

ANEXO B

RESÚMENES DE LAS DECLARACIONES ORALES
DE LAS PARTES - PRIMERA REUNIÓN

Índice		Página
Anexo B-1	Declaración oral de las Comunidades Europeas	B-2
Anexo B-2	Declaración oral de Corea	B-12

ANEXO B-1

DECLARACIÓN ORAL DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

(18 de marzo de 2004)

I. INTRODUCCIÓN

1. En su declaración oral, las CE responden en primer lugar a una serie de obstáculos procesales y de otro tipo que Corea trata de erigir para impedir la solución de este caso. Posteriormente comentan diversas cuestiones, pero dejan para el escrito de réplica la refutación completa de los numerosos argumentos de Corea.

II. LOS OBSTÁCULOS DE COREA

A. LA CARGA DE LA PRUEBA

2. Las CE aceptan plenamente que tienen la carga de acreditar *prima facie* sus alegaciones. Las CE han actuado basándose en el principio de que no es necesario exponer lo que es evidente. Esa prueba sólo es necesaria en la medida en que Corea refute de manera justificada lo que nosotros considerábamos que era evidente.

3. Por ejemplo, las CE consideran que basta simplemente con afirmar que los buques para el transporte de gas natural licuado (LNG) de las CE y de Corea compiten en el mismo mercado. De hecho, Corea incluso acepta que son *un producto*, haciendo así ocioso que las CE tengan que demostrar que los LNG coreanos compiten con los construidos por las CE en el mismo mercado. Como se explicará posteriormente, rechazamos la idea de que exista la obligación de establecer la "similitud"; no obstante, una vez que hay un producto como un LNG, los LNG procedentes de los Miembros son inevitablemente "similares" entre sí. Son el mismo producto. En la medida en que Corea tiene ahora problemas con otras declaraciones de hecho, por ejemplo las definiciones de otros tipos de buques, las CE responderán a ello de manera más completa *infra* y en los escritos de réplica.

4. Además, una vez que el reclamante ha acreditado *prima facie* una alegación y el demandado trata de refutarla afirmando un hecho adicional, recae en la parte que afirma ese hecho la carga de demostrarlo. Para ilustrar esto con otro ejemplo, las CE han presentado pruebas *prima facie* de que las ayudas a la reestructuración y otras subvenciones fueron una causa que contribuyó a la reducción de los precios en el mercado de LNG. Si Corea quiere refutar ese argumento afirmando la existencia de nuevos factores que pueden haber provocado una caída de los precios, ha de presentar pruebas de ello.

5. Las CE no aceptan que exista ninguna doctrina de la "fruta del árbol venenoso" en virtud de la cual no pueden basarse en absoluto (o al menos no en el caso de las alegaciones relativas a subvenciones a la exportación) en las pruebas obtenidas en el procedimiento del Anexo V porque supuestamente se obtuvieron de manera incorrecta. Como ha aclarado el Órgano de Apelación en numerosos casos, las dos partes están obligadas a colaborar en el establecimiento de los hechos. Esto es especialmente cierto en casos contra subvenciones que suelen guardar relación con hechos económicos complejos que pueden no estar fácilmente a disposición de la parte reclamante. Además, conviene señalar que según el artículo 13 del ESD los grupos especiales pueden recabar información del demandado en relación con subvenciones a la exportación. El procedimiento de acopio de información previsto en el Anexo V del *Acuerdo SMC* de hecho simplemente adelanta la aportación

de pruebas al período anterior al intercambio de comunicaciones entre las partes, en lugar de obtener la misma información del demandado en una etapa posterior del procedimiento del grupo especial.

B. SUBVENCIONES A LA EXPORTACIÓN Y RECURRIBLES - INSISTENCIA EN SUBVENCIONES Y EFECTOS ACTUALES

6. No existe ninguna norma en la OMC que disponga que se condona una violación una vez que ya es pretérita. Las obligaciones se redactan en el tiempo presente para expresar la intención de que se apliquen en todo momento: ¡en el pasado, en el presente y en el futuro!

7. Lógicamente, puede que no siempre sea posible reparar violaciones pasadas de obligaciones contraídas en el marco de la OMC. No obstante, en el presente procedimiento el mandato del Grupo Especial no le exige especificar qué medidas tendría que adoptar Corea para poner sus normas en conformidad con las obligaciones que le corresponden en el marco de la OMC.

C. ORGANISMO PÚBLICO Y "LE ENCOMIENDE Y ORDENE"

8. Nada en el artículo 1 del *Acuerdo SMC* limita los tipos de pruebas que se pueden utilizar para demostrar que una subvención, es decir, una transferencia de recursos económicos, puede estar vinculada al gobierno. En caso contrario la elusión sería fácil. Por el contrario, el artículo 1 del *Acuerdo SMC* se basa en cierta experiencia con las prácticas gubernamentales cuando se conceden subvenciones. Así pues, los gobiernos actúan frecuentemente por medio de organismos públicos o entidades privadas que formalmente no forman parte del gobierno. En lugar de exigir que cada transferencia de recursos se vincule retroactivamente al gobierno mediante un elemento de prueba, el artículo 1 del *Acuerdo SMC* presume que el dinero que distribuye un organismo público, o una entidad privada que es un mecanismo de financiación, siempre puede vincularse con el gobierno.

9. Así pues, la finalidad de los conceptos de "organismo público" y "entidad privada" es presumir la existencia de un vínculo con el gobierno en determinadas situaciones y de ese modo evitar la elusión. Toda contribución financiera concedida por un organismo público se imputa necesariamente al Estado. Igualmente, un beneficio otorgado por un mecanismo de financiación al que el gobierno realiza aportaciones se imputa legalmente a éste.

10. Corea no puede basarse en la resolución del Grupo Especial en el asunto *Estados Unidos - Limitaciones de las exportaciones* para respaldar su opinión de que debe haber pruebas de una acción explícita relativa a una transacción específica. Ese asunto se refería a una intervención general del gobierno en el mercado -limitaciones de las exportaciones para cierto producto- en contraposición a una acción específica de un gobierno en una situación específica.

11. El empleo de los términos "mecanismo de financiación", "encomiende" y "ordene" en el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del *Acuerdo SMC* indica que los gobiernos pueden usar muchos instrumentos distintos para hacer que una entidad privada transfiera recursos. Estos términos no deben interpretarse de manera restringida independientemente unos de otros. Su finalidad es abarcar todos los medios diferentes mediante los cuales los gobiernos pueden influir en el comportamiento de una entidad privada. Por consiguiente, de conformidad con el artículo II del *ESD*, a los grupos especiales se les encomienda la tarea de determinar las motivaciones de las entidades privadas para transferir los recursos. Si éstas pueden vincularse con una acción gubernamental tomando como base de todas las pruebas pertinentes -aunque sean pruebas indirectas, con inclusión de fuentes secundarias- esto es suficiente.

D. LA ALEGACIÓN DE COREA DE QUE LAS SUBVENCIONES A LA EXPORTACIÓN ESTÁN EXENTAS DE LAS DISCIPLINAS APLICABLES A LAS SUBVENCIONES RECURRIBLES

12. Los artículos 3 y 5 del *Acuerdo SMC* declaran ilegales distintas formas de actuación gubernamental. La prohibición absoluta de subvenciones a la exportación en el artículo 3 del *Acuerdo SMC* se dirige a cualquier subvención que esté supeditada a la exportación, independientemente de sus efectos comerciales reales. La obligación de no causar efectos desfavorables para los intereses de otros Miembros mediante el empleo de cualquier subvención (está o no supeditada a la exportación) exige que se demuestren ciertos efectos comerciales bien definidos. El Grupo Especial que se ocupó del asunto *Indonesia - Automóviles* ya reconoció que es posible la evaluación acumulativa de distintos tipos de subvenciones.

13. El argumento de Corea de que una infracción doble crearía una doble medida correctiva no prospera. Supongamos que Corea aplica una constatación desfavorable del Grupo Especial en el sentido de que los préstamos previos a la expedición del KEXIM son subvenciones prohibidas haciendo que dichos préstamos estén también disponibles para ventas a compradores nacionales. En tal caso, la subvención ya no estaría supeditada *de jure* a la exportación. Sin embargo, sigue siendo una subvención que beneficia a la producción de buques y continúa causando perjuicio grave. Determinar si un Miembro ha puesto todas sus subvenciones en conformidad con los artículos 3 ó 5 del *Acuerdo SMC* pueden plantear interrogantes nuevos y difíciles. No obstante, estos interrogantes han de resolverse en la etapa de aplicación y no son pertinentes para la cuestión anterior de demostrar infracciones de las normas de la OMC.

III. LA RECLAMACIÓN RELATIVA A SUBVENCIONES A LA EXPORTACIÓN

A. LOS TRES NIVELES DE LA RECLAMACIÓN DE LAS CE

1. Las transacciones individuales de subvenciones a la exportación

14. Las CE identificaron en su Primera comunicación escrita más de 200 casos individuales en los que el KEXIM ha concedido una subvención para la exportación de un buque. Corea aduce que sólo se pueden impugnar las subvenciones que existen actualmente.

15. Como se explica *supra*, las CE no consideran que se condone una violación una vez que ha pasado. Por consiguiente, las CE tienen derecho a que se constate que las 200 subvenciones a la exportación concedidas por el KEXIM que se han identificado específicamente violan el *Acuerdo SMC*.

2. Los programas de préstamos previos a la expedición y de garantías de reembolso de pagos anticipados (APRG)

16. No obstante, la eliminación (o expiración) de estas subvenciones a la exportación específicas no resolverá el problema subyacente, que es que el KEXIM seguirá concediendo subvenciones a la exportación para apoyar exportaciones futuras de buques coreanos.

17. Por esa razón las CE han impugnado también las subvenciones en un segundo nivel: el de los **programas** de préstamos previos a la expedición y de APRG.

18. Corea reconoce que "hasta marzo de 1998, el KEXIM no tenía en cuenta los riesgos crediticios para sus transacciones de APRG" y posteriormente sólo desarrolló gradualmente una política en materia de riesgo crediticio.

19. También en este caso las CE consideran que tienen derecho a que se constate que los programas de APRG y de préstamos previos a la expedición han sido incompatibles con el *Acuerdo SMC*. Que lo sean o no en la actualidad es una cuestión que corresponde a la etapa de aplicación de este procedimiento.

3. El marco legal

20. Los argumentos de Corea sirven para explicar la necesidad de abordar las causas fundamentales de la concesión de subvenciones a la exportación en Corea y no solamente las transacciones o programas específicos de subvenciones a la exportación, que se pueden modificar fácilmente en el futuro para evitar los defectos constatados al tiempo que se siguen concediendo subvenciones a la exportación.

21. Por esa razón las CE formularon también la reclamación relativa a subvenciones a la exportación en un tercer nivel, el de las normas que rigen el funcionamiento del KEXIM y le ordenan y permiten efectivamente que subvencione las exportaciones: la Ley, el Decreto y las Directrices sobre el tipo de interés del KEXIM. Las CE han demostrado que el KEXIM se creó para fomentar las exportaciones coreanas, recibe ingentes aportaciones de capital del Gobierno de Corea, no tiene que pagar ningún dividendo al Gobierno coreano, disfruta de una garantía ilimitada del Estado para sus deudas y déficit y se le prohíbe competir con los bancos comerciales. Esto lleva inevitablemente a subvencionar las exportaciones y, por consiguiente, según las CE, las disposiciones impugnadas de la Ley, el Decreto y las Directrices sobre el tipo de interés del KEXIM son incompatibles con el artículo 3 del *Acuerdo SMC*.

22. El principal argumento que esgrime Corea como respuesta es invocar la denominada "doctrina de la distinción entre imperativo y discrecional", basándose en el hecho de que, según Corea, ninguna de estas disposiciones impone específicamente la concesión de subvenciones a la exportación.

23. El Órgano de Apelación ha prevenido contra la aplicación mecánica de esta doctrina y también ha dejado claro que el análisis de una medida no puede terminar con la conclusión de que en cierto sentido es "discrecional". Es indispensable seguir analizando la medida para ver si las disposiciones tienen los efectos prohibidos.

24. Una razón fundamental de por qué la doctrina de la distinción entre imperativo y discrecional no puede ser una norma mecánica es que las medidas estatales siempre son, por definición, imperativas en cierto sentido y muy a menudo dejan ciertos elementos de discrecionalidad. Siempre hay algunas excepciones posibles a toda norma imperativa.

25. Las disposiciones de la OMC adoptan formas muy diferentes. Algunas están orientadas a los resultados (por ejemplo, "el trato no menos favorable"), mientras que otras están orientadas a un régimen (por ejemplo, las relativas a regímenes de investigación, transparencia e internos). Una disposición que prohíbe a los Miembros mantener planes o programas de determinado tipo se infringe claramente si existe dicho programa, aunque pueda no aplicarse.

26. Como han explicado las CE en su Primera comunicación escrita, el artículo 3 del *Acuerdo SMC*, y en particular el párrafo 2 de dicho artículo, están concebidos para impedir que se mantengan regímenes de subvenciones supeditadas a la exportación, además de la concesión de subvenciones individuales a la exportación.

27. En todo caso, las CE no aceptan que los programas de APRG y de préstamos previos a la expedición no sean "imperativos" en ningún sentido pertinente. Ante todo, la Ley, el Decreto y las Directrices sobre el tipo de interés del KEXIM son imperativos para éste. Se le "obliga" a utilizar los recursos estatales puestos a su disposición para llevar a cabo las funciones que se le atribuyen en sus

instrumentos rectores. Entre ellas figuran el fomento de las exportaciones y la concesión de asistencia financiera a los exportadores cuando ésta no está disponible de fuentes privadas, o no está suficientemente disponible o no lo está en condiciones tan beneficiosas.

28. Aunque no se indica expresamente en ninguna parte que el KEXIM ha de conceder préstamos o garantías, no creemos que los directivos del KEXIM permanecieran en sus puestos mucho tiempo si desafiaran los objetivos legales del KEXIM y dejaran inactivos los recursos confiados o los dedicaran para financiar importaciones o el comercio interno. En realidad, lo mismo ocurriría seguramente si el KEXIM utilizara sus recursos estatales desafiando la orden que figura en el artículo 24 de la Ley del KEXIM y compitiera con los bancos comerciales.

29. En consecuencia, las CE sostienen que el régimen legal del KEXIM prevé específicamente la concesión de subvenciones a la exportación y, de hecho, a todos los efectos prácticos, **impone** efectivamente dicha actuación. El objetivo mismo del KEXIM es ayudar a las exportaciones.

B. LAS CONSECUENCIAS DE UNA CONSTATAción DE QUE EL ARTÍCULO 3 DEL *ACUERDO SMC* NO ES APLICABLE A LAS MEDIDAS "DISCRECIONALES"

30. La posición de Corea permitiría que un Miembro de la OMC orientado a la exportación introdujera un programa por medio del cual el Ministro encargado del fomento de las exportaciones podría conceder la cantidad que considerara necesaria para asegurar que un exportador coreano ganara un contrato frente a la competencia exterior cuando estime que esto beneficia al interés nacional. Puesto que la concesión de la subvención no sería "imperativa" para el Ministro, según Corea el programa no infringiría el *Acuerdo SMC*. De ese modo los Miembros de la OMC estarían obligados a ejercitar una acción contra cada concesión de subvención una vez que se haya hecho. Y después sólo tendrían una victoria pírrica. Según Corea el propio programa no habría sido modificado porque seguiría siendo no imperativo.

C. ARGUMENTOS RELATIVOS A LAS CLÁUSULAS DE RESGUARDO

31. Los préstamos previos a la expedición y las APRG no están comprendidos en el ámbito del primer párrafo del punto k) (en el caso de los préstamos previos a la expedición) ni en el punto j) (en el caso de las APRG) del Anexo I del *Acuerdo SMC*.

1. Préstamos previos a la expedición

32. Corea intenta hacer pasar los créditos a los exportadores como créditos a la exportación en el sentido del punto k). Existe una distinción clara e importante entre estos dos conceptos.

33. El crédito a la exportación se concede a los *compradores*, no a los exportadores, *durante un período que se prolonga más allá del momento de la entrega*. La OCDE, por ejemplo, define el concepto de la siguiente manera:

En sentido amplio un crédito a la exportación se presenta bajo la forma de un mecanismo de seguro, de garantía o de financiación que permite al comprador extranjero de bienes y/o de servicios exportados diferir el pago durante cierto tiempo. ... Los créditos a la exportación pueden adoptar la forma de "créditos del proveedor" concedidos por el exportador o de "créditos al comprador, en cuyo caso es el banco del exportador el que presta al comprador (o a su banco).

34. En realidad, el hecho de que los créditos a la exportación sólo puedan adoptar la forma de "créditos del proveedor" o "créditos al comprador", como se define *supra*, es "el entendimiento compartido" de todos los países de la OCDE que tienen industria de construcción naval, incluida

Corea. El concepto se consideró tan evidente que en el último debate sobre un texto revisado del "Acuerdo sectorial relativo a los créditos a la exportación de buques" las partes convinieron en no incluir en el texto una referencia específica.

35. Este entendimiento del sentido del concepto de créditos a la exportación también ha estado implícito en la jurisprudencia de la OMC que analiza la aplicabilidad del punto k) de la Lista ilustrativa.

36. En cambio, los préstamos previos a la expedición de Corea son préstamos a la producción concedidos a fabricantes que se dedican a exportar ciertos bienes de capital desde Corea, con independencia de cualquier crédito concedido al comprador (que puede desconocer por completo este préstamo concedido al exportador). Además, el período del préstamo está estrechamente relacionado con la fecha de entrega (de ahí el nombre de "préstamos *previos a la expedición*"). Las características indicadas no son propias de los créditos a la exportación, que se conceden directa o indirectamente a los compradores más allá de la fecha de entrega. El punto k) sencillamente no es aplicable a los préstamos previos a la expedición de Corea.

2. APRG

37. De la misma manera, las APRG no son garantías del crédito a la exportación ni, como Corea aduce subsidiariamente, sistemas de garantías contra alzas en los costes. Las APRG son en cambio garantías de créditos concedidos a fabricantes exportadores de Corea.

38. Las garantías del crédito a la exportación son las concedidas a un *banco* o al *exportador* para garantizar que el comprador extranjero reembolsará el crédito a la exportación que se le ha concedido. Las APRG, en cambio, se ponen a disposición de *compradores* extranjeros para garantizar el reembolso de las cantidades pagadas antes de la entrega de un bien de capital en caso de incumplimiento del fabricante exportador.

39. Corea intenta basarse, subsidiariamente, en otro elemento del punto j) y presentar las APRG como un sistema de garantías contra alzas en el coste de los productos exportados.

40. El punto j) está redactado para abarcar sistemas de garantías *contra* alzas en el coste de los productos exportados. Lo que ha de quedar abarcado es un alza en el coste del *producto* exportado, no los *gastos* generales del exportador ni los riesgos crediticios asumidos por el comprador.

41. La amplia interpretación de Corea permitiría que cualquier subvención concedida al exportador o a los productos exportados que esté formulada como un "sistema de garantías" quedara abarcada por el punto j) puesto que cualquiera de esas subvenciones tenderá a reducir el coste de producir los productos exportados en el caso del exportador o el coste de comprar los productos exportados en el caso del comprador.

IV. LA RECLAMACIÓN RELATIVA A SUBVENCIONES RECURRIBLES

A. SUBVENCIONES EN EL SENTIDO DEL ARTÍCULO 1 DEL ACUERDO SMC

1. Contribución financiera

42. El Gobierno de Corea controló la renegociación de la deuda de Daewoo incluso al nivel del *Convenio de Reestructuración Empresarial*. Mediante ese Convenio, los bancos nacionales habían renunciado en lo esencial a su derecho a actuar de manera plenamente independiente al comprometerse a la renegociación de la deuda como solución a la quiebra y al someterse ellos mismos a sanciones en caso de incumplimiento del Convenio. El hecho de que el *Convenio de Reestructuración Empresarial* se negociara y firmara en el plazo de una semana demuestra que las instituciones financieras no lo hicieron *voluntariamente*.

43. Las CE han presentado pruebas generales convincentes acerca de cómo el Gobierno coreano influyó en la adopción de decisiones de los bancos privados mediante el folleto del Kookmin Bank. Además, organismos públicos como el KEXIM, KDB y KAMCO eran acreedores principales o importantes de cada uno de los astilleros. Si no hubieran ejercido su derecho de voto ninguna de las medidas de reestructuración habría obtenido la aprobación necesaria.

2. Puntos de referencia en cuanto al beneficio

44. Los acreedores extranjeros son el único punto de referencia comercial verdadero. La única diferencia clave entre los acreedores nacionales y extranjeros en este caso era que los extranjeros "actuaron de manera independiente y en interés propio". Su comportamiento sirve como punto de partida para considerar si el arbitrio de los acreedores coreanos en los procedimientos de renegociación de la deuda se vio limitado por el interés gubernamental en rescatar a las empresas.

45. Corea no puede refutar esa prueba de concesión de subvenciones alegando que la renegociación de la deuda que aceptaron los acreedores coreanos se basó en los resultados de una evaluación llevada a cabo por asesores financieros profesionales (Arthur Andersen) y en sus conclusiones de que el valor en funcionamiento de la empresa deudora era mayor que el valor de liquidación, lo que hacía que la empresa deudora fuera viable. Las CE discrepan del informe de Arthur Andersen por varias razones y demuestran que la decisión de proceder a la reestructuración de Daewoo, en lugar de liquidarla, estaba preconcebida y que dicho informe no es más que una aprobación rutinaria y ciertamente no una prueba de que acreedores que actuaran en condiciones comerciales habrían optado por la reestructuración.

B. PERJUICIO GRAVE

1. En el mismo mercado

46. A diferencia de las disposiciones de los párrafos 3 a), b) y d) del artículo 6 del *Acuerdo SMC*, el párrafo 3 c) de dicho artículo no contiene ninguna limitación geográfica. En el mercado de construcción naval las fronteras nacionales apenas tienen ningún efecto en las actividades del sector porque los buques no son "importados" sino que se pueden inscribir en el registro naviero de cualquier país y se pueden administrar desde cualquier país del mundo.

47. La idea de que un mercado mundial es el mercado pertinente para considerar la reducción de los precios ya fue reconocida por el Grupo Especial del GATT en el asunto *CE - Azúcar (Brasil)*, de conformidad con el párrafo I del artículo XVI del GATT de 1947. En todo caso, incluso según la propia opinión de Corea, el Grupo Especial tendrá que examinar la reclamación de las CE porque se puede considerar que el mercado mundial es la suma de los mercados nacionales pertinentes en que compiten los productos. El párrafo 3 c) del artículo 6 del *Acuerdo SMC* no impide a los Miembros alegar reducción de los precios y contención de su subida en varios mercados "nacionales", o incluso en todos.

2. No existe un criterio formal respecto al "producto similar"

48. Las CE discrepan del argumento de Corea según el cual una alegación de contención de la subida o reducción de los precios en virtud del párrafo 3 c) del artículo 6 del *Acuerdo SMC* exige un análisis formal del "producto similar". En primer lugar, el término "producto similar" que se utiliza en el párrafo 3 c) del artículo 6 se refiere semánticamente sólo a la "subvaloración". Todo lo que exige el párrafo 3 c) del artículo 6 es que las subvenciones tengan el efecto de "contención de la subida de los precios, reducción de los precios [...] en el mismo mercado".

49. Los buques se fabrican de acuerdo con las especificaciones de los distintos compradores y no es probable que dos buques sean nunca exactamente "similares". En este sentido, el mercado de buques es muy distinto, por ejemplo, del de los automóviles, en el que los distintos compradores no determinan ellos mismos el tamaño, la forma ni el diseño de sus vehículos.

50. La expresión "mismo mercado" en el párrafo 3 c) del artículo 6 todavía no se ha definido en el marco de la solución de diferencias. Dado que la definición del mercado debe permitir al Grupo Especial evaluar la existencia de reducción de los precios o contención de su subida, la existencia de elasticidad cruzada de los precios debería desempeñar una función importante al definir el mercado pertinente. La propia Corea está de acuerdo, en el contexto del análisis de la reducción de los precios, en que los precios de los buques están lógicamente muy influidos por la interacción de la oferta y la demanda.

51. Por consiguiente, el mercado ha de determinarse de tal manera que permita tener en cuenta la oferta y la demanda. El enfoque de Corea de considerar únicamente si los productos son "similares" desde la perspectiva del armador no permite entender correctamente el funcionamiento del mercado. El mercado pertinente también se debe determinar desde la perspectiva de los productores, es decir, de las constructoras navales.

52. Las CE han identificado tres mercados distintos respecto a los cuales hay que analizar la evolución de los precios. Se trata de los mercados de LNG, buques portacontenedores y buques tanque para el transporte de productos químicos y otros productos, como las CE han indicado claramente en su Primera comunicación escrita. Corea no impugna que los LNG sean un producto pertinente para el cual existe un precio y un mercado.

53. Los contornos del mercado de buques portacontenedores y buques tanque para el transporte de productos químicos y otros productos -como cualquier otro mercado- vienen determinados por el comportamiento de los participantes, los compradores por un lado y los vendedores por el otro. Desde el punto de vista de los **armadores**, es decir, desde la perspectiva de la demanda, las distinciones entre mercados están motivadas por consideraciones relativas al mercado de fletes. De este modo, aunque en la práctica es imposible (o más bien carece de sentido desde el punto de vista económico) sustituir un tipo de buque especializado por otro tipo especializado en las relaciones comerciales más importantes (es decir, sustituir un buque portacontenedor por un LNG), no existe esa división clara *dentro* de las categorías de tipos de buques especializados, por ejemplo, los buques portacontenedores.

54. Aunque se pueden hacer más distinciones según el tamaño del buque, no existe una norma estricta para ello y las subdivisiones dependen de quién las haga y con qué fines. Además, al menos en las rutas más pequeñas, existe superposición y por regla general se pueden sustituir buques de distintos tamaños de un determinado tipo.

55. Desde el punto de vista de una **constructora naval**, es decir, desde la perspectiva de la oferta, hay incluso más posibilidades de sustituir los productos. Para una constructora naval un buque es un ensamblaje de paneles de acero en el cual se encaja maquinaria, tuberías, cables, espacio de alojamiento y así sucesivamente, y la función final del buque en gran medida carece de interés. Para una constructora naval un petrolero, un buque para carga seca a granel y un buque portacontenedor son en términos generales productos similares, aunque la disposición y las proporciones de las partes ensambladas difieren en cada producto. Mientras que las constructoras navales tratan de mejorar la eficiencia económica fabricando productos similares, muy pocos astilleros se especializan en un solo tipo de producto.

3. No hay obligación de cuantificar

56. No hay obligación de cuantificar los efectos de las subvenciones salvo que un reclamante desee utilizar el párrafo 1 a) del artículo 6 del *Acuerdo SMC* conjuntamente con el Anexo IV, que ya no está vigente. La existencia de presunciones exclusivamente cualitativas en los párrafos 1 b)-d) del artículo 6 del *Acuerdo SMC* confirma que puede presentarse una alegación de efectos desfavorables sin hacer un cálculo cuantitativo.

4. Las subvenciones recurribles han de demostrarse subvención por subvención

57. No es obligatorio presentar argumentos sobre reducción de los precios o contención de su subida basándose en cada embarcación. El párrafo 3 c) del artículo 6 se refiere ampliamente al efecto de una subvención sobre los precios en un mercado. Un precio de mercado es generalmente el promedio de numerosas ventas de múltiples productos. Si Corea se saliera con la suya, la referencia a la reducción o contención de la subida de los precios sería innecesaria puesto que todos los casos fundados en el párrafo 3 c) del artículo 6 exigirían que se probara pérdida de ventas con respecto a una embarcación concreta.

5. ¿Existe un requisito adicional respecto al perjuicio grave?

58. Las CE consideran que de conformidad con el párrafo 3 c) del artículo 6 del *Acuerdo SMC* un reclamante debe demostrar que:

- 1) existe reducción o contención de la subida de los precios;
- 2) dicha reducción o contención de los precios es significativa;
- 3) las subvenciones son *una* causa de la significativa reducción o contención de la subida de los precios;

después

- 4) *ipso facto*, el efecto de las subvenciones es perjuicio grave a los intereses de las CE.

59. No hay que demostrar que las subvenciones sean la causa exclusiva de la reducción o contención de la subida de los precios. Con que sean una causa es suficiente. De hecho, informes de Grupos Especiales anteriores del GATT se referían a las subvenciones como causa "que contribuye" o "que amplía".

60. La propia Corea reconoce que no "concurren esos otros factores" y que el exceso de capacidad contiene la subida de los precios. Las CE han demostrado que el mantenimiento de la capacidad de los astilleros reestructurados ha hecho que se contenga la subida de los precios en la industria coreana en general y a su vez en el resto del mundo. Además, la capacidad de los tres astilleros es considerable.

61. No existe base alguna en el texto del Acuerdo para exigir, como sugiere Corea, una demostración separada del "perjuicio grave". La finalidad del artículo 6 del *Acuerdo SMC* es dar una definición de perjuicio grave. Desde el punto de vista del contexto, la estructura del artículo 6 respalda la idea de que todo lo que se requiere es demostrar que se cumple uno de los elementos del párrafo 3 del artículo 6. De esta manera, el párrafo 1 del artículo 6 estableció una presunción de existencia de perjuicio en casos extraordinarios, que sólo se podría refutar de conformidad con el párrafo 2 del artículo 6 demostrando que no existía perjuicio grave como se describe en el párrafo 3. De ello se deduce que, siempre que se cumpla uno de los elementos del párrafo 3 del artículo 6, existe

perjuicio grave, salvo que se trate de un caso enumerado en el párrafo 7 del artículo 6 en virtud del cual "no se considerará" que existe perjuicio grave.

62. El argumento de Corea según el cual se exige algún elemento adicional de daño es contrario a los principios de interpretación eficaz de los tratados porque haría que fuera innecesaria la definición independiente de perjuicio grave contenida en el párrafo 3 c) del artículo 6. Sin embargo, las Comunidades Europeas desean poner de relieve que su rama de producción está gravemente perjudicada por los efectos de reducción y contención de la subida de los precios de las subvenciones coreanas a la construcción naval.

ANEXO B-2

DECLARACIÓN ORAL DE COREA

(18 de marzo de 2004)

I. INTRODUCCIÓN Y VISIÓN GENERAL

1. Corea desearía dar las gracias al Grupo Especial, al Facilitador y a la Secretaría por toda la ardua labor que han realizado sobre varias cuestiones difíciles.
2. Antes de examinar más a fondo las cuestiones jurídicas y fácticas sometidas al Grupo Especial, Corea desearía recordar algunos de los aspectos más generales de los antecedentes de esta diferencia, con inclusión de la crisis financiera que se precipitó en Corea desde Asia sudoriental y la manera en que las CE se han ocupado de su industria de construcción naval durante decenios.
3. La industria de construcción naval europea se ha beneficiado durante decenios de importantes subvenciones, especialmente de subvenciones directas a las operaciones destinadas a transferir una ventaja competitiva centrada y específica. También ha habido saludables dosis de subvenciones a la exportación que incluso la Comisión ha tenido que limitar (pero desde luego no suprimir). Subvenciones regionales, subvenciones a la investigación y el desarrollo (incluido un nuevo programa para conceder subvenciones a la investigación y el desarrollo del 25 por ciento), subvenciones a la reestructuración (totalmente incompatibles con los argumentos presentados por las CE al Grupo Especial), subvenciones a la exportación vinculadas a la ayuda y así sucesivamente. La cuantía de las subvenciones concedidas a las industrias de construcción naval de las CE es enorme. En realidad, es tan enorme que da un sentido nuevo a la expresión "monedas flotantes".
4. Cantidades importantes de estas subvenciones han proporcionado soluciones a corto plazo y han mantenido en actividad astilleros pequeños y no rentables que no habían tenido incentivo suficiente para crecer, aprender y desarrollarse por su cuenta. De hecho, las CE en su Tercer informe sobre la situación de la construcción naval en el mundo reconocieron que en general las subvenciones, es decir, la ayuda a las operaciones, han servido para proteger a los astilleros de los rigores plenos del mercado. La Comisión también estipulaba en este informe que la ayuda estatal debía centrarse de nuevo en fomentar y sostener esfuerzos destinados a mejorar la competitividad, especialmente rezagada respecto a sus competidores del Extremo Oriente.
5. En claro contraste con la política industrial de las CE de generosas subvenciones, Corea se enfrentaba sencillamente a una crisis financiera de amplia base que amenazaba destruir la totalidad del sector financiero coreano y a continuación arrastrar con él al resto de la economía. Las entradas de capital que habían sostenido el crecimiento económico de Corea durante los últimos decenios se centraron en la obtención de préstamos a corto plazo (generalmente en dólares de los Estados Unidos) que habían sido liberalizados. El Gobierno había mantenido limitaciones sobre la obtención de préstamos a medio y largo plazo. Debido a las restricciones que tenían las empresas para obtener préstamos del exterior, la mayoría de los préstamos los concedían los bancos. Naturalmente, muchos aspectos de esta situación son bastante típicos de países que se desarrollan rápidamente. Muy pocos países tienen el lujo de poder obtener préstamos en su propia moneda. No obstante, a medida que el contagio financiero se extendió fuera de Asia sudoriental, los fondos se agotaron con independencia de la salud básica de la economía. La rápida depreciación de la moneda exacerbó los problemas de liquidez.

6. El resultado fue una clásica restricción crediticia en que no había dinero disponible para refinanciar los préstamos. Los bancos, que se enfrentaban ellos mismos a crecientes problemas de liquidez, empezaron a exigir el reembolso de sus préstamos. Empresas perfectamente viables se vieron atrapadas en una situación de insolvencia a corto plazo. En esta situación el Gobierno de Corea recurrió al FMI para obtener fondos con el fin de reflotar el sector financiero. Tras unas arduas negociaciones, el Gobierno de Corea y el FMI llegaron a un acuerdo y se facilitó financiación provisional. A su vez, el Gobierno de Corea utilizó estos fondos para aportar liquidez a los bancos. La provisión de fondos estaba supeditada a condiciones, pero se trataba de condiciones que reforzaban el mercado. Los bancos necesitaban reducir sus créditos fallidos pendientes. Tenían que cumplir las normas del Banco de Pagos Internacionales. Debían asegurarse de que todas las reestructuraciones y renegociaciones de la deuda se hicieran de acuerdo con los principios del mercado, entre ellos obtener el máximo reembolso de su deuda.

7. A juicio del FMI, Corea aplicó con mucho éxito este enfoque basado en el mercado. Como Corea ha señalado en su Primera comunicación, en respuesta a varias solicitudes de la Comisión de las CE, el FMI observó específicamente que estaba muy satisfecho de que Corea estuviese acometiendo este penoso proceso basándose en los principios del mercado. Corea no sostiene que de algún modo se impida a este Grupo Especial proseguir sus indagaciones como consecuencia de la posición del FMI. El argumento es sencillamente que las opiniones del FMI en este sentido son pruebas fácticas importantes del enfoque basado en el mercado adoptado por Corea en lo que respecta a la reestructuración y que hay que tener en cuenta cuando el Grupo Especial sopesa los hechos del caso.

8. En cuanto al planteamiento adoptado por las CE en esta diferencia, en lugar de utilizar su Primera comunicación para exponer el marco de la diferencia y presentar todos los hechos y pruebas necesarios para apoyar sus argumentos *prima facie*, las CE optaron simplemente por arrojar miles de páginas de información en manos del Grupo Especial (hay que señalar que se trata de información facilitada por Corea) y por pedirle se encargue de demostrar sus argumentos por ellas. Las CE consideran que no tienen que hacer nada más que formular meras afirmaciones.

9. Evidentemente, el planteamiento de las CE no es compatible con la jurisprudencia de la solución de diferencias en la OMC y tampoco con los principios más fundamentales del debido proceso exigidos en virtud de los principios generales del derecho internacional. Con respecto a las obligaciones del Grupo Especial, el Órgano de Apelación lo dejó muy claro en el asunto *Japón - Productos agropecuarios II* al confirmar una jurisprudencia de larga data. El Grupo Especial debe utilizar las facultades que tiene de recabar información para facilitar su comprensión de los argumentos de las partes, no para presentar los argumentos del reclamante.

10. Tampoco recae la carga sobre Corea en ese sentido. El tratado designa a Corea como "demandado" en este asunto. Esto significa, lógicamente, que Corea está obligada a responder a los argumentos de las CE y a refutar sus posiciones, a *responder* una vez que las CE hayan acreditado *prima facie* sus alegaciones sobre la base de argumentos justificados y hechos probados.

11. Como señaló Corea en su Primera comunicación, el proceso del Anexo V fue objeto de graves abusos por parte de las CE. Las CE hicieron declaraciones engañosas al Facilitador y al Grupo Especial acerca de la amplitud del producto abarcado. En relación con ello, el proceso del Anexo V fue utilizado manifiestamente de manera indebida para apoyar una indagación de hechos con el fin de justificar alegaciones infundadas de subvenciones a la exportación. Esto es irrefutable. Las declaraciones contradictorias de las CE figuran en el expediente. Además, las "pruebas" que aportaron las CE para respaldar sus alegaciones de subvenciones a la exportación proceden claramente del proceso del Anexo V. Para empeorar las cosas, las CE tuvieron después el atrevimiento de solicitar la inferencia de conclusiones desfavorables de conformidad con las normas del Anexo V para alegaciones formuladas en virtud de la Parte II del Acuerdo SMC. El Anexo V es

por sus propios términos un proceso relacionado con el perjuicio grave. Nunca ha sido utilizado por ningún otro Miembro para tratar de recabar pruebas para subvenciones a la exportación ni para reclamar el derecho a obtener conclusiones desfavorables y no debería haber sido utilizado de ese modo en este caso. Se trata de cuestiones graves que el Grupo Especial tendrá que resolver.

12. Las dos series distintas de alegaciones presentadas por las CE en virtud de las Partes II y III del Acuerdo SMC con respecto a las mismas supuestas subvenciones representan una sola cuestión para el Grupo Especial porque, si no se tiene en cuenta este aspecto del caso, la consecuencia podría ser el doble cómputo de las subvenciones de manera que podría dar lugar a constataciones injustas y medidas correctivas desproporcionadas. Concretamente, las CE han presentado alegaciones respecto a los programas del KEXIM en virtud de las Partes II y III del Acuerdo SMC. Estas series de alegaciones plantean serias dudas acerca de cómo evaluar y subsanar las supuestas violaciones. Las alegaciones coincidentes de subvenciones a la exportación y efectos comerciales con respecto a las mismas supuestas subvenciones corren el riesgo de la posibilidad de constatar la existencia de efectos desfavorables causados por una combinación de subvenciones a la exportación y no destinadas a la exportación cuando estas últimas por sí solas no habrían dado lugar a una constatación positiva. Ese resultado sería injusto en una situación en la cual las subvenciones a la exportación serían corregidas separadamente de conformidad con la Parte II y, por lo tanto, no deberían incluirse en la determinación de si resulta procedente una segunda medida correctiva. Eso sería doble cómputo y sería tan inadecuado en esta situación como se ha constatado que lo son los problemas de paralelismo en los asuntos relativos a salvaguardias. Por consiguiente, si bien es cierto que en ocasiones surgen alegaciones múltiples de pluralidad de disposiciones de la OMC, ninguna otra disposición de la OMC es similar a la Parte III del Acuerdo SMC. Las circunstancias excepcionales requieren soluciones excepcionales.

II. ALEGACIONES DE SUBVENCIONES PROHIBIDAS

13. Como cuestión inicial, las CE deben demostrar que el banco KEXIM es un denominado "organismo público". En el Acuerdo SMC no hay una definición estable de qué significa la expresión "organismo público". Se trata de una evaluación caso por caso que debe demostrar el reclamante a satisfacción del Grupo Especial.

14. Las CE señalan la propiedad estatal del KEXIM. Es cierto que la mayoría del capital del KEXIM es de propiedad estatal, pero está bien establecido que no basta sólo la propiedad. Las CE señalan también una finalidad de política general en relación con el KEXIM. Efectivamente, las actividades del KEXIM se centran en el sector de exportación, pero las instituciones de propiedad privada también pueden tener estatutos sectoriales. Muchos países están familiarizados con esta situación en sus propios sistemas bancarios. Eso no convierte a esas instituciones en organismos públicos. Se necesita algo más.

15. Parece obvio que ese algo más es la cuestión de si la entidad desempeña o no una función que por su naturaleza es "gubernamental". Entre ellas figuran de manera destacada las funciones reglamentarias y fiscales. A la inversa, las entidades que funcionan con criterios comerciales en sus actividades normales no son consideradas "gubernamentales", como se indica en el artículo I del AGCS.

16. Las CE han afirmado que la Ley del KEXIM y los programas de APRG y de préstamos previos a la expedición son incompatibles con los requisitos de la Parte II del Acuerdo SMC "en sí mismos". Para llegar a esa conclusión, las CE buscan apoyo en la decisión del Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Examen por extinción*. Sin embargo, la cuestión que se examinaba en ese asunto era si se podía impugnar una medida que no era jurídicamente vinculante, no si se podía impugnar "en sí misma" una medida discrecional. Dicho de otra manera, se planteaba una cuestión preliminar de competencia acerca de si existía un asunto jurídicamente exigible; no se trataba de si la

medida era imperativa o discrecional. Indudablemente no hubo ningún indicio en el asunto *Estados Unidos - Examen por extinción* en el sentido de que el Órgano de Apelación tuviera intención de revocar una jurisprudencia considerable del GATT y la OMC sobre la distinción entre disposiciones discrecionales e imperativas.

17. Corea también desea señalar que los programas de APRG y de préstamos previos a la expedición son tipos de actividades crediticias: no existe una norma escrita básica que impugnar. Se trata de simples prácticas. Éste es el tipo de cuestión que se sometió al Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Examen por extinción*. A la pregunta de si las CE están legalmente autorizadas a mantener una alegación contra estas prácticas, Corea respondería afirmativamente, por supuesto siempre que las CE presenten hechos y argumentos probados para acreditar *prima facie* esa alegación. Sin embargo, sostener que dos "programas" que realmente no son sino tipos de prácticas crediticias pueden ser impugnados "en sí mismos" porque establecen la existencia de subvenciones a la exportación prohibidas, sencillamente no tiene ningún sentido.

18. La Ley del KEXIM concede autorización para una amplia gama de actividades financieras relacionadas con el sector de exportación. También exige al KEXIM que actúe en condiciones comerciales para aumentar al máximo los rendimientos y, de hecho, las pruebas demuestran que el KEXIM ha operado constantemente con beneficios. El KEXIM está obligado a fijar sus tipos básicos de acuerdo con las condiciones del mercado. Se deben tener en cuenta márgenes por riesgo crediticio y se exigen garantías de manera consecuente. El KEXIM obtiene fondos de numerosas fuentes, generalmente de mercados internacionales. Y, en contra de lo que afirman las CE, el KEXIM compite de hecho con otras instituciones. Este requisito resulta evidente de la lectura del conjunto de la Ley, no sólo el trozo que citan las CE. Lo que es más importante, resulta completamente evidente de los hechos que obran en el expediente.

19. El denominado "tipo de ajuste al mercado" de los programas de APRG y de préstamos previos a la expedición no obliga a aplicar tipos inferiores a los del mercado, como afirman las CE. De hecho, el tipo de ajuste al mercado no es pertinente para la fijación del tipo básico, que se establece a partir del costo de los fondos para determinar el tipo del préstamo o garantía. El tipo de ajuste al mercado es más bien un factor de limitación de cuánto puede ajustar *a la baja* la oficina de crédito. Como ocurre normalmente con cualquier actividad bancaria, los empleados bancarios encargados de desembolsar préstamos y garantías tienen ciertas facultades discrecionales que pueden utilizar al hacer las ofertas finales para atraer negocio. Esto se basa normalmente en las presiones de la competencia, en el historial de pago de los clientes, etc. El "tipo de ajuste al mercado" pretende limitar la capacidad de los empleados bancarios encargados de esa cartera para efectuar un ajuste excesivo a la baja al fijar los tipos.

20. En cuanto a la cuestión de la existencia de beneficios para los receptores de APRG y préstamos previos a la expedición, las CE, como reclamante, tienen la obligación de demostrar que estos programas se aplicaron de manera más favorable para los receptores que la que existía en el mercado. Las CE no han cumplido esa obligación. En realidad, también en este caso, sólo vemos el análisis más superficial de la cuestión. Para apoyar sus alegaciones, las CE han presentado los tipos de las APRG cobrados por un par de bancos no coreanos hace varios años. No obstante, esto dista mucho de establecer un punto de referencia comercial legítimo. Estas APRG representaban una muestra estadísticamente sin importancia. Además, el sector de las APRG es muy técnico y especializado y los tipos de las garantías pueden estar influidos por una evaluación de comportamiento anterior del cliente y de su comportamiento probable futuro. Esto es muy difícil de evaluar desde lejos para un banco que tiene un ligero interés en el mercado. Además, las CE hacen caso omiso de las características sustancialmente distintas de estas APRG. Las APRG del KEXIM estaban siempre aseguradas por importantes garantías, incluido el denominado *yangdo dambo*, que establece importantes intereses con carácter de garantía sobre el casco y los materiales. En contraste,

algunas APRG concedidas en el exterior sólo tenían un interés con carácter de garantía en ciertas cuentas bancarias para una cobertura mínima de la garantía.

21. También vale la pena señalar que las supuestas APRG por debajo del mercado se concedieron durante la crisis financiera asiática. No obstante, como se ha indicado al principio, fue un período difícil en el que era difícil obtener financiación y garantías de cualquier tipo. La principal preocupación de los bancos coreanos era cumplir y mantener las normas del Banco de Pagos Internacionales y la concesión de APRG era desfavorable para mantener los tipos de dicho Banco.

22. La selección que han hecho las CE de las obligaciones de sociedades anónimas como punto de comparación con un préstamo previo a la expedición es prácticamente un asidero elegido aleatoriamente para un argumento de las CE. Las obligaciones de sociedades anónimas a que se refieren las CE tenían condiciones distintas a los programas con que las comparan. En general las obligaciones tenían un plazo de tres años. En claro contraste, los programas de préstamos previos a la expedición tenían períodos más cortos, generalmente inferiores a seis meses. Las CE no intentan en absoluto tener en cuenta estas diferencias de vencimiento, que es la cuestión más básica en la concesión de préstamos, ni determinar cómo repercute la crisis financiera en estas diferencias de vencimiento. Un examen de los tipos de las obligaciones efectivamente aplicables, como se demuestra en la Primera comunicación de Corea, demuestra que en todos los casos el tipo efectivo de la obligación era considerablemente menor que el tipo hipotético de las CE.

23. Además, las CE también ignoran el hecho de que los préstamos previos a la expedición siempre llevaban otras garantías. Generalmente se ofrecían intereses con carácter de garantía en forma de *yangdo dambo*, así como otras garantías de sociedades e intereses de garantía de distintos tipos. Las CE comparan esos préstamos con las obligaciones de sociedades anónimas para las cuales normalmente no se entregaban garantías. La cuestión de los intereses con carácter de garantía y de las garantías es otro factor importante que determina los tipos de interés cobrados. De las constructoras navales coreanas, Daedong ofreció garantías para sus obligaciones de sociedades anónimas pero los tipos efectivos de las obligaciones de Daedong eran considerablemente inferiores a las sugerencias hipotéticas de las CE.

24. Por último, el otro factor fundamental que determina los tipos correspondientes a programas como éstos es el historial de reembolso de las empresas en cuestión. Se trata de prácticas bancarias restringidas y sumamente técnicas y como se relacionan con la marcha histórica de las empresas y con atentos análisis del mercado, no es algo en lo que los bancos estén fácilmente dispuestos a participar fuera de los sectores que conocen. Las CE no han tenido esto en cuenta. Por consiguiente, podemos ver que los llamados puntos de referencia presentados por las CE para determinar si existía un beneficio son bastante distintos con respecto a los tres factores más importantes que influyen en los tipos de interés.

25. Corea confía en que el Grupo Especial esté de acuerdo en que las CE no han demostrado sus argumentos con respecto a la cuestión de las supuestas subvenciones a la exportación. No obstante, de nuevo teniendo en cuenta la necesidad de presentar argumentos sobre todas las cuestiones, Corea señala subsidiariamente que es evidente que los denominados refugios previstos en los puntos j) y k) del Anexo I del Acuerdo SMC son aplicables a los programas de APRG y de préstamos previos a la expedición, respectivamente.

26. Con respecto a las APRG, Corea señala que una garantía del crédito a la exportación del punto j) se refiere a la ayuda a la exportación de un producto y no a quién recibe la garantía. De hecho, la frase "contra alzas en el coste de los productos exportados" da por supuesto que puede ser con respecto al exportador en lugar del comprador. Los costes son asunto de los exportadores, mientras que los precios lo son de los compradores. Como ha demostrado Corea, el programa de APRG siempre ha sido rentable y ciertamente ha cubierto a largo plazo sus costes de funcionamiento.

27. Los préstamos previos a la expedición deben ser considerados créditos a la exportación en el sentido del punto k). Una vez más, no hay nada en el texto que identifique quién debe recibir el préstamo o crédito. Además, el programa de préstamos previos a la expedición concedía crédito a tipos superiores al coste de los fondos del KEXIM.

III. ALEGACIONES DE SUBVENCIONES RECURRIBLES

28. En el sistema de solución de diferencias de la OMC no hay ningún asunto en el que la importancia de los hechos sea mayor que uno referido a perjuicio grave presentado de conformidad con la Parte III del Acuerdo SMC. En estos casos recae sobre el reclamante toda la carga de demostrar el equivalente de un expediente administrativo en materia de derechos compensatorios en el que basar la decisión. Indudablemente se trata de una carga onerosa, y no corresponde al Grupo Especial ni a Corea. Sólo cuando las CE hayan satisfecho la carga de la prueba está Corea obligada como demandada a refutar esos argumentos y a impugnar los hechos justificantes. En la presente diferencia las CE ni siquiera se han aproximado vagamente a cumplir la carga de la prueba que les corresponde. Hay elementos importantes y muy básicos de sus argumentos que no se han examinado.

29. Las omisiones de las CE en este sentido son manifiestas y múltiples. En su Primera comunicación las CE no identificaron las contribuciones financieras a que realmente se referían con respecto a las tres empresas insolventes, Daewoo Heavy Industries (DHI), Halla y Daedong. De hecho, como parte de su exposición confusa, las CE ni siquiera separan las tres empresas de sus sucesoras y se refieren a ellas con nombres compuestos separados por guiones. Una de las principales razones de este intento de empañar las identidades es que no se establece exactamente quién recibió según las CE los supuestos beneficios de las reestructuraciones. En realidad, las CE no demuestran que nadie en absoluto recibiera ningún beneficio de algo.

30. Con respecto a las denominadas subvenciones a la reestructuración, no hubo ninguna orden del Gobierno en estos casos. La economía de Corea estaba en peligro de caer en picado y tuvo que recurrir al FMI. Como parte del plan de salvamento del FMI, las reestructuraciones tenían que basarse en el mercado. De hecho, todos los bancos afectados negociaron arduamente para aumentar al máximo sus propios reembolsos. Esto venía exigido por los planes de reestructuración financiera y empresarial y ese fue el grado de la intervención del Gobierno de Corea. Las CE indudablemente no pueden sostener que un plan de reestructuración que exige a los bancos que actúen basándose en los principios del mercado y aumenten al máximo los reembolsos es de algún modo una intervención gubernamental incorrecta.

31. Hubo algunos bancos estatales que intervinieron en las reestructuraciones. No obstante, se trataba de bancos que operaban exclusivamente en condiciones comerciales; no había ninguna función gubernamental en su participación. También conviene señalar que cada banco es de alguna manera diferente, aunque las CE optaron por agrupar todo. En realidad, parece que las CE quieren agrupar todas las entidades del conjunto de la economía de Corea en una sola gran entidad del Estado. Aparte de ser un estereotipo anticuado y desafortunado, ciertamente no se basa en la realidad de la situación actual ni en la que existía durante la crisis financiera.

32. Las CE sencillamente no han presentado pruebas de que estas reestructuraciones no se llevaran a cabo en condiciones comerciales. En cambio, las CE sugieren que el "mercado" obligaba a poner fin a estas empresas y a que dejaran de existir. Hay que ser un poco cuidadoso con la terminología en este caso porque los procedimientos de "liquidación" a menudo dan lugar a que las empresas surjan simplemente con otra forma y sigan realizando las mismas operaciones. Por ejemplo, International Steel Group, el segundo mayor fabricante de acero de los Estados Unidos, está constituido por varios fabricantes de acero que quebraron y fueron "liquidados". Un aspecto fundamental de la economía de mercado es que exista algún método para ocuparse de empresas con problemas financieros dejando de lado la terminación. Ciertamente no hay ninguna economía de

mercado en funcionamiento en el mundo que opere sin alguna especie de mecanismo para reestructurar esas empresas. De hecho, incluso las autoridades francesas siguieron adelante con la reestructuración del grupo Alston y le prestaron ayuda financiera con la aprobación de la Comisión Europea, a pesar de las dudas manifestadas por los auditores externos Ernst & Young y Deloitte Touche Tohmatsu en cuanto al valor en funcionamiento del grupo. Dicho esto, realmente no existe una norma única para medir la reestructuración. Eso es lo que sucede incluso en el seno de las propias CE.

33. Corea ha establecido mecanismos de insolvencia que los comentaristas consideran justos y transparentes y que contienen elementos del estilo de los procedimientos del Capítulo 11 de los Estados Unidos combinados con un enfoque de derecho civil más del estilo germánico. Tal vez, dada la dificultad de establecer una sola norma para evaluar los casos coreanos, resulta más fácil comprobar por qué las CE instan al Grupo Especial a que adopte una norma a la que no se ajusta absolutamente ningún país del mundo, a saber, la terminación y salida del mercado de las empresas insolventes. Sin embargo, esa no es en absoluto ninguna norma.

34. En los tres casos sobre los que versa esta diferencia la evaluación del mercado fue que los acreedores recibirían mayores reembolsos si se seguía utilizando el activo. Que el proceso tuviera lugar bajo supervisión judicial o conforme a un acuerdo privado como en el denominado "enfoque de Londres" no cambia nada porque eso también es una función de factores comerciales normales. Los acreedores deciden qué camino seguir para aumentar al máximo sus reembolsos. Todos los caminos están abiertos, no están limitados. Los acreedores deciden qué es lo que más les conviene financieramente y después siguen ese camino.

35. Además, en el contexto de estas reestructuraciones, las CE ni siquiera han identificado una "contribución financiera". Las principales transferencias que han identificado que podrían ser una contribución financiera son los canjes de deuda por acciones. No obstante, resulta difícil ver cómo podrían ser contribuciones financieras del Gobierno. En esas transacciones intervenían sólo los acreedores que intercambiaban un instrumento financiero (deuda) por otro de un valor exactamente igual (acciones nuevas).

36. Por último, las CE tampoco han identificado nunca quiénes son los supuestos beneficiarios de esas supuestas contribuciones financieras. Teniendo en cuenta el éxito que tuvieron las CE en dos diferencias que se centraron precisamente en esta cuestión de identificar a los beneficiarios actuales, su silencio resulta notable. Las CE adujeron con éxito que "en caso de un cambio en la propiedad (incluida una privatización), el Miembro que realice la investigación está sometido a la obligación de (re)considerar las condiciones de aplicación del Acuerdo SMC".¹ Es notable que hagan caso omiso de esto, pero no es sorprendente. Lo cierto es que las CE no pueden identificar a ningún beneficiario actual de las supuestas subvenciones. Las deudas eran responsabilidad de los accionistas anteriores, pero éstos prácticamente desaparecieron.

37. En el caso de DSME y Samho Heavy Industry los nuevos propietarios eran los acreedores que vieron gravemente deteriorado el valor de sus préstamos y no tuvieron otra opción que recuperar el mejor rendimiento posible de las empresas insolventes. Los nuevos propietarios sencillamente buscaban el mayor rendimiento de sus nuevas acciones. En el caso de STX Shipbuilding Co., Ltd., un comprador que no era acreedor (STX) adquirió sustancialmente toda la propiedad del antiguo Daedong y los ingresos procedentes de esta compra se pagaron a los acreedores de Daedong. Cabe presumir que esta sencilla serie de hechos es la razón por la que las CE tratan de ocultar la falta de beneficiarios actuales que se esconde tras la confusión de identidades de las tres empresas cuando

¹ Segunda comunicación escrita presentada por las CE al Grupo Especial en el asunto *Estados Unidos - Medidas compensatorias que afectan a determinados productos originarios de las CE*, párrafo 108.

las CE siguen refiriéndose a las empresas con nombres compuestos unidos por guiones. Sin embargo, el intento de confundir las identidades únicamente demuestra que las CE se centran en el activo, no en las personas jurídicas o físicas. No obstante, como también se deduce claramente de los casos en que las CE tuvieron éxito, el Órgano de Apelación llegó a la conclusión de que "cualquier análisis de la existencia o no de un beneficio debería centrarse en las 'personas jurídicas o físicas' y *no* en las operaciones productivas".²

38. En estos momentos tal vez sería útil hacer unas cuantas observaciones sobre las distintas reestructuraciones. En el caso de Daewoo Heavy Industries (DHI), ésta se sometió a una renegociación de la deuda basada en el enfoque de Londres. La elección la hicieron los acreedores tras un estudio y evaluación de la filial coreana de Arthur Andersen. El estudio de Arthur Andersen indicaba que el valor en funcionamiento de DHI -y en particular del grupo de construcción naval, que posteriormente pasó a ser DSME- era considerablemente superior que el valor que se obtendría si se procediera a la liquidación y extinción de la empresa. Fue una evaluación totalmente objetiva: Arthur Andersen no tenía ningún incentivo para preferir un camino u otro y enorme presión para dar una opinión sincera de la mejor manera de aumentar al máximo los reembolsos de los acreedores.³ Extrañamente, las CE también aducen que los acreedores coreanos obtuvieron menos de lo que debían en comparación con algunos acreedores extranjeros. No obstante, parece que lo que obtuvieron los acreedores no fue ni excesivo ni demasiado poco: fue lo que determinó el mercado.

39. En cuanto a estos acreedores extranjeros, es importante recordar que eran acreedores marginales, prácticamente *de minimis*. Además, el fundamento de las CE para evaluar los reembolsos no da una visión completa de la situación. Los acreedores extranjeros en gran medida convirtieron su deuda en efectivo. Los acreedores nacionales permanecieron involucrados mediante una reestructuración de la deuda que funcionó bien durante un plazo superior. Los acreedores extranjeros también recibieron algunas garantías que les permitían participar en menor grado en las ganancias que se obtuvieran posteriormente en los mercados de capitales. Por consiguiente, el pequeño grupo de acreedores extranjeros decidió recibir más al principio y menos en la participación a más largo plazo que los acreedores nacionales. Se trata de un comportamiento perfectamente racional dada las distintas situaciones de los dos grupos. Además, sencillamente no hay pruebas de que estas condiciones fueran otra cosa que el resultado de arduas negociaciones de todas las partes afectadas.

40. El acuerdo definitivo se logró tras una larga serie de reuniones de los acreedores. El primer plan de renegociación de la deuda de DHI fue bloqueado por algunos deudores minoritarios, lo que subraya de nuevo la observación anterior sobre el poder de grupos pequeños y decididos en dicho proceso. Además, vale la pena señalar que es incorrecto desde el punto de vista de los hechos afirmar que KAMCO influyera de manera importante en la determinación del acuerdo definitivo puesto que participó en el canje de deuda por acciones de DSME en una etapa posterior del procedimiento, después de que la estructura y las condiciones básicas de la reestructuración ya las hubieran formulado los demás acreedores.

41. Halla eligió un camino en cierto modo diferente para su reestructuración. Halla se declaró en quiebra y fue sometida a una reestructuración supervisada judicialmente de conformidad con la Ley de Reorganización Empresarial. El síndico designado por el tribunal elaboró un plan de reorganización basándose en la evaluación de un asesor financiero. Este asesor, Rothschilds, determinó que el valor de los activos como negocio en marcha era superior al valor de liquidación de

² Informe del Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Medidas compensatorias que afectan a determinados productos originarios de las CE*, párrafo 110.

³ Véase el informe de Arthur Andersen, página 3, párrafo 2 y el anexo de dicho informe en el que se establece el objetivo de la evaluación.

la empresa. El asesor recomendó que se mantuviera el negocio en marcha mediante la transferencia de todo el activo a una empresa de nueva constitución. Esta medida fue aprobada por el tribunal y se extinguieron las participaciones anteriores en el capital. Conforme al plan de reorganización, el activo de Halla se transfirió a una empresa nuevamente constituida, RHHI, y se dio a la entidad el nombre de Samho Heavy Industries. Hyundai recibió un contrato para administrar las operaciones. Hyundai también obtuvo una opción de compra de las nuevas acciones por el valor nominal. Cuando Hyundai ejerció su opción de compra y adquirió todas las acciones de Samho, el valor nominal era mayor que el valor del activo neto y por eso pagó el valor nominal superior. La nueva entidad ya no es Samho, sino Hyundai Samho Heavy Industries, Co., Ltd.

42. Daedong también se sometió al procedimiento de reorganización empresarial supervisado judicialmente. En el caso de Daedong, el tribunal determinó, basándose en el informe de valoración del asesor financiero, que el valor de la empresa en funcionamiento era superior a su valor de liquidación. El tribunal extinguió las participaciones del anterior accionista mayoritario y redujo las participaciones de los restantes en un 80 por ciento. El tribunal aprobó seguidamente el nombramiento hecho por Daedong de un asesor externo, KPMG, para encontrar un comprador para Daedong. KPMG envió un memorándum de información a 13 posibles compradores, incluidas empresas extranjeras. Posteriormente se identificó a seis de ellos como posibles inversores. Finalmente el licitador ganador fue STX. En ventas realizadas posteriormente en el mercado abierto STX redujo su participación del 97 al 54 por ciento a finales de 2003.

43. Las CE tampoco han demostrado que cualquiera de las supuestas subvenciones fuera específica para los receptores. Las renegociaciones de la deuda empresariales estaban a disposición de cualquier acreedor que quisiera utilizarlas. Los acreedores de DHI utilizaron este método, al igual que lo hicieron otros muchos que intervinieron en reestructuraciones empresariales de toda clase de empresas de todos los sectores. Si los acreedores no lo consideraban adecuado, también se podía recurrir a procedimientos judiciales. Los otros dos astilleros, Halla y Daedong, utilizaron este proceso de conformidad con la Ley de Reorganización Empresarial, y lo mismo hicieron otras miles de empresas que también intervenían en toda clase de sectores.

44. En cuanto a las disposiciones fiscales, las CE no parecen haber entendido plenamente los hechos. Las CE tampoco han demostrado de qué manera las disposiciones fiscales dieron lugar a que se condonaran o no recaudaran "ingresos públicos que en otro caso se percibirían". Esto hace que a Corea le resulte prácticamente imposible responder específicamente a las alegaciones de las CE sobre estas cuestiones fiscales. Además, simplemente no había nada específico para DSME en cuanto a las disposiciones fiscales en cuestión. Se trata de disposiciones fiscales bastante normales que están generalmente disponibles en la mayoría de los Miembros de la OMC.

45. Si bien la falta de pruebas de la existencia de una subvención en cualquiera de las reestructuraciones es bastante clara, a juicio de Corea sigue siendo necesario poner de relieve que las CE no han demostrado la existencia de perjuicio grave ni una relación de causalidad aun cuando el Grupo Especial constatará que existieron subvenciones. El aspecto más elemental de la demostración de la existencia de perjuicio grave y de una relación de causalidad consiste en identificar el "producto similar". Sin esto no se puede analizar satisfactoriamente ninguna otra cosa. Es literalmente imposible examinar el estado de la rama o ramas de producción de las CE si no están definidas. No se puede intentar evaluar la repercusión de las supuestas subvenciones salvo que se sepa con qué productos similares están relacionadas y, por tanto, se pueda medir su repercusión en el mercado del producto similar. Sin embargo, las CE no han identificado en absoluto los "productos similares".

46. De manera bastante notable, las CE propusieron que se utilizara un análisis como el previsto en el artículo III del GATT para establecer las categorías de productos similares, pero después no presentaron ningún análisis de ese tipo. En cambio, tuvimos constantemente cambio de propuestas respecto a algo que las CE identificaron como el "mercado", probablemente a diferencia de los

"productos similares". No obstante, incluso entonces no se aportaron pruebas justificantes para ninguna de estas posibles categorías de productos similares. Tampoco estudios de mercado, ni descripciones de las características físicas relativas, ni datos sobre los usos finales o las percepciones de los consumidores. Sencillamente nada en absoluto.

47. Las CE no analizan la cuestión de qué intereses de las CE han sido gravemente perjudicados y cómo puede haber ocurrido eso. No se aportan pruebas sobre el estado de la rama o "ramas" de producción de las CE, puesto que no sabemos si alegan una o varias ramas de producción. Del sistema de los artículos 5 y 6 parece evidente que la demostración de efectos desfavorables debe satisfacer el requisito de una relación de causalidad con el perjuicio grave a rama o ramas específicas de producción de las CE que producen el o los productos similares, pero también debe conllevar algo más. Probablemente hubo una razón para que se eligiera el término "intereses" en lugar de daño y sin duda supone algo más que únicamente el supuesto daño a rama o ramas de producción específicas, porque los "intereses" de un Miembro son necesariamente más amplios que sólo eso. No obstante, una vez más, las CE no han presentado argumentos ni pruebas de ninguna clase.

48. Las CE tampoco aportaron ninguna prueba sobre el nivel de las supuestas subvenciones. Al final de su comunicación las CE presentaron algunas cifras que según alegan podrían representar el nivel de las subvenciones. Estas cifras no están desglosadas por programa; no se presentan cálculos justificantes; no se aportan pruebas sobre cómo se obtienen esas cifras. En cambio, nos encontramos con otra ocasión en que las CE insisten en que se reservan su derecho a presentar algún tipo de estudio económico en caso de que Corea o el Grupo Especial refuten sus afirmaciones infundadas. Naturalmente, las CE no tienen ese derecho: tenían la **obligación** de presentar pruebas y argumentos justificantes.

49. Sin saber cuál es el nivel de las supuestas subvenciones, es imposible formular un argumento sobre la relación de causalidad con respecto a la cuestión del perjuicio grave. Quizás de manera no sorprendente, las CE no presentan ningún argumento sobre la relación de causalidad salvo para dar a entender que incluso un efecto al parecer infinitesimalmente pequeño de las subvenciones cumpliría lo dispuesto en el tratado. Uno de los problemas que se plantea es que las CE han fundido un análisis en dos etapas en uno solo. El primer paso es determinar si los efectos de la subvención van a causar, por ejemplo, una subvaloración significativa de los precios. Seguidamente, en el paso dos, si los efectos de la subvención hicieran eso, el párrafo 3 del artículo 6 dispone que esa subvaloración de precios puede ser uno de los diversos factores que pueden causar perjuicio grave a los intereses del Miembro reclamante. En realidad, las CE no sólo funden los dos pasos sino que realmente los pasan totalmente por alto y tratan de aducir que los productos han causado perjuicio grave con independencia de los efectos de las propias subvenciones y de la fortaleza de la relación de causalidad. De hecho, resulta difícil ver qué relación tienen los argumentos de las CE con el texto del tratado.

50. Es importante recordar que la mayor constructora naval de Corea es por un amplio margen Hyundai y no tiene que ver con estas alegaciones. También hay otras muchas. Las empresas reestructuradas representan una parte minoritaria de la producción y el Grupo Especial no debe aceptar las alegaciones de las CE basadas en las prácticas de la "rama de producción coreana". Para poder establecer la indispensable relación de causalidad, las CE tienen que diferenciar las partes de la rama de producción de Corea a que se refieren. Las referencias vagas a la "rama de producción coreana" carecen totalmente de sentido sin distinguir los productos similares y las empresas.

51. En este sentido, es importante señalar que el mayor crecimiento de la "rama de producción coreana" -con independencia de lo que eso signifique exactamente- se produjo antes de las supuestas subvenciones. Es decir, los factores que configuran el mercado están claramente a la vista durante un período en el cual las CE no alegan que se concedieran subvenciones. Por supuesto también entran en juego otros factores, como una grave contracción mundial, el surgimiento de nuevos competidores,

como China, y las prácticas de antiguos competidores como el Japón, pero es esta gran anomalía presente desde el principio la que hay que examinar. Las CE poseen la rama de producción más fuertemente subvencionada de acuerdo con prácticas que se han prolongado durante decenios, y la Comisión de las CE ha reconocido que estas subvenciones impiden a los astilleros de las CE adaptarse al mercado para tener en cuenta los cambios en la demanda de los consumidores, la tecnología y la competencia.

52. También se plantea la duda de por qué las CE limitaron sus alegaciones y excluyeron la subvaloración de precios e intentaron basarse en algún mecanismo de mercado no definido que podría haber causado la contención de la subida y la reducción de los precios que alegan. Las razones son dobles. En primer lugar, las pruebas son deficientes en cuanto a las comparaciones de precios y la relación de causalidad basadas en los buques coreanos. No existen con respecto al efecto de las subvenciones. En segundo lugar, una lectura del texto del párrafo 5 del artículo 6 muestra que, entre otros elementos, se refiere a una comparación de los precios del producto subvencionado con los precios de "un producto similar no subvencionado" (lo que lógicamente también se refleja en el párrafo 4 del artículo 6). Las CE no pueden demostrar que sus buques no estén subvencionados porque, en realidad, son los más subvencionados del mundo.

53. Lo que es absolutamente esencial a este respecto no es tanto que el Grupo Especial no permita a las CE presentar argumentos sobre subvaloración de precios, sino que no eludan los requisitos del párrafo 5 del artículo 6. Desde el punto de vista jurídico no se puede permitir a las CE que lo hagan. Por consiguiente, en cada paso de este proceso, el Grupo Especial debe presionar a las CE sobre cuál es el mecanismo de mercado -con la *exclusión* de alegaciones de subvaloración de precios- que es responsable del perjuicio grave que alegan las CE.

IV. CONCLUSIÓN

54. En conclusión, pues, el Grupo Especial se enfrenta a una diferencia en la que el reclamante no ha podido probar hechos ni establecer los argumentos necesarios para acreditar *prima facie* ninguna de las alegaciones. Las alegaciones de las CE han seguido reduciéndose para evitar cuestiones que no pueden probar, pero lo que queda se basa en conjeturas, insinuaciones y amplias generalizaciones que parecen más un artículo de periódico que comunicaciones suficientes para cumplir la considerable carga de la prueba que se exige al reclamante en esta diferencia.