciones que estamos considerando, ya que esta medida determina el alcance de las reclamaciones examinadas y de nuestras resoluciones al respecto.

8.16 Según el Canadá, "una limitación de las exportaciones es una medida en frontera que toma la forma de una ley o reglamento estatal que limita expresamente la cantidad de exportaciones o fija condiciones explícitas para las circunstancias en que se autorizan las exportaciones. Estas medidas también pueden tomar la forma de un derecho o gravamen a la exportación del producto, impuesto por el gobierno y calculado de manera que limite la cantidad de las exportaciones".¹¹⁵ Los Estados Unidos, por su parte, indican que el "significado corriente de 'limitación' es la 'acción o acto de limitar algo o alguien'. A su vez, por 'limitar' se entiende 'retener o impedir alguna clase de acción'. Así pues, una 'limitación de las exportaciones' sería una acción o un acto que retiene o impide las exportaciones".¹¹⁶ Observamos que el Canadá y los Estados Unidos no sustentan la misma opinión respecto de los elementos esenciales que componen una limitación de las exportaciones, aunque ambos países parecen contemplar la posibilidad de que las limitaciones a la exportación puedan adoptar varias formas (restricciones cuantitativas, impuestos, etc.). En particular, la definición propuesta por los Estados Unidos es más amplia, y probablemente abarcaría cualquier acción que diese lugar a una limitación de las exportaciones. La definición propuesta por el Canadá, en cambio, contiene elementos complementarios y, por consiguiente, es de menor alcance.

8.17 Estamos totalmente de acuerdo con los Estados Unidos en que "no es factible ni conveniente que el Grupo Especial trate de definir, en abstracto, un término que no aparece en el Acuerdo SMC".¹¹⁷ Por otra parte, es necesario delimitar claramente las cuestiones que nos ocupan. Observamos que, como en cualquier diferencia, el alcance de la reclamación viene determinado por el reclamante. Aplicaremos pues las disposiciones del Acuerdo SMC a la definición del Canadá, o sea, una medida en frontera que toma la forma de una ley o reglamento estatal que limita expresamente la cantidad de exportaciones o fija condiciones explícitas para las circunstancias en que se autorizan las exportaciones, o bien toma la forma de un derecho o gravamen a la exportación del producto, impuesto por el gobierno y calculado de manera que limite la cantidad de esas exportaciones. Son éstas características esenciales -que en adelante llamaremos, para simplificar, "limitación de las exportaciones"-, las que determinan el alcance de las reclamaciones del Canadá y de nuestras resoluciones al respecto.

b) Normas de interpretación de los tratados

8.18 Según el párrafo 2 del artículo 3 del ESD, los Miembros reconocen que el sistema de solución de diferencias sirve para aclarar las disposiciones vigentes de los acuerdos abarcados "de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público". El Órgano de Apelación, en el caso *Estados Unidos - Gasolina*, menciona a este respecto una "norma fundamental de la interpretación de los tratados [que] ha sido plasmada de la forma más autorizada y sucinta en la

¹¹⁵ Respuesta del Canadá a la pregunta 1 del Grupo Especial, dirigida a las dos partes en la primera reunión.

¹¹⁶ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 1 del Grupo Especial, dirigida a las dos partes en la primera reunión (excluidas las notas de pie de página).

¹¹⁷ *Id.*

*Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (la Convención de Viena)*¹¹⁸, y cita el párrafo 1 del artículo 31 de dicha Convención¹¹⁹, que dice lo siguiente:

ARTÍCULO 31

Regla general de interpretación

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

El Órgano de Apelación indica que "esta regla general de interpretación se ha elevado a la condición de norma del derecho internacional consuetudinario o general. Como tal, forma parte de las "normas usuales de interpretación del derecho internacional público".¹²⁰ Por consiguiente, iniciaremos nuestro análisis de la reclamación del Canadá al amparo del artículo 1 del Acuerdo SMC, basándonos en el contenido de esta disposición, en su contexto y teniendo en cuenta el objeto y fin del Acuerdo SMC.

c) Definición de "contribución financiera" del Acuerdo SMC

8.19 La reclamación canadiense al amparo del artículo 1 del Acuerdo SMC se basa en la posibilidad de que una limitación de las exportaciones pueda constituir una "contribución financiera" en el sentido del párrafo 1 a) 1) del mencionado artículo. El Canadá alega que los Estados Unidos, con arreglo a su legislación en materia de derechos compensatorios, consideran las limitaciones a la exportación contribuciones financieras en forma de un suministro de bienes encomendado y ordenado por el gobierno a una entidad privada, según lo previsto en los incisos iii) y iv) del párrafo antes citado, y que si las limitaciones a la exportación confieren beneficios, los Estados Unidos los tratan como subvenciones susceptibles de medidas compensatorias. A juicio del Canadá, esta interpretación de las mencionadas disposiciones del Acuerdo SMC no es admisible. Los Estados Unidos sostienen que las limitaciones a la exportación pueden constituir (por lo menos en ciertas circunstancias) un suministro de bienes encomendado u ordenado por un gobierno a una entidad privada. Así pues, el núcleo central de la reclamación del Canadá se encuentra en la definición de "contribución financiera" del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 y, en particular, en las disposiciones de los incisos iii) y iv) de este mismo párrafo.

8.20 El párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC dispone lo siguiente:

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"), es decir:
 - i) cuando la práctica de un gobierno implique una transferencia directa de fondos (por ejemplo, donaciones, préstamos y

¹¹⁸ *Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional ("Estados Unidos - Gasolina")*, informe del Órgano de Apelación, WT/DS2/AB/R, adoptado el 20 de mayo de 1996, página 19.

¹¹⁹ (1969), 8 *International Legal Materials* 679.

¹²⁰ *Estados Unidos - Gasolina*, informe del Órgano de Apelación, nota 118 de pie de página, *supra*, página 20 (excluida la nota de pie de página).

aportaciones de capital) o posibles transferencias directas de fondos o de pasivos (por ejemplo, garantías de préstamos);

- ii) cuando se condonen o no se recauden ingresos públicos que en otro caso se percibirían (por ejemplo, incentivos tales como bonificaciones fiscales) [excluida la nota de pie de página];
- iii) cuando un gobierno proporcione bienes o servicios -que no sean de infraestructura general- o compre bienes;
- iv) cuando un gobierno realice pagos a un mecanismo de financiación, o encomiende a una entidad privada una o varias de las funciones descritas en los incisos i) a iii) *supra* que normalmente incumbirían al gobierno, o le ordene que las lleve a cabo, y la práctica no difiera, en ningún sentido real, de las prácticas normalmente seguidas por los gobiernos;

o

- a) 2) cuando haya alguna forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios en el sentido del artículo XVI del GATT de 1994;

y

- b) con ello se otorgue un beneficio.

Así pues, el párrafo 1 del artículo 1 establece claramente que la definición de una subvención se compone de dos elementos distintos: i) que haya una contribución financiera (o un apoyo a los ingresos o a los precios), y ii) que se confiera un beneficio. El Órgano de Apelación puso este extremo de relieve en el caso *Brasil - Aeronaves*, al declarar que la contribución financiera y el beneficio constituyen "dos elementos jurídicos independientes en el párrafo 1 del artículo 1 ... que conjuntamente determinan si existe o no una subvención"¹²¹; según el Órgano de Apelación, el Grupo Especial encargado de este caso había mezclado erróneamente ambas nociones, incluyendo el concepto de beneficio en la definición de contribución financiera.

8.21 La cuestión relativa al artículo 1, tal como nos la presentan las partes, se limita a la definición de contribución financiera. No hay ninguna cuestión referente al beneficio, entre otras cosas porque las partes están de acuerdo en que una limitación de las exportaciones puede conferir un beneficio.¹²²

¹²¹ *Brasil - Aeronaves*, informe del Órgano de Apelación, WT/DS46/AB/R, adoptado el 20 de agosto de 1999, párrafo 157 (con cursivas en el original).

¹²² Los Estados Unidos afirman que "los compradores nacionales de un producto objeto de la limitación pueden comprarlo a un precio más bajo del que se habría cotizado si el mercado de ese producto no hubiese estado artificialmente limitado por el gobierno. En tal caso, los compradores nacionales del producto objeto de la limitación recibirán un beneficio en forma de un descenso de los costos de sus insumos" (Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 55). Los Estados Unidos, refiriéndose a la solicitud de establecimiento de un grupo especial del Canadá, sostiene que "el Canadá no afirma que una limitación de las exportaciones no pueda proporcionar un 'beneficio' en el sentido del Acuerdo SMC" (respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 1 del Grupo Especial en la primera reunión; excluida la cita). En su solicitud para el establecimiento de un grupo especial, el Canadá aduce lo siguiente: "... con arreglo al derecho estadounidense en materia de derechos compensatorios, se considera que en una limitación de las exportaciones concurre el

Así pues, nuestro análisis en relación con el párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC se limitará a esclarecer si una limitación de las exportaciones puede constituir una "contribución financiera" en el sentido de esta disposición.

8.22 A este respecto, los Estados Unidos entienden que una limitación de las exportaciones puede constituir una contribución financiera en forma de un suministro de bienes encomendado u ordenado por un gobierno, con arreglo a los incisos iii) y iv) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1, puesto que sólo hay una diferencia semántica entre una limitación o prohibición pura y simple de las exportaciones del producto y una orden afirmativa a una entidad privada para que suministre bienes (en mayor proporción que antes o exclusivamente) a productores nacionales. En otras palabras, los Estados Unidos alegan que una limitación de las exportaciones es "funcionalmente equivalente" a encomendar u ordenar a una entidad privada que suministre bienes al mercado nacional.¹²³

8.23 En cambio, teniendo en cuenta el significado corriente de los términos "encomendar" y "ordenar", el Canadá entiende que, para que se cumpla la condición de un suministro de bienes encomendado u ordenado por el gobierno, éste tiene que dar instrucciones explícitas y afirmativas a la entidad privada de que proporcione los bienes. Al Canadá no le convence el argumento estadounidense de que se trata solamente de una diferencia semántica porque, en el ejemplo ofrecido por los Estados Unidos, los productores de los bienes en cuestión, enfrentados a una limitación de las exportaciones, sólo tendrían una opción, vender a los compradores nacionales; a juicio del Canadá, esto no ocurriría nunca. Lo que ocurriría es que un productor que se enfrentase a una limitación de las exportaciones tendría múltiples opciones, entre las que podría figurar la venta a compradores nacionales, pero también, por ejemplo, la integración vertical o dedicarse a otro negocio.

8.24 Así pues, la cuestión concreta que tenemos que considerar es la de si una limitación de las exportaciones puede constituir una contribución financiera en forma de un suministro de bienes encomendado u ordenado por el gobierno, en el sentido de los incisos iii) y iv) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1. A continuación analizamos detalladamente el texto de estas disposiciones.

d) Texto y contexto de los elementos de la definición de "contribución financiera" del Acuerdo SMC.

8.25 La definición de contribución financiera del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 establece cinco condiciones:

elemento de 'contribución financiera' de la definición de 'subvención' del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC, lo que significa que una limitación de las exportaciones que tenga *un efecto sobre los precios beneficioso para los usuarios del producto objeto de la limitación* en el mercado interno de este último estará sujeto a derechos compensatorios si concurren los demás requisitos de la legislación estadounidense (concretamente, la especificidad y la existencia de daño importante)" (WT/DS194/2, sin cursivas en el original). El Canadá afirma también que "la alegación de los Estados Unidos de que una limitación de las exportaciones de piñas es el 'equivalente funcional' de ordenar a los cultivadores que vendan a la industria de los jugos de fruta por una 'remuneración inferior a la adecuada' es como decir que, si hay un efecto de precios, cabe suponer que una limitación de las exportaciones es una contribución financiera. Dicho en otros términos, es una afirmación en el sentido de que un *beneficio* puede 'conferir' una contribución financiera" (Declaración oral del Canadá en la primera reunión, párrafo 30, sin cursivas en el original).

¹²³ Los Estados Unidos afirman, por ejemplo, que una limitación de las exportaciones y una orden afirmativa de suministrar bienes al mercado nacional "son funcionalmente equivalentes; cuando un productor se encuentra ante dos opciones, prohibir una de ellas es lo mismo que dar una orden afirmativa de aplicar la otra. Prohibir las exportaciones equivale claramente a dar a los productores la orden de no exportar, y por consiguiente imponerles que se dirijan únicamente a los otros compradores disponibles para la venta de sus productos" (Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 38).

- i) que un gobierno "encomiende u ordene"
- ii) "a una entidad privada"
- iii) "una o varias de las funciones descritas en los incisos i) a iii)" del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 (en este caso, el suministro de bienes)
- iv) "que normalmente incumbirían al gobierno" y que
- v) "la práctica no difiera, en ningún sentido real, de las prácticas normalmente seguidas por los gobiernos".

Según el Canadá, si se da a las limitaciones a la exportación el trato de contribuciones financieras no se cumplen estas condiciones. Para los Estados Unidos, *es* posible que una limitación de las exportaciones reúna todos estos elementos definitorios del inciso iv), y por consiguiente "la extraordinaria solicitud del Canadá de que el Grupo Especial haga una interpretación autorizada del Acuerdo SMC debe desestimarse por falta de fundamento".¹²⁴

i) *Un gobierno "encomienda u ordena"*

8.26 Los Estados Unidos afirman que las limitaciones a la exportación pueden estar comprendidas en la definición de "contribución financiera" del párrafo 1 a) 1) del artículo 1, porque dichas limitaciones constituyen (o pueden constituir) un caso de un gobierno que "encomienda" u "ordena" a una entidad privada, en el sentido del inciso iv) del mencionado párrafo, que "proporcione bienes" en los términos del inciso iii), siempre del mismo párrafo; esto es debido a que los Estados Unidos no ven ninguna diferencia sustantiva -sino sólo semántica- entre la limitación de la exportación de un producto y la orden de vender dicho producto en el mercado nacional: para los Estados Unidos, los dos casos son "funcionalmente equivalentes". El Canadá se opone a esta interpretación por entender que el significado corriente de "encomendar u ordenar" es activo, o sea, que se manda o se encarga a alguien que haga algo. Para el Canadá, la expresión que viene inmediatamente después de las palabras "le ordene" del inciso iv), "que las lleve a cabo", confirma este significado corriente: la expresión "encomiende u ordene que ... lleve a cabo" denota la comunicación de un deber o una instrucción que han de cumplirse o ejecutarse. El Canadá sostiene que una limitación de las exportaciones no responde a esta definición, por cuanto no se encarga a los productores del bien objeto de la limitación que hagan algo, ni se les dan instrucciones autorizadas en este sentido; por el contrario, se limita su capacidad de exportar.

8.27 Los Estados Unidos citan un cierto número de acepciones de las palabras inglesas "entrust or direct" ("encomienda u ordena") (algunas de las cuales son de mayor alcance que las que emplea el Canadá), entre ellas "give responsibility to" ("dar responsabilidad a"); "guide (someone or something)"; ("guiar (a algo o a alguien)"); "instruct (someone or something) with authority" ("dar instrucciones a alguien, o para que se haga algo, con autoridad"), "give authoritative instructions to; to ordain, order (a person) to do (a thing) to be done; order the performance of" ("dar instrucciones autorizadas a; ordenar (a una persona) *que haga* (una cosa), ordenar *que se haga* (una cosa), ordenar la realización de"). Para los Estados Unidos, no cabe decir que *ninguna* limitación de las exportaciones puede satisfacer una cualquiera de estas definiciones; como mínimo, una limitación de las exportaciones puede "regular las actividades de" una entidad privada que lleve a cabo una de las funciones enumeradas en los incisos i) a iii), o "ser causa de ello", y proporcionar por consiguiente una contribución financiera. Los Estados Unidos sostienen que "una limitación de las exportaciones *es* una orden de proporcionar bienes a compradores nacionales cuando puede demostrarse, como una

¹²⁴ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 5.

cuestión de hecho, que existe una relación causal próxima entre la limitación de las exportaciones y el comportamiento de los productores del bien objeto de la limitación. Como es natural, el que exista esta relación causal sólo podrá determinarse caso por caso".¹²⁵ En particular, los Estados Unidos afirman que si la limitación deja al productor sin otra opción práctica o comercial que no sea vender (o aumentar sus ventas) en el mercado nacional, esta limitación equivale a una orden de vender en dicho mercado. Los Estados Unidos complementan su argumentación indicando que "habría que demostrar la relación causal"¹²⁶ existente entre una limitación de las exportaciones y la acción de una entidad privada (por ejemplo, el suministro de un producto) para que haya una contribución financiera.

8.28 A nuestro modo de ver, la condición expresada en la fórmula "encomendar u ordenar" del inciso iv) se refiere a una situación en la que el gobierno pone en práctica una determinada política por conducto de una entidad privada. La presente diferencia guarda relación con las condiciones en que puede considerarse que el gobierno opera por conducto de una entidad privada, según prevé el inciso iv). Según el diccionario inglés, el significado del término "entrust" ("encomendar") es, entre otras cosas "give (a person, etc.) the responsibility for a task ... Commit the ... execution of (a task) to a person ..." ("dar (a una persona, etc.) la responsabilidad de una tarea ... encargar la ... ejecución (de una tarea) a una persona ...").¹²⁷ La palabra "direct" ("ordenar") tiene las siguientes acepciones, entre otras: "[g]ive authoritative instructions to; order (a person) to do ... order the performance of" ("dar instrucciones autorizadas a; ordenar (a una persona) que haga ... ordenar la realización de").¹²⁸ A este respecto, nos parece significativo que, según el diccionario inglés, el significado del término "direct" ("ordena"), cuando va seguido de la preposición "to" ("a"), más un verbo en infinitivo, es "give a formal order or command to"¹²⁹ ("dar una orden formal a") y ésta es precisamente la construcción utilizada en la versión inglesa del inciso iv) ("... entrusts or directs a private body to carry out ...") ("... encomiende ... o le ordene que *las lleve a cabo* ...").

8.29 De los significados corrientes de los términos "encomendar" y "ordenar" se desprende que la acción del gobierno debe incluir una noción de delegación (en lo relativo a "encomendar") o de mando (en lo referente a "ordenar"). A nuestro juicio, tanto el acto de encomendar como el de ordenar conllevan necesariamente los tres elementos siguientes: i) una acción explícita y afirmativa de delegación o de mando; ii) dirigida a un destinatario explícito; y iii) cuyo objeto es llevar a cabo una tarea u obligación particular. Dicho de otra manera, el significado corriente de los verbos "encomendar" y "ordenar" comprende estos elementos: *algo* se delega necesariamente, y se delega necesariamente *a alguien*; con arreglo al mismo principio, *alguien* recibe necesariamente una orden, y recibe necesariamente una orden *de hacer algo*. No creemos, por lo tanto, que pueda decirse que se ha encomendado u ordenado algo si no concurren los tres elementos.

8.30 Dicho esto, el primer elemento -una acción explícita y afirmativa de delegación o de mando- es el factor determinante. Los elementos segundo y tercero -dirigida a un destinatario explícito, para que lleve a cabo una tarea determinada- son *aspectos* del primero. Toda estimación de la existencia de una delegación u orden tendrá que referirse necesariamente a lo que se haya delegado u ordenado,

¹²⁵ Comentario de los Estados Unidos en relación con la pregunta 9 del Grupo Especial al Canadá, después de la primera reunión (con cursiva, pero sin subrayar en el original).

¹²⁶ Comentario de los Estados Unidos en relación con la pregunta 11 del Grupo Especial al Canadá, después de la primera reunión.

¹²⁷ *The New Shorter Oxford English Dictionary*, tomo 1, 1993, Clarendon Press, Oxford.

¹²⁸ *Id.*

¹²⁹ *The Concise Oxford Dictionary*, novena edición, 1995, Clarendon Press, Oxford.

y al receptor de la delegación o la orden. Como aspectos derivados del primer elemento de la definición, los otros dos elementos corroboran ulteriormente nuestra opinión de que la acción ha de ser un acto explícito y afirmativo de delegación o de mando. Observamos, a este respecto, que el predicado de los verbos "encomiende" y "ordene" del inciso iv) es "una entidad privada" que tiene que "llevar a cabo" una acción, lo que es una terminología similar a la que nosotros empleamos para describir el segundo y tercer elementos de la definición de "encomendar" u "ordenar". Así pues, la terminología del inciso iv) confirma nuestra opinión respecto de la condición de una acción explícita y afirmativa.

8.31 Por consiguiente, el hecho de que el gobierno encomiende u ordene algo crea una situación muy distinta de la que se produce cuando el gobierno interviene por algún concepto en el mercado, lo que puede dar o no un resultado particular dependiendo de determinadas circunstancias de hecho y del ejercicio de la libertad de elección por los agentes en dicho mercado. Los gobiernos intervienen en los mercados de diversas maneras y con distintos objetivos políticos o lucrativos, y estas intervenciones pueden tener diversos resultados, incluidos algunos que el gobierno no preveía, o incluso no deseaba. No vemos cómo una situación de este tipo puede comprender los tres elementos que, para nosotros, forman parte de la definición de "encomendar" u "ordenar". El hecho de que dos acciones diferentes del gobierno puedan tener un mismo *resultado* en una determinada situación no cambia la *naturaleza* de las acciones, es decir, no significa que las dos acciones sean, en la práctica, una sola y misma acción. Dicho de otro modo, la distinción que hacemos entre encomendar u ordenar y la intervención de un gobierno que puede o no surtir un efecto determinado en un mercado particular en un momento preciso, no es simplemente semántica.

8.32 Los verbos "encomiende ... u ordene" del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 van precedidos de la frase "cuando un gobierno realice pagos a un mecanismo de financiación, o". Nosotros entendemos que estas dos fórmulas tienen por objeto expresar acciones gubernamentales *equivalentes*. Ambas son acciones gubernamentales que, por conducto de un intermediario (un mecanismo de financiación o una entidad privada) hacen una contribución financiera que, de lo contrario, haría directamente el gobierno. En otras palabras, la acción de un gobierno que efectúa pagos a un mecanismo de financiación y encomienda u ordena a una entidad privada que lleve a cabo las funciones enumeradas en los incisos i) a iii) son acciones gubernamentales *equivalentes*. Esto confirma también nuestra opinión de que encomendar u ordenar constituye una acción explícita y afirmativa, comparable a efectuar pagos a un mecanismo de financiación.

8.33 A nuestro entender, los Estados Unidos opinan que, cuando el *efecto* de una limitación de las exportaciones es inducir a los productores nacionales a vender su producto (en mayores cantidades, o exclusivamente) a los compradores/usuarios nacionales de ese producto, esto es equivalente a que el gobierno ordene de manera explícita y afirmativa esta acción a los productores nacionales. Por consiguiente, existe una contribución financiera en forma de un suministro de bienes encomendado u ordenado por el gobierno. Este argumento estadounidense de la "equivalencia funcional" o "conceptual" se basa principalmente en los *efectos* o los *resultados* de una acción del gobierno -y no en la *naturaleza* de la acción- para determinar si esta acción constituye una contribución financiera. Así pues, según los Estados Unidos, en el caso de una limitación de las exportaciones la existencia de una contribución financiera depende por completo de la reacción de los productores del producto sometido a limitación, y más concretamente de la medida en que dichos productores aumenten sus ventas del producto en el mercado nacional, debido a la limitación. Por consiguiente, con el planteamiento de los Estados Unidos la existencia de una contribución financiera en el caso de una limitación de las exportaciones *no puede* en realidad determinarse a partir de la naturaleza de esa acción (la limitación de las exportaciones).

8.34 Nosotros entendemos que no es posible que la naturaleza de la medida adoptada por un gobierno Miembro en el contexto del Acuerdo SMC deba determinarse únicamente con arreglo a la reacción de los afectados por dicha medida. La existencia de una contribución financiera de un

gobierno debe probarse por referencia a la acción del *gobierno*. Determinar si existe una contribución financiera con arreglo al inciso iv) basándose únicamente en la reacción de las entidades afectadas significaría, en la práctica, que con arreglo a esta disposición se aplicaría una norma distinta a la de los incisos i) a iii), que prescribe la consideración previa de la acción del gobierno. Tampoco vemos cómo la reacción de las entidades privadas a una determinada medida gubernamental puede servir de base para determinar si el Miembro ha cumplido las obligaciones derivadas de su pertenencia a la OMC.

8.35 Por otra parte, la aplicación del criterio de los "efectos" a la cuestión de la existencia de una contribución financiera tendría consecuencias de vasto alcance. En particular, ello parecería dar a entender que cualquier medida gubernamental que cree condiciones de mercado favorables a un aumento de la oferta del producto en el mercado nacional, o que dé lugar a dicho aumento, constituiría un suministro de bienes encomendado u ordenado por el gobierno, y por ende una contribución financiera. Aunque los Estados Unidos no parecen afirmar que éste sea el resultado que tratan de alcanzar, tampoco exponen ningún fundamento de derecho para distinguir las limitaciones de la exportación de otras medidas que causan los mismos efectos en el mercado. En respuesta a una pregunta sobre cuál sería este fundamento de derecho con el criterio estadounidense, los Estados Unidos afirman lo siguiente:

"En primer lugar, con el significado corriente del término 'ordenar' tendría que existir la necesaria relación causal entre la medida gubernamental y el comportamiento de agentes privados para que hubiera una contribución financiera ... Por consiguiente, el fundamento de derecho es el propio inciso iv). En segundo lugar ... sería miope concentrarse exclusivamente en la contribución financiera como elemento de una subvención que pudiese dar lugar a una acción ... Hay que tener en cuenta que la aplicación de los conceptos 'beneficio' y 'especificidad' excluiría las medidas gubernamentales que pudieran satisfacer la definición de 'contribución financiera'.¹³⁰

8.36 Así pues, el único "fundamento de derecho" citado por los Estados Unidos es la "relación causal entre la medida gubernamental y el comportamiento de los agentes privados". Considerando que esta relación causal podría darse respecto de una amplia variedad de medidas gubernamentales, con este argumento los Estados Unidos parecen reconocer implícitamente que, con este criterio, cualquier medida gubernamental que *causara* un aumento de la oferta interna de un producto constituiría, por este motivo mismo, un suministro de bienes encomendado u ordenado por el gobierno y, por consiguiente, una contribución financiera.

8.37 Un ejemplo hipotético ilustrará mejor las dificultades del criterio estadounidense basado en los "efectos". Supongamos que un gobierno impone aranceles muy altos a las importaciones de carbón, con la consiguiente alza del precio del carbón importado en el mercado nacional y, quizás, el descenso del suministro. A los usuarios nacionales de carbón en fases más adelantadas de la producción, como son los productores de acero, les resultaría seguramente más económico comprar el carbón a los productores nacionales, cuyo volumen de ventas aumentaría en consecuencia y que conseguirían probablemente mejores condiciones de venta. Una acción gubernamental -la imposición de un elevado arancel al carbón- habría beneficiado así a los productores de carbón haciendo que los usuarios de este producto en una fase más adelantada de producción comprasen a los productores nacionales una proporción del producto mayor que a los productores extranjeros, en comparación con la situación anterior a la imposición de los aranceles. Es evidente que no puede decirse que, en esta situación, el gobierno "encomienda u ordena" a una entidad privada (los usuarios del carbón) que compren productos en el sentido del inciso iii) -ni que "encomienda u ordena" a una entidad privada

¹³⁰ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 36 a) del Grupo Especial, después de la primera reunión.

(productores de carbón) que suministren productos en el sentido del inciso iii))- y que en consecuencia se hace una contribución financiera, aunque este es precisamente el resultado que daría la aplicación del criterio estadounidense de los "efectos". En este caso, los aranceles constituirían contribuciones financieras y, dado que confieren necesariamente un beneficio a algunos agentes del mercado, constituirían también subvenciones en el sentido del artículo 1 del Acuerdo SMC.

8.38 En el ejemplo precedente de imposición de aranceles, cabría preguntarse la compatibilidad de la medida con el artículo II del GATT de 1994, que se ocupa de las listas de concesiones de los Miembros. Es dudoso, no obstante, que con el concepto de contribución financiera previsto en el párrafo 1 a) del artículo 1 del Acuerdo SMC se haya tratado de incluir esta acción gubernamental en el ámbito del Acuerdo. Por el contrario, al introducir la noción de contribución financiera, los redactores excluyeron la posibilidad de dar el trato de subvención a *cualquier* acción gubernamental de la que resultara un beneficio.¹³¹ Es más, éste podría ser el principal significado del concepto de contribución financiera, que puede considerarse una de las "puertas de acceso" al Acuerdo SMC, junto con los conceptos de beneficio y especificidad. Sostener que el concepto de contribución financiera tiene que ver con los efectos de una acción gubernamental, y no con su naturaleza, lo excluiría efectivamente del Acuerdo, dejando los conceptos de beneficio y especificidad como únicos factores determinantes del alcance de éste.

8.39 En este contexto, observamos que en la Ronda Uruguay los Estados Unidos sostuvieron que el beneficio era el factor fundamental para la determinación del tipo de medida que constituiría una subvención.¹³² Asimismo, en la presente diferencia los Estados Unidos afirman, en respuesta a las preguntas del Grupo Especial sobre la determinación del concepto de "encomienda u ordena" y el eventual significado jurídico de los conceptos "beneficio" y "especificidad" para la interpretación del término "contribución financiera", que:

"Con arreglo al significado corriente de 'ordenar', tendría que haber la necesaria relación causal entre la medida gubernamental y el comportamiento de los agentes privados para que existiera una contribución financiera ..."¹³³;

y añaden que:

"Las condiciones relativas al 'beneficio' y a la 'especificidad' son pertinentes [a la cuestión de la interpretación jurídica del concepto 'contribución financiera'] porque el Canadá y las Comunidades Europeas [] están tratando de inducir al Grupo Especial a adoptar una interpretación injustificadamente estricta del inciso iv), basada en alegaciones sin fundamento sobre el 'cúmulo de horrores' que supuestamente se produciría si no se aceptase su interpretación. No obstante, la verdad es que los elementos de 'beneficio' y 'especificidad' harán que muchas de las presuntas subvenciones indirectas no se presten a ninguna acción y, por consiguiente, no den lugar a ningún derecho compensatorio."¹³⁴

¹³¹ Para los antecedentes de la negociación, véanse los párrafos 8.66 a 8.69 *infra*.

¹³² Comunicación de los Estados Unidos, MTN.GNG/NG10/W/29, 22 de noviembre de 1989, párrafo II.1 a) (Canadá - Prueba documental 34).

¹³³ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 36 a) del Grupo Especial, después de la primera reunión.

¹³⁴ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 36 b) del Grupo Especial, después de la primera reunión.

Nosotros entendemos que la respuesta estadounidense a nuestra pregunta sobre la interpretación jurídica es, principalmente, que las consecuencias prácticas de una interpretación amplia del concepto de contribución financiera serían limitadas porque esta interpretación no transformaría un gran número de medidas reglamentarias del gobierno en subvenciones, en vista de la probable ausencia, en muchos casos, de los elementos de beneficio y de especificidad.

8.40 Sin embargo, esta respuesta no es satisfactoria: Las condiciones de "beneficio y "especificidad" son cuestiones jurídicas distintas de la interpretación legal del término "contribución financiera", y *no* son pertinentes a dicho término.¹³⁵ El criterio estadounidense basado en los efectos da a entender que el elemento de "contribución financiera" no es un requisito jurídico significativo y, por consiguiente, tampoco es de por sí un factor de limitación con respecto a la determinación del tipo de medidas que están comprendidas en el Acuerdo SMC, y que los únicos factores de limitación son el "beneficio" y la "especificidad". Esto, desde luego, no puede ser correcto. Es más, como se ha señalado anteriormente, en el caso *Brasil - Aeronaves* el Órgano de Apelación declaró que "las cuestiones de una 'contribución financiera' y de un 'beneficio', así como sus respectivas definiciones, constituyen dos elementos jurídicos independientes en el párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC que *conjuntamente* determinan si *existe* o no una subvención".¹³⁶ Así pues, nosotros creemos que, en la práctica, el criterio estadounidense suprimiría la contribución financiera como "elemento jurídico independiente", y esto es inadmisibles.

8.41 A nuestro entender, la argumentación del Órgano de Apelación en el caso *Canadá - Aeronaves* (apelación de la resolución original del Grupo Especial), confirma ulteriormente nuestra posición según la cual el criterio estadounidense basado en los "efectos" (o sea, un aumento efectivo del suministro nacional del producto objeto de limitación, como resultado de una limitación de las exportaciones) no es admisible como fundamento para la determinación de la existencia de una contribución financiera de conformidad con el inciso iv). En la apelación *Canadá - Aeronaves*, la cuestión definitiva específica en relación con el Acuerdo SMC era el significado de la supeditación *de facto* de las exportaciones en el sentido del párrafo 1 a) del artículo 3 de dicho Acuerdo, y la nota 4 de pie de página. No obstante, el principio general era similar; en particular, en este caso el Canadá alegó que, para que una subvención estuviera supeditada *de facto* a los resultados de exportación, "es necesario que la subvención sea la causa de que el receptor dé preferencia a las exportaciones sobre las ventas en el mercado interno".¹³⁷

8.42 El Órgano de Apelación rechazó este argumento y se declaró esencialmente de acuerdo con el Brasil y los Estados Unidos en que las obligaciones resultantes del tratado se imponen al gobierno otorgante.¹³⁸ El Órgano de Apelación declaró que "*no* basta con demostrar únicamente que el

¹³⁵ Nosotros creemos, en particular, que un modo adecuado de concebir una "contribución financiera" es como una simple transferencia de recursos económicos por parte de un gobierno a entidades privadas en el mercado, independientemente de las *condiciones* en que se haga esa transferencia. La transferencia puede ser efectuada por un gobierno directamente (incisos i) a iii)) o bien indirectamente mediante entidades privadas (inciso iv)). La cuestión de las condiciones en que se haga la transferencia no tiene que ver con la existencia de una contribución financiera, sino más bien con la cuestión, distinta, del beneficio, como se desprende claramente del artículo 14, según el cual para determinar si existe un beneficio hay que comparar las condiciones en que se ha hecho la contribución financiera con las condiciones de mercado.

¹³⁶ *Brasil - Programa de financiación de las exportaciones para aeronaves*, informe del Órgano de Apelación, WT/DS46/AB/R, adoptado el 20 de agosto de 1999, párrafo 157 (en cursivas en el original).

¹³⁷ *Canadá - Medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles*, informe del Órgano de Apelación, WT/DS70/AB/R, adoptado el 20 de agosto de 1999, párrafo 20.

¹³⁸ *Id.*, párrafo 170.

gobierno que otorgó la subvención *previó* que daría lugar a exportaciones"¹³⁹ y añadió que, "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".¹⁴⁰ Dicho de otro modo, el Órgano de Apelación constató que la existencia de una *relación de causa y efecto* entre la subvención y las tendencias efectivas o previstas de las exportaciones *no* bastaba para satisfacer la norma de condicionalidad expresada en la fórmula "vinculada a", que determinaría la existencia de una supeditación de las exportaciones.¹⁴¹ En el caso que nos ocupa, para que se cumpla la condición expresada en la fórmula "encomienda u ordena", o sea, para que haya una contribución financiera en el sentido del inciso iv), el elemento central ha de ser la *acción* del gobierno y no los posibles *efectos* de la acción en los afectados, ni las reacciones de éstos, aunque se prevean estos efectos o reacciones.

8.43 Tampoco nos convence el paralelo que quieren trazar los Estados Unidos, en apoyo de su argumentación basada en la relación de causa y efecto, entre una declaración que figura en las constataciones del Grupo Especial en el caso *Canadá - Productos lácteos* con respecto al punto d) de la Lista ilustrativa de subvenciones a la exportación¹⁴² (constataciones que, en todo caso, fueron declaradas meramente teóricas por el Órgano de Apelación), y la norma del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del Acuerdo SMC, plasmada en la fórmula "encomienda u ordena".¹⁴³ La declaración del Grupo Especial citada por los Estados Unidos afirmaba que no es necesario que "el gobierno federal o los gobiernos provinciales ordenen directamente un determinado resultado o curso de acción", para que el sistema del Fondo Común de la Leche constituya un suministro de bienes por un gobierno "mediante programas impuestos por las autoridades", en el sentido del punto d) de la Lista ilustrativa. De hecho, esta declaración del Grupo Especial en el caso *Canadá - Productos lácteos*, si se considera en su contexto original, lleva a una conclusión contraria a la propuesta por los Estados Unidos. En primer lugar, el contexto general de la declaración era la constatación del Grupo Especial de que correspondía al gobierno (y no a las juntas de comercialización u otras entidades actuando por cuenta propia) decidir qué cantidad de leche debía venderse a qué clientes y por qué precios, y poner en práctica estas decisiones mediante un sistema de permisos y otras medidas. En segundo lugar, el contexto inmediato de la declaración citada del Grupo Especial era que, incluso si las juntas de comercialización u otras entidades tuvieran ciertas facultades discrecionales para adoptar algunas decisiones de comercialización, estas facultades habían sido *delegadas explícitamente* por el gobierno, y por consiguiente su ejercicio (o sea, la situación en que el gobierno no "ordenó directamente un cierto resultado o curso de acción"), no modificaba la conclusión de que la leche se suministraba mediante "programas impuestos por las autoridades". Esto no es igual ni análogo a lo que plantean los Estados Unidos, y por consiguiente no confirma el argumento estadounidense de que un aumento del suministro de un producto al mercado nacional que resulte, de hecho, de una intervención gubernamental en el mercado de este producto, constituye un suministro del producto encomendado u ordenado por el gobierno.¹⁴⁴ Por el contrario, el Grupo Especial se refería a un mercado cuyo

¹³⁹ *Id.*, párrafo 171.

¹⁴⁰ *Id.*, párrafo 172.

¹⁴¹ *Id.*, párrafos 171-172.

¹⁴² Acuerdo SMC, Anexo I.

¹⁴³ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 62, 65 y 66.

¹⁴⁴ Observamos que los Estados Unidos basan este argumento en su opinión de que el punto d) de la Lista ilustrativa, y la argumentación correlativa del Grupo Especial en el caso *Canadá - Productos lácteos*, constituyen el contexto pertinente para el concepto de suministro de productos encomendado u ordenado por el gobierno en el sentido de los incisos iii) y iv) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC, por cuanto "las subvenciones indirectas correspondientes al punto d) han de incluir contribuciones financieras en el sentido

funcionamiento estaba explícito y rigurosamente controlado y administrado, en todos sus aspectos, por el gobierno.

8.44 En resumidos términos, nosotros entendemos que, en su significado corriente, los términos "encomienda" y "ordena" connotan una acción explícita y afirmativa de delegación o de mando. Entendemos también que el criterio de los "efectos" (es decir, una relación causal próxima)¹⁴⁵, propuesto por los Estados Unidos para definir la fórmula "encomienda u ordena", tiene consecuencias que serían contrarias al alcance y el contenido del Acuerdo SMC, ya que en la práctica excluirían del artículo 1 el requisito de la contribución financiera. En consecuencia, constatamos que una limitación de las exportaciones, en el sentido en que se emplea este término en la presente diferencia, no puede satisfacer la norma del inciso iv) plasmada en la fórmula "encomienda u ordena".

ii) "Entidad privada"

8.45 En sus comunicaciones iniciales respecto de esta diferencia, el Canadá critica la idea de que los productores individuales de un producto cuyas exportaciones hayan sido limitadas puedan considerarse una "entidad privada". El argumento del Canadá es, esencialmente, que el término "entidad privada" implica una "colectividad", a diferencia de un grupo no homogéneo de productores. Para el Canadá, una "entidad privada" es un grupo privado organizado, o entidad colectiva, que posee una existencia independiente y distinta. El hecho de que un determinado grupo de personas pueda describirse por referencia a una característica común (por ejemplo, los mineros de oro) no transformará el ámbito en que se mueven estas personas en una "entidad privada".

8.46 Sin embargo, en sus comunicaciones posteriores el Canadá parece indicar que el hecho de que el gobierno encomiende u ordene explícitamente algo a un determinado productor o grupo de productores, individual o colectivamente, e independientemente de cómo se les identifique o defina, transformaría de por sí a esos productores en una "entidad privada" en el sentido del inciso iv). Según el Canadá:

"Para que un gobierno encomiende u ordene a alguien que haga algo, debe haber alguna clase de comunicación entre el gobierno y la persona o grupos destinatarios. Esto puede ocurrir de varias maneras ... sea cual fuere el instrumento existente o elegido, éste identificaría a la persona o personas a las que se haya encomendado u ordenado algo y les impondría la obligación de efectuar una contribución financiera concreta ..."¹⁴⁶

Así pues, el Canadá entiende que el significado del término "entidad privada" se infiere del texto del inciso iv), que incluye la función de encomendar u ordenar por parte del gobierno.¹⁴⁷

8.47 Los Estados Unidos consideran que, en lo esencial, el argumento (original) del Canadá es el siguiente: aunque el gobierno en cuestión ordenase a cada uno de los muchos productores privados de un determinado producto que actuasen de una manera específica, al no estar organizados en forma de una entidad colectiva no podría considerarse que estos productores son "entidades privadas" en el

del inciso iv) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1". Dado que la cita del caso *Canadá - Productos lácteos* no confirma la propuesta de los Estados Unidos, no creemos que sea necesario considerar la relación existente entre el artículo 1 del Acuerdo SMC y la Lista ilustrativa del Anexo I de este mismo Acuerdo.

¹⁴⁵ Véase el párrafo 8.26 *supra*.

¹⁴⁶ Respuesta del Canadá a la pregunta 26 del Grupo Especial, después de la segunda reunión.

¹⁴⁷ *Id.*

sentido del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1. En otras palabras, los Estados Unidos creen que el Canadá parece indicar que sólo una entidad organizada u organismo colectivo con existencia independiente pueden constituir una "entidad privada". Los Estados Unidos afirman que nada en el texto permite deducir esta limitación del término "entidad privada"; en su opinión, toda entidad privada es un organismo privado, esté o no organizado como una "colectividad". En realidad, cualquier característica común de un determinado grupo de individuos *transforma* el ámbito en que se mueven estos individuos en una "entidad privada". Por ejemplo, en el caso de una limitación de las exportaciones, los productores del producto objeto de la limitación constituirían una "entidad privada". Además, los Estados Unidos entienden que, en la medida en que haya *alguna* entidad que pudiera constituir una entidad privada, el Canadá no ha demostrado su argumentación a este respecto.

8.48 Nosotros observamos que, en lo esencial, el argumento original del Canadá ha sido sustituido por el relativo a la naturaleza (o sea, el carácter explícito) de la acción de un gobierno que es necesaria para que dicha acción pueda entenderse en el sentido de que el gobierno "encomienda u ordena" a una entidad privada que haga algo. Así pues, el Canadá parece haber abandonado en la práctica el criterio de que la entidad tiene que estar "organizada". A nuestro modo de ver, la diferencia de opinión entre las partes respecto de la definición de "entidad privada" se debe a que tampoco están de acuerdo en la definición de "encomienda u ordena". Dicho de otro modo, con el criterio propuesto por ambas partes, lo que definiría la composición de la "entidad privada" es la naturaleza del acto de encomendar u ordenar, y sólo en función de este acto podría identificarse la "entidad".

8.49 Nosotros creemos que el término "entidad privada" se emplea en el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 como contrapunto de "gobierno" o de "cualquier organismo público", en condición de agente. Es decir, cualquier entidad que no sea un gobierno ni un organismo público será una entidad privada. Con esta interpretación del término "entidad privada", no hay margen para eludir las disposiciones del inciso iv).¹⁴⁸ Como el que tiene que encomendar u ordenar algo en virtud del inciso iv) es un gobierno u organismo público, cualquier entidad que no fuera un gobierno o un organismo público podría ser destinataria de la encomienda o la orden, y constituir una "entidad privada". Esto es completamente lógico. No nos parece que haya necesidad de definir ulteriormente el término "entidad privada", sea por referencia a la naturaleza del acto de encomendar u ordenar, o a una característica común, o a cualquier otro factor. Por el contrario, si se redujera aún más el alcance del término "entidad privada" en el Acuerdo, en la práctica ello excluiría las acciones de algunas entidades de toda disciplina relativa a las subvenciones, aunque estas entidades hubieran recibido una orden explícita y afirmativa del gobierno de llevar a cabo esas acciones. Por todo ello, llegamos a la conclusión de que las empresas u otras entidades afectadas por una limitación de las exportaciones, o que reaccionen a dicha limitación, serían "entidades privadas" en el sentido del inciso iv).

iii) *"Encomiende a una entidad privada una o varias de las funciones descritas en los incisos i) a iii) supra ... o le ordene que las lleve a cabo"*

8.50 Observamos que, aunque las partes no están de acuerdo en cuanto al significado de la frase "una o varias de las funciones descritas en los incisos i) a iii) *supra*", el desacuerdo no estriba en que la acción física en cuestión sea o no el suministro de productos, función ésta identificada explícitamente en el inciso iii). Ambas partes reconocen, y nosotros también, que una limitación de las exportaciones podría dar lugar a que una entidad o entidades privadas "suministrasen productos", y en este sentido, podría satisfacer esta condición del inciso iv).

8.51 El desacuerdo de las partes en cuanto a esta frase tiene que ver con el significado de la palabra "type" ("tipo") en la versión inglesa que, según los Estados Unidos, debe entenderse en el sentido de que el inciso iv) abarca "una amplia variedad de mecanismos gubernamentales que pueden

¹⁴⁸ Véase el párrafo 8.53, *infra*.

dar lugar a acciones", entre otros las limitaciones a la exportación. En particular, los Estados Unidos interpretan la palabra "type" como "the general form, structure, or character distinguishing a particular group or class of thing" ("la forma, estructura o carácter general que distingue a un grupo determinado o a una clase de cosas"), y afirma en consecuencia que la inclusión de este término hace pensar que las funciones de una misma forma, estructura o carácter general que las indicadas en los incisos i) a iii) constituirían por analogía un suministro indirecto de una contribución financiera. El Canadá considera que la frase de la versión inglesa "one or more of the type of functions illustrated in (i) to (iii)", se refiere solamente a una cualquiera de las funciones enumeradas en los incisos i) a iii), y que una limitación de las exportaciones, o sea una orden de *no* exportar, no es una función del mismo "tipo" que una orden afirmativa de proporcionar productos al mercado nacional.

8.52 El argumento de los Estados Unidos acerca de la palabra "type" no es claro. Como se ha señalado anteriormente, ni las partes ni nosotros disentimos en cuanto a que la función física de que se trata, en el contexto de la limitación de las exportaciones, sería el suministro de productos. No es necesario interpretar ampliamente el término "type" para llegar a esta conclusión. Por otra parte, si lo que afirman los Estados Unidos es que una limitación de las exportaciones, de por sí una función gubernamental, puede considerarse, de conformidad con el inciso iv), una función del mismo tipo que las funciones gubernamentales descritas en los incisos i) a iii), no vemos cómo este argumento puede encajar en el texto del inciso iv). El inciso iv) tiene que ver con el acto de un gobierno de encomendar u ordenar a una *entidad privada* una de las "funciones" *gubernamentales* descritas en los incisos i) a iii): no vemos cómo el empleo del término "type" antes de la palabra "functions" en la versión inglesa del inciso iv) puede transformar el significado y la aplicación de este inciso, de modo que incluya funciones desempeñadas por un *gobierno* que no sean las descritas en los incisos i) a iii).

8.53 Así pues, para nosotros no hay nada en el texto del Acuerdo que confirme la interpretación estadounidense de la palabra "type". A nuestro juicio, la frase "type of functions" se refiere a las funciones físicas descritas en los incisos i) a iii). Nosotros creemos que la intención del inciso iv) es evitar que un gobierno pueda eludir las disposiciones de los incisos i) a iii) actuando por conducto de una entidad privada. Así pues, en último término el alcance de las acciones (las funciones físicas) a que se refiere el inciso iv) ha de ser el mismo que el de los incisos i) a iii): esto es, la diferencia entre los incisos i) a iii) y el inciso iv) se basa en la identidad del *agente*, pero no en la naturaleza de la *acción*. La frase "type of functions" garantiza que ello sea así, o sea, que el artículo 1 abarque los tipos de funciones descritas en los incisos i) a iii), tanto si estas funciones las lleva a cabo el propio gobierno como si las delega a una entidad privada.

8.54 En cuanto al uso concreto de la palabra "type" en la versión inglesa, nos parece que se refiere al hecho de que *cada uno* de los incisos i) a iii) describe un tipo general de funciones que abarca una o más *categorías* de comportamiento. La frase subsiguiente, "descritas en los incisos i) a iii) *supra*", confirma este extremo. En particular, cada uno de estos incisos se refiere a *múltiples* acciones gubernamentales y ofrece ejemplos de ellas. El inciso i), por ejemplo, menciona tres categorías generales (transferencias directas de fondos; posibles transferencias de fondos y posibles transferencias directas de pasivos), del "tipo de función" consistente en la transferencia de fondos y pasivos.

8.55 Constatamos pues que la frase "type of functions" denota las funciones físicas descritas en los incisos i) a iii), y no confiere un mayor alcance al inciso iv) de modo que comprenda otras clases de "mecanismos gubernamentales".

iv) *"Que normalmente incumbirían al gobierno" y "la práctica no difiera, en ningún sentido real, de las prácticas normalmente seguidas por los gobiernos"*

8.56 El Canadá alega que una limitación de las exportaciones, al no constituir un suministro de productos encomendado u ordenado por el gobierno, tampoco cumpliría las condiciones expresadas

en las fórmulas "que normalmente incumbirían" y "no difiera, en ningún sentido real", del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1. El Canadá entiende que esta terminología establece requisitos jurídicos que deben cumplirse para que exista una contribución financiera de conformidad con esta disposición. Es decir, si el gobierno encomienda u ordena a una entidad privada que lleve a cabo una de las funciones enumeradas en los incisos i) a iii), esta función debe ser una de las que normalmente incumbirían al gobierno, y no ha de diferir, en ningún sentido real, de las prácticas normalmente seguidas por los gobiernos. A juicio del Canadá, la redacción de este texto indica que estas condiciones se refieren concretamente a la *práctica habitual* de un gobierno de llevar a cabo una de las funciones indicadas. El Canadá observa que el efecto de limitación de estas condiciones es compatible con la finalidad del inciso iv) de garantizar que un gobierno no pueda evitar disciplinas de subvenciones aplicables por otro concepto, sirviéndose supletoriamente del sector privado para hacer contribuciones financieras que normalmente habría hecho directamente. Así pues, el Canadá sugiere que el alcance de las acciones descritas en el inciso iv) es menor que el de las comprendidas en los incisos i) a iii).

8.57 Los Estados Unidos, por su parte, alegan que las funciones descritas en los incisos i) a iii) son funciones gubernamentales "normales", en el contexto de la concesión de subvenciones por el gobierno.¹⁴⁹ Los Estados Unidos sostienen que los términos "que normalmente incumbirían" y "la práctica no difiera, en ningún sentido real" tienen su origen en el informe de 1960 del Grupo Especial sobre el *Examen general previsto en el apartado 5 del artículo XVI*, que utilizaba una terminología similar con respecto a los gravámenes financiados por los productores, de los que se afirmaba que no se diferencian, en ningún sentido real, de las prácticas gubernamentales de percepción de impuestos y concesión de subvenciones. (Este mismo Grupo Especial mencionó la participación del gobierno "ya sea por medio de abonos al fondo común, ya sea confiando a un organismo privado la misión de percibir las imposiciones y de abonar las subvenciones de tal modo que, en realidad, la práctica seguida no difiera en absoluto de las que aplican normalmente los gobiernos".)¹⁵⁰ Así pues, para los Estados Unidos el significado de estas frases finales del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 es que las funciones en cuestión son las del gobierno que se dedica a la percepción de impuestos y/o la concesión de subvenciones, y podrían incluir la limitación de las exportaciones.

8.58 Nosotros entendemos que, según el argumento estadounidense, el alcance de las acciones comprendidas en el inciso iv) es más amplio que el de las previstas en los incisos i) a iii). Al afirmar que, para cumplir las condiciones expresadas con las fórmulas "que normalmente incumbirían" y "no difiera, en ningún sentido real", el gobierno debe dedicarse a la "concesión de subvenciones", los Estados Unidos parecen recurrir a una argumentación circular, que incluye el concepto de beneficio en el de contribución financiera.¹⁵¹ Creemos que, con este criterio, de cualquier intervención de un gobierno que implicara una reasignación de recursos con la consiguiente creación de un beneficio podría decirse que implica también una "concesión de subvenciones" en el sentido más amplio empleado por los Estados Unidos, con lo que se cumpliría el requisito de la contribución financiera.

¹⁴⁹ Comentario de los Estados Unidos respecto de la pregunta 12 a) del Grupo Especial al Canadá, después de la primera reunión.

¹⁵⁰ *Examen general previsto en el apartado 5 del artículo XVI*, informe del Grupo Especial, L/1160, adoptado el 24 de mayo de 1960 (IBDD 9S/202), párrafo 12.

¹⁵¹ Los Estados Unidos indican que, "al declarar que la expresión 'funciones normales' del gobierno se refiere a la acción gubernamental en el contexto de la concesión de subvenciones, el término 'subvenciones' se utilizaba en sentido corriente, no técnico, de modo análogo a como se empleó en el caso *Examen general previsto en el apartado 5 del artículo XVI*" (respuesta a la pregunta 25 del Grupo Especial después de la primera reunión; excluida la cita). Sin embargo, no estamos convencidos de que esta explicación haga menos circular el argumento estadounidense.

En otros términos, con este criterio las acciones gubernamentales que creasen "beneficios" se considerarían contribuciones financieras de conformidad con el inciso iv), aunque estas acciones no figurasen entre las funciones descritas en los incisos i) a iii).

8.59 Aunque los argumentos de las dos partes nos inspiran serias dudas en cuanto a las consecuencias para el alcance del inciso iv) de los conceptos "que normalmente incumbirían" y "no difiera, en ningún sentido real", no creemos que sea necesario hacer una constatación relativa al significado preciso de estos términos para resolver esta diferencia. En particular, estos argumentos no conciernen directamente a la cuestión básica planteada por el argumento del Canadá, a saber, que una limitación de las exportaciones, al no constituir un caso de un gobierno que encomienda u ordena el suministro de productos, no cumpliría las condiciones expresadas en las fórmulas "que normalmente incumbirían" y "no difiera, en ningún sentido real". Cabe observar que, para que una limitación de las exportaciones no pueda cumplir *nunca* estas condiciones, lo lógico sería que ningún gobierno hubiera proporcionado nunca productos en el sentido del inciso iii) (algo que el Canadá evidentemente no afirma), ya que sólo así podría afirmarse que en ningún caso el suministro de productos "incumbiría normalmente" a un gobierno. Así pues, no vemos cómo el argumento del Canadá, de que las expresiones "que normalmente incumbirían" y "no difiera, en ningún sentido real" *reducen* las circunstancias en las que un gobierno encomendaría u ordenaría el suministro de productos, excluiría la posibilidad de que una limitación de las exportaciones pueda constituir un suministro de productos de esta clase.

e) Objeto y fin

8.60 Como recordaremos, según el artículo 31 de la *Convención de Viena* los términos de un tratado deben interpretarse teniendo en cuenta su objeto y fin.

8.61 Los Estados Unidos citan la declaración del Grupo Especial en el caso *Brasil - Aeronaves*, según la cual "el objeto y el fin del Acuerdo SMC es imponer disciplinas multilaterales a las subvenciones que distorsionan el comercio internacional". También citan la declaración del Grupo Especial en el caso *Canadá - Aeronaves*: "el objeto y fin del Acuerdo SMC podrían resumirse más adecuadamente como el establecimiento de disciplinas multilaterales, 'en el supuesto de que algunas formas de intervención del Gobierno distorsionan el comercio internacional [o] tienen el potencial de distorsionarlo'".¹⁵² Los Estados Unidos alegan que "al recalcar la necesidad de hacer frente a las intervenciones gubernamentales que distorsionan el comercio internacional, independientemente de que el gobierno haya incurrido o no en un costo" el Grupo Especial (en el caso *Canadá - Aeronaves*) confirmó que limitar las intervenciones gubernamentales que distorsionan el mercado es el objetivo central del Acuerdo SMC. Los Estados Unidos sostienen además que "el objeto y fin del Acuerdo SMC deben informar la interpretación de las disposiciones textuales en litigio ... [el significado de estas disposiciones no debe limitarse de un modo inadecuado, excluyendo las medidas que se consideran comúnmente como subvenciones que distorsionan el comercio, cuando el texto no las excluiría y su exclusión frustraría el objeto y fin del Acuerdo]".¹⁵³

8.62 Nosotros estamos de acuerdo con las declaraciones del Grupo Especial en el caso *Brasil - Aeronaves*, y también en el caso *Canadá - Aeronaves*, de que el objeto y fin del Acuerdo SMC es disciplinar ciertas formas de acción del gobierno. Sin embargo, de estas declaraciones no se sigue que todas las intervenciones gubernamentales que, según la teoría económica, puedan considerarse una subvención con potencial para distorsionar el comercio, sean subvenciones en el sentido del

¹⁵² Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 14 y 16.

¹⁵³ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 18 del Grupo Especial, después de la primera reunión.

Acuerdo SMC. Esto significaría que en la práctica el requisito de la "contribución financiera" se sustituiría por la condición de que la acción gubernamental se considere comúnmente una subvención que distorsiona el comercio. No obstante, el significado jurídico del término "subvención" debe derivarse de un análisis del texto y el contexto del artículo 1 del Acuerdo SMC.

8.63 Además, no vemos contradicción alguna entre el objeto y fin del Acuerdo SMC y el que algunas medidas que comúnmente se consideran subvenciones que distorsionan el comercio puedan quedar *excluidas* del alcance del Acuerdo. Es más, si bien el objeto y fin del Acuerdo consisten claramente en disciplinar las subvenciones que distorsionan el comercio, esto sólo se aplica a las "subvenciones" *según la definición* del Acuerdo. Esta definición, que incluye las nociones de "contribución financiera", "beneficio" y "especificidad", se redactó con el objetivo deliberado de asegurar que no todas las intervenciones gubernamentales en el mercado quedaban comprendidas en el alcance del Acuerdo (*véase* la sección VIII.B.3 f) sobre los antecedentes de la negociación, *infra*).

f) Antecedentes de la negociación

8.64 En el caso *Japón - Bebidas alcohólicas*, el Órgano de Apelación declaró que "no cabe duda de que el artículo 32 de la *Convención de Viena*, en el que se aborda el papel de los medios de interpretación complementarios, se ha elevado también a la misma condición [que el artículo 31, o sea, a la condición de normas del derecho internacional consuetudinario o general]".¹⁵⁴ El artículo 32 de la *Convención de Viena* dice lo siguiente:

ARTÍCULO 32

Medios de interpretación complementarios

Se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

- a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o
- b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

Así pues, de conformidad con el artículo 32 de la *Convención de Viena*, los antecedentes de la negociación pueden servir de medio complementario de interpretación para confirmar una conclusión alcanzada sobre la base de un análisis textual y contextual de un tratado. Por consiguiente, nos parece útil pasar revista a los antecedentes de la negociación del artículo 1 del Acuerdo SMC en general, y del requisito de la "contribución financiera" en particular.

i) *Antecedentes de la negociación relativa a la inclusión del requisito de la "contribución financiera"*

8.65 Los antecedentes de la negociación del artículo 1 confirman nuestra interpretación del término "contribución financiera". Estos antecedentes demuestran, en primer lugar, que los partidarios del requisito de la contribución financiera tenían el propósito, desde un principio, de asegurar que no todas las medidas gubernamentales que confieren beneficios pudieran considerarse subvenciones. Este extremo fue objeto de un amplio debate durante las negociaciones, y muchos

¹⁵⁴ *Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas* ("*Japón - Bebidas alcohólicas*"), informe del Órgano de Apelación, WT/DS8/AB/R-WT/DS10/AB/R-WT/DS11/AB/R, adoptado el 1º de noviembre de 1996, página 13.

participantes sostuvieron consistentemente que sólo las acciones gubernamentales que constituyen contribuciones financieras deben estar sujetas a las normas multilaterales sobre las subvenciones y las medidas compensatorias.¹⁵⁵

8.66 Antes de la Ronda Uruguay, las disciplinas multilaterales relativas a las subvenciones y las medidas compensatorias figuraban en los artículos XVI y VI, respectivamente, del GATT de 1947, y en el Código de Subvenciones de la Ronda de Tokio. Ninguna de estas disposiciones contenía una definición de "subvención", sino sólo referencias a este concepto. A pesar de la existencia de disciplinas multilaterales en materia de subvenciones, en la práctica el GATT debía resolver muy pocas diferencias en relación con estas disciplinas, y en este contexto el significado del término "subvención" no se tenía muy en cuenta. En cambio, un determinado grupo de países (entre ellos los Estados Unidos) recurría con relativa frecuencia a las medidas compensatorias, y cada país que aplicaba estas medidas se atenía a su propia definición de subvención en sus procedimientos internos.

8.67 En particular, los Estados Unidos elaboraron una definición según la cual eran subvenciones susceptibles de compensación las medidas gubernamentales "formales y ejecutorias" que "conducen directamente a la concesión de un beneficio apreciable".¹⁵⁶ Dicho de otro modo, el criterio aplicado por los Estados Unidos antes de la OMC consistía en definir como subvenciones susceptibles de compensación los *beneficios* derivados de una acción gubernamental, independientemente de la naturaleza de esa acción.¹⁵⁷ Este criterio suscitó la oposición de otras partes contratantes del GATT, que consideraban que no todas las medidas gubernamentales que conferían un beneficio podían considerarse una subvención potencial.¹⁵⁸ Durante la Ronda Uruguay, numerosos miembros del Grupo de Negociación sobre las Subvenciones y las Medidas Compensatorias ("el Grupo de Negociación") recalcaron la necesidad de elaborar una definición del término "subvención", porque la

¹⁵⁵ Véase, por ejemplo, lo que dicen el Canadá: "Una condición fundamental para considerar que una determinada medida es susceptible de compensación debería ser la existencia de una contribución financiera del Estado" (MTN.GNG/NG10/W/25); las Comunidades Europeas: "... sólo puede hablarse de subvenciones en el comercio internacional cuando un gobierno o autoridad administrativa ha asumido una carga financiera a favor de un beneficiario" (MTN.GNG/NG10/W/7); Egipto: "... solamente las 'medidas que constituyen una carga para el presupuesto público tales como donaciones, préstamos en condiciones de favor o garantías de préstamos' constituyen una subvención" (MTN.GNG/NG10/W/14); la India: "... la contribución financiera del Estado [es] un requisito previo necesario" (MTN.GNG/NG10/W/16); el Japón: "... la contribución financiera del gobierno tiene que considerarse como un criterio esencial para determinar la existencia de una subvención" (GNG/NG10/W/8); los Países Nórdicos: "... la adopción de medidas compensatorias ... [debe] quedar supeditada a que se trate de prácticas del Estado que entrañen una transferencia neta de fondos públicos al beneficiario" (GNG/NG10/W/30), y Suiza: "Se consideran subvenciones recurribles todas las medidas que se traduzcan directa o indirectamente en una transferencia neta de fondos ... de fuentes oficiales al receptor" (MTN.GNG/NG10/W/26).

¹⁵⁶ DAA, página 926.

¹⁵⁷ Véase, por ejemplo, la determinación del Departamento de Comercio de los Estados Unidos en los casos sobre el acero de 1982 (SCM/36, de 27 de octubre de 1982). Cabe observar que el Departamento de Comercio, para determinar si los demandados habían recibido subvenciones en el sentido de la legislación estadounidense en materia de derechos compensatorios, trataron de establecer "si los demandados habían recibido o no, directa o indirectamente, un beneficio económico".

¹⁵⁸ Por ejemplo, las Comunidades Europeas, en sus comentarios acerca de la citada declaración de los casos sobre el acero de 1982, indicaron, en un documento presentado al Comité SMC de la Ronda de Tokio (G/SCM/35, punto A.2) que "si bien un beneficio es necesario para la determinación de la existencia de una subvención, no es la medida de dicha subvención". A juicio de las Comunidades Europeas, para que exista una subvención es necesario que haya una carga en el presupuesto público, de la cual se derive un beneficio para una rama de producción.

falta de una definición uniforme creaba problemas, sobre todo en el contexto de las medidas compensatorias.¹⁵⁹ Este punto de vista se expuso desde un principio, como se deduce claramente de la primera versión (septiembre de 1987) de la lista de cuestiones para la negociación, que compiló la Secretaría a partir de las comunicaciones de los participantes; sirva de ejemplo la siguiente declaración: "Es necesario revisar el Código a fin de adoptar criterios para la determinación de las subvenciones que dan lugar a la imposición de derechos compensatorios (gastos gubernamentales, ventajas concedidas al beneficiario o especificidad). Esta revisión tendría también por objeto *definir la diferencia entre subvenciones y diversas medidas distorsionadoras del comercio.*"¹⁶⁰

8.68 Durante los debates en el Grupo de Negociación que condujeron a la definición de "subvención" finalmente incluida en el artículo 1, se estableció con cierta precisión la diferencia fundamental entre la definición de una subvención basada únicamente en la existencia de un "beneficio" conferido por la acción de un gobierno (la posición de los Estados Unidos¹⁶¹), y la exigencia de una "contribución financiera del gobierno" como medio de limitar el número de acciones gubernamentales que pudieran considerarse una subvención (que fue esencialmente la posición de los demás participantes). El Canadá, por ejemplo, declaró que, "si bien puede que prácticamente todas las actividades del Estado tengan efectos posibles en la producción y el comercio, *es preciso delimitar de alguna manera el alcance de la actividad del Estado que pueda considerarse como subvención y ser objeto de medidas compensatorias.*"¹⁶² El Canadá añadió que:

"La práctica y las disciplinas del GATT en materia de subvenciones reflejan la opinión general de que existe una subvención cuando el mecanismo de precios resulta afectado por el ejercicio de la autoridad gubernamental en la percepción de impuestos y el gasto de rentas públicas, sea directamente o mediante una delegación de su autoridad. Las normas vigentes se aplican a prácticas que implican una transferencia directa de fondos, una posible transferencia directa de pasivos y la renuencia a percibir determinados ingresos.

...

En consecuencia, sobre la base de las normas vigentes, una condición fundamental para considerar que una determinada medida es susceptible de compensación debería ser la existencia de una contribución financiera del Estado."¹⁶³

¹⁵⁹ Véase, por ejemplo, lo dicho por las Comunidades Europeas: "La cuestión clave sobre la que se basa la solución de las restantes cuestiones pendientes es la definición de subvención" (MTN.GNG/NG10/W/7); el Canadá: las interpretaciones unilaterales debidas a la falta de acuerdo respecto de la noción de subvención "han traído consigo incertidumbre y litigios comerciales" (MTN.GNG/NG10/W/22), y Egipto: "... se han planteado serios problemas ... [entre otras cosas,] al no existir una definición clara de lo que constituye una subvención" (MTN.GNG/NG10/W/14).

¹⁶⁰ MTN.GNG/NG10/W/9, 7 de septiembre de 1987, sección III.1 (sin cursivas en el original).

¹⁶¹ En el curso de las negociaciones los Estados Unidos propusieron que se definiera una "subvención" como "cualquier medida o conjunto de medidas oficiales que conceden un beneficio a la(s) empresa(s) receptora(s)". MTN.GNG/NG10/W/29, "Elementos del marco para las negociaciones - Comunicación de los Estados Unidos", 22 de noviembre de 1989, sección II.1 a).

¹⁶² MTN.GNG/NG10/W/22, Declaración del Canadá en la reunión del Grupo de Negociación de los días 28 y 29 de junio de 1988 (sin cursivas en el original).

¹⁶³ MTN.GNG/NG10/W/25, Comunicación del Canadá, 28 de junio de 1989.

8.69 Es evidente que el artículo 1, con la formulación definitiva, incluye el requisito de una contribución financiera de un gobierno u otra entidad pública como elemento necesario de una subvención. Las comunicaciones de los participantes en las negociaciones hacen pensar que el objetivo de los proponentes de esta inclusión era limitar las *clases* de acciones gubernamentales que pudieran quedar comprendidas en las normas sobre subvenciones y medidas compensatorias. En otras palabras, la definición a la que se llegó finalmente en las negociaciones rechazaba categóricamente el criterio defendido por los Estados Unidos, consistente en definir a las subvenciones como beneficios resultantes de cualquier acción gubernamental, con el requisito de que la acción gubernamental constituyese una "contribución financiera" enumerada en una lista exhaustiva.¹⁶⁴

ii) *Antecedentes de la negociación relativa a la definición de "contribución financiera"*

8.70 Los antecedentes de la negociación confirman también nuestra interpretación del significado del término "contribución financiera", tal y como figura en los incisos i) a iv). En el curso de las negociaciones, los participantes favorables a la introducción del requisito de "contribución financiera" expusieron una serie de opiniones acerca del significado preciso de "contribución financiera", que iban desde considerarla "una carga en el presupuesto público" o un "costo para el gobierno" hasta incluir en el término las transferencias gubernamentales, incluidas las efectuadas por conducto de agentes no gubernamentales.¹⁶⁵

8.71 La definición más amplia propuesta refleja fielmente una opinión expresada, antes del inicio de las negociaciones de la Ronda Uruguay, por el Grupo de Expertos del Cálculo de la Cuantía de una Subvención (establecido por el Comité de Subvenciones y Medidas Compensatorias de la Ronda de Tokio). Esta opinión se reprodujo *in extenso* en uno de los primeros documentos preparados por la Secretaría a solicitud del Grupo de Negociación, que consistía en un resumen, entre otras cosas, de la situación actual del debate sobre las normas del GATT relativas a las medidas compensatorias y las subvenciones. La opinión del Grupo de Expertos dice lo siguiente:

"Se sugiere que no puede existir subvención si no hay una contribución financiera del Estado; dicho de otro modo, una subvención presupone esa contribución. Este enfoque parece ser útil en la medida en que subraya la existencia de un vínculo necesario entre una subvención y la función impositiva del Estado, ejercida

¹⁶⁴ Como demuestran las diversas comunicaciones sobre "promoción selectiva", los propios Estados Unidos parecen haber reconocido que el requisito de una contribución financiera excluiría algunas clases de medidas gubernamentales que podrían proporcionar beneficios. Los Estados Unidos declararon en particular, en una comunicación de junio de 1988, que "la mayor parte de las prácticas de [promoción selectiva] quedan al margen incluso de las más amplias definiciones internacionales de "subvención" y, por consiguiente, no pueden aplicárseles directamente los derechos y recursos previstos en los artículos VI y XVI", y propusieron que el Grupo de Negociación examinase la cuestión de la promoción selectiva "con objeto de determinar si ciertas formas de política industrial de algunos gobiernos, tendentes a la promoción de industrias orientadas hacia la exportación *tienen efectos similares a los de las subvenciones* y causan perjuicios económicos a los intereses legítimos de otros países participantes en el comercio" (MTN.GNG/NG10/W/20, sin cursivas en el original).

¹⁶⁵ Estas posiciones se resumieron en una nota de la Secretaría sobre la reunión del Grupo de Negociación de los días 26 y 27 de septiembre de 1989:

"A juicio de esos participantes, otro criterio importante [para la definición de una subvención recurrible] era el de que la subvención fuera a cargo de los presupuestos públicos, en el sentido de implicar una contribución financiera del Estado (o ingresos fiscales condonados). Se expuso la opinión de que este concepto debería abarcar no sólo las transferencias directas de fondos, sino también *las indirectas (por ejemplo, las transferencias de un gobierno por conducto de organismos no gubernamentales) para prevenir cualquier elusión ...*" (MTN.GNG/NG10/13, sin cursivas en el original.)

directamente o delegada en otros organismos, de carácter privado, como se da a entender en el informe elaborado por un Grupo Especial sobre la base de un examen del artículo XVI y recogido en el Noveno Suplemento de los IBDD. En el párrafo 12 de dicho informe se considera la cuestión de las subvenciones financiadas con imposiciones de carácter no gubernamental. El Grupo Especial, aunque estimó que no podía fijarse una norma estricta en vista de las múltiples formas que solían revestir las medidas de esta naturaleza, expresó claramente que 'no hay ninguna duda en cuanto a la obligación que incumbe a todo gobierno de notificar cualquier sistema de imposición y de subvención emparejadas que influyan en las importaciones o en las exportaciones, y en el que participe ya sea por medio de abonos al fondo común, ya sea confiando a un organismo privado la misión de percibir las imposiciones y de abonar las subvenciones de tal modo que, en realidad, la práctica seguida no difiera en absoluto de la que aplican normalmente los gobiernos'. (IBDD 9S/206). Pueden darse situaciones similares en las cuales un gobierno opte por encomendar a un organismo privado el desempeño de ciertas funciones relacionadas con el derecho soberano del Estado de recaudar y gastar recursos. El examen de las posibles prácticas de subvención enumeradas en el párrafo 3 del artículo 11 del Código ilustra aún más las diversas formas que pueden adoptar las contribuciones financieras del Estado. Hay prácticas que comportan una *transferencia directa de recursos* (por ejemplo, las donaciones y los préstamos); las hay que suponen transferencias directas potenciales u obligaciones (por ejemplo, las garantías de préstamo); otras consisten en no percibir o no recaudar ingresos (incentivos fiscales, como las bonificaciones fiscales sobre las inversiones en favor de determinadas industrias). Esas prácticas parecen ser simplemente ejemplos concretos del principio general sugerido por el Grupo Especial en el informe que recoge el Noveno Suplemento de los IBDD, a saber, que existen subvenciones cuando el Estado ejerce su facultad de percibir gravámenes y gastar recursos, ya sea directamente o mediante la delegación de su facultad impositiva.¹⁶⁶

8.72 En la declaración del Grupo de Expertos nos parece especialmente significativo lo mucho que se parece su descripción de las "formas" de la contribución financiera del gobierno al texto de los incisos i) a iii) del párrafo 1 a) del artículo 1 del Acuerdo SMC. También nos parece muy significativa la interpretación del Grupo de Expertos, que entiende que la referencia del Grupo Especial de 1960 a la "práctica ... que no difiere, en ningún sentido real, de las seguidas normalmente por los gobiernos" era una referencia general a la *delegación* en otros organismos de carácter privado de determinadas funciones gubernamentales de percepción de impuestos y gastos de renta pública, y *no* una referencia a las intervenciones del gobierno en los mercados en general, o a sus efectos. Nuestra interpretación del significado de los incisos i) a iv), que hemos expuesto antes detalladamente, es en todo coherente con los antecedentes de la negociación que, por consiguiente, la confirman.

iii) *Resumen*

8.73 En resumen, los antecedentes de la negociación confirman que la adopción de una definición de subvención compuestas de dos elementos, la "contribución financiera" y el "beneficio", tenía por objeto evitar la adopción de medidas compensatorias respecto de los *beneficios* derivados de cualquier clase de medidas gubernamentales (formales y ejecutorias), limitando a una lista específica las *clases* de medidas gubernamentales que, si confirieran beneficios, constituirían subvenciones. Los antecedentes de la negociación confirman que los puntos i) a iii) de esta lista limitan esas clases de

¹⁶⁶ MTN.GNG/NG10/W/4 "Subvenciones y medidas compensatorias - Nota de la Secretaría", 28 de abril de 1987, sección 4.1.A (excluida la nota de pie de página, sin cursivas en el original).

medidas a la transferencia de recursos económicos de un gobierno a una entidad privada. Con arreglo a los incisos i) a iii), un gobierno que actúa por su cuenta efectúa esa transferencia suministrando directamente algo de valor -dinero, productos o servicios- a una entidad privada.¹⁶⁷ El inciso iv) garantiza que las mismas clases de transferencias *gubernamentales* de recursos económicos, cuando se efectúan mediante la *delegación explícita* de esas funciones a una entidad privada, no puedan eludir las disciplinas.

8.74 Recordamos nuestra conclusión de que el inciso iv), al cumplir su función patente de mecanismo contra la elusión, no puede modificar (y sobre todo no puede ir más allá de las acciones descritas en los incisos i) a iii)) la *naturaleza* de las acciones que pueden considerarse contribuciones financieras. Si lo hiciera, al permitir que medidas gubernamentales tales como las limitaciones a la exportación que *no* constituyen transferencias de recursos económicos encomendadas u ordenadas por el gobierno recibieran el trato de contribuciones financieras, sobre la base de sus efectos en entidades privadas, se abriría de nuevo la puerta a la adopción de medidas compensatorias respecto de los *beneficios*, independientemente de la naturaleza de la acción gubernamental que diera lugar a dichas medidas. En la práctica ello privaría de todo significado al requisito de la "contribución financiera", lo que contradeciría no sólo los principios de una interpretación efectiva de los tratados, que se han expuesto en detalle en anteriores secciones, sino también los antecedentes de la negociación de este requisito.

g) Conclusión

8.75 Por todas estas razones, llegamos a la conclusión de que una limitación de las exportaciones, tal y como se define en esta diferencia, no puede constituir un suministro de productos encomendado u ordenado por el gobierno en el sentido del inciso iv) ni, por ende, una contribución financiera en el sentido del párrafo 1 a) del artículo 1 del Acuerdo SMC. Dicho de otro modo, rechazamos el criterio de los Estados Unidos de que, como una limitación de las exportaciones provoca el aumento del suministro nacional del producto objeto de la limitación -o en la medida en que lo provoque-, es lo mismo que si un gobierno hubiera encomendado u ordenado expresamente a una entidad privada que proporcionara el producto al mercado nacional. Los restantes elementos textuales del inciso iv) confirman esta conclusión, como también la confirman los antecedentes de negociación del término "contribución financiera". Por consiguiente, constatamos que el trato de las limitaciones a la exportación como contribuciones financieras es incompatible con el párrafo 1 a) del artículo 1 del Acuerdo SMC.

8.76 Debemos insistir en que hemos interpretado las disposiciones del Acuerdo SMC en su relación con la limitación de las exportaciones definida por el Canadá para los fines de esta diferencia, o sea, una medida en frontera que toma la forma de una legislación o reglamento oficial que limita expresamente la cantidad de las exportaciones o establece condiciones explícitas para las circunstancias en que se autoricen las exportaciones, o bien que toma la forma de un gravamen o impuesto sobre las exportaciones del producto instituido por el gobierno, calculado de manera que limite la cantidad de las exportaciones. En estas características esenciales -que llamamos "limitación de las exportaciones"- se han fundado nuestras resoluciones sobre las reclamaciones del Canadá. No formulamos juicio alguno sobre la coherencia con la OMC de cualquier otra medida que los

¹⁶⁷ Como hemos recalcado en otro lugar, la cuestión de las condiciones en que se haga esta transferencia no tiene que ver con la existencia de una contribución financiera, sino con el tema distinto del "beneficio". Tampoco queremos dar a entender, naturalmente, que la transferencia de recursos económicos por un gobierno, para que sea una contribución financiera, tendría que implicar un costo para el gobierno o una carga para el presupuesto público. Esto se desprende evidentemente del texto del Acuerdo SMC, así como de los antecedentes de la negociación antes mencionados, y ha sido confirmado también en anteriores diferencias (en particular, en el caso *Canadá - Aeronaves*).

Miembros puedan considerar limitaciones a la exportación, o que no esté comprendida en la definición facilitada por el Canadá (véase la sección VIII.B.3 a), *supra*).

4. Si la legislación estadounidense prescribe el trato de las limitaciones a la exportación como contribuciones financieras

a) Aplicación de la distinción entre normas imperativas y normas discrecionales

8.77 Pasamos ahora a considerar la cuestión del trato de las limitaciones de la exportación, con arreglo a la legislación estadounidense en materia de derechos compensatorios. En particular, cabe recordar que ya anunciamos que, al examinar este trato, aplicaríamos el criterio clásico; en efecto, tras haber constatado que el trato de las limitaciones a la exportación como contribuciones financieras es incompatible con el artículo 1 del Acuerdo SMC, pasamos ahora a considerar si la legislación estadounidense prescribe este trato de las limitaciones a la exportación. Si la legislación estadounidense *prescribe* el trato de las limitaciones a la exportación como contribuciones financieras, en algunos casos o en todos ellos, dada nuestra constatación de que este trato constituiría una violación del Acuerdo SMC, los Estados Unidos estarían incumpliendo las obligaciones que se derivan de su pertenencia a la OMC.

8.78 Observamos que este mismo principio fue aplicado por el Órgano de Apelación en el caso *Argentina - Textiles y prendas de vestir*. En este caso, el Órgano de Apelación se mostró de acuerdo con el Grupo Especial (y con los Estados Unidos) en que la imposición de un nivel específico de derechos violaba una vinculación de los derechos *ad valorem*, aunque en algunas circunstancias el nivel específico del derecho fuera igual o inferior al nivel de la vinculación *ad valorem*. A juicio del Órgano de Apelación, cuando un nivel específico de un derecho excedía de la vinculación *ad valorem*, la ley violaba el artículo II¹⁶⁸; en otros términos, se constató que una medida es incompatible con las normas de la OMC si impone una acción incompatible con esas normas en determinadas circunstancias, aunque en otras circunstancias podría no existir esta incompatibilidad. Por consiguiente, habiendo constatado que dar a las limitaciones a la exportación (según las ha definido el Canadá) el trato de contribuciones financieras violaría en todos los casos el Acuerdo SMC, debemos considerar lo que *exige*, eventualmente, la legislación estadounidense con respecto al trato de las limitaciones a la exportación en las investigaciones sobre derechos compensatorios.

8.79 En el caso *Ley de 1916*, el Órgano de Apelación confirmó que "las facultades pertinentes a los efectos de la distinción entre legislación imperativa y discrecional son facultades que hayan sido conferidas al *poder ejecutivo*".¹⁶⁹ Así pues, examinaremos si las medidas identificadas por el Canadá exigen que el Departamento de Comercio de los Estados Unidos dé a las limitaciones a la exportación el trato de contribuciones financieras en las investigaciones sobre derechos compensatorios.

b) Las medidas

8.80 Para los fines del presente caso nos parece innecesario responder a la invitación de los Estados Unidos, que figura en su solicitud de resoluciones preliminares, de que se determine qué "medidas" se prestan al procedimiento de solución de diferencias de la OMC. Como el Órgano de Apelación observó en el caso *Guatemala - Cemento*, con arreglo a la práctica establecida del GATT de 1947, cualquier acto de un Miembro, o una omisión o inacción por parte de un Miembro, puede ser

¹⁶⁸ *Argentina - Medidas que afectan a las importaciones de calzado, textiles, prendas de vestir y otros artículos* ("Argentina - Textiles y prendas de vestir"), informe del Órgano de Apelación, WT/DS56/AB/R, adoptado el 22 de abril de 1998, párrafos 62 y 63.

¹⁶⁹ *Ley de 1916*, informe del Órgano de Apelación, *supra*, párrafo 89 (con cursivas en el original).

una medida.¹⁷⁰ A este respecto, el Órgano de Apelación evocó la constatación del Grupo Especial en el caso *Japón - Semiconductores*, según la cual las medidas podían ser actos vinculantes o no vinculantes, incluida la orientación administrativa no vinculante del gobierno.¹⁷¹ Nosotros estamos de acuerdo, y en particular no vemos que haya motivo ni fundamento alguno para resolver en abstracto que un determinado tipo de instrumento o acción no puede ser objeto de un procedimiento de solución de diferencias de la OMC.

8.81 Esto no significa desde luego que todas las medidas puedan dar lugar, de por sí, a violaciones de las normas de la OMC. Trataremos ahora de esta última cuestión, por cuanto tiene que ver con medidas que se están considerando.

c) Las medidas consideradas "por separado" y "en conjunto"

8.82 El Canadá sostiene que cada uno de los elementos que cita (la ley, la DAA, el Preámbulo y la práctica estadounidense) constituye individualmente una medida susceptible de un procedimiento de solución de diferencias, y que estos elementos, "considerados en conjunto", también constituyen una medida. Además, en su opinión estas medidas, individual y colectivamente, exigen un trato particular de las limitaciones a la exportación. Por consiguiente, la identificación de las medidas que el Canadá considera están en litigio se basa en dos nociones: que los elementos citados son medidas, tanto individualmente como consideradas en conjunto, y que, individualmente y consideradas en conjunto, imponen la obligación de dar un trato particular a las limitaciones a la exportación.

8.83 Los Estados Unidos no están de acuerdo en absoluto. Además de las objeciones preliminares con respecto a la condición jurídica de "medida" de la DAA, el Preámbulo y la "práctica" estadounidense (véase la sección IV.A, *supra*), los Estados Unidos consideran que "es arriesgado que el Grupo Especial trate de analizar una 'medida' mal definida como si fuera un 'conjunto'". Los Estados Unidos alegan lo siguiente:

"No está claro por qué, según la argumentación del Canadá o del Grupo Especial en el caso *Estados Unidos - Artículo 301*, los documentos de esta diferencia 'deben' analizarse conjuntamente. El Canadá sostiene que uno o más de los documentos en cuestión, por sí solos o en conjunto, imponen de cierta manera al Departamento de Comercio la obligación de dar a las limitaciones a la exportación el trato de subvenciones. Sin embargo, no es posible realizar un análisis adecuado de esta presunción sobre la base de nociones abstractas de un 'análisis conjunto' de los documentos citados por la parte demandante, sino que hay que partir de la condición jurídica de los documentos y su relación recíproca, con arreglo a la legislación nacional del Miembro demandado."¹⁷²

8.84 Antes de determinar si la legislación de los Estados Unidos exige que el Departamento de Comercio dé a las limitaciones a la exportación el trato de contribuciones financieras en las investigaciones sobre derechos compensatorios, recordaremos que el Canadá ha afirmado que cada una de las medidas identificadas (la ley, la DAA, el Preámbulo y la práctica de los Estados Unidos) imponen una obligación de dar este trato, y "consideradas en conjunto" también. Analizaremos en primer lugar estas dos alegaciones por separado, con respecto tanto a la condición jurídica como al

¹⁷⁰ *Guatemala - Investigación antidumping sobre el cemento Portland procedente de México*, informe del Órgano de Apelación, WT/DS60/AB/R, adoptado el 25 de noviembre de 1998, nota 47 de pie de página.

¹⁷¹ *Id.*

¹⁷² Comentario de los Estados Unidos respecto de la pregunta 4 del Grupo Especial al Canadá, en la primera reunión.

efecto de cada uno de ellas en virtud de la legislación nacional de los Estados Unidos, y en relación también con las limitaciones a la exportación.

8.85 Cuando se trata de determinar si cada una de las medidas, o todas ellas, consideradas individualmente pueden dar lugar a una violación de las obligaciones dimanantes de la pertenencia a la OMC, lo esencial es saber si cada medida surte algún efecto concreto por sí sola. Con esto queremos decir que cada medida tendría que constituir un instrumento con una vida funcional propia, o sea que, para dar lugar por sí sola a una violación de las obligaciones dimanantes de la OMC, tendría que *hacer* algo concreto, independientemente de cualquier otro instrumento. Para determinar si cada medida surte efecto individualmente, consideraremos la condición jurídica de cada una de ellas en el derecho estadounidense.

8.86 Examinaremos también cómo operan, eventualmente, estas medidas "consideradas en conjunto". El argumento del Canadá a este respecto es el siguiente:

"El artículo 771(5)(B)(iii) puede considerarse 'discrecional' en el sentido limitado de que [el Departamento de Comercio], en su calidad de autoridad investigadora, tiene que determinar si una limitación de las exportaciones, o cualquier otra práctica objeto de investigación [sobre derechos compensatorios] es una contribución financiera. Sin embargo, este artículo no existe aisladamente; como argumento el Grupo Especial en el caso *Estados Unidos - Artículo 301*, el artículo 771(5)(B)(iii) es 'inseparable' de la DAA, el Preámbulo y la práctica estadounidense y, por lo tanto, no puede considerarse aisladamente. Así pues, el carácter imperativo o discrecional de las medidas que se examinan en esta diferencia debe considerarse teniendo en cuenta todos los elementos de la legislación estadounidense [en materia de derechos compensatorios] que guardan relación con el trato de las limitaciones a la exportación."¹⁷³

8.87 Teniendo en cuenta lo que antecede, nosotros creemos que el argumento del Canadá se centra principalmente en las medidas consideradas en conjunto, por lo menos en lo referente a su carácter supuestamente imperativo. En particular, con su afirmación de que la propia ley puede considerarse "discrecional", por lo menos en un sentido limitado, el Canadá parece alegar que sólo cuando la ley se considera conjuntamente con las otras medidas que son objeto de esta diferencia puede decirse que el supuesto trato imperativo de las limitaciones a la exportación es manifiesto.

i) *La Ley*

8.88 Ni la legislación estadounidense anterior a la OMC ni el Código de Subvenciones de la Ronda de Tokio contienen definición alguna de "subvención"; en la legislación estadounidense figuraba una Lista ilustrativa de las subvenciones susceptibles de medidas compensatorias. Esta lista no contenía ninguna referencia al concepto de "contribución financiera" (este concepto no apareció hasta el Código de Subvenciones de la Ronda de Tokio), pero describía ciertos tipos de medidas proporcionadas en términos ventajosos. Con arreglo a esta legislación, los Estados Unidos adoptaron medidas compensatorias de las limitaciones a la exportación en varios casos, alegando que proporcionaban ventajas que no se encontrarían en el mercado (esto es, un beneficio).

8.89 Después de la Ronda Uruguay, los Estados Unidos se comprometieron a aplicar el Acuerdo sobre la OMC en la URAA y, en particular, a incluir la definición de "subvención" del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC, modificando el artículo 771(5) de la *Ley de Aranceles*. En el mencionado artículo, el término "subvención" se define del modo siguiente:

¹⁷³ Segunda comunicación escrita del Canadá, párrafo 10.

"Se considerará que existe una subvención cuando una autoridad:

- i) proporcione una contribución financiera,
- ii) proporcione cualquier forma de apoyo a los ingresos o a los precios, en el sentido del artículo XVI del *GATT de 1994*, o
- iii) haga un pago a un mecanismo de financiación para proporcionar una contribución financiera, o encomiende u ordene a una entidad privada que haga una contribución financiera, si la concesión de esta contribución incumbiera normalmente al gobierno y la práctica no difiriese, en lo esencial, de las prácticas normalmente seguidas por los gobiernos,

a una persona y en consecuencia se confiera un beneficio. A los efectos del presente párrafo y de los párrafos 5 a) y 5 b), por 'autoridad' se entenderá el gobierno de un país o una entidad pública dentro del territorio de un país."¹⁷⁴

8.90 A su vez, el término "contribución financiera" viene definido en el artículo 771(5)(D) del modo siguiente:

- "i) la transferencia directa de fondos, tales como donaciones, préstamos y aportaciones de capital, o la transferencia directa potencial de fondos o pasivos, tales como garantías de préstamos,
 - ii) la renuncia a ingresos o la no recaudación de ingresos adeudados de otra forma, tales como la concesión de créditos fiscales o las deducciones aplicadas a la base imponible de los ingresos,
 - iii) el suministro de bienes o servicios que no sean parte de la infraestructura general, o
 - iv) la adquisición de bienes".¹⁷⁵
- a) Su condición jurídica en la legislación interna de los Estados Unidos

8.91 El artículo 771(5) es la disposición legislativa estadounidense en materia de derechos compensatorios que contiene la definición de "subvención" a los efectos de las correspondientes acciones, y las partes están completamente de acuerdo en que es la base para identificar las subvenciones susceptibles de compensación en las investigaciones sobre derechos compensatorios del Departamento de Comercio. En particular, ésta es la parte de la ley que debe considerar el Departamento de Comercio para demostrar la existencia de elementos definitorios de una "subvención" con miras a determinar si un programa particular es susceptible de medidas compensatorias. El Departamento de Comercio está obligado por ley a asegurarse de que se cumplan los criterios establecidos en la legislación. Teniendo en cuenta esto, es evidente que la ley posee una vida operacional propia, y es el fundamento de las actividades del Departamento de Comercio en materia de medidas compensatorias.

¹⁷⁴ *Ley de Aranceles*, artículo 771(5), codificado en 19 U.S.C., sección 1677(5) (1994) (anexo A de la Primera comunicación escrita del Canadá - Canadá - Prueba documental 1).

¹⁷⁵ *Id.*

b) Disposiciones de la ley respecto de las limitaciones a la exportación

8.92 Sin embargo, dicho esto las disposiciones del artículo 771(5)(B) y (D) de la *Ley de Aranceles* recogen en lo esencial la terminología del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC, y no se ocupan explícitamente de las limitaciones a la exportación ni del trato que debe dárseles si se invocan en una investigación sobre derechos compensatorios. Es más, como se ha indicado anteriormente, el Canadá reconoce también que "el artículo 771(B)(iii) puede considerarse 'discrecional', en el sentido limitado de que [el Departamento de Comercio], en su calidad de autoridad investigadora, tiene que determinar si una limitación de las exportaciones, o cualquier otra práctica sujeta a una investigación sobre derechos compensatorios, es una contribución financiera".¹⁷⁶ Tomando nota, no obstante, del argumento del Canadá según el cual la ley no puede entenderse aisladamente de las otras medidas que se consideran, pasamos ahora a examinar estas medidas.

ii) *La Declaración de Acción Administrativa*

a) Su condición jurídica en la legislación interna de los Estados Unidos

8.93 En lo relativo a la condición operacional de la DAA en el derecho interno estadounidense, cabe señalar que, como han explicado los Estados Unidos, cuando el poder ejecutivo somete al Congreso de los Estados Unidos un proyecto de legislación ejecutoria de un acuerdo comercial que debe examinarse por el procedimiento llamado de "vía rápida", se suele exigir que la ley vaya acompañada de una DAA. Esto es lo que ocurrió en el caso de la *URAA*. Más concretamente, la DAA era un requisito de la Ley General sobre Comercio y Competitividad de 1988, por la que el Congreso concedió autoridad al Presidente para negociar en la Ronda Uruguay y en otros acuerdos comerciales, y previó la aprobación de los acuerdos comerciales por la "vía rápida" en el Congreso. De conformidad con esta legislación, la Administración y el Congreso se pusieron de acuerdo previamente con respecto a la DAA, y a continuación el Presidente la sometió a la aprobación del Congreso, con el proyecto de ley *URAA*.

8.94 El Congreso aprobó la DAA en la *URAA*, que preveía lo siguiente:

"La Declaración de Acción Administrativa aprobada por el Congreso ... se considerará como una expresión autorizada de los Estados Unidos respecto de la interpretación y la aplicación de los Acuerdos de la Ronda Uruguay y de la presente ley en todo procedimiento judicial en el que surja una cuestión acerca de dicha interpretación o aplicación."¹⁷⁷

8.95 La propia DAA se califica a sí misma de expresión autorizada de las opiniones de la Administración acerca de la interpretación de los Acuerdos de la Ronda Uruguay y de las obligaciones de los Estados Unidos con respecto a su aplicación, incluso en el derecho interno, según lo acordado entre la Administración y el Congreso:

"La presente Declaración constituye una expresión autorizada de las opiniones de la Administración sobre la interpretación y aplicación de los Acuerdos de la Ronda Uruguay, a los efectos tanto de las obligaciones internacionales como del derecho interno de los Estados Unidos. Además, la Administración entiende que el Congreso espera que las administraciones futuras observen y apliquen las interpretaciones y

¹⁷⁶ Segunda comunicación escrita del Canadá, párrafo 10.

¹⁷⁷ *URAA*, sección 102, codificada en 19 U.S.C., sección 3512(d) (1994) (Canadá - Prueba documental 7).

compromisos contenidos en la presente Declaración. Asimismo, como esta Declaración será aprobada por el Congreso paralelamente a la ejecución de los Acuerdos de la Ronda Uruguay, las interpretaciones de esos Acuerdos que figuran en la Declaración revisten una autoridad particular."¹⁷⁸

8.96 El Canadá afirma que de las disposiciones de la DAA y de la *URAA* se desprende claramente que la condición jurídica de la Declaración es determinante para la interpretación de la *URAA* en los Estados Unidos. Además, el Canadá opina que la DAA impone el trato de subvenciones a las limitaciones a la exportación, y que la terminología empleada en la DAA y en la *URAA* hace que esta exigencia sea vinculante para el Departamento de Comercio.

8.97 Los Estados Unidos reconocen "la condición jurídica de la DAA como instrumento autorizado de interpretación"¹⁷⁹, y se refieren a la Declaración en los siguientes términos: "[es] el tipo de antecedente legislativo ... [que] en los Estados Unidos se tendrá en cuenta con frecuencia para esclarecer el significado de una ley ...".¹⁸⁰ Aunque según este país la DAA no puede cambiar el significado de la ley correspondiente, ni dejarla sin efecto, "en general, la DAA es el antecedente legislativo supremo".¹⁸¹ Además, los Estados Unidos "no se oponen a una consideración de la DAA y el Preámbulo como fuentes interpretativas para determinar el significado del artículo 771(5), en el derecho estadounidense ..."¹⁸², sino que "al determinar el significado de la legislación estadounidense, sería procedente que el Grupo Especial considerase la DAA, como lo haría un tribunal de los Estados Unidos".¹⁸³

8.98 Parece claro que la *URAA* reconoce a la DAA una condición jurídica única como interpretación autorizada de esta ley, que los tribunales estadounidenses deben tener en cuenta. El texto de la DAA confirma este extremo, al calificarse a sí misma de "interpretación autorizada ... a los efectos tanto de las obligaciones internacionales como del derecho interno de los Estados Unidos". La DAA fue sometida a la aprobación en el Congreso, y de hecho fue aprobada al mismo tiempo que la *URAA*. Los Estados Unidos reconocen que "no hay ningún desacuerdo entre las partes acerca de la condición de la DAA como instrumento interpretativo autorizado".¹⁸⁴ Por último, es evidente que no hay ningún otro antecedente legislativo que esté más autorizado que la DAA para aclarar el significado de la ley. Los Estados Unidos indican que "si, por hipótesis, en una determinada expresión la DAA interpretara 'X' y cualquier otro documento de antecedentes legislativos (por ejemplo, un informe de un comité) interpretara 'Y', la versión correcta sería la primera".¹⁸⁵

¹⁷⁸ DAA, página 656 (anexo B a la Primera comunicación escrita del Canadá - Canadá - Prueba documental 2).

¹⁷⁹ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 6 a) del Grupo Especial, en la primera reunión.

¹⁸⁰ Solicitud de resoluciones preliminares de los Estados Unidos, párrafo 36.

¹⁸¹ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 28 del Grupo Especial, después de la primera reunión.

¹⁸² Solicitud de resoluciones preliminares de los Estados Unidos, nota 134 de pie de página.

¹⁸³ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 1 del Grupo Especial después de la segunda reunión, en la que se cita también la solicitud de resoluciones preliminares de los Estados Unidos, párrafo 124, nota 134 de pie de página.

¹⁸⁴ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 6 a) del Grupo Especial, en la primera reunión.

¹⁸⁵ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 28 del Grupo Especial, después de la primera reunión.

8.99 Sin embargo, la condición jurídica singular de la DAA se debe a que es una *interpretación autorizada* de la ley. Según la *URAA* "la Declaración de Acción Administrativa aprobada por el Congreso ... se considerará la expresión autorizada de los Estados Unidos respecto de la interpretación y aplicación de los Acuerdos de la Ronda Uruguay, y de la presente ley"¹⁸⁶, que es la ley ejecutoria de los acuerdos. No hemos encontrado ninguna prueba, ni en la *URAA* ni en la DAA ni en ningún otro lugar, de que la DAA tenga una vida operativa o una condición jurídica independiente de la ley que le permita causar, por sí sola, una violación de las normas de la OMC. Al margen de la ley la DAA no *hace* nada, sino que más bien interpreta la ley (o sea, aclara su significado). En otras palabras, un solicitante o un exportador no podría alegar ante un tribunal estadounidense que el Departamento de Comercio había actuado de modo incompatible con las disposiciones de la DAA, sino que tendría que alegar que había actuado de modo incompatible con las disposiciones de la ley, consideradas a la luz de la DAA.

8.100 En consecuencia, a nuestro modo de ver la DAA ofrece una orientación interpretativa autorizada de la ley. En tal condición, dada su autoridad única como instrumento interpretativo, la DAA es de importancia fundamental en esta diferencia, ya que no es posible interpretar adecuadamente la ley si no es por referencia a la DAA. En particular, para entender el trato de las limitaciones a la exportación que estipula la legislación estadounidense en materia de derechos compensatorios, todo lo que diga la DAA con respecto a las limitaciones a la exportación debe tenerse en cuenta. Y, como se ha indicado antes, esto es precisamente lo que proponen las partes. Es más, los Estados Unidos insisten en que no dijeron que la ley pueda o deba examinarse sin tener en cuenta en cierta medida la interpretación dada por la DAA.¹⁸⁷ Por estos motivos, entendemos que la DAA es el principal instrumento de orientación respecto de la interpretación de la ley.

b) Disposiciones de la DAA respecto de las limitaciones a la exportación

8.101 A continuación consideraremos si la DAA dice algo acerca de las subvenciones en general y las limitaciones a la exportación en particular, en el contexto de las investigaciones sobre derechos compensatorios. Lo que hemos de determinar es si la DAA exige que el Departamento de Comercio interprete la ley de modo que las limitaciones a la exportación reciban el trato de contribuciones financieras en las investigaciones sobre derechos compensatorios. De ser así, puesto que la DAA es la interpretación autorizada de la ley, y teniendo en cuenta nuestra constatación en el sentido de que el trato de las limitaciones a la exportación como contribuciones financieras es incompatible con el Acuerdo SMC (*véase* la sección VIII.B.3, *supra*), aplicando el criterio clásico cabría deducir que la legislación, como tal, es incompatible con las obligaciones de los Estados Unidos en virtud del Acuerdo SMC.

8.102 Refiriéndose a la definición de subvención del Acuerdo SMC, inclusive en su relación con las limitaciones a la exportación, la DAA dice lo siguiente:

"Por lo general, la Administración pretende que la definición de 'subvención' tenga el mismo significado que la práctica administrativa y los tribunales han atribuido al término 'prima o donación', y también a 'subvención' en anteriores versiones de la ley, salvo que la práctica o interpretación sea incompatible con la definición que figura en el proyecto de ley. Excluyendo esta incompatibilidad, y con sujeción a otros cambios previstos en el proyecto de ley ejecutoria (por ejemplo, normas relativas a las subvenciones no compensables y a las subvenciones compensables *de minimis*), las

¹⁸⁶ *URAA*, nota 177 de pie de página, *supra* (sin cursivas en el original).

¹⁸⁷ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 1 del Grupo Especial, después de la segunda reunión.

prácticas que con la ley vigente son susceptibles de medidas compensatorias también lo serán con la ley revisada.

Definición básica

...

Uno de los elementos definitorios de una subvención con arreglo al Acuerdo sobre Subvenciones es la concesión, por el gobierno o por cualquier organismo público, de una 'contribución financiera' según la definición del Acuerdo, que incluye el suministro de bienes o servicios. Además, el Acuerdo sobre Subvenciones declara concretamente que el término 'contribución financiera' incluye situaciones en las que el gobierno encomiende u ordene a una entidad privada que proporcione la subvención (la Administración opina que el término 'entidad privada' no se limita necesariamente a una sola entidad, sino que puede abarcar un grupo de entidades o personas). Además, en el artículo VI del GATT de 1994 se mantiene la referencia a las subvenciones proporcionadas 'directa o indirectamente' por un gobierno. En consecuencia, la Administración tiene el propósito de interpretar en sentido amplio la fórmula 'encomienda u ordena'. La Administración seguirá haciendo de modo que la concesión indirecta de una subvención no se convierta en una laguna jurídica que permita que importaciones contratadas irregularmente entren en los Estados Unidos y dañen a la rama de producción nacional.

En el pasado [el Departamento de Comercio] ha adoptado medidas compensatorias respecto de una serie de programas en los que el gobierno proporcionaba un beneficio por mediación de entidades privadas (*véanse*, por ejemplo, los casos Ciertos productos de maderas blandas para construcción procedentes del Canadá, Cuero de la Argentina, Carne de cordero de Nueva Zelanda, Artículos tubulares para campos petrolíferos de Corea, Varillas para trefilar de acero al carbono de España, y Ciertos productos de acero procedentes de Corea) ... [El Departamento de Comercio] ha constatado la existencia de una subvención susceptible de compensación cuando el gobierno adoptó o impuso (mediante acción legislativa, reglamentaria o administrativa) una medida formal y ejecutoria que dio lugar directamente a la concesión de un beneficio apreciable a la rama de producción que se estaba investigando.

En los casos en que el gobierno actúa por conducto de una entidad privada, como en el de Ciertos productos de maderas blandas para construcción del Canadá y Cuero de la Argentina (en los cuales las limitaciones a la exportación habían causado directamente un descenso apreciable de los costos de los insumos), la Administración tiene la intención de seguir aplicando la ley caso por caso, en forma coherente con el párrafo anterior. La Administración opina que el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del Acuerdo sobre Subvenciones y el artículo 771(5)(B)(iii) abarcan prácticas de subvención indirecta análogas a aquellas respecto de las cuales [el Departamento de Comercio] ha adoptado medidas compensatorias en el pasado, y que estos tipos de subvenciones indirectas seguirán siendo susceptibles de compensación, a condición de que [el Departamento de Comercio] verifique a su satisfacción que se ha cumplido la norma prevista en el artículo 771(5)(B)(iii).¹⁸⁸

¹⁸⁸ DAA, páginas 925 y 926 (anexo B a la Primera comunicación escrita del Canadá - Canadá - Prueba documental 2).

8.103 Como se recordará, el texto de la ley no trata de las limitaciones a la exportación propiamente dichas. No ocurre así con la DAA, pero cabe preguntarse si los comentarios relativos a las subvenciones indirectas y a las limitaciones a la exportación que figuran en ese texto son de carácter imperativo, es decir, si equivalen a una *imposición* al Departamento de Comercio para que interprete la ley de modo que las limitaciones a la exportación reciban el trato de contribuciones financieras. Para que esto fuera así, la DAA tendría que crear una obligación vinculante para el Departamento de Comercio de interpretar el artículo 771(5)(B)(iii) de modo que las limitaciones a la exportación satisfagan la condición prevista (que recoge esencialmente los requisitos del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del Acuerdo SMC).

8.104 A este respecto, la DAA parece poner de manifiesto una cierta tensión entre dos propuestas o temas. Por una parte, algunos pasajes hacen pensar que el Departamento de Comercio seguirá ateniéndose a su práctica anterior, consistente en tratar las limitaciones a la exportación como subvenciones susceptibles de compensación si confieren un beneficio y son específicas. En particular, la DAA expresa la opinión de la Administración, según la cual el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del Acuerdo SMC abarca prácticas de subvención indirecta análogas a aquellas respecto de las cuales el Departamento de Comercio adoptó medidas compensatorias en el pasado, en particular en los casos *Cuero procedente de la Argentina* ("Cuero")¹⁸⁹, y *Ciertos productos de maderas blandas para construcción procedentes del Canadá* ("Maderas para construcción").¹⁹⁰ Por otra parte, hay partes de las que se infiere que esto sólo se producirá cuando se cumpla la nueva condición. La práctica anterior no se seguirá si resultara "incompatible con la definición contenida en el proyecto de ley". Esta práctica sólo se seguirá cuando el Departamento de Comercio verifique a su satisfacción que se ha cumplido la norma prevista en el artículo 771(5)(B)(iii). Como el mencionado artículo prescribe una nueva condición, incluido el hecho de encomendar u ordenar a una entidad privada que haga una contribución financiera, es evidente que la práctica del pasado no puede seguir aplicándose sin modificación. En el período posterior a la OMC, el Departamento de Comercio debe preguntarse algo que anteriormente no se preguntaba, a saber, si se cumplen las condiciones del artículo 771(5)(B)(iii). Sólo si la respuesta es afirmativa podrá constatarse la existencia de una subvención.

8.105 Tras una lectura detenida llegamos a la conclusión de que la indicación de la DAA de que en el futuro la Administración sólo seguirá su práctica anterior *en la medida en que no haya ninguna incompatibilidad con la definición de subvención de la URAA*, es correcta. La expresión "de no existir esta incompatibilidad" supedita expresamente la continuación de la práctica compensatoria anterior a la OMC, a su compatibilidad con la nueva ley, y concretamente con la definición de subvención de ésta. Con respecto a los casos *Cuero* y *Maderas para construcción*, la DAA indica que "esos tipos de subvenciones indirectas seguirán siendo susceptibles de compensación, a condición de que [el Departamento de Comercio] verifique a su satisfacción que se ha cumplido la norma prevista en el artículo 771(5)(B)(iii)". Estos términos confirman ulteriormente que el Departamento de Comercio ha de aplicar la definición de subvención prevista en la ley.

¹⁸⁹ El caso *Cuero* trataba, entre otras cosas, de un embargo gubernamental sobre las exportaciones de cueros vacunos, del cual se constató que era una subvención a los productores de cuero, susceptible de compensación, porque surtía un "efecto directo y apreciable" en los precios de los cueros y, por consiguiente, beneficiaba a los productores de este material (55 *Federal Register* N° 191, página 40213 - Canadá - Prueba documental 13).

¹⁹⁰ El caso *Maderas para construcción* trataba, entre otras cosas, de ciertas limitaciones a la exportación de trozas, que se constató constituían subvenciones a los productores de maderas para construcción, susceptibles de compensación, porque surtían un "efecto directo y apreciable" en los precios de las trozas, y por consiguiente beneficiaban a los productos de maderas para construcción (57 *Federal Register* N° 103, páginas 22609-22610 - Canadá - Prueba documental 14).

8.106 Por estos motivos, llegamos a la conclusión de que la DAA no impone al Departamento de Comercio que interprete la ley de modo que las limitaciones a la exportación reciban el trato de contribuciones financieras.

iii) *El Preámbulo a la reglamentación estadounidense de los derechos compensatorios*

a) Su condición jurídica en el derecho interno de los Estados Unidos

8.107 Pasamos a considerar ahora la condición jurídica en el derecho interno de los Estados Unidos del Preámbulo de la reglamentación estadounidense de los derechos compensatorios. En particular, consideraremos si el Preámbulo tiene una vida operacional independiente y puede dar lugar, por sí solo, a las violaciones alegadas por el Canadá.

8.108 Los Estados Unidos explican que en 1995, a raíz de la promulgación de la *URAA*, el Departamento de Comercio inició un proceso de revisión de sus reglamentaciones en materia de derechos antidumping y medidas compensatorias, con objeto de ponerlas en conformidad con la *URAA* y, en algunos casos, simplificar las disposiciones de la ley. El Departamento publicó su reglamentación definitiva de los derechos compensatorios algunos años después, en 1998, tras haber recibido y analizado los comentarios presentados sobre las reglamentaciones propuestas, que se habían publicado en 1997. El Preámbulo a la reglamentación contiene, entre otras cosas, la respuesta del Departamento de Comercio a esos comentarios, incluidos los relativos a las subvenciones indirectas en general y a las limitaciones a la exportación en particular. El Canadá observa que la reglamentación se promulgó de conformidad con la *Ley de procedimiento administrativo ("LPA")*, que regula la actividad reglamentaria del organismo federal estadounidense, prescribe un procedimiento de aviso y comentarios y dispone que la reglamentación definitiva ha de ir acompañada de un preámbulo que exponga su fundamento y finalidad y del examen razonado, por parte del organismo, de los comentarios recibidos acerca del proyecto de reglamentación.

8.109 El Canadá sostiene que el Preámbulo "forma parte integrante de la reglamentación, y los tribunales estadounidenses lo reconocen y utilizan como tal"¹⁹¹, y cita a este respecto diversas decisiones de los tribunales de los Estados Unidos. El Canadá considera que el Preámbulo es vinculante, y no está de acuerdo con los Estados Unidos en que la condición jurídica de un preámbulo de una reglamentación sea de menor nivel que la propia reglamentación. Según el Canadá, este argumento ignora el marco administrativo en el que los organismos estadounidenses promulgan las reglamentaciones. El Canadá sostiene que la *LPA* prevé expresamente que "el organismo incorporará a los reglamentos adoptados una declaración general sucinta de su fundamento y finalidad", que suele llamarse preámbulo.¹⁹² El Canadá cita en particular la siguiente declaración del Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos:

"Estas reglamentaciones fueron autorizadas expresamente por el Congreso y, a juicio de la delegación del Congreso, a las reglamentaciones [del Departamento de Justicia] debe reconocérseles 'un peso determinante, salvo [que sean] arbitrarias, caprichosas o manifiestamente contrarias a la ley'. Lo propio puede decirse del preámbulo o el comentario que acompaña a las reglamentaciones, ya que los dos forman parte de la interpretación oficial de la legislación, [por parte del Departamento de Justicia]."¹⁹³

¹⁹¹ Primera comunicación escrita del Canadá, párrafo 43.

¹⁹² Respuesta del Canadá a la solicitud de resoluciones preliminares de los Estados Unidos, párrafo 26.

¹⁹³ *Id.*, párrafo 27.

8.110 Por último, el Canadá estima que el Departamento de Comercio, en sus determinaciones relativas a los derechos compensatorios, considera en todo momento que el Preámbulo es parte integrante de la reglamentación, y le atribuye una autoridad jurídica equivalente a otras secciones de ésta. El Canadá indica que cuando en el Preámbulo se trata una cuestión, el Departamento de Comercio suele aplicar sus disposiciones para resolver cuestiones planteadas en investigaciones sobre derechos compensatorios o exámenes administrativos.

8.111 Los Estados Unidos afirman que sólo la propia reglamentación, y no su Preámbulo, tiene fuerza de ley, lo que significa que aunque el Preámbulo indicase que el Departamento de Comercio está obligado a dar a las limitaciones a la exportación el trato de subvenciones, en el derecho estadounidense esta disposición no sería vinculante para el Departamento. Según los Estados Unidos, el Preámbulo "es prueba de la comprensión contemporánea de sus normas propuestas por parte de un organismo" y "puede consultarse para determinar la interpretación adecuada de las reglamentaciones de un organismo"; a este respecto se citan varias decisiones de los tribunales estadounidenses.¹⁹⁴ Los Estados Unidos sostienen que un tribunal estadounidense ha constatado que "la terminología del preámbulo de una reglamentación no determina la terminología de la propia reglamentación" y, a su juicio, "tampoco determina, ciertamente, una ley".¹⁹⁵ Los Estados Unidos entienden que, como el Departamento de Comercio no promulgó una reglamentación sobre el tema de las subvenciones indirectas en general, o las limitaciones a la exportación en particular, el Preámbulo ni siquiera puede utilizarse como instrumento de interpretación en el caso que nos ocupa, porque no existe ninguna reglamentación que interpretar. Según los Estados Unidos, el Preámbulo es "en el mejor de los casos ... una declaración no vinculante del Departamento de Comercio sobre sus opiniones en aquel momento acerca del alcance del artículo 771(5)(B)(iii)¹⁹⁶ y "una expresión de las reflexiones aproximativas [del Departamento de Comercio]".¹⁹⁷ En cuanto a las referencias al Preámbulo en las determinaciones del Departamento, los Estados Unidos afirman que "existe una gran diferencia entre citar el Preámbulo como explicación resumida de las razones que han inducido al Departamento de Comercio a hacer una determinación particular, y citarlo como autoridad vinculante".¹⁹⁸

8.112 Recordemos que, como indicó el Canadá, la *LPA* dispone concretamente que "el organismo incorporará a la reglamentación adoptada una declaración general sucinta que indique su fundamento y finalidad"; esta declaración suele llamarse Preámbulo.¹⁹⁹ Podemos concebir, desde luego, una declaración general de este tipo como una indicación del contexto en el que se prepararon determinadas reglamentaciones, como un medio de plasmar las opiniones del organismo promulgador acerca de las interpretaciones y las metodologías previstas en las reglamentaciones, e incluso como una guía para interpretación de éstas. En la medida en que un Preámbulo se refiere a la ley, así como al correspondiente reglamento que acompaña, cabe prever que ofrezca orientaciones para la interpretación de la ley.

8.113 Sin embargo, no nos parece que una "declaración general del fundamento y finalidad" de las reglamentaciones pueda gozar de la misma condición operativa que las propias reglamentaciones, es decir, que el Preámbulo pueda contener reglas *distintas* de las reglamentaciones, que surtan un efecto

¹⁹⁴ Solicitud de resoluciones preliminares de los Estados Unidos, párrafo 81.

¹⁹⁵ *Id.*

¹⁹⁶ *Id.*, párrafo 82.

¹⁹⁷ Declaración oral de los Estados Unidos en la primera reunión del Grupo Especial, párrafo 28.

¹⁹⁸ Declaración oral de los Estados Unidos en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 49.

¹⁹⁹ Respuesta del Canadá a la solicitud de resoluciones preliminares de los Estados Unidos, párrafo 26.

operativo *independiente* en el organismo de que se trate. Sólo en este caso podría la declaración general (el Preámbulo) dar lugar independientemente a una violación de las normas de la OMC. Además, aunque hemos tomado nota de la expresión "incorporar en las reglamentaciones", de la *LPA*, consideramos que, por su propia naturaleza, una "declaración general del fundamento y finalidad" de la reglamentación, aunque esté "incorporada" a ella, sólo podría informar al lector de la razón de ser de las reglamentaciones y de las interpretaciones y metodologías en ellas contenidas. Es decir, no estamos convencidos de que la indicación según la cual una declaración general de fundamento y finalidad "está incorporada al reglamento" confiera automáticamente a dicha declaración la misma condición operativa y efecto que las propias reglamentaciones. Además, el Preámbulo no fue sometido a un proceso de aprobación comparable al que conoció la DAA, ni al proceso de aviso y comentario del que fueron objeto las propias reglamentaciones. En efecto, diríase que buena parte del Preámbulo no es más que una constancia escrita de este proceso.

8.114 En cuanto a su descripción de dicho proceso, el Preámbulo indica que: i) el Departamento de Comercio ha decidido *no* promulgar una norma con respecto a la fórmula "encomienda u ordena", y ii) el Departamento de Comercio cree, en cambio, que debería atenerse a la directiva de la DAA en el sentido de considerar las subvenciones indirectas (bajo cuyo epígrafe el Departamento de Comercio incluye las limitaciones a la exportación) caso por caso²⁰⁰ (*véase* el párrafo 8.115, *infra*). Así pues, el Preámbulo establece claramente que no se ha adoptado ninguna reglamentación específica, y a continuación incorpora, por referencia, la directiva de interpretación de la DAA con respecto a las limitaciones a la exportación, y se subordina a ella. Hemos de concluir pues que el Preámbulo no tiene una vida operativa propia: *no hace nada*. Sin embargo, no tenemos razón alguna para excluirlo del examen, en su condición de posible orientación interpretativa del tratamiento de las limitaciones a la exportación en las investigaciones estadounidenses sobre derechos compensatorios que se hagan de conformidad con el artículo 771(5)(B)(iii).

b) Disposiciones del Preámbulo respecto de las limitaciones a la exportación

8.115 En cuanto a la terminología del Preámbulo en relación con el trato de las limitaciones a la exportación, observamos ante todo que el Departamento de Comercio indica en el Preámbulo que prefirió no adoptar una reglamentación acerca de las limitaciones a la exportación, o más en general de los términos "subvenciones indirectas" o "encomienda u ordena". El Preámbulo explica que esto fue debido en parte a que el Departamento de Comercio lo consideró innecesario y porque la DAA ya contenía ejemplos de las clases de "subvenciones indirectas" que podían quedar comprendidas en los términos de la ley, y también a que la DAA "ordena" al Departamento de Comercio que proceda caso por caso:

"En nuestro proyecto de reglamentación de 1997 no nos ocupamos en detalle de las subvenciones indirectas. Observamos, no obstante, que la DAA ordena [al Departamento de Comercio] que proceda caso por caso ...

...

La fórmula 'encomienda u ordena' puede tener muchos significados. Por ello, no creemos que sea adecuado hacer una definición precisa de dicha fórmula a los efectos de esta reglamentación. Creemos más bien que deberíamos atenernos a la directiva de la DAA y examinar las subvenciones indirectas caso por caso.

...

²⁰⁰ *Regulations*, 63 *Federal Register*, página 65349 (anexo C de la Primera comunicación escrita del Canadá - Canadá - Prueba documental 3).

La DAA ... enumera varios casos en los que [el Departamento de Comercio] constató la existencia de subvenciones indirectas, y que sirven de ejemplo de situaciones en las que, a nuestro juicio, la ley permitiría [al Departamento de Comercio] alcanzar el mismo resultado.²⁰¹

Así pues, como hemos señalado anteriormente el Preámbulo incorpora simplemente las disposiciones por referencia, y se subordina a la DAA respecto de la interpretación de los elementos definitorios de una "subvención", en particular el significado de "encomienda u ordena".

8.116 En lo relativo más concretamente a las limitaciones a la exportación, el Preámbulo dice lo siguiente:

"En cuanto a las limitaciones a la exportación, aunque pueden imponerse para limitar la capacidad exportadora de las partes, también pueden inducir a estas partes, en determinadas circunstancias, a suministrar el producto objeto de la limitación a compradores nacionales por una remuneración inferior a la que sería adecuada ... Si en el futuro el Departamento de Comercio investiga situaciones y hechos similares a los de los casos *Maderas para construcción* y *Cuero*, la nueva ley le permitiría alcanzar el mismo resultado."²⁰²

Está claro que la expresión "permitiría" no conlleva una idea de *imposición*. A nosotros nos parece que esta declaración refleja la opinión o creencia del Departamento de Comercio de que, con la nueva ley, *podría* seguir dando a las limitaciones a la exportación el trato de subvenciones susceptibles de compensación, y no que esté *obligado* a hacerlo.

8.117 Es cierto que el Preámbulo expresa la opinión de que hay circunstancias análogas a las de los casos *Cuero* y *Maderas para construcción*, en las que el Departamento de Comercio podría llegar a la conclusión de que una limitación de las exportaciones constituye una contribución financiera. No obstante, según el argumento del caso *Cuero*, que se esgrimió también en el caso *Maderas para construcción*, para que existiera una subvención debían cumplirse dos condiciones: la especificidad y el beneficio.²⁰³ En ninguno de estos casos fue necesario, como lo es hoy, considerar por separado si existía una contribución financiera: ahora esto constituye un elemento esencial de una "subvención", a tenor del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC.

8.118 Sin embargo, nosotros concedemos importancia al hecho de que en el Preámbulo haya referencias a las orientaciones de la DAA para interpretar los conceptos de subvenciones indirectas y limitaciones a la exportación. Por los motivos indicados en el párrafo 8.105, hemos llegado a la conclusión de que la DAA señala correctamente que la norma suprema es el artículo 771(5)(B)(iii), que prevé el criterio de la contribución financiera. Por consiguiente, el Preámbulo, al igual que la DAA, garantiza que el Departamento de Comercio aplicará el criterio de la contribución financiera.

²⁰¹ *Regulations*, 63 *Federal Register*, páginas 65349-65350 (anexo C - Canadá - Prueba documental 3).

²⁰² *Id.*, página 65351.

²⁰³ Como observó el Departamento de Comercio en relación con el caso *Maderas para construcción*: "La argumentación en que se basaba esta determinación [*Cuero*] era que: 1) el embargo sobre los cueros sin curtir 'regía solamente para los cueros vacunos [sin curtir], que se vendían principalmente, si no exclusivamente, a curtidores [y, por consiguiente,] se limitaba a una industria concreta', y 2) el embargo de las exportaciones 'hizo que los precios de los cueros fueran más bajos de lo que hubieran sido de no aplicarse el embargo' y, por consiguiente, permitieron a los curtidores vender el producto acabado -el cuero- a un precio más bajo" (57 *Federal Register*, N° 103, página 22606 - Canadá - Prueba documental 14).

8.119 Hasta ahora la terminología del Preámbulo, lejos de hacernos dudar de nuestra conclusión sobre la interpretación de la ley, es totalmente coherente con esta conclusión, o sea, que la legislación estadounidense no obliga al Departamento de Comercio a dar a las limitaciones a la exportación el trato de contribuciones financieras.

iv) *La "práctica" de los Estados Unidos*

8.120 El Canadá define la "práctica" de los Estados Unidos como "un compromiso institucional de atenerse a interpretaciones o metodologías declaradas, que se refleja en determinaciones acumulativas".²⁰⁴ El Canadá considera que existe una "práctica" administrativa de los Estados Unidos consistente en tratar las limitaciones a la exportación como si cumplieren la condición de "contribución financiera" del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del Acuerdo SMC; según el Canadá, esta "práctica" viene definida en gran parte por la práctica estadounidense anterior a la OMC de compensar las limitaciones a la exportación que "den lugar directamente a un beneficio apreciable". A este respecto, citando los casos *Cuero y Maderas para construcción*, el Canadá sostiene que, si bien en estos casos la práctica debería haber sido irrelevante después de la entrada en vigor del Acuerdo SMC, la DAA dispone expresamente que ha de continuar aplicándose con el Acuerdo SMC y con la nueva legislación estadounidense en materia de derechos compensatorios.

8.121 El Canadá considera además que las determinaciones del Departamento de Comercio en los casos *Acero inoxidable*, de Corea, y *Ganado en pie procedente del Canadá*, confirman la opinión del Departamento de que sus reglamentaciones, como la DAA, excluyen toda consideración discrecional de la "contribución financiera" en caso de haber "subvenciones indirectas". No obstante, el Canadá establece claramente que, si bien la práctica está relacionada con el precedente, la "práctica" estadounidense objeto de su reclamación no consiste en determinaciones individuales en casos de derechos compensatorios. Por consiguiente, los argumentos del Canadá con respecto a la "práctica" estadounidense parecen basarse esencialmente en dos elementos -referencias a ciertos casos de derechos compensatorios anteriores a la OMC en la DAA y el Preámbulo, y algunos de estos casos posteriores a la OMC- que juntos constituyen en la práctica el "compromiso institucional" a que hace referencia el Canadá.

8.122 Aunque reconoce que una "práctica" identificada en una determinación [del Departamento de Comercio] se diferencia de una "legislación" en que no es legislativa y no se ha promulgado válidamente como norma legislativa²⁰⁵, el Canadá trata de persuadir al Grupo Especial de que la "práctica" estadounidense tiene una existencia operativa propia, alegando que "los organismos, [entre ellos el Departamento de Comercio] siguen normalmente los precedentes de anteriores determinaciones, y los tribunales estadounidenses les exigen que lo hagan si no se ha dado una explicación razonada".²⁰⁶

8.123 Nosotros creemos que, de cualquier modo que se exprese, la noción canadiense de la "práctica" estadounidense es imprecisa. Dado que el Canadá no ha explicado claramente a qué se refiere cuando utiliza el término "práctica"²⁰⁷, nos resulta muy difícil concebir la "práctica" como una medida en esta diferencia, sea cual fuere la fórmula adoptada por el Canadá.

²⁰⁴ Respuesta del Canadá a la pregunta 16 c) del Grupo Especial, después de la primera reunión.

²⁰⁵ Respuesta del Canadá a la pregunta 14 del Grupo Especial, después de la segunda reunión.

²⁰⁶ Respuesta del Canadá a la pregunta 15 del Grupo Especial, después de la segunda reunión.

²⁰⁷ Mencionemos aquí, a título de ejemplo, la declaración del Canadá de que la práctica es "simplemente lo que el organismo hace de manera sistemática" (respuesta del Canadá a la pregunta 14 del Grupo Especial, después de la segunda reunión).

8.124 En lo relativo a las referencias en la DAA y el Preámbulo a los casos de derechos compensatorios estadounidenses anteriores a la OMC, el Canadá aduce que "la práctica anterior a la OMC se trasladó a la ley y la práctica posteriores a la OMC en virtud de la DAA y el Preámbulo".²⁰⁸ No obstante, nosotros entendemos que estas referencias no constituirían una "práctica" de los Estados Unidos, sino que simplemente formarían parte de la DAA y el Preámbulo. Es decir, no vemos cómo una práctica anterior cualquiera, *incorporada* a la DAA o el Preámbulo, podría constituir una medida con una existencia independiente de la DAA y el Preámbulo.

8.125 En lo referente a la "práctica" derivada de los casos de derechos compensatorios posteriores a la OMC, aunque el Canadá podría tener razón, en principio, cuando dice que "con frecuencia se elaborará una interpretación o metodología en un caso o grupo de casos, que se convertirá en la "práctica" seguida en los casos subsiguientes"²⁰⁹, este principio no es directamente aplicable a la actual diferencia porque no ha habido ningún caso posterior a la OMC en el que los Estados Unidos hayan adoptado una medida compensatoria con respecto a una limitación de las exportaciones. Es más, aunque hubiera habido casos de esta índole, y el Departamento de Comercio hubiera establecido las metodologías de aplicación "normal" en estos casos, el Canadá admite que, con arreglo al derecho estadounidense, el Departamento de Comercio podría dejar de aplicar estas metodologías siempre y cuando explicase por qué lo hace.²¹⁰

8.126 Así pues, aunque el Canadá pueda estar en lo cierto cuando afirma que, en derecho estadounidense, "la práctica debe seguirse normalmente, y por consiguiente los afectados por la legislación estadounidense [en materia de derechos compensatorios] ... tienen razones para esperar que se siga"²¹¹ es posible dejar de aplicar la práctica anterior siempre y cuando se dé una explicación razonada, que impida que esta práctica adquiera una condición operativa independiente en el sentido de *hacer* algo o *exigir* alguna acción en particular. Decir que una práctica particular que el Departamento de Comercio sigue "normalmente" crea expectativas por parte de los gobiernos extranjeros, los exportadores, los consumidores y los peticionarios no basta para atribuir a esta práctica una existencia operativa independiente. Tampoco vemos cómo las referencias a esta práctica en las determinaciones del Departamento de Comercio pueden conferir un "efecto jurídico a esa "práctica" como factor determinante de las interpretaciones y metodologías aplicadas".²¹² Por consiguiente, no parece que la "práctica" estadounidense revista una condición operativa independiente que pueda dar lugar a una violación de la OMC, como afirma el Canadá.

8.127 Además, aunque después de la creación de la OMC no ha habido ningún caso en el que los Estados Unidos hayan compensado una limitación de las exportaciones, el Canadá sostiene que hay una práctica pertinente posterior a la OMC en varios casos concretos. Afirma en particular que la incoación del caso *Ganado en pie* se basó explícitamente en decisiones anteriores a la OMC (en los casos *Cuero y Maderas para construcción*) y que, en los casos sobre *Acero inoxidable*, de Corea, el Departamento de Comercio estableció claramente que aplicaría la misma norma que se aplicaba antes de la OMC a las "subvenciones indirectas". A juicio del Canadá, "la decisión de incoar el caso *Ganado en pie* tiene valor como precedente, porque refleja la decisión [del Departamento de Comercio] de que se ha cumplido la norma de que haya "pruebas suficientes" de todos los elementos de una subvención susceptible de medidas compensatorias, incluida la contribución financiera. Así

²⁰⁸ Respuesta del Canadá a la pregunta 15 del Grupo Especial, después de la segunda reunión.

²⁰⁹ Respuesta del Canadá a la pregunta 16 c) del Grupo Especial, después de la primera reunión.

²¹⁰ Respuesta del Canadá a la pregunta 15 del Grupo Especial, después de la segunda reunión.

²¹¹ Respuesta del Canadá a la pregunta 14 del Grupo Especial, después de la segunda reunión.

²¹² Segunda comunicación escrita del Canadá, párrafo 40.

pues, si bien una decisión de iniciar una investigación podría no tener el mismo valor como precedente que una determinación definitiva, al aplicarse una norma diferente, con ambos criterios deben concurrir los mismos elementos jurídicos".²¹³ Nosotros observamos, empero, que en el caso *Ganado en pie* el Departamento de Comercio ni siquiera se refirió a la posibilidad de que la limitación de las exportaciones constituyera una contribución financiera, constatando la inexistencia de beneficio. En cuanto a los casos del *Acero inoxidable*, como la práctica en cuestión no consistía en limitar las exportaciones, sino que tenía que ver con la distribución del crédito, no vemos la relación, de haberla, con el trato de las limitaciones a la exportación. Por consiguiente, no puede considerarse que estos casos reflejen una "práctica" estadounidense posterior a la OMC de tratar las limitaciones a la exportación como contribuciones financieras.

8.128 Por último, observamos que el Canadá sostiene que la "práctica 'se consigna normalmente por escrito', en forma de un 'compromiso institucional'".²¹⁴ Sin embargo, no explica cómo ocurre ello en la presente diferencia, salvo en la vaga declaración de que la "práctica" se "refleja en las reglamentaciones del Departamento de Comercio cuando son promulgadas". No vemos pues cómo o dónde podría expresarse este "compromiso institucional".

8.129 Por todo ello, consideramos que *no* se nos ha sometido una medida en forma de "práctica" estadounidense, en el sentido utilizado por el Canadá, que exija el trato de las limitaciones a la exportación como contribuciones financieras. Tampoco, dado que el Canadá no ha descrito concretamente en qué consiste la "práctica" estadounidense, puede una "práctica" de los Estados Unidos servir de orientación interpretativa en esta diferencia. Así pues, la práctica, en el sentido en que emplea esta palabra el Canadá, no puede exigir ningún trato particular de las limitaciones de la exportación en las investigaciones sobre derechos compensatorios de los Estados Unidos.

v) *Resumen*

8.130 Hemos constatado que, de las medidas a que se refieren las reclamaciones del Canadá, sólo la ley tiene una vida operativa independiente. No obstante, también hemos constatado que la ley debe leerse a la luz de la DAA, y por ello nos hemos basado en este instrumento como principal orientación interpretativa. Hemos llegado a la conclusión de que la ley, leída a la luz de la DAA, no exige el trato de las limitaciones a la exportación como contribuciones financieras en las investigaciones sobre derechos compensatorios. Hemos constatado también que el Preámbulo, aunque podría proporcionar orientación es para interpretar la ley, de hecho aporta poco o nada a este respecto; no obstante, lo que dice en relación con el trato de las limitaciones a la exportación es coherente con nuestra conclusión acerca de la ley, leída a la luz de la DAA. Por último, recordamos que el Canadá no ha descrito de manera clara o concreta lo que entiende por "práctica" estadounidense, ni ha indicado de qué modo una práctica de este tipo puede tener una condición operativa independiente, o proporcionar orientaciones interpretativas (vinculantes o no) sobre el tratamiento de las limitaciones de la exportación en las investigaciones de derechos compensatorios. Así pues, no estando convencidos de que exista una "práctica" en el sentido que da el Canadá a esta palabra, hemos de deducir que la práctica no puede exigir ningún trato particular de las limitaciones a la exportación en las investigaciones sobre derechos compensatorios de los Estados Unidos.²¹⁵

²¹³ Respuesta del Canadá a la pregunta 15 del Grupo Especial, después de la segunda reunión.

²¹⁴ Respuesta del Canadá a la pregunta 14 del Grupo Especial después de la segunda reunión.

²¹⁵ Habida cuenta de nuestras constataciones en esta sección, no necesitamos ocuparnos -y no lo haremos- de la solicitud de resoluciones preliminares de los Estados Unidos, según la cual: 1) la DAA y el Preámbulo no están identificados como "medidas" en la solicitud de establecimiento de un grupo especial, en todo caso ninguna de ellas es una medida, y, por consiguiente, las reclamaciones al respecto no están comprendidas en las atribuciones del Grupo Especial; 2) la "práctica" estadounidense (anterior, presente o

d) Conclusión

8.131 Así pues, en resumidos términos nosotros constatamos que la ley -aunque se lea a la luz de la DAA y el Preámbulo- no impone el trato de las limitaciones a la exportación como contribuciones financieras (trato que, con todo, hemos constatado que violaría el Acuerdo SMC). En consecuencia, constatamos que el artículo 771(5)(B)(iii) de la *Ley de Aranceles* no viola, de por sí, el Acuerdo SMC, y rechazamos las reclamaciones del Canadá al amparo del artículo 1 del mencionado Acuerdo.

C. RECLAMACIONES AL AMPARO DE OTRAS DISPOSICIONES

8.132 Las reclamaciones del Canadá al amparo de los artículos 10 (y de los artículos 11, 17 y 19, en relación con el artículo 10) y 32.1 del Acuerdo SMC, por una parte, y del artículo 32.5 de este mismo Acuerdo y el artículo XVI.4 del Acuerdo sobre la OMC, por la otra, dependen por completo de la alegación de que el trato de las limitaciones a la exportación como contribuciones financieras es incompatible con la OMC, y de que la legislación estadounidense exige este trato, contrariamente a lo dispuesto en el artículo 1 del Acuerdo SMC. Habida cuenta de nuestra constatación de que, si bien este trato de las limitaciones a la exportación *es* incompatible con la OMC, la legislación estadounidense no lo *exige* y, por consiguiente, *no* se da esta incompatibilidad, no necesitamos considerar las reclamaciones del Canadá al amparo de estas disposiciones, y por consiguiente no lo haremos.

IX. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

9.1 Habida cuenta de las anteriores constataciones, llegamos a la conclusión de que:

- Una limitación de las exportaciones, como se define en la presente diferencia, no puede constituir un suministro de productos encomendado u ordenado por el gobierno en el sentido del inciso iv) y, por lo tanto, no constituye una contribución financiera en el sentido del párrafo 1 a) del artículo 1 del Acuerdo SMC.
- El artículo 771(5)(B)(iii), leído a la luz de la DAA y del Preámbulo de la reglamentación estadounidense de los derechos compensatorios, no es incompatible con el párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC al "exigir la imposición de derechos compensatorios contra prácticas que no son subvenciones en el sentido del párrafo 1 del artículo 1".

9.2 En lo relativo a las reclamaciones del Canadá que no se han tratado anteriormente, hemos llegado a la siguiente conclusión:

Habida cuenta de las consideraciones de economía procesal, no es necesario ni procedente hacer constataciones a este respecto.

9.3 Por consiguiente, no hacemos ninguna recomendación acerca de las obligaciones de los Estados Unidos en virtud del Acuerdo SMC y de los Acuerdos sobre la OMC.

futura) no es una medida que sea adecuada someter al Grupo Especial, y cualquier "práctica" que pueda existir no constituye un precedente vinculante, y 3) la "práctica" no fue descrita en la solicitud de consultas del Canadá, ni se consideró en las consultas; tampoco en la solicitud de establecimiento de un grupo especial se describió suficientemente la "práctica" estadounidense en cuestión, incumpliendo los artículos 4.7 y 6.2 del ESD, lo que significa, por tanto, que no era procedente someter la "práctica" al Grupo Especial.