

**ORGANIZACIÓN MUNDIAL
DEL COMERCIO**

WT/DS296/AB/R
27 de junio de 2005

(05-2728)

Original: inglés

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

AB-2005-4

Informe del Órgano de Apelación

ÍNDICE

	<u>Página</u>
I. Introducción	1
II. Argumentos de los participantes y los terceros participantes	5
A. <i>Alegaciones de error formuladas por los Estados Unidos - Apelante</i>	5
1. Solicitud de consultas de conformidad con el párrafo 4 del artículo 4 del ESD	5
2. Interpretación del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del Acuerdo SMC	6
3. Examen de las pruebas de encomienda u orden utilizadas por el USDOC	8
a) <i>La norma establecida por el Grupo Especial de que los elementos de prueba deben ser "probatorios y convincentes"</i>	8
b) <i>Criterio aplicado a las pruebas por el Grupo Especial</i>	9
c) <i>Incumplimiento por el Grupo Especial del artículo 11 del ESD</i>	14
4. Beneficio y especificidad	16
B. <i>Argumentos de Corea - Apelado</i>	17
1. Solicitud de consultas de conformidad con el párrafo 4 del artículo 4 del ESD	17
2. Interpretación del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del Acuerdo SMC	18
3. Examen de las pruebas de la encomienda u orden utilizadas por el USDOC	19
a) <i>La norma establecida por el Grupo Especial de que los elementos de prueba deben ser "probatorios y convincentes"</i>	19
b) <i>Criterio aplicado a las pruebas por el Grupo Especial</i>	21
c) <i>Incumplimiento por el Grupo Especial del artículo 11 del ESD</i>	25
4. Beneficio y especificidad	27
C. <i>Alegación de error formulada por Corea - Otro Apelante</i>	27
D. <i>Argumentos de los Estados Unidos - Apelado</i>	29
E. <i>Argumentos de los terceros participantes</i>	30
1. China	30
2. Comunidades Europeas	31
3. Japón	33
4. Territorio Aduanero Distinto de Taiwán, Penghu, Kinmen y Matsu	35
III. Cuestiones planteadas en esta apelación	36
IV. Consultas	38
A. <i>Introducción y antecedentes procesales pertinentes</i>	38
B. <i>Suficiencia del anuncio de apelación presentado por los Estados Unidos</i>	41
C. <i>¿Cumple la solicitud de celebración de consultas presentada por Corea las prescripciones del párrafo 4 del artículo 4 del ESD?</i>	43
V. Interpretación del párrafo 1 a) 1) iv) Del artículo 1 del Acuerdo SMC	44
A. <i>Introducción</i>	44

	<u>Página</u>
B.	<i>Párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del Acuerdo SMC</i> 46
1.	Significado de los términos "encomiende" y "ordene" 46
2.	Apelación de los Estados Unidos 53
3.	Apelación cruzada de Corea..... 54
VI.	Examen por el Grupo Especial de las pruebas de que dispuso el USDOC 57
A.	<i>Introducción</i> 57
B.	<i>La constatación de existencia de encomienda u orden formulada por el USDOC</i> 58
C.	<i>La norma de que los elementos de prueba deben ser "probatorios y convincentes"</i> 62
D.	<i>Criterio aplicado a las pruebas por el Grupo Especial</i> 65
1.	Examen individual de los elementos de prueba 66
2.	Examen de la totalidad de las pruebas 71
E.	<i>Admisibilidad de las pruebas</i> 74
F.	<i>Pruebas que no constan en el expediente</i> 77
G.	<i>Norma de examen</i> 83
H.	<i>La conclusión del Grupo Especial con respecto al párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del Acuerdo SMC</i> 88
VII.	Beneficio y Especificidad 92
VIII.	Constataciones y Conclusiones 95
ANEXO I 99
ANEXO II 102
ANEXO III 104
ANEXO IV 106
ANEXO V 108

CUADRO DE ASUNTOS CITADOS EN EL PRESENTE INFORME

Título abreviado	Título completo y referencia
<i>Argentina - Baldosas de cerámica</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Argentina - Medidas antidumping definitivas aplicadas a las importaciones de baldosas de cerámica para el suelo procedentes de Italia</i> , WT/DS189/R, adoptado el 5 de noviembre de 2001
<i>Argentina - Calzado (CE)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Argentina - Medidas de salvaguardia impuestas a las importaciones de calzado</i> , WT/DS121/AB/R, adoptado el 12 de enero de 2000
<i>Argentina - Textiles y prendas de vestir</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Argentina - Medidas que afectan a las importaciones de calzado, textiles, prendas de vestir y otros artículos</i> , WT/DS56/R, adoptado el 22 de abril de 1998, modificado por el informe del Órgano de Apelación, WT/DS56/AB/R
<i>Brasil - Leche (CEE)</i>	Informe del Grupo Especial del GATT, <i>Brasil - Imposición de derechos compensatorios provisionales y definitivos a las importaciones de leche en polvo y de algunos tipos de leche procedentes de la Comunidad Económica Europea ("Brasil - Leche (CEE)")</i> , adoptado el 28 de abril de 1994, IBDD 41S/II/520
<i>Canadá - Aeronaves civiles</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Canadá - Medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles</i> , WT/DS70/AB/R, adoptado el 20 de agosto de 1999
<i>Canadá - Aeronaves civiles</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Canadá - Medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles</i> , WT/DS70/R, adoptado el 20 de agosto de 1999, confirmado por el informe del Órgano de Apelación, WT/DS70/AB/R
<i>Canadá - Productos lácteos</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Canadá - Medidas que afectan a la importación de leche y a las exportaciones de productos lácteos</i> , WT/DS103/AB/R, WT/DS113/AB/R y Corr. 1, adoptado el 27 de octubre de 1999
<i>Canadá - Productos lácteos (párrafo 5 del artículo 21 - Nueva Zelandia y Estados Unidos)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Canadá - Medidas que afectan a la importación de leche y a las exportaciones de productos lácteos - Recurso de Nueva Zelandia y los Estados Unidos al párrafo 5 del artículo 21 del ESD</i> , WT/DS103/AB/RW, WT/DS113/AB/RW, adoptado el 18 de diciembre de 2001
<i>Canadá - Productos lácteos (párrafo 5 del artículo 21 - Nueva Zelandia y Estados Unidos II)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Canadá - Medidas que afectan a la importación de leche y a las exportaciones de productos lácteos - Segundo recurso de Nueva Zelandia y los Estados Unidos al párrafo 5 del artículo 21 del ESD</i> , WT/DS103/AB/RW2, WT/DS113/AB/RW2, adoptado el 17 de enero de 2003
<i>CE - Accesorios de tubería</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Comunidades Europeas - Derechos antidumping sobre los accesorios de tubería de fundición maleable procedentes del Brasil</i> , WT/DS219/AB/R, adoptado el 18 de agosto de 2003
<i>CE - Subvenciones a la exportación de azúcar</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Comunidades Europeas - Subvenciones a la exportación de azúcar</i> , WT/DS265/AB/R, WT/DS266/AB/R, WT/DS283/AB/R, adoptado el 19 de mayo de 2005
<i>Egipto - Barras de refuerzo de acero</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Egipto - Medidas antidumping definitivas aplicadas a las barras de refuerzo de acero procedentes de Turquía</i> , WT/DS211/R, adoptado el 1º de octubre de 2002
<i>Estados Unidos - Acero laminado en caliente</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Medidas antidumping sobre determinados productos de acero laminado en caliente procedentes del Japón</i> , WT/DS184/AB/R, adoptado el 23 de agosto de 2001
<i>Estados Unidos - Algodón americano (upland)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Subvenciones al algodón americano (upland)</i> , WT/DS267/AB/R, adoptado el 21 de marzo de 2005
<i>Estados Unidos - Cordero</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Medidas de salvaguardia respecto de las importaciones de carne de cordero fresca, refrigerada o congelada procedentes de Nueva Zelandia y Australia</i> , WT/DS177/AB/R, WT/DS178/AB/R, adoptado el 16 de mayo de 2001

Título abreviado	Título completo y referencia
<i>Estados Unidos - EVE (párrafo 5 del artículo 21 - CE)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Trato fiscal aplicado a las "empresas de ventas en el extranjero" - Recurso de las Comunidades Europeas al párrafo 5 del artículo 21 del ESD</i> , WT/DS108/AB/RW, adoptado el 29 de enero de 2002
<i>Estados Unidos - Examen por extinción relativo al acero resistente a la corrosión</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Examen por extinción de los derechos antidumping sobre los productos planos de acero al carbono resistentes a la corrosión procedentes del Japón</i> , WT/DS244/AB/R, adoptado el 9 de enero de 2004
<i>Estados Unidos - Gluten de trigo</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Medidas de salvaguardia definitivas impuestas a las importaciones de gluten de trigo procedentes de las Comunidades Europeas</i> , WT/DS166/AB/R, adoptado el 19 de enero de 2001
<i>Estados Unidos - Hilados de algodón</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Medida de salvaguardia de transición aplicada a los hilados peinados de algodón procedentes del Pakistán</i> , WT/DS192/AB/R, adoptado el 5 de noviembre de 2001
<i>Estados Unidos - Investigación en materia de derechos compensatorios sobre los DRAM</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Estados Unidos - Investigación en materia de derechos compensatorios sobre los semiconductores para memorias dinámicas de acceso aleatorio (DRAM) procedentes de Corea</i> , WT/DS296/R, 21 de febrero de 2005
<i>Estados Unidos - Limitaciones de las exportaciones</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Estados Unidos - Medidas que tratan como subvenciones las limitaciones de las exportaciones</i> , WT/DS194/R y Corr.1, adoptado el 23 de agosto de 2001
<i>Estados Unidos - Madera blanda IV</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Determinación definitiva en materia de derechos compensatorios con respecto a determinada madera blanda procedente del Canadá</i> , WT/DS257/AB/R, adoptado el 17 de febrero de 2004
<i>Estados Unidos - Medidas compensatorias sobre determinados productos de las CE</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Medidas compensatorias que afectan a determinados productos originarios de las Comunidades Europeas</i> , WT/DS212/AB/R, adoptado el 8 de enero de 2003
<i>Estados Unidos - Salvaguardias sobre el acero</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Medidas de salvaguardia definitivas sobre las importaciones de determinados productos de acero</i> , WT/DS248AB/R, WT/DS249AB/R, WT/DS251AB/R, WT/DS252AB/R, WT/DS253AB/R, WT/DS254AB/R, WT/DS258AB/R, WT/DS259AB/R, adoptado el 10 de diciembre de 2003
<i>Guatemala - Cemento II</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Guatemala - Medida antidumping definitiva aplicada al cemento Portland gris procedente de México</i> , WT/DS156/R, adoptado el 17 de noviembre de 2000
<i>Tailandia - Vigas doble T</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Tailandia - Derechos antidumping sobre los perfiles de hierro y acero sin alear y vigas doble T procedentes de Polonia</i> , WT/DS122/AB/R, adoptado el 5 de abril de 2001

CUADRO DE ABREVIATURAS UTILIZADAS EN EL PRESENTE INFORME

Abreviatura	Definición
<i>Acuerdo Antidumping</i>	<i>Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994</i>
<i>Acuerdo SMC</i>	<i>Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias</i>
Addendum	WT/DS296/1/Add.1, Addendum a la solicitud de celebración de consultas presentada por Corea
<i>Código de Subvenciones de la Ronda de Tokio</i>	<i>Acuerdo relativo a la interpretación y aplicación de los artículos VI, XVI y XXIII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio</i>
<i>Convención de Viena</i>	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, hecha en Viena el 23 de mayo de 1969, documento de las Naciones Unidas A/CONF.39/27, 1155 <i>United Nations Treaty Series</i> , página 331
CRA	Convenio de las instituciones financieras para fomentar la reestructuración empresarial (Convenio de Reestructuración Empresarial)
CRPA	Ley de Promoción de la Reestructuración Empresarial
DRAM	Semiconductores para memorias dinámicas de acceso aleatorio y modelos de memoria que contienen DRAM
ESD	<i>Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias</i>
GATT de 1994	<i>Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994</i>
Hynix	Hynix Semiconductor, Inc.
KDB	Banco de Desarrollo de Corea
KFB	Korea First Bank
Memorándum sobre órdenes referentes a los créditos	Direction of Credit Memorandum (Memorándum sobre órdenes referentes a los créditos), C-580-851, 31 de marzo de 2003, para <i>Countervailing Duty Determination: Dynamic Random Access Memory Semiconductors from the Republic of Korea</i> (Determinación en materia de derechos compensatorios: Semiconductores para memorias dinámicas de acceso aleatorio procedentes de la República de Corea) (Prueba documental 8 presentada por los Estados Unidos al Grupo Especial)
Memorándum sobre las cuestiones y la decisión	Memorándum sobre las cuestiones y la decisión, C-580-851, 16 de junio de 2003, para <i>Final Affirmative Countervailing Duty Determination: Dynamic Random Access Memory Semiconductors from the Republic of Korea</i> (Determinación definitiva positiva en materia de derechos compensatorios: Semiconductores para memorias dinámicas de acceso aleatorio procedentes de la República de Corea), <i>United States Federal Register</i> , volumen 68, N° 120 (23 de junio de 2003), página 37.122 (Prueba documental 5 presentada por Corea al Grupo Especial)
Micron	Micron Technology, Inc.
OMC	Organización Mundial del Comercio
OSD	Órgano de Solución de Diferencias
<i>Procedimientos de Trabajo</i>	<i>Procedimientos de trabajo para el examen en apelación</i> , documento WT/AB/WP/5, 4 de enero de 2005
Proyecto de artículos de la CDI	Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, de la Comisión de Derecho Internacional, Informe de la CDI sobre los trabajos de su 53° período de sesiones, <i>Documentos Oficiales de la Asamblea General, Quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/56/10)</i> , capítulo IV.E.2

Abreviatura	Definición
Samsung	Samsung Electronics Co., Ltd
USDOC	Departamento de Comercio de los Estados Unidos
USITC	Comisión de Comercio Internacional de los Estados Unidos

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO
ÓRGANO DE APELACIÓN

Estados Unidos - Investigación en materia de derechos compensatorios sobre los semiconductores para memorias dinámicas de acceso aleatorio (DRAM) procedentes de Corea

AB-2005-4

Actuantes:

Estados Unidos, *Apelante/Apelado*
Corea, *Apelante/Apelado*

Abi-Saab, Presidente de la Sección
Janow, Miembro
Taniguchi, Miembro

China, *Tercero Participante*
Comunidades Europeas, *Tercero Participante*
Japón, *Tercero Participante*
Territorio Aduanero Distinto de Taiwán, Penghu,
Kinmen y Matsu, *Tercero Participante*

I. Introducción

1. Los Estados Unidos y Corea apelan cada uno contra determinadas cuestiones de derecho e interpretaciones jurídicas desarrolladas en el informe del Grupo Especial sobre el asunto *Estados Unidos - Investigación en materia de derechos compensatorios sobre los semiconductores para memorias dinámicas de acceso aleatorio (DRAM) procedentes de Corea* (el "informe del Grupo Especial").¹ El Grupo Especial se estableció para examinar una reclamación de Corea contra los Estados Unidos concerniente a la imposición de derechos compensatorios a los DRAM y los modelos de memoria que contienen DRAM² procedentes de Corea, tras una investigación del Departamento de Comercio de los Estados Unidos (el "USDOC") y la Comisión de Comercio Internacional de los Estados Unidos (la "USITC").

2. La investigación en materia de derechos compensatorios se inició en noviembre de 2002, en respuesta a una solicitud presentada por Micron Technology, Inc. ("Micron").³ Las empresas coreanas investigadas eran Hynix Semiconductor, Inc. ("Hynix") y Samsung Electronics Co., Ltd.

¹ WT/DS296/R, 21 de febrero de 2005.

² En lo sucesivo se hará referencia a estos productos, colectivamente, como "DRAM".

³ *Notice of Initiation of Countervailing Duty Investigations: Dynamic Random Access Memory Semiconductors from the Republic of Korea* (Aviso de iniciación de investigaciones en materia de derechos compensatorios: Semiconductores para memorias dinámicas de acceso aleatorio procedentes de la República de Corea), *United States Federal Register*, volumen 67, N° 229 (27 de noviembre de 2002), página 70.927 (Prueba documental 2 presentada por Corea al Grupo Especial).

("Samsung").⁴ El Gobierno de Corea participó en la investigación como parte interesada. El USDOC publicó el 23 de junio de 2003⁵ una determinación definitiva de existencia de subvención, en la que se concluía que Hynix había recibido contribuciones financieras del Gobierno de Corea en virtud, entre otras cosas, de la encomienda u orden del Gobierno de Corea a los acreedores de Hynix de que mantuvieran la viabilidad financiera de Hynix.⁶ El USDOC determinó que para Hynix la tasa de subvención susceptible de derechos compensatorios era del 44,29 por ciento.⁷

3. La USITC publicó el 27 de diciembre de 2002 una determinación preliminar de existencia de daño, y el 11 de agosto de 2003 una determinación definitiva de existencia de daño.⁸ En su determinación definitiva de existencia de daño, la USITC concluyó que la rama de producción de DRAM de los Estados Unidos había sufrido daños importantes debido a las importaciones subvencionadas de DRAM procedentes de Corea. Basándose en esas determinaciones de existencia de subvención y de daño del USDOC y la USITC, respectivamente, el USDOC publicó el 11 de agosto de 2003 una orden de establecimiento de derechos compensatorios en la que se imponían a Hynix derechos compensatorios del 44,29 por ciento, que serían pagados por los importadores como

⁴ La tasa de subvención objeto de medidas compensatorias determinada para Samsung fue del 0,04 por ciento, lo que está por debajo del nivel *de minimis* del 2 por ciento. Por consiguiente, el USDOC hizo una constatación negativa de subvención por lo que respecta a Samsung (*Final Affirmative Countervailing Duty Determination: Dynamic Random Access Memory Semiconductors from the Republic of Korea* (Determinación definitiva positiva en materia de derechos compensatorios: Semiconductores para memorias dinámicas de acceso aleatorio procedentes de la República de Corea), *United States, Federal Register*, volumen 68, N° 120, (23 de junio de 2003), página 37.122 (en la página 37.124) (Prueba documental 5 presentada por Corea al Grupo Especial).)

⁵ Determinación definitiva positiva en materia de derechos compensatorios, *supra* (nota 4), modificada como *Notice of Amended final Affirmative Countervailing Duty Determination: Dynamic Random Access Memory Semiconductors from the Republic of Korea* (Aviso de la determinación definitiva positiva en materia de derechos compensatorios modificada: Semiconductores para memorias dinámicas de acceso aleatorio procedentes de la República de Corea), *United States Federal Register*, volumen 68, N° 144 (28 de julio de 2003), página 44.290 (Prueba documental 6 presentada por Corea al Grupo Especial).

⁶ Issues and Decision Memorandum (Memorándum sobre las cuestiones y la decisión), de fecha 16 de junio de 2003, para la Determinación definitiva positiva en materia de derechos compensatorios, *supra* (nota 4) (el "Memorándum sobre las cuestiones y la decisión"), páginas 61-62 (Prueba documental 5 presentada por Corea al Grupo Especial).

⁷ Aviso de la determinación definitiva positiva en materia de derechos compensatorios modificada, *supra* (nota 5), página 44-290 (en la página 44.291).

⁸ *DRAMs and DRAM Modules from Korea* (Memorias dinámicas de acceso aleatorio y sus módulos procedentes de Corea), Investigación N° 701-TA-431 (Preliminar), Publicación 3569 de la USITC (diciembre de 2002) (Prueba documental 9 presentada por Corea al Grupo Especial); *DRAMs and DRAM Modules from Korea*, Investigación N° 701-TA-431 (Definitiva), Publicación 3616 de la USITC (agosto de 2003) (Prueba documental 10 presentada por Corea al Grupo Especial).

depósitos en efectivo en el momento en que normalmente depositarían los derechos de aduana estimados.⁹

4. Ante el Grupo Especial, Corea alegó que los Estados Unidos habían actuado de manera incompatible con las obligaciones que les correspondían en virtud de los artículos 1, 2, 10, 12, 14, 15, 19, 22 y 32 del *Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias* (el "*Acuerdo SMC*"), así como en virtud del párrafo 3 del artículo VI del *Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994* (el "GATT de 1994").¹⁰

5. En su informe, distribuido a los Miembros de la Organización Mundial del Comercio (la "OMC") el 21 de febrero de 2005, el Grupo Especial concluyó que:

... la *Determinación definitiva de la existencia de subvención* que efectuó el Departamento de Comercio [de los Estados Unidos], la *Determinación definitiva de la existencia de daño* que efectuó la Comisión de Comercio Internacional [de los Estados Unidos] y la *Orden definitiva de establecimiento de derechos compensatorios* basada en ellas son incompatibles con los artículos 1 y 2 y el párrafo 5 del artículo 15 del *Acuerdo SMC*. Por lo tanto, llegamos a la conclusión de que los Estados Unidos han infringido esas disposiciones del *Acuerdo SMC*.¹¹

6. El Grupo Especial rechazó las alegaciones de Corea de que los Estados Unidos habían actuado de manera incompatible con el artículo 2¹², el párrafo 6 del artículo 12 y los párrafos 2, 4 y 5 del artículo 15¹³ del *Acuerdo SMC*.¹⁴ Además, el Grupo Especial no consideró "necesario tratar" determinadas alegaciones adicionales formuladas por Corea al amparo de los artículos 1 y 2 del

⁹ *Notice of Countervailing Duty Order: Dynamic Random Access Memory Semiconductors from the Republic of Korea* (Aviso de orden de establecimiento de derechos compensatorios: Semiconductores para memorias dinámicas de acceso aleatorio procedentes de la República de Corea), *United States Federal Register*, volumen 68, N° 154 (11 de agosto de 2003), página 47.546 (Prueba documental 8 presentada por Corea al Grupo Especial). Debido a la constatación del USDOC de subvención *de minimis* por lo que respecta a Samsung, las importaciones procedentes de Samsung se excluyeron de la orden de establecimiento de derechos compensatorios, y por tanto no quedaron sujetas a tales derechos. (*Ibid.*)

¹⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 3.1.

¹¹ *Ibid.*, párrafo 8.1.

¹² El Grupo Especial rechazó la alegación formulada por Corea al amparo del artículo 2 del *Acuerdo SMC* en la medida en que afectaba a la constatación del USDOC de especificidad por lo que respecta a las supuestas subvenciones otorgadas por organismos públicos. (Informe del Grupo Especial, párrafo 7.20.) Sin embargo, con respecto a otros acreedores, el Grupo Especial convino con Corea en que la determinación de existencia de subvención del USDOC no satisfacía las prescripciones del artículo 2.

¹³ El Grupo Especial rechazó la alegación de Corea de que los Estados Unidos actuaron de manera incompatible con el párrafo 5 del artículo 15 del *Acuerdo SMC* porque la USITC "no demostró la relación causal exigida entre las importaciones en cuestión y el daño" (informe del Grupo Especial, párrafo 8.2).

¹⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.2.

Acuerdo SMC, ni las alegaciones formuladas por Corea al amparo del artículo 10, el artículo 14, el párrafo 1 del artículo 15, el párrafo 4 del artículo 19, el párrafo 3 del artículo 22 y el párrafo 1 del artículo 32 del *Acuerdo SMC* y el párrafo 3 del artículo VI del GATT de 1994.¹⁵ En el curso de su examen de las alegaciones de Corea, el Grupo Especial desestimó también una petición de los Estados Unidos de que rechazase las alegaciones de Corea contra la orden de establecimiento de derechos compensatorios porque la solicitud de consultas formulada por Corea no satisfacía las prescripciones del párrafo 4 del artículo 4 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (el "ESD").¹⁶

7. A la luz de sus constataciones, el Grupo Especial recomendó que los Estados Unidos pusieran "la *Determinación definitiva de la existencia de subvención* que efectuó el [USDOC], la *Determinación definitiva de la existencia de daño* que efectuó la [USITC] y la *Orden definitiva de establecimiento de derechos compensatorios* que dictó el [USDOC] en conformidad con el *Acuerdo SMC*".¹⁷

8. El 29 de marzo de 2005, los Estados Unidos notificaron al Órgano de Solución de Diferencias (el "OSD") su intención de apelar contra determinadas cuestiones de derecho comprendidas en el informe del Grupo Especial y determinadas interpretaciones jurídicas desarrolladas por el Grupo Especial, de conformidad con el párrafo 4 del artículo 16 del ESD, y presentaron un anuncio de apelación¹⁸ de conformidad con la Regla 20 de los *Procedimientos de Trabajo para el Examen en Apelación* (los "*Procedimientos de Trabajo*").¹⁹ El 11 de abril de 2005, Corea notificó al OSD su intención de apelar contra determinadas cuestiones de derecho comprendidas en el informe del Grupo Especial y determinadas interpretaciones jurídicas desarrolladas por el Grupo Especial, de conformidad con el párrafo 4 del artículo 16 del ESD, y presentó un anuncio de otra apelación²⁰ de conformidad con el párrafo 1 de la Regla 23 de los *Procedimientos de Trabajo*. El 5 de abril de 2005, los Estados Unidos presentaron una comunicación del apelante.²¹ El 13 de abril de 2005, Corea

¹⁵ *Ibid.*, párrafo 8.3.

¹⁶ *Ibid.*, párrafos 7.410 y 7.415.

¹⁷ *Ibid.*, párrafo 8.4.

¹⁸ WT/DS296/5 (adjunto como anexo I del presente informe).

¹⁹ WT/AB/WP/5, 4 de enero de 2005.

²⁰ WT/DS296/6 (adjunto como anexo II del presente informe).

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

presentó una comunicación en calidad de otro apelante.²² El 25 de abril de 2005, Corea y los Estados Unidos presentaron sendas comunicaciones del apelado.²³ Ese mismo día, China, las Comunidades Europeas, el Japón y el Territorio Aduanero Distinto de Taiwán, Penghu, Kinmen y Matsu presentaron sendas comunicaciones en calidad de terceros participantes.²⁴

9. La audiencia oral de esta apelación se celebró el 11 de mayo de 2005. Los participantes y los terceros participantes presentaron alegaciones orales (con excepción del Territorio Aduanero Distinto de Taiwán, Penghu, Kinmen y Matsu) y respondieron a las preguntas formuladas por los Miembros de la Sección que entendía en la apelación.

II. Argumentos de los participantes y los terceros participantes

A. Alegaciones de error formuladas por los Estados Unidos - Apelante

1. Solicitud de consultas de conformidad con el párrafo 4 del artículo 4 del ESD

10. Los Estados Unidos apelan contra la constatación del Grupo Especial de que la solicitud de consultas formulada por Corea satisfacía las prescripciones del párrafo 4 del artículo 4 del ESD. Según los Estados Unidos, en la solicitud de consultas formulada por Corea no se establecía el fundamento jurídico de la reclamación por lo que respecta a la orden de establecimiento de derechos compensatorios. En consecuencia, los Estados Unidos solicitan al Órgano de Apelación que revoque la constatación del Grupo Especial.

11. Los Estados Unidos aducen que "no es creíble"²⁵ afirmar que Corea, al invocar que había presentado una solicitud de celebración de consultas anterior sobre un conjunto de supuestas medidas, satisfizo su obligación de proporcionar una indicación del fundamento jurídico de su reclamación relativa a la orden de establecimiento de derechos compensatorios, que sólo se identificó en la segunda solicitud de consultas. Los Estados Unidos sostienen además que Corea citó numerosas disposiciones en su primera solicitud de celebración de consultas, y no podía "suponerse que los Estados Unidos debían adivinar qué disposiciones eran las aplicables a la orden de establecimiento de derechos compensatorios".²⁶ Los Estados Unidos sostienen también que Corea se negó a identificar la

²² De conformidad con el párrafo 3 de la Regla 23 de los *Procedimientos de Trabajo*.

²³ De conformidad con la Regla 22 y el párrafo 4 de la Regla 23 de los *Procedimientos de Trabajo*.

²⁴ De conformidad con el párrafo 1 de la Regla 24 de los *Procedimientos de Trabajo*.

²⁵ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 143.

²⁶ *Ibid.*, párrafo 143.

disposición o las disposiciones de un acuerdo abarcado con las que estimaba que la orden de establecimiento de derechos compensatorios era incompatible, incluso cuando los Estados Unidos le pidieron concretamente que lo hiciera tras la presentación de la segunda solicitud de consultas. Los Estados Unidos señalan en su comunicación que "las prescripciones del párrafo 4 del artículo 4 son mínimas, [pero] no pueden pasarse por alto".²⁷

2. Interpretación del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del Acuerdo SMC

12. Los Estados Unidos alegan que el Grupo Especial interpretó erróneamente las palabras "encomiende" y "ordene" que figuran en el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del *Acuerdo SMC*²⁸ y después aplicó esa interpretación errónea a su evaluación de las pruebas obrantes en el expediente. Según los Estados Unidos, la interpretación de los términos "encomiende" y "ordene" que hizo el Grupo Especial es incompatible con el sentido corriente de esos términos. Una interpretación adecuada de "encomiende" y "ordene" habría tenido en cuenta los múltiples significados de esos términos que aparecen en sus definiciones. A juicio de los Estados Unidos, si el Grupo Especial hubiera tenido en cuenta esos significados, habría llegado a un entendimiento de las palabras "encomiende" y "ordene" que tomara en consideración toda la gama de medidas gubernamentales comprendidas en el sentido corriente de esos términos, a saber: un gobierno que confía a una entidad privada el desempeño de una tarea; un gobierno que da responsabilidad a una entidad privada para desempeñar una tarea; un gobierno que informa u orienta a una entidad privada sobre la manera en que debe desempeñarse una tarea; un gobierno que regula el curso de la conducta de una entidad privada; y un gobierno que delega en una entidad privada el desempeño de una tarea o le ordena que la desempeñe. El Grupo Especial, sin embargo, descartó esas definiciones y se basó en una definición de las palabras "encomiende" y "ordene" como "delegación" y "mando"²⁹, respectivamente. Los Estados Unidos alegan que esta interpretación restringida no tiene en cuenta las distintas maneras en las que un gobierno puede otorgar subvenciones por intermedio de entidades privadas.

²⁷ *Ibid.*, párrafo 144.

²⁸ El párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del *Acuerdo SMC* establece que existe una contribución financiera 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[.]

²⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.31.

13. Los Estados Unidos sostienen que el Grupo Especial tampoco tuvo suficientemente en cuenta el contexto de las palabras "encomiende" y "ordene", porque el uso del término "práctica" en el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 claramente implica que la encomienda u orden no puede estar limitada a un programa oficial o formal, sino que también debe incluir "prácticas" más amplias. Los Estados Unidos aducen que el contexto también revela que los negociadores no querían que los gobiernos pudieran eludir las disciplinas sobre subvenciones utilizando otros medios -es decir, medios que "en ningún sentido real"³⁰ difieren de los normalmente utilizados por los gobiernos- para otorgar subvenciones. A juicio de los Estados Unidos las palabras "en ningún sentido real", tal como se utilizan en la citada disposición, sugieren que los redactores estaban tratando de evitar que se eludiera la obligación de no conceder subvenciones prohibidas. Entenderlo así, según los Estados Unidos, respaldaría una interpretación de las palabras "encomiende" y "ordene" que hace efectiva toda su gama de significados de modo que no permite ninguna forma de subvención gubernamental por intermedio de entidades privadas. Los Estados Unidos afirman además que el objeto y fin del *Acuerdo SMC* no justifican la interpretación del Grupo Especial, porque la manera en que el Grupo Especial entiende el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 abarcaría una gama indebidamente limitada de subvenciones gubernamentales otorgadas por intermedio de la actuación de entidades privadas.

14. Por último, los Estados Unidos sostienen que la interpretación restrictiva de los términos "encomiende" y "ordene" propugnada por el Grupo Especial afecta al resto de su análisis. Hacen referencia a varias de las constataciones del Grupo Especial como ejemplos de errores derivados de esa interpretación, entre ellos el análisis por el Grupo Especial del Decreto N° 408 del Primer Ministro, las reuniones entre acreedores de Hynix y funcionarios del Gobierno de Corea y el folleto del Banco Kookmin para la Comisión de Bolsa y Valores de los Estados Unidos. Tomadas en su conjunto, esas constataciones restan valor a la conclusión definitiva de incompatibilidad con el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 a que llegó el Grupo Especial. En consecuencia, los Estados Unidos solicitan al Órgano de Apelación que revoque las constataciones del Grupo Especial por lo que respecta a su interpretación de las palabras "encomiende" y "ordene", así como las conclusiones del Grupo Especial basadas en esa interpretación.

³⁰ Párrafo 1 a) 1 iv) del artículo 1 del *Acuerdo SMC*.

3. Examen de las pruebas de encomienda u orden utilizadas por el USDOC

- a) *La norma establecida por el Grupo Especial de que los elementos de prueba deben ser "probatorios y convincentes"*

15. Los Estados Unidos aducen que el Grupo Especial, en su examen de la determinación de existencia de subvención formulada por el USDOC, aplicó erróneamente a los elementos de prueba una norma que requiere que sean "probatorios y convincentes" (en inglés: *probative and compelling*), y piden al Órgano de Apelación que revoque las constataciones del Grupo Especial en las que se expone la norma aplicable a las pruebas, así como las constataciones subsiguientes basadas en esa norma.

16. A juicio de los Estados Unidos, no hay en el *Acuerdo SMC*, en el ESD ni en ningún otro acuerdo abarcado fundamento alguno para la constatación del Grupo Especial de que los elementos de prueba de la encomienda u orden "deben ser en todos los casos probatorios y convincentes".³¹ Los Estados Unidos reconocen que las disposiciones de varios acuerdos abarcados establecen diversas normas en materia de pruebas, como que éstas sean "positivas"³², "pertinentes"³³, o "suficientes".³⁴ Los Estados Unidos recuerdan también la manera en que el Órgano de Apelación interpretó las palabras "pruebas positivas" en la diferencia *Estados Unidos - Acero laminado en caliente*, en el sentido de que "[l]a palabra positivas significa ... que las pruebas deben ser de carácter afirmativo, objetivo y verificable y deben ser creíbles".³⁵ Los Estados Unidos sostienen, no obstante, que esa exigencia no se traduce en una norma en virtud de la cual los elementos de prueba han de ser "probatorios y convincentes".

17. Refiriéndose a la definición del término "convincentes", los Estados Unidos aducen que una norma en virtud de la cual las pruebas deben ser "convincentes" parecería requerir pruebas que "fuercen" u "obliguen" al encargado de determinar los hechos a llegar a una conclusión en particular,

³¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.35.

³² Párrafo 1 del artículo 3 del *Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994* (el "*Acuerdo Antidumping*").

³³ Párrafo 5 del artículo 3 y párrafo 2 del artículo 5 del *Acuerdo Antidumping*; artículo 42 y párrafo 1 del artículo 50: *Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio*.

³⁴ Párrafos 3, 6 y 8 del artículo 5, párrafo 7 del artículo 10 y párrafo 1 del artículo 12 del *Acuerdo Antidumping*; párrafo 4 del artículo 5 del *Acuerdo sobre los Textiles y el Vestido*.

³⁵ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 51 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Acero laminado en caliente*, párrafo 192).

o pruebas que sean "abrumadoras"³⁶ o "irrefutables".³⁷ A juicio de los Estados Unidos, esa norma no puede conciliarse con la decisión del Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Cordero*³⁸, según la cual un grupo especial está obligado a determinar si una autoridad investigadora facilitó una explicación razonada y adecuada de por qué las pruebas llevaban a una conclusión en particular, y no si esa conclusión se basó en elementos de prueba probatorios y convincentes.

b) *Criterio aplicado a las pruebas por el Grupo Especial*

i) Examen de la totalidad de las pruebas

18. Los Estados Unidos alegan que el Grupo Especial incurrió en error al evaluar la determinación de existencia de encomienda u orden formulada por el USDOC considerando cada una de las pruebas aisladamente, sin tener en cuenta la totalidad de ellas. Según la comunicación de los Estados Unidos, ese enfoque conducía necesariamente a una constatación de insuficiencia de las pruebas en que se basó la determinación del USDOC. En consecuencia, los Estados Unidos piden al Órgano de Apelación que revoque las constataciones del Grupo Especial con respecto a cada una de las pruebas, así como las constataciones que fueron producto del enfoque equivocado del Grupo Especial.³⁹

19. Los Estados Unidos observan que el Grupo Especial indicó que al examinar las pruebas adoptaría el mismo criterio que el USDOC, basándose "en todas las pruebas que tuvo ante sí, sin asignar importancia especial a uno o varios elementos de prueba".⁴⁰ Sin embargo, aducen los Estados Unidos, el informe del Grupo Especial revela que de hecho éste evaluó si cada una de las pruebas demostraba, *en sí misma y por sí misma*, la existencia de encomienda u orden, en lugar de evaluar si las pruebas en su conjunto respaldaban la constatación de existencia de encomienda u orden.⁴¹

20. Los Estados Unidos alegan en particular que el Grupo Especial aplicó este "enfoque fragmentado"⁴² en varias partes de su análisis de la constatación de existencia de encomienda u orden

³⁶ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 49 (donde se cita *The New Shorter Oxford English Dictionary*, L. Brown (ed.) (Clarendon Press, 1993), volumen 1 (1993), página 458).

³⁷ *Ibid.*, párrafo 49.

³⁸ *Ibid.*, párrafo 54 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cordero*, párrafo 103).

³⁹ *Ibid.*, párrafo 73.

⁴⁰ *Ibid.*, párrafo 58 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 7.45).

⁴¹ *Ibid.*, párrafo 58.

⁴² *Ibid.*, párrafo 65.

formulada por el USDOC. Los Estados Unidos hacen referencia al examen por el Grupo Especial de varios elementos de prueba en los que el USDOC se apoyó -entre ellos la Ley de Supervisión de los Fondos Públicos, el Decreto N° 408 del Primer Ministro y el folleto del Banco Kookmin para la Comisión de Bolsa y Valores de los Estados Unidos- como ejemplos de que el Grupo Especial no tuvo en cuenta la totalidad de las pruebas.⁴³ Los Estados Unidos agregan que incluso cuando el Grupo Especial afirmó que tuvo en cuenta elementos de prueba en un contexto más amplio, "marginalizó"⁴⁴ esas pruebas, como cuando se abstuvo de atribuir el debido valor a la pertinencia de la propiedad o el control por el Gobierno de Corea de los acreedores de Hynix dominantes.⁴⁵ En consecuencia, los Estados Unidos solicitan al Órgano de Apelación que revoque esas constataciones que se basaron en el error cometido por el Grupo Especial al examinar aisladamente pruebas que respaldaban la determinación de existencia de encomienda u orden formulada por el USDOC.

ii) Pruebas circunstanciales

21. Los Estados Unidos alegan que en la práctica el Grupo Especial requirió que cada elemento de prueba constituyera una prueba *directa* de encomienda u orden, por lo que impidió inferir conclusiones legítimas derivadas de pruebas circunstanciales y secundarias. En consecuencia, solicitan al Órgano de Apelación que revoque las constataciones del Grupo Especial afectadas por su marco analítico "jurídicamente erróneo".⁴⁶

22. Como ejemplo del error del Grupo Especial, los Estados Unidos hacen referencia a su examen de la coerción ejercida por el Gobierno de Corea sobre el Hana Bank, en relación con el cual el Grupo Especial afirmó que "una autoridad investigadora objetiva e imparcial no habría considerado que una simple referencia a un artículo en una nota de pie de página era prueba *suficiente* de una cuestión tan importante como un acto de encomendar u ordenar de un gobierno".⁴⁷ Los Estados Unidos aducen que esa afirmación revela que el Grupo Especial no reconoció que el valor de una prueba circunstancial no reside en su *suficiencia*, sino más bien en "las inferencias creadas, junto con otros elementos de prueba, por lo que respecta a la existencia de un hecho o una serie de hechos".⁴⁸

⁴³ *Ibid.*, párrafos 60-67.

⁴⁴ *Ibid.*, párrafo 69.

⁴⁵ *Ibid.*, párrafo 68.

⁴⁶ *Ibid.*, párrafo 85.

⁴⁷ *Ibid.*, párrafo 76 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 7.129). (las cursivas son de los Estados Unidos)

⁴⁸ *Ibid.*, párrafo 76. (no se reproduce la nota de pie de página)

23. Los Estados Unidos sostienen que en lugar de "fijar la atención" en si determinadas pruebas demostraban en sí mismas la existencia de encomienda u orden, el Grupo Especial debería haber inferido de la totalidad de las pruebas circunstanciales que "el Gobierno de Corea tenía una práctica, una finalidad y un proceso establecidos para encomendar y ordenar a los acreedores de Hynix".⁴⁹ Al hacerlo, debería haber prestado atención especial a la "arraigada política del Gobierno de Corea de apoyar a Hynix, a la poderosa influencia del Gobierno de Corea sobre los acreedores de Hynix como consecuencia de, entre otras cosas, los importantes intereses del Gobierno de Corea como propietario en el sector financiero de Corea, y la falta total de cualquier fundamento comercial para ayudar a Hynix".⁵⁰

24. Los Estados Unidos sostienen que el trato dado por el Grupo Especial a las pruebas circunstanciales difiere acusadamente de la manera en que otros grupos especiales y el Órgano de Apelación han evaluado ese tipo de pruebas. Los Estados Unidos hacen referencia a los informes de los grupos especiales en los asuntos *Argentina – Textiles y prendas de vestir* y *Canadá - Aeronaves Civiles*, y además a la declaración del Órgano de Apelación, en el asunto *Canadá - Aeronaves Civiles*, de que "puede tratarse de inferencias de hecho ... o de derecho (por ejemplo cuando el *conjunto* de los hechos cuya existencia se ha constatado justifica la calificación de una 'subvención')".⁵¹ Según los Estados Unidos, las pruebas circunstanciales son especialmente pertinentes para establecer la existencia de una contribución financiera en el sentido del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1. Las partes externas tienen dificultades para obtener pruebas directas de encomienda u orden del gobierno, porque normalmente el gobierno exportador o las partes extranjeras tratarán confidencialmente esa información. Como consecuencia de ello, sostienen los Estados Unidos, el hecho de que el Grupo Especial no tuviera en cuenta las pruebas circunstanciales en que se apoyó el USDOC estableció en la práctica una prescripción probatoria que es "virtualmente imposible" de satisfacer en casos que conlleven encomienda u orden del gobierno.⁵²

iii) La carga de la prueba

25. Los Estados Unidos aducen que en la práctica la manera en que el Grupo Especial evaluó las pruebas en el presente caso desembocó en un desplazamiento indebido de la carga de la prueba de Corea a los Estados Unidos, por lo cual solicitan al Órgano de Apelación que revoque las

⁴⁹ *Ibid.*, párrafo 80.

⁵⁰ *Ibid.*, párrafo 79. (no se reproducen las notas de pie de página)

⁵¹ *Ibid.*, párrafo 82 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Aeronaves Civiles*, párrafo 198). (las cursivas figuran en el original)

⁵² *Ibid.*, párrafo 83.

constataciones del Grupo Especial resultantes de ese error. Según los Estados Unidos, el Grupo Especial reconoció -de conformidad con anteriores decisiones en el marco de la OMC- que la carga de la prueba recaía sobre Corea, como parte reclamante. No obstante, alegan los Estados Unidos, el Grupo Especial analizó elementos de prueba aisladamente, requirió que cada uno de ellas fuera "convinciente", y descartó conclusiones inferidas de pruebas circunstanciales, exigiendo así a los Estados Unidos que presentaran una prueba "flagrante"⁵³ que demostrara por sí misma la existencia de encomienda u orden. Como el Grupo Especial no encontró esa prueba "flagrante", concluyó, sostienen los Estados Unidos, que el USDOC no demostró la existencia de encomienda u orden. Exigir a los Estados Unidos que justificaran la determinación del USDOC con pruebas "flagrantes" -en lugar de exigir a Corea que estableciera por qué las pruebas no podían respaldar colectivamente una constatación de existencia de encomienda u orden- equivalía a desplazar la carga de la prueba de Corea a los Estados Unidos.

iv) Racionalización *ex post facto*

26. Los Estados Unidos sostienen que el Grupo Especial caracterizó erróneamente el recurso de los Estados Unidos a determinadas pruebas obrantes en el expediente durante el procedimiento del Grupo Especial como racionalizaciones *ex post facto*, y por consiguiente incurrió en error al abstenerse de tener en cuenta esas pruebas cuando evaluó la constatación de existencia de encomienda u orden formulada por el USDOC. En consecuencia, los Estados Unidos solicitan al Órgano de Apelación que revoque las constataciones del Grupo Especial relativas a la racionalización *ex post facto*, así como las conclusiones resultantes de esas constataciones.

27. Los Estados Unidos reconocen que algunos grupos especiales han rechazado argumentos y razonamientos por considerar que constituían racionalizaciones *ex post facto*.⁵⁴ No obstante, aducen los Estados Unidos, en esos casos los grupos especiales se opusieron a la introducción de nuevos *razonamientos*, mientras que en el presente caso los Estados Unidos se limitaron a proporcionar al Grupo Especial una ayuda probatoria adicional relacionada con razonamientos que *ya se habían empleado* en la determinación del USDOC publicada. Concretamente, los Estados Unidos sostienen que cada una de esas pruebas -como el artículo del *Dong-A Daily*, titulado "'Gangster-Style' Solution for Hynix", que el Grupo Especial se negó a tener en cuenta⁵⁵- estaba directamente relacionada con el razonamiento del USDOC relativo a determinadas inferencias fácticas subyacentes en la constatación

⁵³ *Ibid.*, párrafo 87.

⁵⁴ *Ibid.*, párrafo 89 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial *Argentina - Baldosas de cerámica*, párrafo 6.27, y el informe del Grupo Especial, *Guatemala - Cemento II*, párrafo 8.245).

⁵⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.88.

de existencia de encomienda u orden formulada por el USDOC, por lo que no constituían racionalizaciones *ex post facto*.

28. En apoyo de este argumento, los Estados Unidos se remiten al párrafo 5 del artículo 22 del *Acuerdo SMC*, que estipula que en la determinación publicada por un organismo al final de una investigación en materia de derechos compensatorios "figurará ... toda la información pertinente sobre las cuestiones de hecho y de derecho y las razones que hayan llevado a la imposición de medidas definitivas". A juicio de los Estados Unidos, esta disposición aborda lo que debe contener una determinación definitiva, y a tenor de su texto no requiere que una autoridad investigadora "cite cada elemento de prueba que obre en el expediente que respalde sus motivos para la imposición de medidas definitivas".⁵⁶ En consecuencia, sostienen los Estados Unidos, no hay en el *Acuerdo SMC* nada que permita a un grupo especial descartar pruebas obrantes en el expediente, aunque no se citen en la determinación definitiva, siempre que no se introduzcan para apoyar nuevos razonamientos. Al concluir lo contrario, aducen los Estados Unidos, el Grupo Especial limitó inadmisiblemente las pruebas en las que un Miembro puede apoyarse con arreglo al párrafo 5 del artículo 22 del *Acuerdo SMC*, en infracción del párrafo 2 del artículo 3 y el párrafo 2 del artículo 19 del ESD.

29. Los Estados Unidos hacen además referencia a una decisión de un grupo especial del GATT que aplicó el párrafo 15 del artículo 2 del *Acuerdo relativo a la interpretación y aplicación de los artículos VI, XVI y XXIII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio* ("el Código de Subvenciones de la Ronda de Tokio"), que es "bastante similar" al párrafo 5 del artículo 22 del *Acuerdo SMC*.⁵⁷ En esa decisión se reconoció que nada impedía que un grupo especial, en virtud de lo dispuesto en el párrafo 15 del artículo 2, tuviera en cuenta pruebas no incluidas en una determinación publicada, siempre que pudiera inferirse razonablemente que el organismo se había apoyado en esas pruebas. Los Estados Unidos se remiten también al informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Estados Unidos - Algodón americano (upland)*. En aquel caso, el Órgano de Apelación, en el contexto de la aplicación del párrafo 3 del artículo 6 del *Acuerdo SMC* por el Grupo Especial, no constató que éste hubiera incurrido en error al no hacer referencia a cada prueba proporcionada por las partes en la diferencia porque había constatado que algunas de ellas eran menos significativas que otras para sus razonamientos.⁵⁸ A juicio de los Estados Unidos, en el presente caso

⁵⁶ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 91.

⁵⁷ *Ibid.*, párrafo 92 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial del GATT, *Brasil - Leche* (CEE, párrafos 286-287)).

⁵⁸ *Ibid.*, párrafo 93 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Algodón americano (upland)*, párrafo 446).

debe aplicarse un razonamiento similar para no exigir a una autoridad investigadora que cite cada una de las pruebas justificativas que figuran en el expediente del organismo.

30. Por último, los Estados Unidos aducen que de hecho el USDOC citó expresamente, en su Memorándum sobre órdenes referentes a los créditos⁵⁹, algunos de los artículos que el Grupo Especial se negó a tener en cuenta, como los publicados en *Korea Economic Daily*, *Euromoney* y *Korea Times*. Los Estados Unidos sostienen que en la determinación del USDOC se había hecho referencia al Memorándum sobre órdenes referentes a los créditos en apoyo de la constatación de existencia de encomienda u orden formulada por el USDOC. En consecuencia, según los Estados Unidos, el Grupo Especial incurrió en error al basar su negativa a tener en cuenta esos artículos en el hecho de que no se habían citado en la determinación que publicó el USDOC.

c) *Incumplimiento por el Grupo Especial del artículo 11 del ESD*

i) Pruebas que no constan en el expediente

31. Los Estados Unidos sostienen que el Grupo Especial se basó indebidamente en pruebas que no obraban en el expediente del USDOC y que, al actuar de este modo, procedió a realizar un inaceptable examen *de novo* de la determinación del USDOC sobre la existencia de subvención, lo que constituye un incumplimiento del artículo 11 del ESD. Los Estados Unidos, por consiguiente, piden al Órgano de Apelación que revoque las conclusiones del Grupo Especial que se basaron en la utilización errónea de pruebas que no obraban en el expediente.

32. Remitiéndose al informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Estados Unidos - Hilados de algodón* y al informe del grupo especial que examinó el asunto *Egipto - Barras de refuerzo de acero*, los Estados Unidos sostienen que utilizar pruebas que no obran en el expediente equivale a un examen *de novo* y da origen a una infracción de las disposiciones del artículo 11 del ESD. Además, los Estados Unidos se remiten al párrafo 2 del artículo 12 del *Acuerdo SMC*, que establece en su parte pertinente que "[t]oda decisión de la autoridad investigadora podrá basarse únicamente en la información y los argumentos que consten por escrito en la documentación de dicha autoridad".

33. Los Estados Unidos apuntan, en particular, a las constataciones del Grupo Especial que figuran en los párrafos 7.63, 7.91 y 7.155 de su informe. Según la comunicación de los Estados Unidos, cada una de estas constataciones se basó expresamente en la conclusión del Grupo Especial

⁵⁹ *Direction of Credit Memorandum* (Memorándum sobre órdenes referentes a los créditos) para *Countervailing Duty Investigation: Dynamic Random Access Memory Semiconductors from the Republic of Korea* (Investigación en materia de derechos compensatorios: Semicondutores para memorias dinámicas de acceso aleatorio procedentes de la República de Corea), de fecha 31 de marzo de 2003 (Prueba documental 8 presentada por los Estados Unidos al Grupo Especial).

de que algunos acreedores de Hynix ejercieron su derecho a una mediación con motivo de la reestructuración de octubre de 2001. Sin embargo, los Estados Unidos alegan que en el expediente del USDOC no obran pruebas de que ninguno de los acreedores de Hynix se sometiera de hecho a una mediación y evitara de ese modo el cumplimiento de las condiciones de reestructuración que habían establecido los acreedores dominantes, que eran propiedad del Gobierno de Corea o estaban controlados por éste. Según los Estados Unidos, la única prueba de tal mediación fue presentada por Corea en el curso de las actuaciones del Grupo Especial, y no había sido presentada al USDOC por ninguna parte interesada en el curso de la investigación en materia de derechos compensatorios.

34. Con respecto a la conclusión del Grupo Especial de que el artículo 29(5) de la Ley de Promoción de la Reestructuración Empresarial (la "CRPA") debió haber puesto al USDOC sobre aviso de la posibilidad de mediación, los Estados Unidos sostienen que, ante la ausencia de pruebas aportadas al expediente por Hynix o el Gobierno de Corea sobre "*actos concretos de mediación*", el USDOC no estaba en condiciones de considerar cómo habría influido tal mediación en sus constataciones.⁶⁰ En opinión de los Estados Unidos, una simple referencia a la *posibilidad* de mediación no equivale a que obre en el expediente una prueba de que la mediación tuvo lugar.

35. Además, los Estados Unidos alegan que, en el curso de su investigación, el USDOC hizo algunas preguntas concretas sobre la CRPA y las diferentes opciones ofrecidas a los acreedores de Hynix en el momento de la reestructuración de octubre de 2001. A pesar de esta petición de información, en opinión de los Estados Unidos "ni Hynix ni el Gobierno de Corea hicieron la menor mención en ningún momento de la mediación".⁶¹ Además, los Estados Unidos afirman que ni Hynix ni el Gobierno de Corea habían mencionado en ningún momento en sus comunicaciones al USDOC que la mediación se había producido de hecho.

36. Los Estados Unidos no están de acuerdo con la constatación del Grupo Especial de que una declaración que figuraba en el Informe de Auditoría de Hynix para 2001 mostraba que se habían invocado las disposiciones relativas a la mediación y que ello debía haber puesto sobre aviso al USDOC de que se había presentado una solicitud de mediación.⁶² En opinión de los Estados Unidos, el extracto citado del Informe de Auditoría de Hynix para 2001 no indicaba que se había

⁶⁰ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 109. (las cursivas figuran en el original)

⁶¹ *Ibid.*, nota 156 al párrafo 108.

⁶² *Ibid.*, párrafo 111 (donde se hace referencia a los párrafos 7.85 y 7.86 del informe del Grupo Especial).

producido una mediación; sólo indicaba que algunos bancos "se opusieron"⁶³, sin aclarar la relación, de haberla, entre ese "se opusieron" y el recurso a la mediación.

ii) Norma de examen

37. Los Estados Unidos sostienen que, además de cada uno de los errores del Grupo Especial enumerados anteriormente⁶⁴, también constituye una infracción del artículo 11 del ESD el efecto acumulado de estos errores. Los Estados Unidos afirman que el USDOC actuó correctamente al examinar las pruebas en su totalidad, basarse en pruebas circunstanciales y secundarias y extraer deducciones razonables de estas pruebas. Al examinar la determinación del USDOC, la función del Grupo Especial era decidir si éste había establecido correctamente los hechos y los había evaluado de una forma no tendenciosa y objetiva, y si el USDOC, dada la totalidad de las pruebas que obraban en el expediente, incluidas las pruebas circunstanciales, pudo haber constatado la existencia de encomienda u orden. Según la comunicación de los Estados Unidos, sin embargo, los errores individuales cometidos por el Grupo Especial lo llevaron a utilizar un "nuevo marco analítico", en lugar del utilizado por el USDOC, a redefinir el alcance y la estructura del análisis del USDOC y a volver a ponderar el peso de las pruebas de que dispuso el USDOC.⁶⁵ Los Estados Unidos alegan que el Grupo Especial, al actuar de este modo, no se ajustó a la norma de examen correcta y por consiguiente no respetó los límites de la capacidad discrecional que le atribuye el artículo 11 del ESD. Por eso, los Estados Unidos piden al Órgano de Apelación que revoque las conclusiones del Grupo Especial que derivan de su aplicación incorrecta de la norma de examen.

4. Beneficio y especificidad

38. Los Estados Unidos apelan contra las constataciones del Grupo Especial relativas a la determinación del USDOC sobre el beneficio y sobre la especificidad. Los Estados Unidos observan que el Grupo Especial constató que la determinación del USDOC sobre la existencia de beneficio es incompatible con el párrafo 1 b) del artículo 1 del *Acuerdo SMC* y que su determinación sobre la especificidad, en la medida en que se refiere a presuntas subvenciones de acreedores que no habían sido identificados por el USDOC como organismos públicos, es incompatible con el artículo 2 del *Acuerdo SMC*. Los Estados Unidos sostienen que estas constataciones se basan *únicamente* en la

⁶³ *Ibid.*, párrafo 111 (donde se cita la página 40 del Informe de Auditoría de Hynix para 2001 (Prueba documental 125 presentada por los Estados Unidos al Grupo Especial). El Grupo Especial citó también el Informe de Auditoría de Hynix para 2001 en el párrafo 7.85 de su informe.

⁶⁴ *Supra*, apartados a)-c) i) de la sección II.A.3.

⁶⁵ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 119.

errónea conclusión del Grupo Especial de que la determinación del USDOC sobre la encomienda u orden del Gobierno de Corea a ciertos acreedores de Hynix es incompatible con el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del *Acuerdo SMC*. Por consiguiente, los Estados Unidos piden al Órgano de Apelación que revoque estas constataciones del Grupo Especial sobre el beneficio y la especificidad.

B. *Argumentos de Corea - Apelado*

1. Solicitud de consultas de conformidad con el párrafo 4 del artículo 4 del ESD

39. Corea sostiene que se ha sometido indebidamente al Órgano de Apelación la apelación de los Estados Unidos con respecto a la solicitud de celebración de consultas porque los Estados Unidos no identifican suficientemente, en su anuncio de apelación, los presuntos errores sobre cuestiones de derecho o sobre las interpretaciones jurídicas, según establece el párrafo 2 d) de la Regla 20 de los *Procedimientos de Trabajo*. Corea alega que sería superfluo el apartado i) del párrafo 2 d) de la Regla 20, teniendo en cuenta los apartados ii) y iii), si bastara con que el apelante repitiera simplemente lo dicho por el grupo especial y se limitara a alegar que no está de acuerdo. En su anuncio de apelación, los Estados Unidos no han presentado "la más mínima descripción de lo que [los Estados Unidos] consideran un error en las cuestiones de derecho".⁶⁶ Por consiguiente, Corea pide al Órgano de Apelación que desestime esta alegación de los Estados Unidos.

40. Subsidiariamente, Corea alega que la pretensión de los Estados Unidos con respecto al párrafo 4 del artículo 4 del ESD debe ser desestimada porque la solicitud de celebración de consultas presentada por Corea cumplió los requisitos de esa disposición. Corea se refiere a su solicitud de celebración de consultas, de fecha 30 de junio de 2003⁶⁷, y al addendum a esta solicitud, de fecha 18 de agosto de 2003 (el "Addendum").⁶⁸ Corea no está de acuerdo con los Estados Unidos en que no indicó cuáles eran las disposiciones jurídicas cuya incompatibilidad con la orden de establecimiento de derechos compensatorios invocaba. Corea sostiene que el documento del 18 de agosto de 2003 dejaba claro que era un "addendum" a la solicitud de celebración de consultas del 30 de junio de 2003 y que, por consiguiente, en el addendum se alegaban con respecto a la orden de establecimiento de derechos compensatorios las mismas infracciones indicadas en la solicitud inicial. Corea alega además que la orden de establecimiento de derechos compensatorios "depende" de las

⁶⁶ Comunicación del apelado presentada por Corea, párrafo 230.

⁶⁷ WT/DS296/1 (adjunto como anexo III del presente informe).

⁶⁸ WT/DS296/1/Add.1 (adjunto como anexo IV del presente informe).

determinaciones definitivas del USDOC y la USITC y efectivamente es una "función administrativa que se ejerce sin ninguna discrecionalidad".⁶⁹ En opinión de Corea, de ello se deduce que el fundamento jurídico de la reclamación con respecto a la orden de establecimiento de derechos compensatorios es idéntico al fundamento jurídico de la reclamación con respecto a las determinaciones en que se basa. Por tanto, Corea sostiene que su solicitud de celebración de consultas y el Addendum respectivo cumplían los requisitos establecidos por el párrafo 4 del artículo 4 del ESD y pide al Órgano de Apelación que desestime la apelación de los Estados Unidos con respecto a esta cuestión.

2. Interpretación del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del Acuerdo SMC

41. Corea se opone a la impugnación por los Estados Unidos de la interpretación que el Grupo Especial ha hecho del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del *Acuerdo SMC* y por consiguiente sostiene que el Órgano de Apelación debe confirmar esta interpretación. En particular, Corea alega que la interpretación que el Grupo Especial hizo de los términos "encomiende" y "ordene" es conforme con su sentido corriente. Corea recuerda que el Grupo Especial se mostró de acuerdo con el grupo especial que examinó el asunto *Estados Unidos - Limitaciones de las importaciones* en que los términos "encomendar" y "ordenar" contienen un elemento de "delegación" o de "mando". Corea sostiene que las definiciones de los términos "encomendar" y "ordenar" propuestas por los Estados Unidos fueron elegidas de modo selectivo y que, al hacer esa selección, los Estados Unidos llegaron a una interpretación demasiado amplia de esos términos. Corea presenta varios ejemplos de aplicación de las definiciones propuestas por los Estados Unidos, alegando que dichos ejemplos ponen de manifiesto que estas definiciones abarcan una gama más amplia de actos de los gobiernos que la contemplada en el *Acuerdo SMC*.

42. Corea sostiene además que la forma en que el propio Grupo Especial entiende el contexto de los términos "encomiende" y "ordene" confirma su interpretación. Corea rechaza la interpretación de los Estados Unidos del término "prácticas" del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 como si supusiera que la encomienda u orden no se puede limitar a un programa oficial, y que puede incluir también "prácticas" en un sentido más amplio. Corea alega que "[e]l término 'prácticas' se refiere a *lo que* se encomienda u ordena, no a *si* se han encomendado u ordenado actos del gobierno de este tipo".⁷⁰ Igualmente, Corea está en desacuerdo con la afirmación de los Estados Unidos de que, al equiparar "encomiende" y "ordene" con "delegación" y "mando", el Grupo Especial no tuvo en cuenta "toda la

⁶⁹ Comunicación del apelado presentada por Corea, párrafo 242.

⁷⁰ *Ibid.*, párrafo 43. (las cursivas figuran en el original)

gama de métodos"⁷¹ que puede utilizar un gobierno para otorgar una subvención. Corea sostiene que, aunque el párrafo 1 a) 1) del artículo 1 pueda abarcar una amplia gama de *tipos* de transacciones financieras, ese es un "asunto ajeno" a la determinación de si se puede *atribuir* tales transacciones al gobierno de un Miembro debido a que éste se las encomendó u ordenó a una entidad privada.⁷²

43. Corea está de acuerdo con los Estados Unidos en que el objetivo del *Acuerdo SMC* es someter a disciplina las subvenciones ofrecidas por los gobiernos. En opinión de Corea, según la interpretación de los Estados Unidos un Miembro estaría autorizado a adoptar medidas compensatorias contra los actos de una *entidad privada* sin que éstos hayan sido encomendados u ordenados positivamente por el gobierno. Tal cosa "convertiría el Acuerdo SMC, un acuerdo favorable a la competencia, en un instrumento de burdo proteccionismo".⁷³

44. Corea controvierte los distintos ejemplos presentados por los Estados Unidos con el fin de demostrar que el Grupo Especial aplicó a los hechos que concurren en el presente caso su errónea interpretación de los términos "encomiende" y "ordene". En opinión de Corea, las constataciones del Grupo Especial a que hacen referencia los Estados Unidos no se basan en una interpretación indebida del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1; al contrario, el Grupo Especial constató que el USDOC se había basado indebidamente en unas pruebas en apoyo de conclusiones que no se deducían lógicamente de ellas. Corea subraya además que el Grupo Especial se mostró de acuerdo con los Estados Unidos en las principales cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1, y que, de hecho, los Estados Unidos "pretenden apelar contra cuestiones de hecho bajo el disfraz de unas espúreas alegaciones jurídicas".⁷⁴ Corea, por consiguiente, pide al Órgano de Apelación que confirme las constataciones del Grupo Especial que los Estados Unidos pretenden que se basan en la interpretación errónea del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 por el Grupo Especial.

3. Examen de las pruebas de la encomienda u orden utilizadas por el USDOC

a) *La norma establecida por el Grupo Especial de que los elementos de prueba deben ser "probatorios y convincentes"*

45. Corea contravierte la alegación de los Estados Unidos de que el Grupo Especial creó de un modo inadmisiblemente un criterio jurídico nuevo para evaluar las pruebas al exigir que los elementos

⁷¹ *Ibid.*, párrafo 48 (donde se cita la comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 37).

⁷² *Ibid.*, párrafo 50.

⁷³ *Ibid.*, párrafo 52.

⁷⁴ *Ibid.*, párrafo 53.

utilizados sean "probatorios y convincentes" (en inglés: *probative and compelling*). Corea sostiene que la expresión "probatorios y convincentes" no es un criterio jurídico nuevo sino más bien una descripción del tipo de pruebas circunstanciales que bastarían para demostrar la encomienda u orden.

46. En opinión de Corea, el Grupo Especial abordó la cuestión de si es correcto que una autoridad investigadora base en pruebas circunstanciales su constatación de existencia de encomienda u orden o se necesita una prueba directa para sostener tal constatación. Corea observa que el Grupo Especial constató que un organismo puede basar su constatación de encomienda u orden en pruebas circunstanciales y alega que la declaración del Grupo Especial en cuestión se ha de interpretar en este contexto particular. Corea sostiene que debe entenderse que el Grupo Especial constató que cuanto más se aleja uno de las pruebas directas, más importante es que las pruebas circunstanciales sean persuasivas. Al analizar qué tipo de pruebas se podrían considerar persuasivas en este contexto, el Grupo Especial exigió que los elementos de prueba fueran "probatorios y convincentes". Por consiguiente, Corea sostiene que el Grupo Especial utilizó estos términos simplemente para hacer una descripción de la calidad o el tipo de pruebas que se necesitaban en las circunstancias concretas del presente caso, sin que pretendiera definir una nueva norma probatoria conforme al *Acuerdo SMC*.

47. Además, Corea alega que los Estados Unidos describen erróneamente la norma probatoria articulada por el Grupo Especial al interpretar que la descripción de los elementos de prueba hecha por el Grupo Especial como "probatorios y convincentes" exige que las pruebas sean "abrumadoras"⁷⁵ o "irrefutables".⁷⁶ Basándose en las definiciones de diccionario de los términos "probatorio" y "convinciente", así como en los sinónimos de "convinciente", Corea concluye que las pruebas se pueden considerar "probatorias y convincentes" si tienen "la calidad de prueba y [tienen] la capacidad de inducir a la convicción de la verdad".⁷⁷ Corea sostiene que el Grupo Especial respetó esta norma al constatar que había pruebas suficientes de que el Korea First Bank (el "KFB") fue objeto de coacción a causa de las presuntas amenazas verbales de un funcionario del Servicio de Supervisión Financiera, aunque la única prueba de esta constatación fuera una sola información de un periódico.

⁷⁵ *Ibid.*, párrafo 86 (donde se cita la comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 49, (que cita a su vez *The New Shorter Oxford English Dictionary, supra* (nota 36), volumen 1, página 458).

⁷⁶ *Ibid.*, párrafo 86 (donde se cita la comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 49).

⁷⁷ *Ibid.*, párrafo 98 (donde se cita el *Black's Law Dictionary*, 7ª edición, B. A. Garner (ed.) (West Group, 1999), página 628).

Por consiguiente, Corea concluye que si se puede hacer alguna crítica al Grupo Especial por su examen de las pruebas ésta sería que "puso la barra demasiado baja".⁷⁸

b) *Criterio aplicado a las pruebas por el Grupo Especial*

i) Examen de la totalidad de las pruebas

48. Corea rechaza la alegación de los Estados Unidos de que el Grupo Especial evaluó las pruebas de forma tal que exigió que cada uno de los elementos de prueba demostrara, *en sí mismo y por sí mismo*, la existencia de encomienda u orden. Corea sostiene que, a pesar de que el Grupo Especial efectivamente examinó elementos individuales de prueba, nunca afirmó que cada uno de esos elementos tuviera que demostrar *en sí mismo y por sí mismo* la existencia de encomienda u orden. Corea señala en cambio algunos casos en que el Grupo Especial afirmó expresamente que consideraba un elemento de prueba "conjuntamente con" otros factores probatorios.⁷⁹

49. Según Corea, además, cuando el Grupo Especial había constatado que un elemento de prueba tenía poco o ningún valor probatorio, en el sentido de que no servía de apoyo para la conclusión que el USDOC había derivado del mismo, o había sido impugnado o era inexacto, no tenía ningún sentido tener en cuenta varios de estos elementos de prueba en su conjunto. En otras palabras, Corea sostiene que "[u]n principio matemático elemental es que por muchos ceros y números negativos que se sumen, el resultado nunca será un número positivo".⁸⁰ Corea alega además que los Estados Unidos, al argumentar que el Grupo Especial examinó las pruebas de forma incorrecta, intentan que se reconsideren en apelación los hechos específicos del caso.

50. Corea no acepta los ejemplos de constataciones del Grupo Especial que los Estados Unidos citan en apoyo de su alegación. Corea sostiene que una lectura correcta del razonamiento del Grupo Especial no pone de manifiesto que éste haya exigido que cada uno de los elementos de prueba, *en sí mismo y por sí mismo*, establezca la existencia de encomienda u orden. Al contrario, según Corea estos ejemplos reflejan la constatación del Grupo Especial de que varios de los elementos de prueba en los que se había apoyado el USDOC no eran probatorios, es decir, no servían de apoyo a la conclusión de existencia de encomienda u orden que el USDOC trató de extraer de esas pruebas. En opinión de Corea, la apelación de los Estados Unidos equivale a una discrepancia con la ponderación de las pruebas hecha por el Grupo Especial, lo que no es un fundamento admisible para apelar.

⁷⁸ *Ibid.*, párrafo 109.

⁷⁹ *Ibid.*, párrafo 111 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 7.56 y se hace referencia a los párrafos 7.63, 7.168 y 7.177).

⁸⁰ *Ibid.*, párrafo 114.

ii) Pruebas circunstanciales

51. Corea alega que, contrariamente a lo que plantean los Estados Unidos, el Grupo Especial no exigió efectivamente que todos los elementos de prueba fueran pruebas *directas* de encomienda u orden. Por consiguiente, Corea pide al Órgano de Apelación que confirme las constataciones impugnadas por los Estados Unidos sobre la base de que el Grupo Especial incurrió en error al evaluar las pruebas circunstanciales a disposición del USDOC.

52. Corea afirma que el Grupo Especial, de hecho, aceptó pruebas circunstanciales y secundarias. En apoyo de su argumento, Corea sostiene que el Grupo Especial constató la existencia de encomienda u orden al KFB sobre la base de un solo artículo de periódico que era una prueba "tanto secundaria como circunstancial".⁸¹ Puesto que el Grupo Especial consideró tal prueba en su análisis, como pedían los Estados Unidos, Corea sostiene que la apelación de los Estados Unidos no tiene fundamento.

53. Según sostiene Corea, el Grupo Especial no rechazó pruebas porque fueran circunstanciales o secundarias sino porque gran parte de ellas eran inexactas, ilógicas o simplemente sin valor probatorio. Por ejemplo, en respuesta al argumento de los Estados Unidos de que el Grupo Especial no había evaluado correctamente las pruebas relativas a la coacción ejercida por el Gobierno de Corea sobre el Banco Hana, Corea sostiene que el Grupo Especial no indicó en su informe que el fundamento para considerar insuficiente esta prueba fuera su carácter circunstancial. En opinión de Corea la prueba fue rechazada porque el expediente demostraba que el propio USDOC no había examinado por sí mismo las pruebas presentadas al Grupo Especial, sino que se había basado en una simple *cita* de esas pruebas que figuraba en una nota a pie de página de otro documento.

54. Corea sostiene que la forma en que el Grupo Especial examinó pruebas circunstanciales en el presente caso es conforme con anteriores decisiones de grupos especiales, en particular con los informes de los grupos especiales que examinaron los asuntos *Argentina - Textiles y prendas de vestir* y *Canadá - Aeronaves Civiles*, citados por los Estados Unidos en apoyo de su apelación. Corea afirma que estos dos casos fundamentalmente sirven de apoyo a la proposición aceptada en último extremo por el Grupo Especial en esta diferencia a instancia de los Estados Unidos, a saber, que un Miembro puede establecer la existencia de algunas condiciones sobre la base de pruebas circunstanciales y no directas. En opinión de Corea, la formulación por el Grupo Especial de un requisito de que los elementos de prueba sean "probatorios y convincentes" no merma el derecho de un Miembro de basarse en pruebas circunstanciales, ya que el requisito de que los elementos de

⁸¹ *Ibid.*, párrafo 164 (la palabra "tanto" figura con negritas en el original).

prueba sean "probatorios y convincentes" existe "con independencia de que las pruebas sean circunstanciales o directas".⁸²

iii) Carga de la prueba

55. Corea sostiene que la alegación de los Estados Unidos de que la evaluación de la determinación del USDOC por el Grupo Especial produjo un desplazamiento de la carga de la prueba de Corea a los Estados Unidos "no tiene fundamento" y debe ser rechazada por el Órgano de Apelación.⁸³ Corea está en desacuerdo con la afirmación de los Estados Unidos de que el Grupo Especial exigió a los Estados Unidos que presentaran una "prueba flagrante".⁸⁴ Corea afirma que el Grupo Especial, lejos de considerar si cada elemento de prueba tomado aisladamente demostraba la existencia de encomienda u orden, evaluó si una autoridad investigadora objetiva e imparcial podía razonablemente haberse basado en las pruebas del USDOC "*como parte* del proceso de elaboración de una constatación sobre la encomienda u orden".⁸⁵ Corea alega que el Grupo Especial constató que, en cualquier caso, no procedía basarse en tales pruebas porque eran ajenas por completo a la deducción o conclusión que se pretendía apoyar con ellas y, por consiguiente, no eran ni probatorias ni convincentes. En opinión de Corea, la negativa del Grupo Especial a aceptar sin ninguna reserva las afirmaciones de los Estados Unidos sobre la trascendencia de ciertas pruebas no constituye una atribución indebida de la carga de la prueba a los Estados Unidos.

iv) Racionalización *ex post facto*

56. Corea sostiene que el Grupo Especial calificó correctamente las pruebas presentadas por los Estados Unidos como racionalizaciones *ex post facto* y pide al Órgano de Apelación que confirme las constataciones del Grupo Especial, negándose a considerarlas. Remitiéndose al párrafo 5 del artículo 22 del *Acuerdo SMC*, Corea sostiene que la autoridad investigadora tiene que citar, en la determinación que publique, *todos* los elementos de prueba que consten en el expediente y que sirvan de apoyo a los motivos aducidos por el organismo para imponer medidas definitivas. Corea sostiene que el argumento de los Estados Unidos de que los grupos especiales tienen que aceptar cualquier prueba que no se presenten en apoyo de un *razonamiento* nuevo, no es conforme con el texto claro del párrafo 5 del artículo 22. Corea señala, en particular, el requisito de que la determinación publicada

⁸² *Ibid.*, párrafo 173.

⁸³ *Ibid.*, epígrafe de la sección II.E.

⁸⁴ *Ibid.*, párrafo 176 (donde se cita la comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 87).

⁸⁵ *Ibid.*, párrafo 175. (las cursivas figuran en el original)

contenga "toda la información pertinente" en apoyo de su opinión de que las pruebas no citadas por el organismo y que, por consiguiente, presuntamente no son "pertinentes", no pueden invocarse posteriormente por ese Miembro en un procedimiento de solución de diferencias de la OMC.

57. Corea sostiene que los Estados Unidos atribuyen una importancia indebida a una decisión de un grupo especial del GATT porque esa decisión se dictó de conformidad con el *Código de Subvenciones de la Ronda de Tokio*, que difiere considerablemente del *Acuerdo SMC* en algunos aspectos pertinentes. Corea observa que, mientras el *Código de Subvenciones de la Ronda de Tokio* obligaba a las autoridades investigadoras a incluir en la determinación publicada "todas las cuestiones de hecho y de derecho"⁸⁶, el *Acuerdo SMC* obliga a incluir "toda la información pertinente".⁸⁷ Corea sostiene que esta diferencia de redacción indica que, cualquiera que haya sido la interpretación de esta obligación conforme al *Código de Subvenciones de la Ronda de Tokio*, el texto claro del *Acuerdo SMC* obliga ahora a que la determinación publicada por el organismo contenga *todos* los elementos de información en que se haya basado la autoridad investigadora para formular su determinación.

58. Corea sostiene que la importancia atribuida por los Estados Unidos a la decisión del Órgano de Apelación sobre el asunto *Estados Unidos - Algodón americano (upland)* es igualmente "inadecuada".⁸⁸ Según Corea, la sección de ese informe del Órgano de Apelación que citan los Estados Unidos considera la cuestión de si un grupo especial que evalúe la conformidad de una medida con una disposición concreta necesita "examinar"⁸⁹ cada uno de los elementos de prueba o cada uno de los argumentos presentados por las partes, o basta, en cambio, con que el grupo especial explique el razonamiento en que se basan sus conclusiones. Esta cuestión, en opinión de Corea "no tiene nada que ver"⁹⁰ con el requisito del párrafo 5 del artículo 22 del *Acuerdo SMC* de que la determinación del organismo contenga "toda la información pertinente".

59. Además, Corea no está de acuerdo con la afirmación de los Estados Unidos de que los artículos de revista y periódico desestimados por el Grupo Especial habían sido citados por el USDOC en el Memorándum sobre órdenes referentes a los créditos. Corea sostiene, primero, que algunos de

⁸⁶ Párrafo 15 del artículo 2 del *Código de Subvenciones de la Ronda de Tokio*.

⁸⁷ Párrafo 5 del artículo 22 del *Acuerdo SMC*.

⁸⁸ Comunicación del apelado presentada por Corea, párrafo 186.

⁸⁹ *Ibid.*, párrafo 186 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Algodón americano (upland)*, párrafo 446.

⁹⁰ *Ibid.*, párrafo 186.

los artículos en esta situación que se invocan en apelación no están incluidos entre los citados en ese documento. Además, según Corea, el Memorándum sobre órdenes referentes a los créditos es simplemente una lista de citas que no contiene ningún *análisis* de las pruebas enumeradas y, por consiguiente, no puede establecer que los documentos fueron tenidos en cuenta, de hecho, por el USDOC de forma que permitieran a este organismo explicar de forma razonable y adecuada las contradicciones y matizaciones que en ellos se encuentren. Por último, Corea afirma que tanto la fecha de este Memorándum, que es la misma que la fecha de la determinación preliminar de la existencia de subvención formulada por el USDOC⁹¹, como el hecho de que no se hiciera referencia en él a los documentos que daban apoyo a los argumentos del *demandado*, sugieren que fue redactado "a último momento ... para apoyar una decisión a la que ya se había llegado sin remitirse a esos artículos".⁹²

c) *Incumplimiento por el Grupo Especial del artículo 11 del ESD*

i) Pruebas que no constan en el expediente

60. Corea sostiene que el Grupo Especial no basó sus constataciones en información que no obrara en el expediente y, en consecuencia, pide al Órgano de Apelación que confirme las constataciones correspondientes del Grupo Especial, así como las conclusiones de éste que los Estados Unidos sostienen que derivaron de su presunto error. Los Estados Unidos basan su argumento en la premisa de que las pruebas que obraban en el expediente sólo mostraban que los acreedores tuvieron la *posibilidad* de recurrir a una mediación con respecto a la reestructuración de octubre de 2001, y no que algunos acreedores *ejercieron* sus derechos de mediación, como constató el Grupo Especial. En opinión de Corea, sin embargo, el análisis del Grupo Especial no se basa en que algunos acreedores hubieran recurrido a la mediación. Según Corea, el Grupo Especial consideró en falta al USDOC por no haber investigado más esta cuestión, dado que el artículo 29(5) de la CRPA, que constaba en el expediente, preveía expresamente la posibilidad de mediación para determinar sus derechos de tasación.⁹³

61. Corea impugna también el argumento de los Estados Unidos de que las pruebas que obran en el expediente no establecen que algunos acreedores de Hynix *ejercieron* su derecho a solicitar una

⁹¹ *Preliminary Affirmative Countervailing Duty Determination: Dynamic Random Access Memory Semiconductors from the Republic of Korea* (Determinación preliminar positiva en materia de derechos compensatorios: Semiconductores para memorias dinámicas de acceso aleatorio procedentes de la República de Corea), *United States Federal Register*, volumen 68, N° 66 (7 de abril de 2003), página 16.766 (Prueba documental 4 presentada por Corea al Grupo Especial).

⁹² Comunicación del apelado presentada por Corea, párrafo 193.

⁹³ *Ibid.*, párrafo 198.

mediación. Corea alega que el Grupo Especial vinculó el artículo 29(5) de la CRPA con otros elementos de prueba y que, sumados, podían respaldar el entendimiento del Grupo Especial de que hubo mediación.⁹⁴ Corea se refiere, en particular, al análisis del Grupo Especial sobre el Informe de Auditoría de Hynix para 2001, que establece que tres acreedores "se opusieron" a las condiciones de reembolso "[d]e conformidad con" la CRPA.⁹⁵ Corea sostiene que el Grupo Especial entendió correctamente que esta redacción indicaba que algunos acreedores de Hynix habían recurrido a la mediación.

62. Por último, Corea sostiene que los Estados Unidos no reconocen que el Grupo Especial señaló también que uno de los propios expertos del USDOC había aportado pruebas contradictorias. Según Corea, el Grupo Especial citó al experto del USDOC que reconocía que "determinados acreedores pudieron actuar con independencia en el marco de la CRPA".⁹⁶ Corea alega que, puesto que el USDOC ni siquiera tuvo en cuenta esta declaración en su explicación, el Grupo Especial concluyó correctamente que las pruebas que obraban en el expediente informaban al USDOC de que algunos acreedores recurrieron a la mediación con motivo de la reestructuración de octubre de 2001.

63. Corea concluye que en el expediente obraban pruebas de que la mediación se había producido de conformidad con las disposiciones de la CRPA y que el Grupo Especial, por consiguiente, no basó de forma inadmisiblemente sus constataciones en información que no obraba en el expediente, infringiendo así el artículo 11 del ESD.

ii) Norma de examen

64. Corea impugna la afirmación de los Estados Unidos de que el efecto acumulado de los presuntos errores que el Grupo Especial cometió en su examen de las pruebas constituye una infracción independiente del artículo 11 del ESD. Corea alega que los Estados Unidos no añaden ningún argumento nuevo cuando pretenden la existencia de una infracción independiente del artículo 11 del ESD, y se basan en cambio en sus alegaciones anteriores con respecto a la totalidad de las pruebas, las pruebas circunstanciales y secundarias, la carga de la prueba y la presunta utilización por el Grupo Especial de pruebas que no obraban en el expediente.⁹⁷ Habiendo establecido ya la falta

⁹⁴ *Ibid.*, párrafo 200.

⁹⁵ *Ibid.*, párrafo 201 (donde se cita el Informe de Auditoría de Hynix para 2001, *supra* (nota 63), página 40 (citado también en el informe del Grupo Especial, párrafo 7.85)). (no se reproducen las cursivas de Corea)

⁹⁶ *Ibid.*, párrafo 210 (donde se cita el informe del Grupo Especial, nota 98 del párrafo 7.87, que cita a su vez el Memorandum sobre las cuestiones y la decisión, *supra* (nota 6), página 55)).

⁹⁷ *Ibid.*, párrafo 215.

de todo fundamento de tales alegaciones, Corea pide al Órgano de Apelación que desestime la alegación adicional de los Estados Unidos con respecto a la aplicación por el Grupo Especial de la norma de examen que contiene el artículo 11 del ESD.

4. Beneficio y especificidad

65. Corea sostiene que el único argumento de los Estados Unidos con respecto al beneficio y la especificidad es que el Grupo Especial basó sus conclusiones en sus constataciones presuntamente erróneas acerca de la encomienda u orden del Gobierno de Corea.⁹⁸ Teniendo en cuenta que el Grupo Especial constató correctamente que la determinación del USDOC sobre la existencia de encomienda u orden se basó en pruebas insuficientes, Corea sostiene que el Órgano de Apelación debe desestimar las alegaciones de los Estados Unidos acerca del beneficio y la especificidad.

C. *Alegación de error formulada por Corea - Otro Apelante*

66. Corea apela contra la constatación del Grupo Especial de que el Gobierno de Corea encomendó u ordenó a una entidad privada, el KFB, que hiciera una contribución financiera en el sentido del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del *Acuerdo SMC*. Corea sostiene que esta constatación se basó en la interpretación errónea del Grupo Especial de que podía haber una encomienda u orden de conformidad con el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 aunque nunca se produjera el acto que la entidad privada habría tenido que "llevar a cabo", en el presente caso la participación en el Programa de obligaciones de vía rápida. Corea sostiene que el KFB no "llevó a cabo" el acto presuntamente encomendado y que, por consiguiente, el Grupo Especial incurrió en error al constatar que una autoridad investigadora objetiva e imparcial podía constatar que se había encomendado u ordenado al KFB participar en el Programa de obligaciones de vía rápida.⁹⁹ Corea afirma además que la presente apelación se centra en la interpretación del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 hecha por el Grupo Especial y que, aunque Corea está en desacuerdo con la constatación del Grupo Especial *sobre los hechos*, de que hubo coacción del Gobierno de Corea sobre el KFB, no impugna en la apelación esta constatación fáctica.¹⁰⁰

67. Según Corea, la interpretación por el Grupo Especial del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1, según la cual puede haberse encomendado a una entidad privada que realizara un acto aunque este acto nunca se lleve a cabo, es incorrecta desde los puntos de vista jurídico y lógico. Corea sostiene

⁹⁸ *Ibid.*, párrafo 226.

⁹⁹ *Ibid.*, párrafos 15 y 16.

¹⁰⁰ *Ibid.*, párrafo 4.

que los términos "encomiende" y "ordene" no se pueden interpretar aislandolos del resto del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1, en particular del requisito de que la entidad privada "lleve a cabo" una de las funciones identificadas en los incisos i) a iii) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1. Corea sostiene que el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 exige además que la entidad privada lleve a cabo una "práctica" de tipo gubernamental y que una "práctica" es la *aplicación* de un plan, no simplemente el propio plan.¹⁰¹ En opinión de Corea, hacer una lectura de los términos "encomiende" y "ordene" sin tener en cuenta los términos posteriores de la misma disposición "no tiene ningún sentido lingüístico ni lógico".¹⁰²

68. Corea encuentra apoyo para su interpretación del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 en el informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Estados Unidos - Examen por extinción relativo al acero resistente a la corrosión*, en el que aquél estableció que sólo los *actos* u *omisiones* atribuibles a un gobierno pueden constituir una "medida" que se pueda impugnar a través de un procedimiento de solución de diferencias de la OMC.¹⁰³ Corea alega que, en ausencia de tal acto u omisión (en el presente caso la participación del KFB en el Programa de obligaciones de vía rápida), no puede haber fundamento para la constatación del Grupo Especial de existencia de encomienda u orden.

69. Corea se remite además al artículo 8 del proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad del Estado.¹⁰⁴ Corea explica que el artículo 8, que se titula "*Comportamiento bajo la dirección o control del Estado*", establece que sólo se atribuirá al Estado el comportamiento de una persona o de un grupo de personas "si esa persona o ese grupo de personas actúa de hecho por instrucciones o bajo la dirección o el control de ese Estado al observar ese comportamiento".¹⁰⁵ Corea considera "sorprendente" la semejanza de redacción de la referencia a "llevar a cabo" un comportamiento (en inglés, "*carry out*", igual que en el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del *Acuerdo SMC*) y sostiene que el requisito de que exista un comportamiento para

¹⁰¹ Comunicación presentada por Corea en calidad de otro apelante, párrafo 20.

¹⁰² *Ibid.*, párrafo 18.

¹⁰³ *Ibid.*, párrafo 21 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Examen por extinción relativo al acero resistente a la corrosión*, párrafo 81).

¹⁰⁴ Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, de la Comisión de Derecho Internacional, Informe de la CDI sobre los trabajos de su 53º período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, Quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento Nº 10 (A/56/10)*, capítulo IV.E.2 ("Proyecto de artículos de la CDI").

¹⁰⁵ Comunicación presentada por Corea en calidad de otro apelante, párrafo 25 (donde se cita el Proyecto de artículos de la CDI, *supra*, nota 104, artículo 8). (no se reproducen las cursivas de Corea)

establecer la responsabilidad del Estado es una cuestión de "sentido común".¹⁰⁶ Por consiguiente, Corea pide al Grupo Especial que revoque la constatación del Grupo Especial de que el Gobierno de Corea encomendó u ordenó al KFB participar en el Programa de obligaciones de vía rápida.

D. *Argumentos de los Estados Unidos - Apelado*

70. Los Estados Unidos sostienen que el Grupo Especial constató correctamente, basándose en noticias de prensa sobre las amenazas dirigidas por el Gobierno de Corea contra el KFB, que era razonable que el USDOC concluyera que existía una encomienda u orden del Gobierno de Corea al KFB.

71. Los Estados Unidos aducen que Corea ha entendido mal el análisis y las constataciones del Grupo Especial. En opinión de los Estados Unidos, el Grupo Especial examinó la coacción y las amenazas del Gobierno de Corea contra los acreedores de Hynix como prueba de la existencia de encomienda u orden en general, no específicamente en relación con el Programa de obligaciones de vía rápida. Los Estados Unidos afirman que el Grupo Especial aclaró expresamente, en la nota 136 al párrafo 7.117 de su informe, que trataría en una parte posterior del mismo "[l]a cuestión del valor probatorio de la coacción ejercida sobre el KFB en relación con los supuestos actos de encomendar u ordenar a otros acreedores privados".¹⁰⁷ Así pues, según los Estados Unidos el acto encomendado u ordenado al KFB, debidamente entendido, es su participación en el rescate general de Hynix, acto que efectivamente "se llev[ó] a cabo".

72. Los Estados Unidos consideran "axiomático" el argumento de Corea de que "un acto de una entidad privada no se puede atribuir al gobierno a no ser que haya un acto de una entidad privada que se pueda atribuir".¹⁰⁸ Según los Estados Unidos, la existencia de tales actos de entidades privadas no era una cuestión en litigio sometida al Grupo Especial, como éste mismo reconoció en la nota 42 al párrafo 7.27 de su informe. En opinión de los Estados Unidos, Corea "confunde"¹⁰⁹ la cuestión de la "encomienda" u "orden", a que alude la primera parte del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1, con la cuestión de si alguna de las funciones descritas en los incisos i) a iii) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 fue "llev[ada] a cabo" por la entidad privada, como establece más adelante el inciso iv) del artículo 1.

¹⁰⁶ *Ibid.*, párrafo 26.

¹⁰⁷ Informe del Grupo Especial, nota 136 al párrafo 7.117, a lo que se hace referencia en la comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 5.

¹⁰⁸ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 6.

¹⁰⁹ *Ibid.*, párrafo 7.

Por consiguiente, los Estados Unidos piden al Órgano de Apelación que confirme la constatación del Grupo Especial relativa a la encomienda u orden del Gobierno de Corea al KFB.

E. *Argumentos de los terceros participantes*

1. China

73. China está de acuerdo con la interpretación del Grupo Especial de los términos "encomiende" y "ordene", así como con el criterio de los elementos de prueba "probatorios y convincentes" adoptado por aquél. En lo que respecta a la interpretación de los términos "encomiende" y "ordene", China sostiene que, de conformidad con el artículo 31 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*¹¹⁰ (la "*Convención de Viena*"), el responsable de las decisiones empieza el proceso de interpretación a partir del sentido corriente, pero su análisis no finaliza allí. China sostiene que, si además de los términos "encomiende" y "ordene" se considera el resto del texto del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del *Acuerdo SMC*, en la versión inglesa el término "*direct*" ("ordene"), cuando va seguido de la preposición "*to*" ("a"), más un verbo en infinitivo, sólo puede interpretarse como "*give a formal order or command to*" ("dar una orden formal de (hacer algo)").¹¹¹

74. Además, en opinión de China, ni en el artículo 31 de la *Convención de Viena* ni en la jurisprudencia de la OMC hay ningún fundamento para entender, como implícitamente plantean los Estados Unidos, que al establecer el sentido corriente de un término concreto deban tenerse en cuenta *todos* los significados posibles que enumere un diccionario. La interpretación correcta de los términos "encomiende" y "ordene" pone de manifiesto que dichos términos no incluyen "conceptos vagos"¹¹², como lo son los significados propuestos por los Estados Unidos.

75. China no está de acuerdo con los Estados Unidos en que el Grupo Especial formuló y adoptó una norma nueva respecto de la prueba según la cual los elementos de ésta han de ser "probatorios y convincentes". China sostiene que el Grupo Especial adoptó y aplicó la norma de examen general que deriva del artículo 11 del ESD, detallada por el Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Cordero*. China sostiene que, si bien el Grupo Especial mencionó que "los elementos de prueba de la

¹¹⁰ Hecha en Viena el 23 de mayo de 1969, A/CONF. 39/27, 1155 *United Nations Treaty Series*, página 331.

¹¹¹ Comunicación presentada por China en calidad de tercero participante, párrafo 5 (donde cita el informe del Grupo Especial que examinó el asunto *Estados Unidos - Limitaciones de las exportaciones*, párrafo 8.28).

¹¹² *Ibid.*, párrafos 13, 14, 16 y 20.

encomienda u orden deben ser en todos los casos probatorios y convincentes"¹¹³, eso no equivale a establecer una norma probatoria "especial" puesto que las declaraciones del Grupo Especial en que supuestamente aplica esta norma sólo son "de carácter general".¹¹⁴

2. Comunidades Europeas

76. Las Comunidades Europeas están de acuerdo con los Estados Unidos en que el Grupo Especial: i) interpretó erróneamente los términos "encomiende" y "ordene" del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del *Acuerdo SMC*; ii) aplicó una norma de examen incorrecta; iii) desplazó de forma inadmisiblemente la carga de la prueba; y iv) se negó indebidamente a considerar determinadas pruebas presentadas por los Estados Unidos por considerarlas una racionalización *ex post facto*. En lo que respecta a la interpretación de los términos "encomiende" y "ordene", las Comunidades Europeas sostienen que el Grupo Especial reformuló los términos de forma restrictiva, en particular limitando su significado a "acciones afirmativas" de "delegación y mando", como se indica en el informe del Grupo Especial que examinó el asunto *Estados Unidos - Limitaciones de las exportaciones*. El Grupo Especial aplicó a continuación esta interpretación reformulada a los hechos que concurren en el presente caso. Las Comunidades Europeas sostienen que ello constituye un error de derecho ya que las circunstancias de hecho que concurren en el presente caso son fundamentalmente distintas de las que concurrían en el caso *Estados Unidos - Limitaciones de las exportaciones*.

77. Las Comunidades Europeas están de acuerdo con los Estados Unidos en que el Grupo Especial, al aplicar las expresiones restrictivas y muy concretas de ese informe, descartó indebidamente algunos de los sentidos corrientes de las palabras "encomiende" y "ordene", sentidos que también reconoció el grupo especial que examinó el asunto *Estados Unidos - Limitaciones de las exportaciones*. En particular, las Comunidades Europeas sostienen que un gobierno puede encomendar a una o más entidades privadas que lleven a cabo no sólo una función concreta, como sería el pago de fondos a determinada empresa, sino también que lleve a cabo una función más general, como lo sería un objetivo de política general pública.¹¹⁵ Las Comunidades Europeas sostienen que, si bien el Grupo Especial reconoció que dejar un margen de capacidad discrecional a una entidad privada no excluye necesariamente que le haya impartido una encomienda u orden, no apreció este punto en toda su importancia al analizar los hechos del caso.

¹¹³ *Ibid.*, párrafo 25 (donde cita el informe del Grupo Especial, párrafo 7.35).

¹¹⁴ *Ibid.*, párrafo 25.

¹¹⁵ Comunicación presentada por las Comunidades Europeas en calidad de tercero participante, párrafo 10.

78. Las Comunidades Europeas están de acuerdo con los Estados Unidos en que las conclusiones del USDOC fueron razonables y en que el Grupo Especial realizó un examen *de novo* inadmisibles de la determinación del USDOC. Las Comunidades Europeas plantean que el Grupo Especial, al considerar cada hecho y cada prueba sólo aisladamente, sin analizar el peso de los hechos individuales cuando se toman en su conjunto, aplicó efectivamente un "enfoque metodológico distinto" al adoptado por la autoridad investigadora.¹¹⁶ Las Comunidades Europeas sostienen que la única función del Grupo Especial era determinar si la conclusión del USDOC con respecto a la "encomienda" u "orden" era o no "tan extraña, tan irrazonable, tan carente de objetividad"¹¹⁷ que no dejaba al Grupo Especial otra posibilidad que pronunciarse contra la autoridad investigadora. En cambio, el Grupo Especial examinó si algunos hechos concretos, por sí mismos, eran concluyentes en lo que respecta a la cuestión de la encomienda u orden y, tras constatar que no lo eran, no los incluyó al ponderar colectivamente todos los hechos en cuestión. Según las Comunidades Europeas, el Grupo Especial, al actuar de este modo, realizó su propia evaluación independiente acerca de la encomienda u orden del Gobierno de Corea a los acreedores de Hynix.

79. Además, las Comunidades Europeas están de acuerdo con los Estados Unidos en que el Grupo Especial desplazó efectivamente la carga de la prueba de Corea a los Estados Unidos debido a su examen erróneo de las pruebas en que se basó el USDOC. A este respecto, las Comunidades Europeas están de acuerdo con los Estados Unidos en que la norma probatoria del Grupo Especial, según la cual los elementos de prueba deben ser "probatorios y convincentes", no tiene base en el *Acuerdo SMC* ni en ninguno de los demás acuerdos abarcados, y que esa norma exige esencialmente que la autoridad investigadora presente una "prueba flagrante".¹¹⁸ Además, las Comunidades Europeas subrayan la importancia de las pruebas circunstanciales en las investigaciones sobre subvenciones, y que el planteamiento del Grupo Especial limita indebidamente la capacidad de las autoridades investigadoras de utilizar tales pruebas. Las Comunidades Europeas afirman que correspondía a Corea, como parte reclamante, la carga de acreditar *prima facie* sus afirmaciones y que, por lo tanto, si algunos hechos, como las reuniones con funcionarios del Gobierno de Corea, no tenían ninguna relación con una encomienda u orden, debió haberse exigido a Corea que presentara alguna prueba exculpativa, que sólo podía estar bajo su control.¹¹⁹

¹¹⁶ *Ibid.*, párrafo 20.

¹¹⁷ *Ibid.*, párrafo 19.

¹¹⁸ *Ibid.*, párrafo 23.

¹¹⁹ *Ibid.*, párrafo 25.

80. Por último, las Comunidades Europeas están de acuerdo con los Estados Unidos en que es procedente que un Miembro aporte detalles y pruebas adicionales de los elementos en que se basaron sus constataciones, siempre que no pretenda alterar el razonamiento en que se basó la decisión del organismo. En opinión de las Comunidades Europeas, la presentación de pruebas que obraban en el expediente y que el organismo había utilizado para adoptar su decisión, aunque no las hubiera citado, no constituye la introducción de un nuevo razonamiento porque tales pruebas son sencillamente una parte adicional de una constatación sobre los hechos o los fundamentos jurídicos *ya formulada* en la decisión del organismo.¹²⁰

3. Japón

81. El Japón está de acuerdo con los Estados Unidos en que el Grupo Especial: i) interpretó y aplicó erróneamente los términos "encomiende" y "ordene" del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del *Acuerdo SMC*; ii) aplicó una norma probatoria errónea según la cual los elementos de prueba han de ser "probatorios y convincentes"; iii) evaluó incorrectamente el valor probatorio de cada uno de los elementos de prueba por separado; y iv) incurrió en error al desestimar pruebas que no estaban mencionadas expresamente en la determinación del USDOC.

82. En lo que respecta a la interpretación de los términos "encomiende" y "ordene", el Japón sostiene que el Grupo Especial no basó su análisis en toda la gama de significados de los mismos, sino que los interpretó de una forma excesivamente estricta por la que sólo significarían "delegación" y "mando". Según el Japón, el Grupo Especial no reconoció que los términos "encomiende" y "ordene" "abarcan una amplia gama de actos", entre ellos "el ofrecimiento por un gobierno a una persona de hacer *algo*".¹²¹

83. En lo que respecta a la norma de examen, el Japón está de acuerdo con los Estados Unidos en que el Grupo Especial incurrió en error al exigir que los elementos de prueba sean "probatorios y convincentes". El Japón sostiene que ni el *Acuerdo SMC* ni el ESD contienen nada que sirva de fundamento jurídico para la norma establecida por el Grupo Especial. El Japón alega que, en efecto, la norma probatoria correcta en el presente caso se encuentra en el artículo 11 del ESD, que exige que los grupos especiales determinen sólo si "una evaluación objetiva de las pruebas que obren en el expediente permite razonablemente llegar a la conclusión a que llegó la autoridad".¹²² En opinión

¹²⁰ *Ibid.*, párrafo 26.

¹²¹ Comunicación presentada por el Japón en calidad de tercero participante, párrafo 5. (las cursivas figuran en el original)

¹²² *Ibid.*, párrafo 9.

del Japón, utilizar cualquier otro criterio para examinar las pruebas que obraban en poder de la autoridad investigadora equivale a un error de derecho.

84. El Japón sostiene además que el Grupo Especial consideró erróneamente que cada uno de los elementos de prueba tenía que ser, *en sí mismo y por sí mismo*, probatorio de la existencia de una encomienda u orden. El Japón observa que el Grupo Especial reconoció correctamente que el USDOC se basó en la totalidad de las pruebas que se le habían sometido para determinar la existencia de encomienda u orden. Sin embargo, el Grupo Especial cometió un error al considerar posteriormente que "debemos examinar por separado la evaluación que hizo el [USDOC] del valor probatorio de cada elemento de prueba".¹²³ El Japón sostiene que la labor del Grupo Especial, de conformidad con el artículo 11 del ESD, se limitaba a constatar si las pruebas que obraban en el expediente servían *en su conjunto* de apoyo a la conclusión del USDOC. Examinar las pruebas en su totalidad tiene particular importancia en aquellos casos, como la presente diferencia, en que son de carácter circunstancial porque "[c]ada elemento de prueba circunstancial muestra un aspecto limitado del cuadro completo".¹²⁴ Según el Japón, el hecho de que el Grupo Especial no evaluara las pruebas en su totalidad dio lugar a varias constataciones que son incompatibles con el artículo 11 del ESD y el párrafo 1 del artículo 1 del *Acuerdo SMC*.

85. El Japón alega también que el Grupo Especial incurrió en error al rechazar algunas pruebas presentadas por los Estados Unidos porque el USDOC no se había referido a ellas expresamente en la determinación que publicó sobre la existencia de subvenciones. El Japón sostiene que ni el artículo 11 del ESD, ni ninguna disposición del ESD o del *Acuerdo SMC*, obliga a la autoridad a mencionar en su determinación "todos y cada uno de los razonamientos y hechos" en que se basó la autoridad para su conclusión, ni impide que un Miembro recurra ante un grupo especial a pruebas que obran en el expediente y a las que la autoridad investigadora no hizo referencia expresa en su determinación.¹²⁵ El Japón considera que apoyan su opinión las decisiones del Órgano de Apelación en los asuntos *Tailandia - Vigas doble T* y *CE - Accesorios de tubería*, en los que éste explicó que la obligación de un grupo especial, de conformidad con el párrafo 6 i) del artículo 17 del *Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994* (el "*Acuerdo Antidumping*"), de examinar las constataciones del organismo sobre los hechos, no impide al Miembro demandado recurrir ante un grupo especial a hechos que no son visibles en la determinación publicada. El Japón sostiene que, dada la obligación similar de los grupos especiales,

¹²³ *Ibid.*, párrafo 12 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 7.45).

¹²⁴ *Ibid.*, párrafo 14.

¹²⁵ *Ibid.*, párrafo 25.

de examinar los hechos, que establece el artículo 11 del ESD, la justificación de aquellas decisiones es aplicable igualmente en el presente caso y permite que los Estados Unidos se apoyen en las pruebas rechazadas indebidamente por el Grupo Especial.

4. Territorio Aduanero Distinto de Taiwán, Penghu, Kinmen y Matsu

86. El Territorio Aduanero Distinto de Taiwán, Penghu, Kinmen y Matsu está de acuerdo con la interpretación del Grupo Especial de los términos "encomiende" y "ordene" del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del *Acuerdo SMC* y sostiene que, contrariamente a lo que afirman los Estados Unidos, el Grupo Especial no aplicó de forma errónea una norma probatoria especial. El Territorio Aduanero Distinto de Taiwán, Penghu, Kinmen y Matsu sostiene que la interpretación de los términos "encomiende" y "ordene" propuesta por los Estados Unidos "oscurece la línea divisoria" entre una subvención comprendida en las disposiciones del *Acuerdo SMC* y la "discrecionalidad administrativa general"¹²⁶ de los Miembros para adoptar prácticas conformes con el régimen de la OMC con el fin de regular o influir en sus ramas de producción o sus mercados. En cambio, la interpretación del Grupo Especial acerca de "encomiende" y "ordene" garantiza que los actos de los gobiernos sometidos al párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 se diferencien de otras intervenciones gubernamentales más rutinarias en el mercado.

87. El Territorio Aduanero Distinto de Taiwán, Penghu, Kinmen y Matsu está en desacuerdo con la alegación de los Estados Unidos de que el Grupo Especial aplicó erróneamente una norma probatoria según la cual los elementos de prueba deben ser "probatorios y convincentes". Remitiéndose a la explicación del propio Grupo Especial sobre lo que entendía por los términos "probatorio" y "convinciente", a saber, que las pruebas "demostrarán" una encomienda u orden¹²⁷, el Territorio Aduanero Distinto de Taiwán, Penghu, Kinmen y Matsu sostiene que la aplicación de esta norma por el Grupo Especial no agrega obligación alguna a las que tienen las autoridades investigadoras. En opinión del Territorio Aduanero Distinto de Taiwán, Penghu, Kinmen y Matsu, la descripción hecha por el Grupo Especial entra en su ámbito de discrecionalidad como encargado de evaluar los hechos, y constituye simplemente "una extensión del artículo 11 del ESD"¹²⁸. El Territorio Aduanero Distinto de Taiwán, Penghu, Kinmen y Matsu afirma que, aunque el Grupo Especial hubiera podido desarrollar más su interpretación de la norma sobre el carácter "probatorio y

¹²⁶ Comunicación presentada por el Territorio Aduanero Distinto de Taiwán, Penghu, Kinmen y Matsu en calidad de tercero participante, párrafo 3.

¹²⁷ *Ibid.*, párrafo 6 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafos 7.35 y 7.46).

¹²⁸ *Ibid.*, párrafo 7.

convinciente", está de acuerdo con dicha norma y pide al Órgano de Apelación que tenga en cuenta sus opiniones en caso de que "considere necesario explyarse más sobre esta norma".¹²⁹

III. Cuestiones planteadas en esta apelación

88. Se plantean en esta apelación las siguientes cuestiones:

- a) si el Grupo Especial incurrió en error al constatar que en la solicitud de celebración de consultas presentada por Corea no se omitió indicar los fundamentos jurídicos de la reclamación en lo referente a la orden de establecimiento de derechos compensatorios dictada por el Departamento de Comercio de los Estados Unidos (el "USDOC") conforme a lo que exige el párrafo 4 del artículo 4 del *Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias* (el "ESD");
- b) en lo que respecta a la constatación del USDOC sobre la existencia de encomienda u orden:
 - i) si el Grupo Especial incurrió en error al interpretar el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del *Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias* (el "*Acuerdo SMC*"), en particular:
 - A) al constatar que, para que pueda constituir una encomienda u orden conforme al párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1, "la acción del gobierno debe incluir una noción de delegación (en lo relativo a 'encomendar') o de mando (en lo referente a 'ordenar')"; y
 - B) al constatar que las pruebas eran "suficientes para que una autoridad investigadora objetiva e imparcial constatará debidamente que hubo un acto de encomendar u ordenar respecto del KFB", a pesar de que el Korea First Bank (el "KFB") no llevó a cabo la actividad que el Gobierno de Corea supuestamente le había encomendado u ordenado;
 - ii) si el Grupo Especial incurrió en error en su examen de la constatación del USDOC acerca de la existencia de encomienda u orden conforme al párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del *Acuerdo SMC*, en particular:

¹²⁹ *Ibid.*, párrafo 8.

- A) al constatar que las pruebas de existencia de encomienda u orden deben ser "probatorias y convincentes";
 - B) al no examinar las pruebas del USDOC en su totalidad y exigir, en lugar de ello, que cada una de las pruebas demostrara, en sí misma y por sí misma, la existencia de encomienda u orden impartida por el Gobierno de Corea a los acreedores de Hynix Semiconductors, Inc. ("Hynix");
 - C) al negarse a tomar en consideración determinadas pruebas que obraban en el expediente de la investigación pero no fueron citadas por el USDOC en la determinación que publicó;
 - D) por no cumplir la obligación que le imponía el artículo 11 del ESD al constatar que "las disposiciones relativas a la mediación [de la Ley de Promoción de la Reestructuración Empresarial (la 'CRPA')] habían sido realmente invocadas por tres acreedores en relación con la reestructuración de octubre de 2001" sin que existieran pruebas de ello en el expediente de la investigación;
 - E) al no aplicar la norma de examen que correspondía y, por consiguiente, no cumplir la obligación que le imponía el artículo 11 del ESD; y, en consecuencia,
 - iii) si el Grupo Especial incurrió en error al constatar que la determinación del USDOC sobre encomienda u orden impartida por el Gobierno de Corea a ciertos acreedores de Hynix es incompatible con lo dispuesto en el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del *Acuerdo SMC*;
- c) si el Grupo Especial incurrió en error al constatar que la determinación de existencia de beneficio formulada por el USDOC es incompatible con el párrafo 1 b) del artículo 1 del *Acuerdo SMC*; y
- d) si el Grupo Especial incurrió en error al constatar que la determinación de especificidad formulada por el USDOC, en cuanto se refiere a subvenciones proporcionadas en virtud de encomienda u orden impartida por el Gobierno de Corea a ciertos acreedores de Hynix, es incompatible con el artículo 2 del *Acuerdo SMC*.

IV. Consultas

A. *Introducción y antecedentes procesales pertinentes*

89. Comenzaremos por la aseveración de los Estados Unidos de que el Grupo Especial incurrió en error al no rechazar las alegaciones de Corea contra la orden de establecimiento de derechos compensatorios dictada por el USDOC por no haber indicado Corea, en su solicitud de celebración de consultas, los fundamentos jurídicos de su reclamación contra esta medida conforme a lo que exige el párrafo 4 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*.

90. Antes de examinar la apelación de los Estados Unidos, estableceremos los antecedentes procesales pertinentes de la diferencia. Corea pidió la celebración de consultas con los Estados Unidos, por primera vez, el 30 de junio de 2003.¹³⁰ En esa solicitud Corea se refirió a las determinaciones preliminar y definitiva de existencia de subvención formuladas por el USDOC y a la determinación preliminar positiva de existencia de daño de la Comisión de Comercio Internacional de los Estados Unidos (la "USITC"). La solicitud indicaba también las disposiciones del *Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994* (el "GATT de 1994") y el *Acuerdo SMC* con las cuales el Gobierno de Corea consideraba incompatibles "estas determinaciones".¹³¹ Las consultas se celebraron el 20 de agosto de 2003.¹³²

91. El 18 de agosto de 2003, Corea presentó un addendum a su solicitud de celebración de consultas (el "Addendum"), en el que indicaba lo siguiente:

Con referencia al documento WT/DS296/1, ... distribuido el 8 de julio de 2003 [la solicitud inicial de celebración de consultas], las autoridades de mi país me han encomendado que solicite la celebración de nuevas consultas con el Gobierno de los Estados Unidos ... con respecto a la determinación definitiva de la existencia de daño importante [de la USITC] ... y a la orden definitiva de establecimiento de un derecho compensatorio del [USDOC] Esas dos medidas guardan relación con las mismas medidas subyacentes que fueron objeto de nuestra anterior solicitud de celebración de consultas.¹³³

¹³⁰ WT/DS296/1 (adjunto como anexo III del presente informe).

¹³¹ La solicitud se remite a los artículos 1, 2, 10, 11, 12, 14, 17 y 22 y el párrafo 1 del artículo 32 del *Acuerdo SMC* y al párrafo 3 del artículo VI y el párrafo 3 del artículo X del GATT de 1994.

¹³² Según los Estados Unidos, las consultas "se limitaron a las determinaciones preliminar y definitiva del [USDOC]" (comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 134).

¹³³ WT/DS296/1/Add.1 (adjunto como anexo IV del presente informe), página 1.

Seguía a este texto una enumeración de las disposiciones con las cuales Corea consideraba incompatibles "estas determinaciones".¹³⁴ El 1º de octubre de 2003 se celebró otra ronda de consultas, antes de la cual Corea y los Estados Unidos intercambiaron correspondencia indicando que discrepaban acerca de la conformidad de la solicitud de celebración de consultas presentada por Corea con el párrafo 4 del artículo 4 del ESD.¹³⁵ Corea presentó el 19 de noviembre de 2003 una solicitud de establecimiento de un grupo especial.¹³⁶ En la solicitud se identificaba la orden de establecimiento de derechos compensatorios del USDOC y se decía que "fue resultado" de la determinación definitiva en materia de derechos compensatorios formulada por el USDOC y de la determinación definitiva de la existencia de daño importante formulada por la USITC. Los Estados Unidos se opusieron al establecimiento de un grupo especial fundándose en que las partes no habían celebrado consultas sobre la orden de establecimiento de derechos compensatorios.¹³⁷ El Grupo Especial fue establecido el 23 de enero de 2004.¹³⁸

¹³⁴ Cada punto de la enumeración indicaba un párrafo del artículo 15 del *Acuerdo SMC* con el cual "esas determinaciones" eran supuestamente incompatibles.

¹³⁵ En su carta en que aceptaban la celebración de nuevas consultas, los Estados Unidos señalaron la supuesta omisión de Corea en cuanto a presentar el fundamento jurídico de su reclamación respecto de la orden de establecimiento de derechos compensatorios dictada por el USDOC (comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 136 (en que se hace referencia a la carta del Embajador y Representante Permanente de los Estados Unidos ante la OMC al Embajador y Representante Permanente de la República de Corea ante la OMC, de fecha 28 de agosto de 2003 (Prueba documental 2 presentada por los Estados Unidos al Grupo Especial))) Corea respondió por carta explicando que el fundamento de su reclamación "se encuentra en ambas solicitudes de celebración de consultas [presentadas por Corea]" y que, "con arreglo a la legislación estadounidense, la orden [de establecimiento de derechos compensatorios] no puede dictarse sin determinaciones positivas de ambos [el USDOC y la USITC]" (carta del Embajador y Representante Permanente de Corea ante la OMC al Embajador y Representante Permanente de los Estados Unidos ante la OMC de fecha 8 de septiembre de 2003 (Prueba documental 3 presentada por los Estados Unidos al Grupo Especial)). Según los Estados Unidos, durante las consultas "las partes convinieron en que discrepaban con respecto a la conformidad de la solicitud de celebración de consultas presentada por Corea con el párrafo 4 del artículo 4 del ESD" y "los Estados Unidos declinaron entrar en cualquier discusión acerca de la orden [de establecimiento de derechos compensatorios]". (Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 137.)

¹³⁶ WT/DS296/2 (adjunto como anexo V del presente informe).

¹³⁷ Los Estados Unidos señalan que "en la reunión del [OSD] en que se trató por primera vez la solicitud de Corea, los Estados Unidos se opusieron al establecimiento de un grupo especial fundándose en que la solicitud de establecimiento de un grupo especial formulada por Corea pretendía abarcar asuntos sobre los cuales las partes no habían celebrado consultas" y "expusieron el incumplimiento por Corea del párrafo 4 del artículo 4 del ESD y la consiguiente falta de consultas acerca de la orden [de establecimiento de derechos compensatorios por el USDOC]" (comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 138 (donde se hace referencia a WT/DSB/M/159, párrafos 32 a 38 (Prueba documental 5 presentada por los Estados Unidos al Grupo Especial))).

¹³⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 1.5.

92. Los Estados Unidos pidieron que el Grupo Especial rechazara las alegaciones de Corea sobre la orden de establecimiento de derechos compensatorios dictada por el USDOC.¹³⁹ Según los Estados Unidos, Corea no cumplió las prescripciones del párrafo 4 del artículo 4 del ESD porque no dio "indicación alguna del fundamento jurídico de su reclamación" con respecto a la orden de establecimiento de derechos compensatorios.¹⁴⁰ El Grupo Especial no estuvo de acuerdo, observando que en la segunda solicitud de celebración de consultas presentada por Corea se hacía referencia a la primera.¹⁴¹ Esta referencia, a juicio del Grupo Especial, "es suficiente para que la segunda solicitud se lea a la luz de la primera de ellas" y, por consiguiente, "además de las disposiciones del *Acuerdo SMC* enunciadas (de manera no exhaustiva) en la segunda solicitud de celebración de consultas presentada por Corea, sus alegaciones en ese documento deben leerse a la luz de las disposiciones de ese Acuerdo y del *GATT de 1994* mencionadas en" la solicitud inicial.¹⁴² El Grupo Especial llegó a la conclusión de que "la totalidad de estas disposiciones proporciona suficiente 'indicación de los fundamentos jurídicos de la reclamación' en el sentido del párrafo 4 del artículo 4 del *ESD*".¹⁴³

93. Los Estados Unidos apelan contra esta constatación del Grupo Especial. Según los Estados Unidos, "no es creíble afirmar que Corea, al invocar que había presentado una solicitud de consultas anterior sobre un conjunto de supuestas medidas, satisfizo su obligación de proporcionar una indicación del fundamento jurídico de otra medida diferente".¹⁴⁴ Añaden los Estados Unidos que, como Corea citó numerosas disposiciones en su primera solicitud de consultas, no podía "suponerse que los Estados Unidos debían adivinar qué disposiciones eran las aplicables a la orden de establecimiento de derechos compensatorios".¹⁴⁵ Los Estados Unidos explican que, "como mínimo", el párrafo 4 del artículo 4 exige "la indicación de una norma, por lo menos, con la que se considere que la medida es incompatible".¹⁴⁶ Por estas razones, según plantean los Estados Unidos, el Grupo Especial debió haber desestimado las alegaciones de Corea acerca de la orden de establecimiento de derechos compensatorios.

¹³⁹ *Ibid.*, párrafo 7.410.

¹⁴⁰ *Ibid.*, párrafo 7.410.

¹⁴¹ *Ibid.*, párrafo 7.414.

¹⁴² *Ibid.*, párrafo 7.415.

¹⁴³ *Ibid.*, párrafo 7.415. (no se reproduce la nota de pie de página)

¹⁴⁴ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 143.

¹⁴⁵ *Ibid.*, párrafo 143.

¹⁴⁶ *Ibid.*, párrafo 144.

94. Corea pide al Órgano de Apelación que desestime la apelación de los Estados Unidos respecto de esta cuestión fundándose en que el anuncio de apelación no cumplió las prescripciones del párrafo 2 d) de la Regla 20 de los *Procedimientos de trabajo para el examen en apelación* (los "*Procedimientos de Trabajo*").¹⁴⁷ Según plantea Corea, el anuncio de apelación presentado por los Estados Unidos no indica "las alegaciones de errores en las cuestiones de derecho tratadas en el informe del grupo especial y las interpretaciones jurídicas formuladas por éste", como exige el párrafo 2 d) i) de la Regla 20 de los *Procedimientos de Trabajo*; en vez de ello, "repite una versión [de los Estados Unidos] sobre lo que declaró el Grupo Especial y manifiesta que [los Estados Unidos] no están de acuerdo".¹⁴⁸ De cualquier modo, según afirma Corea, el Grupo Especial desestimó acertadamente el pedido de los Estados Unidos de que rechazara la alegación de Corea respecto de la orden de establecimiento de derechos compensatorios. Corea explica que, "como la orden [de establecimiento de derechos compensatorios] depende totalmente de las determinaciones administrativas y efectivamente es una función administrativa que se ejerce sin ninguna discrecionalidad, de ello se deduce que el fundamento jurídico de la reclamación con respecto a [esa] orden es idéntico al fundamento jurídico de las reclamaciones con respecto a las determinaciones en que se basa".¹⁴⁹

B. *Suficiencia del anuncio de apelación presentado por los Estados Unidos*

95. Antes de tratar la alegación de los Estados Unidos acerca de la solicitud de celebración de consultas presentada por Corea, nos referiremos a la afirmación de Corea según la cual el anuncio de apelación presentado por los Estados Unidos no cumple las prescripciones del párrafo 2) d) de la Regla 20 de los *Procedimientos de Trabajo*. El párrafo 2) de la Regla 20, en la parte pertinente, dice así:

El anuncio de apelación incluirá la siguiente información: ...

- d) un breve resumen del carácter de la apelación, con inclusión de:
 - i) la identificación de los supuestos errores en las cuestiones de derecho tratadas en el informe del grupo especial y las interpretaciones jurídicas formuladas por éste;

¹⁴⁷ Comunicación del apelado presentada por Corea, párrafo 228.

¹⁴⁸ *Ibid.*, párrafo 230.

¹⁴⁹ *Ibid.*, párrafo 242.

- ii) una lista de las disposiciones jurídicas de los acuerdos abarcados respecto de las cuales se alega que el Grupo Especial ha incurrido en error al interpretarlas o aplicarlas; y
- iii) sin perjuicio de la facultad del apelante para referirse a otros párrafos del informe del Grupo Especial en el contexto de su apelación, una lista indicativa de los párrafos del informe del Grupo Especial que contienen los supuestos errores.

96. Los Estados Unidos, en su anuncio de apelación, indican que solicitan la revisión de:

... la conclusión jurídica del Grupo Especial de que, con respecto a la orden de establecimiento de derechos compensatorios del USDOC, la solicitud de celebración de consultas presentada por Corea proporciona una suficiente indicación de los fundamentos jurídicos de la reclamación en el sentido del párrafo 4 del artículo 4 del ESD. Esta conclusión es errónea y está basada en constataciones erróneas sobre cuestiones de derecho e interpretaciones jurídicas conexas.¹⁰

¹⁰ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.414 y 7.415.

97. Corea alega que en el anuncio de apelación de los Estados Unidos no se identifican los supuestos errores en las cuestiones de derecho tratadas en el informe del Grupo Especial y las interpretaciones jurídicas formuladas por éste. No estamos de acuerdo. Aunque Corea está en lo cierto al afirmar que el anuncio de apelación de los Estados Unidos no hace más que seguir la constatación del Grupo Especial¹⁵⁰, el anuncio de apelación indica, sin embargo, que el supuesto error del Grupo Especial consiste en la constatación de que la solicitud de celebración de consultas presentada por Corea proporciona suficiente indicación de los fundamentos jurídicos de la reclamación; indica que la disposición pertinente es el párrafo 4 del artículo 4 del ESD; y menciona los párrafos del informe del Grupo Especial en que se formula esa constatación. Por lo tanto, el anuncio de apelación presentado por los Estados Unidos informa adecuadamente a Corea del "carácter de la apelación" en forma que le permite conocer los argumentos a los que debe responder.¹⁵¹ Entendemos que con ello basta, en el presente caso, a los efectos del párrafo 2) d) de la Regla 20 de los *Procedimientos de Trabajo*.

¹⁵⁰ El Grupo Especial constató que "la totalidad de estas disposiciones [mencionadas en la solicitud de celebración de consultas y en el Addendum presentados por Corea] proporciona suficiente 'indicación de los fundamentos jurídicos de la reclamación' en el sentido del párrafo 4 del artículo 4 del ESD" (informe del Grupo Especial, párrafo 7.415). (no se reproduce la nota de pie de página)

¹⁵¹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Medidas compensatorias sobre determinados productos de las CE*, párrafo 62; informe del Órgano de Apelación, *CE - Subvenciones a la exportación de azúcar*, párrafo 344.

C. *¿Cumple la solicitud de celebración de consultas presentada por Corea las prescripciones del párrafo 4 del artículo 4 del ESD?*

98. Habiendo resuelto acerca de la objeción de Corea referente al anuncio de apelación de los Estados Unidos, examinaremos la apelación de éstos. Las prescripciones que rigen para las solicitudes de celebración de consultas se encuentran establecidas en el párrafo 4 del artículo 4 del ESD, que en la parte pertinente dice así:

Toda solicitud de celebración de consultas se presentará por escrito y en ella figurarán las razones en que se base, con indicación de las medidas en litigio y de los fundamentos jurídicos de la reclamación.

99. Como se observó antes¹⁵², en la solicitud de celebración de consultas presentada inicialmente por Corea no se hacía referencia a la orden de imposición de derechos compensatorios, que no existía en ese momento. En el Addendum de su solicitud de celebración de consultas, Corea solicitó "la celebración de nuevas consultas" con respecto a la determinación definitiva de la existencia de daño importante formulada por la USITC y la orden de establecimiento de derechos compensatorios del USDOC. En el Addendum se hacía referencia a la solicitud inicial de celebración de consultas y se indicaba expresamente que la determinación definitiva positiva de existencia de daño importante formulada por la USITC y la orden de establecimiento de derechos compensatorios "guardan relación con las mismas medidas subyacentes que fueron objeto de nuestra anterior solicitud de celebración de consultas".¹⁵³ Los Estados Unidos consideran que este texto no permite concluir que las alegaciones formuladas en la solicitud inicial de celebración de consultas se aplican también a la orden de establecimiento de derechos compensatorios, a la que sólo se hace referencia en el Addendum.

100. No estamos de acuerdo. En el Addendum se hace referencia expresamente a la solicitud inicial de celebración de consultas. Está claro que el Addendum estaba destinado a leerse junto con esa solicitud inicial; en realidad, en eso consiste un addendum por su naturaleza misma. Además, recordamos que Corea explica que, con arreglo al derecho estadounidense, "la orden [de establecimiento de derechos compensatorios] depende totalmente de las determinaciones administrativas y efectivamente es una función administrativa que se ejerce sin ninguna discrecionalidad".¹⁵⁴ Según Corea, "de ello se deduce que el fundamento jurídico de la reclamación con respecto a [esa] orden es idéntico al fundamento jurídico de las reclamaciones con respecto a las

¹⁵² *Supra*, párrafo 90.

¹⁵³ WT/DS296/1/Add.1 (adjunto como anexo IV del presente informe), página 1.

¹⁵⁴ Comunicación del apelado presentada por Corea, párrafo 242.

determinaciones en que se basa".¹⁵⁵ En la audiencia los Estados Unidos confirmaron que esto describe correctamente una orden de establecimiento de derechos compensatorios con arreglo al derecho estadounidense. En tales condiciones debía ser evidente que las alegaciones de incompatibilidad formuladas por Corea en su solicitud inicial de celebración de consultas y en el Addendum respecto de la determinación de existencia de subvención formulada por el USDOC y la determinación de existencia de daño formulada por la USITC se aplicaban también a la orden de establecimiento de derechos compensatorios. Y tampoco puede afirmarse que los Estados Unidos tuvieran que "adivinar qué disposiciones eran las aplicables a la orden [de establecimiento de derechos compensatorios]".¹⁵⁶ Por consiguiente, constatamos que fue razonable la constatación del Grupo Especial de que "la totalidad" de las disposiciones citadas en la solicitud inicial de celebración de consultas presentada por Corea y en el Addendum proporciona, con respecto a la orden de establecimiento de derechos compensatorios del USDOC suficiente indicación de los fundamentos jurídicos de la reclamación, en el sentido del párrafo 4 del artículo 4 del ESD.¹⁵⁷

101. Por estos fundamentos, *confirmamos* la constatación del Grupo Especial, formulada en el párrafo 7.415 de su informe, de que en la solicitud de celebración de consultas presentada por Corea no se omitió indicar las razones en que se basaba la reclamación respecto de la orden de establecimiento de derechos compensatorios del USDOC, conforme a lo que exige el párrafo 4 del artículo 4 del ESD.

V. Interpretación del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del Acuerdo SMC

A. Introducción

102. Examinaremos a continuación las aseveraciones de los Estados Unidos y de Corea en el sentido de que el Grupo Especial interpretó incorrectamente el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del *Acuerdo SMC*.

103. Durante su análisis de la alegación de Corea referente al párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1, el Grupo Especial declaró que estaba "de acuerdo con el Grupo Especial que se ocupó del asunto *Estados Unidos - Limitaciones de las exportaciones* en que "[d]e los significados corrientes de los

¹⁵⁵ *Ibid.*, párrafo 242.

¹⁵⁶ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 143.

¹⁵⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.415.

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')".¹⁵⁸

104. Los Estados Unidos afirman que la interpretación del Grupo Especial acerca de los términos "encomiende" y "ordene" es equivocada porque no toma en consideración "toda la gama de medidas gubernamentales comprendidas en el sentido corriente de esos términos".¹⁵⁹ Corea responde argumentando que la interpretación del Grupo Especial sobre los términos "encomiende" y "ordene" es "adecuada" y el Órgano de Apelación, por lo tanto, debe confirmarla.¹⁶⁰

105. La impugnación de Corea se refiere a un aspecto diferente de la interpretación del Grupo Especial sobre el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1. En particular, Corea apela contra la constatación del Grupo Especial de que determinadas pruebas en que el USDOC se basó eran "suficientes para que una autoridad investigadora objetiva e imparcial constatará debidamente que hubo un acto de encomendar u ordenar respecto del KFB".¹⁶¹ Según Corea, esta constatación es consecuencia de la interpretación equivocada del Grupo Especial según la cual es posible constatar la existencia de encomienda u orden conforme al párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 aun cuando el acto supuestamente encomendado u ordenado a la entidad privada nunca se haya llevado a cabo.¹⁶² Los Estados Unidos piden al Órgano de Apelación que confirme la constatación del Grupo Especial de que el USDOC contaba con una base fáctica suficiente para concluir que existió encomienda u orden impartida por el Gobierno de Corea respecto del KFB.¹⁶³

¹⁵⁸ *Ibid.*, párrafo 7.31 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Limitaciones de las exportaciones*, párrafo 8.29).

¹⁵⁹ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 24. Las Comunidades Europeas y el Japón apoyan la posición de los Estados Unidos (comunicación presentada por las Comunidades Europeas en calidad de tercero participante, párrafo 3; comunicación presentada por el Japón en calidad de tercero participante, párrafo 2).

¹⁶⁰ Comunicación del apelado presentada por Corea, epígrafe II.A. China y el Territorio Aduanero Distinto de Taiwán, Penghu, Kinmen y Matsu también sostienen que corresponde desestimar la apelación de los Estados Unidos (comunicación presentada por China en calidad de tercero participante, párrafo 20; comunicación presentada por el Territorio Aduanero Distinto de Taiwán, Penghu, Kinmen y Matsu en calidad de tercero participante, párrafo 3).

¹⁶¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.117. (no se reproduce la nota de pie de página)

¹⁶² Comunicación presentada por Corea en calidad de otro apelante, párrafo 4.

¹⁶³ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 9.

B. *Párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del Acuerdo SMC*

1. Significado de los términos "encomiende" y "ordene"

106. El párrafo 1 del artículo 1 establece cuándo se considerará que existe "subvención" a los efectos del *Acuerdo SMC*, a saber, cuando i) haya una "contribución financiera de un gobierno o de cualquier organismo público", y ii) "con ello se otorgue un beneficio".¹⁶⁴ Esta parte de la apelación se refiere al elemento de la definición de "subvención" correspondiente a la "contribución financiera".¹⁶⁵ El párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del *Acuerdo SMC* dispone que hay una contribución financiera de un gobierno o de cualquier organismo público:

- i) cuando la práctica de un gobierno implique una transferencia directa de fondos (por ejemplo, donaciones, préstamos y 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);
- 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[.] (no se reproduce la nota de pie de página)

107. El párrafo 1 a) 1) del artículo 1 deja claro que una "contribución financiera" de un gobierno o un organismo público es un componente esencial de una "subvención" en el sentido del *Acuerdo SMC*. No se puede constatar que un producto está subvencionado con arreglo al párrafo 1 a) 1) del artículo 1, ni puede ser objeto de derechos compensatorios, si no existe una contribución financiera. Además, en las situaciones que exclusivamente implican una conducta privada -esto es, una conducta que no sea atribuible de algún modo a un gobierno o a un organismo

¹⁶⁴ Observamos que, de conformidad con los párrafos 1 a) 2) y 1 b) del artículo 1 del *Acuerdo SMC*, también se considerará que existe subvención "cuando haya alguna forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios en el sentido del artículo XVI del GATT de 1994" y "con ello se otorgue un beneficio". El presente asunto no plantea la cuestión de subvenciones otorgadas en forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios.

¹⁶⁵ Examinamos la apelación de los Estados Unidos contra la constatación del Grupo Especial relativa al "beneficio" en la sección VII del presente informe.

público- no puede haber una "contribución financiera" a los efectos de determinar la existencia de una subvención en el marco del *Acuerdo SMC*.

108. En los incisos i) a iv) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 se exponen las situaciones en las que hay una contribución financiera de un gobierno o un organismo público. Las situaciones enumeradas en los incisos i) a iii) se refieren a una contribución financiera efectuada *directamente* por el gobierno mediante la transferencia directa de fondos, la condonación de ingresos, el suministro de bienes o servicios o la compra de bienes.¹⁶⁶ En virtud del inciso iv), una contribución financiera también puede ser efectuada *indirectamente* por un gobierno cuando "realice pagos a un mecanismo de financiación" o, como se alega en este caso, "encomiende a una entidad privada una o varias de las funciones descritas en los incisos i) a iii) ... 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". En consecuencia, los incisos i) a iii) identifican los tipos de medidas que, cuando los adoptan entidades privadas a las que el gobierno ha "encomendado" u "ordenado" que lo hagan, quedan comprendidos en el ámbito del inciso iv). En otras palabras, el inciso iv) abarca situaciones en las que una entidad privada es utilizada por el gobierno como intermediario para llevar a cabo una de las funciones enumeradas en los incisos i) a iii). Los términos "encomiende" y "ordene" que figuran en el inciso iv), considerados a la luz de lo anterior identifican los casos en que una conducta aparentemente privada es atribuible a un gobierno a los efectos de determinar si ha habido una contribución financiera en el sentido del *Acuerdo SMC*.

109. Teniendo esto presente, pasaremos a examinar los significados de los términos "encomiende" y "ordene" que figuran en el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1. Recordamos que el Grupo Especial afirmó que estaba "de acuerdo con el Grupo Especial que se ocupó del asunto *Estados Unidos - Limitaciones de las exportaciones* en que '[d]e 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')".¹⁶⁷ Al proceder de este modo, el Grupo Especial reemplazó efectivamente los conceptos de "encomienda" y "orden" por otros dos, los de "delegación" y "mando", cuyo alcance no definió, sin dar mayores aclaraciones sobre el significado de ninguno de estos términos.¹⁶⁸ Los Estados Unidos afirman que el Grupo Especial "no dio pleno

¹⁶⁶ Siguiendo el ejemplo del *Acuerdo SMC*, utilizaremos el término "gobierno" para referirnos a un "gobierno o [...] cualquier organismo público en el territorio de un Miembro", salvo indicación en contrario.

¹⁶⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.31 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Limitaciones de las exportaciones*, párrafo 8.29).

¹⁶⁸ El análisis que el Grupo Especial realizó posteriormente del contexto y del objeto y fin de los términos "encomiende" y "ordene" se centró en si el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 exige que la acción del

sentido y efecto a los términos en cuestión del tratado".¹⁶⁹ Señalan que las definiciones del término "entrust" (encomendar) incluyen "[i]nvest with a trust; give (a person, etc.) the responsibility for a task ... [c]ommit the ... execution of (a task) to a person" (confiar; dar (a una persona, etc.) la responsabilidad de una tarea ... encargar la ... ejecución (de una tarea) a una persona).¹⁷⁰ Los Estados Unidos observan también que las definiciones de "direct" (ordenar) incluyen "[c]ause to move in or take a specified direction; turn towards a specified destination or target" (hacer que algo o alguien se desplace o adopte una determinada dirección; orientar o dirigir a determinado destino); "[g]ive authoritative instructions to; to ordain, order (a person) to do, (a thing) to be done; order the performance of" (dar instrucciones con autoridad a; aplicado a una persona: mandarle u ordenarle que haga algo; aplicado a una cosa: mandar u ordenar que se haga; ordenar la realización de algo); y "[r]egulate the course of; guide with advice" (regular el curso de; orientar con un consejo).¹⁷¹ Por lo tanto, los Estados Unidos desearían que adoptáramos una interpretación de los términos "encomiende" y "ordene" que incluyera todas las acepciones de esos términos.

110. El término "entrusts" ("encomiende") denota la acción de dar a alguien la responsabilidad de una tarea u objetivo.¹⁷² En el contexto del inciso iv) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1, el gobierno da a una entidad privada la responsabilidad de "llevar a cabo" una de las funciones enumeradas en los incisos i) a iii) de ese párrafo. Como reconocen los Estados Unidos¹⁷³, la "delegación" (que es la palabra utilizada por el Grupo Especial) puede ser un medio por el que un gobierno dé a una entidad

gobierno que supuestamente constituye una encomienda u orden sea explícita. (Informe del Grupo Especial, párrafos 7.36-7.41.)

¹⁶⁹ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 28.

¹⁷⁰ *Ibid.*, párrafo 19 (donde se cita *The New Shorter Oxford English Dictionary*, *supra* (nota 36), volumen 1, página 831).

¹⁷¹ *Ibid.*, párrafo 20 (donde se cita *The New Shorter Oxford English Dictionary*, *supra* (nota 36), volumen 1, página 679). (En el original, las expresiones "to do" y "to be done" figuran en cursivas.)

¹⁷² Las versiones española y francesa del *Acuerdo SMC* utilizan los verbos "encomendar" y "charger", respectivamente, que tienen significados similares. El *Diccionario de la lengua española* define "encomendar" del modo siguiente:

Encargar a alguien que haga algo o que cuide de algo o de alguien.

(*Diccionario de la lengua española*, vigésima segunda edición (Real Academia Española, 2001), página 612.)

Le Nouveau Petit Robert define "charger" del modo siguiente:

Revêtir d'une fonction, d'un office. ... commettre, déléguer, préposer (à).

(*Le Nouveau Petit Robert*, P. Varrod (editor) (Diccionarios Le Robert, 1993), página 403.)

¹⁷³ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 24; respuesta de los Estados Unidos a preguntas formuladas en la audiencia.

privada la responsabilidad de llevar a cabo una de las funciones enumeradas en los incisos i) a iii). La delegación, aunque habitualmente se efectúa por medios formales, también podría ser informal. Además, puede haber otros medios, ya sean formales o informales, que los gobiernos utilicen con el mismo fin. Por consiguiente, una interpretación del término "encomiende" que estuviera limitada a los actos de "delegación" sería demasiado restrictiva.

111. Por lo que se refiere al término "ordene", observamos que algunas de las definiciones -tales como "give authoritative instructions to" (dar instrucciones con autoridad a) y "order (a person) to do" (aplicado a una persona: ordenarle que haga algo) -sugieren que la persona o entidad que "ordena" tiene autoridad sobre la persona o entidad a la que se ordena. En cambio, algunas de las demás definiciones -como "inform or guide" (informar u orientar)- no dan necesariamente esta impresión de autoridad. A nuestro juicio, el hecho de que en el caso del inciso iv) se ordene a la entidad privada que "lleve a cabo" una función recalca la connotación de autoridad que tienen algunas de las acepciones del término "ordenar". Esta interpretación del término "ordene" se ve reforzada por las versiones española y francesa del *Acuerdo SMC*, que utilizan los verbos "ordenar"¹⁷⁴ y "ordonner"¹⁷⁵, respectivamente.¹⁷⁶ Ambos verbos dan una impresión inequívoca de autoridad ejercida sobre alguien. En el contexto del inciso iv), esa autoridad es ejercida por un gobierno sobre una entidad privada. Un acto de "mando" (que es la palabra utilizada por el Grupo Especial) es sin duda una de las formas en que el gobierno puede ejercer autoridad sobre una entidad privada en el sentido del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1, pero lo probable es que los gobiernos tengan otros medios a su disposición para ejercer su autoridad sobre una entidad privada. Algunos de esos medios pueden ser más sutiles que un acto de "mando" o pueden no entrañar el mismo grado de coerción. Por consiguiente, una interpretación del término "ordene" que estuviera limitada a los actos de "mando" también sería demasiado restrictiva.

112. El inciso iv) del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 dice además que debe haberse encomendado a la entidad privada *una o varias de las funciones* descritas en los incisos i) a iii), o habersele ordenado que las lleve a cabo. Como explicó el Grupo Especial que examinó el asunto *Estados Unidos - Limitaciones de las exportaciones*, esto significa que "el alcance de las acciones ... a que se refiere el

¹⁷⁴ El *Diccionario de la lengua española* define "ordenar" del modo siguiente:

Mandar que se haga algo. ... Encaminar y dirigir a un fin.
(*Diccionario de la lengua española, supra* (nota 172), página 1.105.)

¹⁷⁵ *Le Nouveau Petit Robert* define "ordonner" del modo siguiente:

Prescrire par un ordre. ... adjurer, commander, dicter, enjoindre, prescrire.
(*Le Nouveau Petit Robert, supra* (nota 172), página 1.795.)

¹⁷⁶ A este respecto, recordamos el párrafo 3 del artículo 33 de la *Convención de Viena*, que dispone que "[s]e presumirá que los términos del tratado tienen en cada texto auténtico igual sentido".

inciso iv) ha de ser el mismo que el de los incisos i) a iii)".¹⁷⁷ Por consiguiente, una situación en la que el gobierno encomendara a una entidad privada una función que estuviera fuera del alcance de los incisos i) a iii), o le ordenara llevarla a cabo, estaría fuera del alcance del inciso iv). Por lo tanto, estamos de acuerdo con el Grupo Especial que entendió en el asunto *Estados Unidos - Limitaciones de las exportaciones* en que "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*".¹⁷⁸ Además, no debemos perder de vista que el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 exige que el gobierno participe, aunque sea indirectamente. En consecuencia, estamos de acuerdo con Corea en que debe haber un vínculo demostrable entre el gobierno y la conducta de la entidad privada.¹⁷⁹

113. Recordamos, además, que el párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del *Acuerdo SMC* se refiere a la existencia de una contribución financiera. El inciso iv), en particular, tiene por objeto asegurar que los gobiernos no eludan sus obligaciones en el marco del *Acuerdo SMC* utilizando a entidades privadas para adoptar medidas que estarían comprendidas en el ámbito del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 si las adoptaran ellos mismos. En otras palabras, el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 es, en esencia, una disposición contra la elusión.¹⁸⁰ Por tanto, la constatación de que existe una encomienda u orden exige que el gobierno dé responsabilidad a una entidad privada -o ejerza su autoridad sobre ésta- con el fin de efectuar una contribución financiera.

114. En consecuencia, de lo anterior se desprende que no todos los actos gubernamentales equivalen necesariamente a una encomienda u orden. Observamos que los Estados Unidos y Corea están de acuerdo en que las "meras declaraciones de política" de un gobierno, por sí mismas, no constituirían una encomienda u orden a los efectos del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1.¹⁸¹ Además, la encomienda y la orden -mediante la asignación de responsabilidad a una entidad privada o el ejercicio

¹⁷⁷ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Limitaciones de las exportaciones*, párrafo 8.53.

¹⁷⁸ *Ibid.* (las cursivas figuran en el original)

¹⁷⁹ Comunicación del apelado presentada por Corea, párrafo 22. Señalamos que se presume que la conducta de las entidades privadas no es atribuible al Estado. Los comentarios sobre el Proyecto de artículos de la CDI explican que "[d]ado que las sociedades, aunque sean de propiedad del Estado y en ese sentido estén sujetas a su control, se consideran entidades separadas, a primera vista su comportamiento en el curso de sus actividades no es atribuible al Estado, a menos que ejerzan atribuciones del poder público". (Proyecto de artículos de la CDI, *supra* (nota 104), artículo 8, comentario 6), páginas 95-96); véase también la comunicación del apelado presentada por Corea, párrafos 58 y 59.)

¹⁸⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Madera blanda IV*, párrafo 52.

¹⁸¹ Respuestas de Corea y los Estados Unidos a las preguntas formuladas en la audiencia. Sin embargo, los Estados Unidos afirman que una declaración de política puede ser una prueba pertinente para demostrar la existencia de una encomienda u orden.

de autoridad sobre ella- implican una función más activa que los meros actos de aliento.¹⁸² Asimismo, estamos de acuerdo con el Grupo Especial que se ocupó del asunto *Estados Unidos - Limitaciones de las exportaciones* en que la encomienda y la orden no abarcan la situación en la que "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".¹⁸³ Por lo tanto, la "encomienda" o la "orden" del gobierno no pueden ser involuntarias ni la mera consecuencia de la normativa gubernamental.¹⁸⁴ Esto es coherente con la declaración del Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Madera blanda IV* de que "no todas las medidas gubernamentales susceptibles de otorgar beneficios quedan necesariamente comprendidas en el párrafo 1 a) del artículo 1"; de lo contrario, no serían necesarios los incisos i) a iv) del párrafo 1 a) del artículo 1, "porque todas las medidas gubernamentales que otorgaran beneficios constituirían, *per se*, subvenciones".¹⁸⁵

¹⁸² A diferencia del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del *Acuerdo SMC*, el párrafo 3 del artículo 11 del *Acuerdo sobre Salvaguardias* utiliza el término "alentarán". Dice así:

Los Miembros no alentarán ni apoyarán la adopción o el mantenimiento, por empresas públicas o privadas, de medidas no gubernamentales equivalentes a las medidas a que se hace referencia en el párrafo 1.

El párrafo 1 hace referencia a las limitaciones voluntarias de las exportaciones, los acuerdos de comercialización ordenada y otras medidas similares respecto de las exportaciones o las importaciones.

¹⁸³ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Limitaciones de las exportaciones*, párrafo 8.31.

¹⁸⁴ Al interpretar la frase "pagos ... financiados en virtud de medidas gubernamentales" que figura en el párrafo 1 c) del artículo 9 del *Acuerdo sobre la Agricultura*, el Órgano de Apelación declaró que "[l]os gobiernos están constantemente ocupados en distintos tipos de actividad reguladora para la consecución de una variedad de objetivos". Explicó además que, cuando el marco regulador simplemente permite que se efectúen pagos, "el vínculo entre las medidas gubernamentales y la financiación de los pagos es demasiado tenue como para que se considere que los 'pagos' están *financiados* en virtud de medidas gubernamentales" ... en el sentido del párrafo 1 c) del artículo 9. Debe existir más bien un nexo más estrecho entre el mecanismo o proceso mediante el cual los pagos son *financiados*, incluso por un tercero, y las medidas gubernamentales" (informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Productos lácteos (párrafo 5 del artículo 21 - Nueva Zelandia y Estados Unidos)*, párrafo 115 (las cursivas figuran en el original); véase también informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Productos lácteos (párrafo 5 del artículo 21 - Nueva Zelandia y Estados Unidos II)*, párrafo 131).

¹⁸⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Madera blanda IV*, nota 35 al párrafo 52. El Órgano de Apelación se remitió al siguiente análisis del Grupo Especial que examinó el asunto *Estados Unidos - Limitaciones de las exportaciones*:

Los antecedentes de la negociación [del artículo 1 del *Acuerdo SMC*] confirman ... 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 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.

115. Además, esa interpretación es coherente con el objeto y fin del *Acuerdo SMC*, que refleja un delicado equilibrio entre los Miembros que deseaban imponer más disciplinas sobre la utilización de las subvenciones y los que deseaban imponer más disciplinas sobre la aplicación de las medidas compensatorias. De hecho, el Órgano de Apelación ha declarado que el objeto y fin del *Acuerdo SMC* es "aumentar y mejorar las disciplinas del GATT referentes al uso de las subvenciones y de los derechos compensatorios, reconociendo al mismo tiempo el derecho de los Miembros de imponer tales medidas en determinadas condiciones".¹⁸⁶ Este equilibrio debe tenerse presente al interpretar el inciso iv), que permite a los Miembros aplicar medidas compensatorias a productos en situaciones en que un gobierno utiliza a una entidad privada como intermediario para hacer una contribución financiera (a condición, naturalmente, de que también se demuestre el cumplimiento de los demás requisitos de una subvención susceptible de medidas compensatorias). Al mismo tiempo, la interpretación del inciso iv) no puede ser tan amplia que permita a los Miembros aplicar medidas compensatorias a productos cuando un gobierno se limite a ejercer sus facultades generales de reglamentación.

116. En suma, entendemos que, de conformidad con el inciso iv), la "encomienda" tiene lugar cuando un gobierno asigna responsabilidad a una entidad privada y la "orden" se refiere a situaciones en las que el gobierno ejerce su autoridad sobre una entidad privada. En ambos casos, el gobierno utiliza a una entidad privada como intermediario para efectuar uno de los tipos de contribuciones financieras enumerados en los incisos i) a iii). Puede ser difícil identificar con precisión, en abstracto, los tipos de acciones gubernamentales que constituyen una encomienda o una orden y los que no la constituyen. La etiqueta concreta que se utilice para describir la acción gubernamental no es necesariamente lo decisivo. De hecho, como reconoce Corea, en algunas circunstancias una "orientación" de un gobierno puede constituir una orden.¹⁸⁷ En la mayoría de los casos cabría esperar que la encomienda o la orden impartida a una entidad privada entrañara alguna forma de amenaza o estímulo que podría, a su vez, servir de prueba de la encomienda u orden. La determinación de la existencia de una encomienda u orden dependerá de los hechos concretos de cada caso.¹⁸⁸

(Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Limitaciones de las exportaciones*, párrafo 8.65 (citado en el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Madera blanda IV*, nota 35 al párrafo 52).)

¹⁸⁶ *Ibid.*, párrafo 64. (no se reproduce la nota de pie de página)

¹⁸⁷ Respuesta de Corea a las preguntas formuladas en la audiencia.

¹⁸⁸ Análogamente, los comentarios del proyecto de artículos de la CDI dicen que "hay que apreciar en cada caso si el comportamiento ha sido controlado por el Estado en tal medida que deba atribuirse a éste". (Comentarios sobre el Proyecto de artículos de la CDI, *supra* (nota 104), artículo 8, comentario 5), página 95). (no se reproduce la nota de pie de página)

2. Apelación de los Estados Unidos

117. Los Estados Unidos alegan que, al equiparar "encomienda" y "orden" con "delegación" y "mando", el Grupo Especial no interpretó esos términos de conformidad con las normas usuales de interpretación codificadas en la *Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados*.¹⁸⁹ A este respecto, los Estados Unidos sostienen que, si el Grupo Especial hubiese interpretado correctamente "encomiende" y "ordene", habría reconocido que estos términos también abarcan lo siguiente:

... un gobierno que confía una tarea a una entidad privada, le asigna una responsabilidad para que la lleve a cabo, la informa u orienta respecto del modo de llevarla a cabo, [y] regula el curso de sus acciones[.]¹⁹⁰

Los Estados Unidos hacen referencia a varias constataciones¹⁹¹ que supuestamente demuestran que el Grupo Especial aplicó una interpretación incorrecta del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1, y que "la interpretación incorrecta del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 propugnada por el Grupo Especial afectó a todo su análisis de las constataciones del [US]DOC en relación con el rescate de Hynix".¹⁹²

118. Como explica Corea¹⁹³, la cuestión planteada por los Estados Unidos en la apelación -es decir, el alcance de las acciones gubernamentales que constituyen una encomienda o una orden- no era el principal problema de interpretación sometido al Grupo Especial. Lo que el Grupo Especial estaba examinando era si la existencia de una encomienda o una orden tiene que demostrarse únicamente sobre la base de acciones explícitas (y no implícitas) del gobierno. A este respecto el Grupo Especial estuvo de acuerdo con los Estados Unidos en lo esencial y sostuvo que el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 no "exi[ge] que una autoridad investigadora demuestre la existencia de una acción explícita del gobierno dirigida a una entidad determinada, por la que se encomiende u ordene una tarea u obligación determinada".¹⁹⁴ Durante su análisis, el Grupo Especial estuvo "de acuerdo con el Grupo Especial que se ocupó del asunto *Estados Unidos - Limitaciones de las exportaciones* en que '[d]e 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

¹⁸⁹ *Supra* (nota 110).

¹⁹⁰ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 24.

¹⁹¹ *Ibid.*, párrafos 40-46.

¹⁹² *Ibid.*, párrafo 46. (no se reproduce la nota de pie de página)

¹⁹³ Comunicación del apelado presentada por Corea, párrafos 24-25.

¹⁹⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.42.

referente a 'ordenar')".¹⁹⁵ Ya hemos explicado que los términos "encomiende" y "ordene" que figuran en el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 no se limitan a "delegación" y "mando", respectivamente. A nuestro juicio, puede haber otros medios por los que los gobiernos asignen una responsabilidad a una entidad privada, o ejerzan autoridad sobre ella, que no estén incluidos en los términos "delegación" y "mando", si éstos se interpretan estrictamente. Observamos que, al principio, el Grupo Especial utilizó la expresión "una noción de" delegación o de mando.¹⁹⁶ Esto sugiere que el Grupo Especial utilizaba los términos "delegación" y "mando" con cierto grado de flexibilidad. Sin embargo, el repetido uso que el Grupo Especial hace de los términos "delegación" y "mando" en sus análisis posteriores, sin ninguna otra precisión, podría dar la impresión de que los términos "encomiende" y "ordene" corresponden estrictamente a "delegación" y "mando". Consideramos que estas palabras, por sí mismas, no reflejan lo que entendemos por "encomiende" u "ordene" en el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1, ya que los términos "delegación" y "mando", como ya hemos explicado, son demasiado limitados. Por tanto, *modificamos* la interpretación que hace el Grupo Especial del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del *Acuerdo SMC* en el párrafo 7.31 de su informe, en la medida en que pueda entenderse que limita los términos "encomiende" y "ordene" a actos de "delegación" y "mando".

119. La solicitud de los Estados Unidos de que el Órgano de Apelación examine la aplicación que hace el Grupo Especial del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 a los hechos del presente asunto¹⁹⁷ se examinará en la sección siguiente del presente informe.¹⁹⁸

3. Apelación cruzada de Corea

120. Pasaremos a examinar la apelación cruzada de Corea, que impugna la constatación del Grupo Especial de que determinados elementos de prueba a que hizo referencia el USDOC eran "suficientes para que una autoridad investigadora objetiva e imparcial constatará debidamente que hubo un acto de encomendar u ordenar respecto del KFB".¹⁹⁹ Esta constatación se formuló en el contexto del examen

¹⁹⁵ *Ibid.*, párrafo 7.31 (donde se cita el informe del Grupo Especial en el asunto *Estados Unidos - Limitaciones de las exportaciones*, párrafo 8.29).

¹⁹⁶ *Ibid.*, párrafo 7.31. No obstante, como señalan los Estados Unidos, el Grupo Especial no utilizó sistemáticamente la expresión "la noción de" en los párrafos siguientes. (Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 21 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafos 7.33 a 7.35).)

¹⁹⁷ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 46.

¹⁹⁸ Véase *infra*, sección VI.

¹⁹⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.117. (no se reproduce la nota de pie de página)

realizado por el Grupo Especial de la referencia del USDOC a supuestas amenazas del Gobierno de Corea al KFB y a otros dos bancos coreanos.²⁰⁰

121. Corea señaló al Grupo Especial que "en último término, el KFB se negó a participar en el Programa [de obligaciones] de vía rápida y, de hecho, no participó en dicho Programa y ejerció sus derechos de tasación en la reestructuración de octubre".²⁰¹ "[L]as acciones del KFB", según Corea, "difícilmente son compatibles con la teoría de los Estados Unidos de que hubo coacción por parte del Gobierno coreano".²⁰² El Grupo Especial consideró que el argumento de Corea no era pertinente porque, "[e]n [esa] etapa, [su] análisis se ocup[aba] ante todo de los actos del Gobierno de Corea y no de la reacción de las entidades privadas a esos actos".²⁰³

122. En la apelación, Corea afirma que la conclusión del Grupo Especial respecto de la encomienda u orden al KFB se basa en una interpretación incorrecta del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del *Acuerdo SMC*. Corea explica que la constatación de existencia de una encomienda u orden con arreglo al párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 requiere que la entidad privada *lleve a cabo* una de las funciones enumeradas en esa disposición.²⁰⁴ Corea sostiene que "una orden por sí sola, sin ningún acto que la cumpla" no es suficiente.²⁰⁵ Añade que, en este caso, el KFB no llevó a cabo la acción que supuestamente se le encomendó u ordenó realizar y, por tanto, la constatación del Grupo Especial de que hubo un acto de encomendar u ordenar respecto del KFB es incorrecta.²⁰⁶

123. Los Estados Unidos responden a la apelación de Corea explicando que la constatación del Grupo Especial respecto del KFB no guarda relación específica con la participación del KFB en el Programa de obligaciones de vía rápida.²⁰⁷ Afirman que "el hecho de que el KFB no participó en el Programa [de obligaciones] de vía rápida nunca fue objeto de controversia".²⁰⁸ Los Estados Unidos

²⁰⁰ *Ibid.*, párrafo 7.107.

²⁰¹ *Ibid.*, párrafo 7.108.

²⁰² *Ibid.*, párrafo 7.108.

²⁰³ *Ibid.*, nota 136 al párrafo 7.117.

²⁰⁴ Comunicación presentada por Corea en calidad de otro apelante, párrafo 18.

²⁰⁵ *Ibid.*, párrafo 29.

²⁰⁶ Corea no impugna "la determinación fáctica del Grupo Especial de que hubo coacción [del Gobierno] respecto del KFB" (comunicación presentada por Corea en calidad de otro apelante, párrafo 4).

²⁰⁷ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 5.

²⁰⁸ *Ibid.* (no se reproduce la nota de pie de página)

explican asimismo que "las amenazas y el comportamiento coercitivo del Gobierno de Corea *se debieron* a 'la negativa del KFB a participar en el Programa [de obligaciones] de vía rápida'".²⁰⁹ El expediente del Grupo Especial confirma que el KFB participó en las transacciones financieras anteriores y posteriores al Programa de obligaciones de vía rápida.²¹⁰ No interpretamos que la constatación del Grupo Especial de que las pruebas eran suficientes para demostrar la existencia de una encomienda u orden del Gobierno de Corea al KFB esté necesariamente relacionada de forma exclusiva con el Programa de obligaciones de vía rápida. Por consiguiente, incluso si se supone, a efectos de argumentación, que Corea tiene razón en el sentido de que una constatación de la existencia de encomienda u orden requiere que la función encomendada u ordenada se lleve a cabo, no estamos convencidos de que la base de la constatación del Grupo Especial sea tan limitada como la que alega Corea.

124. En cualquier caso, la constatación de la existencia de una encomienda o una orden, por sí misma, no demuestra la existencia de una contribución financiera. Cuando un gobierno encomienda u ordena algo a una entidad privada -al asignarle una responsabilidad o ejercer su autoridad sobre ella- lo probable es que la función supuestamente encomendada u ordenada se lleve a cabo efectivamente. La negativa de la entidad privada a llevar a cabo la función puede ser una prueba de que el gobierno no le asignó responsabilidad para ello, o no ejerció la autoridad necesaria sobre la entidad privada, de manera que ésta no hizo caso al gobierno.²¹¹ Sin embargo, no significa por sí misma que no se haya impartido una encomienda u orden a la entidad privada. Según las circunstancias, una entidad privada puede decidir no llevar a cabo una función que se le ha encomendado u ordenado realizar, a pesar de las consecuencias negativas que ello puede acarrear.

125. Aun así, esto no significa que sea posible formular una constatación de existencia de una contribución financiera conforme al párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 cuando una entidad privada no lleva a cabo la función que supuestamente se le ha encomendado u ordenado realizar. El hecho de que la entidad privada no lleve a cabo ninguna de las funciones enumeradas en los incisos i) a iii) significa que el otorgante no ha transferido al receptor nada de valor económico.²¹² Dicho de manera

²⁰⁹ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 5 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 7.117). (las cursivas figuran en el original; no se reproduce la nota de pie de página)

²¹⁰ Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, párrafo 7.114.

²¹¹ Anteriormente explicamos que, en la mayoría de los casos, la encomienda u orden del gobierno incluiría una amenaza o coacción (véase *supra*, párrafo 116).

²¹² Véase el informe del Órgano de Apelación en el asunto *Canadá - Productos lácteos*, párrafo 87, en el que el Órgano de Apelación explicó que "una 'subvención' implica una transferencia de recursos económicos del otorgante al receptor por una cantidad inferior a la prestación total".

sencilla, si la entidad privada no ha llevado a cabo la función que supuestamente se le ha encomendado u ordenado, nada habrá cambiado de manos. Por tanto, no hay contribución financiera y, por consiguiente, no habría derecho a aplicar medidas compensatorias.

126. Por estar razones, *confirmamos* la constatación del Grupo Especial, expuesta en el párrafo 7.117 de su informe, de que las pruebas eran "suficientes para que una autoridad investigadora objetiva e imparcial constatará debidamente que hubo un acto de encomendar u ordenar respecto del KFB".

VI. Examen por el Grupo Especial de las pruebas de que dispuso el USDOC

A. Introducción

127. A continuación analizaremos el examen por el Grupo Especial de las pruebas en que se basó la constatación del USDOC sobre la existencia de una encomienda o una orden. Tras ofrecer una interpretación general del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del *Acuerdo SMC*, el Grupo Especial pasó a examinar las pruebas en que se basó el USDOC, para determinar si eran suficientes como respaldo de su constatación de existencia de una encomienda u orden. Sobre la base de su examen de las pruebas, el Grupo Especial llegó a la conclusión de que el USDOC "no podía constatar debidamente que existían pruebas suficientes para apoyar una constatación generalizada de la existencia de actos de encomendar u ordenar en el caso de los organismos privados, en relación con múltiples acreedores y múltiples operaciones a lo largo del período de investigación".²¹³ Por consiguiente, el Grupo Especial llegó a la conclusión de que la determinación de la existencia de subvención formulada por el USDOC es incompatible con el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del *Acuerdo SMC*.²¹⁴

128. Los Estados Unidos alegan la existencia de múltiples errores en la aplicación por el Grupo Especial del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 a los hechos del presente asunto, en particular respecto del examen realizado por el Grupo Especial acerca de las pruebas del USDOC. En primer lugar, los Estados Unidos alegan que el Grupo Especial incurrió en error al aplicar una "norma de prueba"²¹⁵ que exigía que los elementos de prueba de la encomienda u orden fueran "probatorios y convincentes".²¹⁶ En segundo lugar, los Estados Unidos argumentan que el Grupo Especial incurrió en error en el criterio que aplicó al examen de las pruebas del USDOC conforme al párrafo 1 a) 1) iv)

²¹³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.177.

²¹⁴ *Ibid.*, párrafo 7.178.

²¹⁵ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 47.

²¹⁶ *Ibid.*, párrafo 47 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafos 7.35 y 7.46).

del artículo 1, porque no examinó las pruebas del USDOC en su totalidad, no tuvo en cuenta las conclusiones extraídas razonablemente de las pruebas circunstanciales y, en consecuencia, desplazó efectivamente la carga de la prueba de Corea a los Estados Unidos.²¹⁷ En tercer lugar, los Estados Unidos argumentan que el Grupo Especial se negó equivocadamente a admitir determinadas pruebas presentadas por los Estados Unidos durante las actuaciones del Grupo Especial fundándose en que los argumentos basados en esas pruebas constituían "racionalizaciones *ex post facto*".²¹⁸

129. Además de estas alegaciones de error en la aplicación por el Grupo Especial del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1, los Estados Unidos sostienen que el Grupo Especial incumplió las obligaciones que le correspondían en virtud del artículo 11 del ESD al utilizar pruebas que no obraban en el expediente del USDOC durante la investigación.²¹⁹ Por último, los Estados Unidos alegan que los errores mencionados, considerados en su conjunto, dan origen a otro error distinto sobre la base del artículo 11 del ESD, por no haber aplicado el Grupo Especial la debida norma de examen a su análisis de la constatación por el USDOC de la existencia de una encomienda u orden.²²⁰

130. Antes de iniciar nuestro análisis, describiremos brevemente la constatación del USDOC de la existencia de una encomienda u orden, que figura en su determinación de la existencia de subvención, para facilitar el análisis posterior del examen del Grupo Especial sobre las pruebas de que dispuso el USDOC. A continuación examinaremos cada una de las alegaciones de error formuladas por los Estados Unidos. Por último, examinaremos las consecuencias de nuestro análisis para la conclusión del Grupo Especial respecto de la constatación por el USDOC de la existencia de encomienda u orden.

B. *La constatación de existencia de encomienda u orden formulada por el USDOC*

131. En su determinación de la existencia de subvención, el USDOC constató que numerosas instituciones financieras, que eran tanto organismos públicos como privados, participaron en transacciones financieras relacionadas con Hynix. A los efectos de esta determinación, el USDOC estableció una distinción entre organismos públicos²²¹, acreedores privados propiedad del Gobierno y

²¹⁷ *Ibid.*, párrafos 58-87.

²¹⁸ *Ibid.*, párrafo 94 (donde se hace referencia, entre otras cosas, al informe del Grupo Especial, párrafos 7.88, 7.102 y 7.141).

²¹⁹ *Ibid.*, párrafo 101.

²²⁰ *Ibid.*, párrafo 119.

²²¹ En su determinación, el USDOC se refirió a los organismos públicos como "autoridades gubernamentales" (respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 3 formulada por el Grupo Especial en su

sujetos a su control, y acreedores privados que no eran propiedad del Gobierno de Corea ni estaban sujetos a su control.²²² El Grupo Especial mantuvo esta distinción en su análisis y adoptó la categorización de acreedores de los Grupos A, B y C que presentaron los Estados Unidos.²²³ En consecuencia, se denominó acreedores del Grupo A a los organismos públicos acreedores de Hynix, que incluían el Banco de Desarrollo de Corea (el "KDB"), el Banco Industrial de Corea y otros bancos "especializados".²²⁴ Se denominó acreedores del Grupo B a los acreedores privados propiedad del Gobierno de Corea o sujetos a su control, que el USDOC constató que no eran organismos públicos²²⁵; estos acreedores incluían al Banco de Cambio de Corea y al KFB.²²⁶ Se denominó acreedores del Grupo C a las entidades privadas en las cuales la participación accionaria del Gobierno de Corea era mucho menor o incluso inexistente²²⁷; entre estos acreedores figuraban el Banco KorAm, el Banco Hana y el Banco Kookmin.²²⁸ Utilizaremos las mismas categorías en el presente informe.

132. En su análisis sobre la existencia de encomienda y orden, el USDOC examinó, en particular, cuatro transacciones financieras. La primera fue un préstamo bancario sindicado de 800.000 millones de won (el "préstamo sindicado de diciembre de 2000") concedido a Hynix a finales del año 2000 para financiar deuda de corto plazo que vencía a principios de 2001. La segunda transacción financiera fue el Programa de obligaciones de vía rápida del KDB²²⁹, que también tenía por objeto

primera reunión, informe del Grupo Especial, página E-42, párrafo 10 y nota 9 a la respuesta). Véase también el Memorándum sobre las cuestiones y la decisión, *supra* (nota 6), páginas 15-17.

²²² Véase el Memorándum sobre las cuestiones y la decisión, *supra* (nota 6), página 49.

²²³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.8 (donde se hace referencia al cuadro 4 presentado por los Estados Unidos al Grupo Especial).

²²⁴ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 3 formulada por el Grupo Especial en su primera reunión, informe del Grupo Especial, página E-42, párrafo 10 y nota 9 a la respuesta.

²²⁵ Algunos acreedores de Hynix fueron incluidos por el USDOC en el Grupo B pese a que el Gobierno de Corea poseía el 100 por ciento de su capital. El Grupo Especial observó que, a su juicio, el USDOC podría haber tenido derecho a tratar esas empresas que pertenecían en su totalidad al Gobierno como "organismos públicos", pero al haberse negado a clasificarlas de ese modo estaba obligado a establecer la existencia de encomienda u orden con respecto a esos acreedores. (Informe del Grupo Especial, nota 29 al párrafo 7.8 y nota 80 al párrafo 7.62.)

²²⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.8; respuestas de los Estados Unidos a las preguntas 4-6 formuladas por el Grupo Especial en su primera reunión, informe del Grupo Especial, párrafo E-44, párrafo 17.

²²⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.8; respuestas de los Estados Unidos a las preguntas 4-6 formuladas por el Grupo Especial en su primera reunión, informe del Grupo Especial, página E-44, párrafo 19.

²²⁸ Cuadro 4 presentado por los Estados Unidos al Grupo Especial.

²²⁹ Memorándum sobre las cuestiones y la decisión, *supra* (nota 6), páginas 19.

hacer frente a la crisis de liquidez causada por las obligaciones que llegaban a su vencimiento en el mismo período. El Memorandum sobre las cuestiones y la decisión describe este programa del modo siguiente:

Con arreglo al Programa de vía rápida, administrado por el KDB, las empresas seleccionadas para participar en dicho programa tenían que rescatar, en primer lugar, el 20 por ciento de sus obligaciones que vencían en 2001; el KDB adquirió el 80 por ciento restante de las obligaciones que llegaban a su vencimiento, y éstas fueron reemplazadas posteriormente por nuevas obligaciones emitidas por las empresas participantes. De las obligaciones adquiridas por el KDB que fueron reemplazadas con nuevas emisiones, el KDB conservó un 10 por ciento de las nuevas obligaciones emitidas, los acreedores de la empresa adquirieron el 20 por ciento de cada nueva emisión (el Gobierno de Corea concedió una exención general a fin de permitir que los acreedores superaran los límites de sus préstamos pendientes), y el 70 por ciento restante de cada nueva emisión se juntó con otras obligaciones y se vendió como [obligaciones con garantía] u [obligaciones de préstamos con garantía] (que fueron avaladas en parte por el [Fondo de Garantía de Crédito de Corea]).²³⁰

133. La tercera transacción financiera fue un programa de reestructuración acordado entre Hynix y sus acreedores en mayo de 2001 (la "reestructuración de mayo de 2001"). Un grupo de 17 acreedores principales formó un consejo de acreedores (el "Consejo de Acreedores de mayo de 2001"), con base en el proceso de reestructuración de la deuda establecido en 1998 por el Convenio de Reestructuración Empresarial (el "CRA"), que era "un acuerdo informal que comprendía 210 instituciones financieras [coreanas]".²³¹ El Consejo de Acreedores de mayo de 2001 acordó un plan de reestructuración global para Hynix, que comprendía el reescalonamiento y la refinanciación de la deuda de Hynix mediante prórrogas de los vencimientos e instrumentos de deuda de corto plazo, así como la emisión de obligaciones convertibles y acciones globales de depósito.²³²

134. La cuarta transacción financiera identificada por el USDOC fue otro programa de reestructuración, que se elaboró teniendo en cuenta los "persistentes problemas financieros" de Hynix y la fase de contracción del mercado de los DRAM²³³, y que Hynix y sus acreedores adoptaron en

²³⁰ *Ibid.*, página 23.

²³¹ *Ibid.*, página 19.

²³² Memorandum sobre las cuestiones y la decisión, *supra* (nota 6), página 20. Entendemos que las referencias que se hacen en el Memorandum sobre las cuestiones y la decisión a las acciones globales de depósito son referencias a las acciones de la empresa ofrecidas para la venta a nivel mundial, esto es, en múltiples mercados del mundo, mediante recibos que son emitidos por bancos de varios países y que demuestran la participación del accionista en esa empresa. (Véase P. Moles y N. Terry, *The Handbook of International Financial Terms* (Oxford University Press, 1999), página 256.)

²³³ En el presente informe, los semiconductores para memorias dinámicas de acceso aleatorio (DRAM) y los modelos de memoria que contienen DRAM son denominados colectivamente "DRAM".

octubre de 2001 (la "reestructuración de octubre de 2001").²³⁴ Este plan de reestructuración se formuló en el marco de la CRPA, una codificación legislativa realizada en Corea de los métodos de reestructuración empresarial utilizados informalmente al amparo de la CRA. El consejo de acreedores que dirigió este plan de reestructuración (el "Consejo de Acreedores de octubre de 2001") presentó a los acreedores de Hynix tres opciones: i) conceder nuevos préstamos a Hynix; ii) canjear determinada cantidad de la deuda de Hynix por acciones, con una quita parcial; o iii) ejercer los derechos de tasación²³⁵, con una quita parcial. Como resultado de esta reestructuración, casi 3 billones de won de la deuda de Hynix se canjearon por acciones, 1,45 billones de won de deuda fueron condonados, y además se concedieron a Hynix nuevos préstamos y se refinanciaron otros préstamos o se prorrogaron sus plazos.²³⁶

135. El USDOC extrajo tres inferencias fácticas de las pruebas obrantes en el expediente que tuvo ante sí: i) el Gobierno de Corea seguía una política de apoyar la reestructuración financiera de Hynix y de ese modo evitar el derrumbe de la empresa²³⁷; ii) el Gobierno de Corea ejercía sobre los acreedores de Hynix el control o la influencia necesarios para aplicar esa política²³⁸; y iii) el Gobierno de Corea utilizó a veces ese control o influencia para "presionar" o coaccionar a los acreedores de Hynix a fin de que continuaran apoyando la reestructuración financiera de la empresa.²³⁹ Sobre la base de estas inferencias, el USDOC llegó a una conclusión de existencia de encomienda u orden que abarcaba prácticamente la totalidad de los acreedores de Hynix y la participación de éstos en alguna de las cuatro transacciones financieras examinadas o en todas ellas:

²³⁴ Memorándum sobre las cuestiones y la decisión, *supra* (nota 6), página 20.

²³⁵ El ejercicio de los derechos de tasación suponía que si un acreedor no deseaba seguir financiando a Hynix, su crédito sería adquirido por los demás acreedores de Hynix a un precio determinado mediante consultas o con la asistencia de una empresa de contabilidad (véase *infra*, párrafo 169 y 170).

²³⁶ Memorándum sobre las cuestiones y la decisión, *supra* (nota 6), página 20.

²³⁷ *Ibid.*, página 49-50. Véanse también la Primera comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafo 37, y la Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafo 10.

²³⁸ Memorándum sobre las cuestiones y la decisión, *supra* (nota 6), páginas 50-59. Véanse también la Primera comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafo 37, y la Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafo 10.

²³⁹ Memorándum sobre las cuestiones y la decisión, *supra* (nota 6), páginas 57, 60-61. Véanse también la Primera comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafo 37, y la Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafo 10. En su Memorándum sobre las cuestiones y la decisión, el USDOC también incluyó la segunda y la tercera de sus inferencias en una constatación más general de que "las pruebas que figuran en el expediente establecen una pauta de prácticas del Gobierno de Corea encaminadas a basarse en esa política para encomendar u ordenar decisiones en materia de créditos como parte de la reestructuración" (Memorándum sobre las cuestiones y la decisión, *supra* (nota 6), página 49).

[E]l Gobierno de Corea ha encomendado u ordenado a instituciones financieras que lleven a cabo el programa de subvenciones del Gobierno de Corea para rescatar a Hynix. Al hacerlo, el Gobierno de Corea impartió encomiendas y órdenes a varias de sus instituciones financieras. Como ya se ha indicado, el Gobierno de Corea dio instrucciones y directivas a las instituciones financieras haciendo pesar su autoridad, e hizo saber con toda claridad que respaldaba plenamente el programa de rescate. Además, una vez formado el Consejo de Acreedores de Hynix y que este contó con una mayoría de bancos pertenecientes al Gobierno de Corea o sujetos a su control, el Gobierno encomendó a esos bancos que continuaran el proceso de rescate hasta su conclusión. En consecuencia, constatamos que la encomienda u orden del Gobierno de Corea a esas instituciones permitió al Gobierno ejecutar su programa de rescate, proporcionando con ello una contribución financiera a Hynix.²⁴⁰

C. *La norma de que los elementos de prueba deben ser "probatorios y convincentes"*

136. Comenzaremos nuestro análisis con la impugnación que hacen los Estados Unidos de la supuesta formulación y aplicación por el Grupo Especial de una "norma probatoria" errónea.²⁴¹ A pesar de haber coincidido con los Estados Unidos al constatar que no es necesario que la existencia de encomienda u orden se determine sobre la base de actos explícitos, el Grupo Especial advirtió no obstante lo siguiente:

[L]os elementos de prueba de la encomienda u orden deben ser en todos los casos *probatorios y convincentes*. Por consiguiente, independientemente de la naturaleza o la forma de los actos afirmativos de delegación o de mando en cuestión, las pruebas deben demostrar, respecto de cada entidad privada que supuestamente proporciona una contribución financiera o participa en ella, que el gobierno le encomendó u ordenó que lo hiciera.²⁴² (sin cursivas en el original; no se reproduce la nota de pie de página)

Seguidamente, al comienzo de su examen de las pruebas de encomienda u orden utilizadas por el USDOC, el Grupo Especial reiteró que entendía que "esas pruebas [han de tener] valor probatorio y [ser] convincentes, en el sentido de que demuestren que se encomendó u ordenó a cada uno de los acreedores privados que participaron en las contribuciones financieras que así lo hicieran".²⁴³

137. Los Estados Unidos impugnan la exigencia del Grupo Especial de que los elementos de prueba en que se basó la determinación del USDOC sobre la existencia de "encomienda" u "orden" fueran "probatorios y convincentes" (en inglés: *probative and compelling*). Los Estados Unidos

²⁴⁰ Memorándum sobre las cuestiones y la decisión, *supra* (nota 6), páginas 61-62. Sobre la base de constataciones que había formulado en investigaciones anteriores, el USDOC determinó que "las prácticas de concesión de préstamos del Citibank no son ordenadas por el Gobierno de Corea".

²⁴¹ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 47.

²⁴² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.35.

²⁴³ *Ibid.*, párrafo 7.46.

están de acuerdo en que los elementos de prueba, por su propia naturaleza, deben ser "probatorios"²⁴⁴, pero aducen que la norma de que las pruebas deben ser "convincientes" no figura ni en el *Acuerdo SMC* ni en el ESD. Los Estados Unidos entienden que el término "convinciente" se refiere a pruebas cuyo peso es tal que obligan al responsable de adoptar la decisión a llegar a una conclusión determinada.²⁴⁵ Según los Estados Unidos, al aplicar esa norma, el Grupo Especial exigió efectivamente al USDOC que dispusiera de pruebas "abrumadoras" o "irrefutables" que lo "forzaran" u "obligaran" a constatar la existencia de una encomienda u orden.²⁴⁶ Corea sostiene que es más adecuado interpretar el término "convinciente", en el contexto en que fue utilizado por el Grupo Especial, en un sentido análogo al de "probatorio", simplemente para describir pruebas que tienden a persuadir al responsable de adoptar la decisión de una determinada conclusión.²⁴⁷ Por lo tanto, Corea cuestiona la caracterización que hacen los Estados Unidos de la declaración del Grupo Especial con respecto a "probatorios y convincentes" como una nueva norma aplicable a los elementos de prueba, aduciendo en cambio que simplemente describe la "calidad de las pruebas" necesarias para establecer la existencia de encomienda u orden.²⁴⁸

138. Estamos de acuerdo con los participantes²⁴⁹ en que ni el *Acuerdo SMC* ni el ESD formulan explícitamente una norma respecto de las pruebas exigidas para justificar una constatación de que existe encomienda u orden de conformidad con el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1.²⁵⁰ El artículo 12 del *Acuerdo SMC*, titulado "Pruebas", especifica en su párrafo 2 que una decisión de la autoridad investigadora con respecto a la existencia de una subvención "podrá basarse únicamente en" las pruebas que constan en la documentación de ese organismo; esto se aplica igualmente a las pruebas utilizadas para apoyar una constatación de la existencia de una contribución financiera de conformidad con el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1.²⁵¹ Sin embargo, más allá de esta prescripción no

²⁴⁴ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, nota 56 al párrafo 48.

²⁴⁵ *Ibid.*, párrafos 48-49.

²⁴⁶ *Ibid.*, párrafo 49 (donde se cita *The New Shorter Oxford English Dictionary, supra* (nota 36), volumen 1, página 458; y *Oxford Dictionary of English*, C. Soanes y A. Stevenson (editores) (Oxford University Press, 2004), 2ª edición, página 352).

²⁴⁷ Comunicación del apelado presentada por Corea, párrafos 96-97.

²⁴⁸ *Ibid.*, párrafo 82.

²⁴⁹ Respuestas de Corea y de los Estados Unidos a las preguntas formuladas en la audiencia.

²⁵⁰ En cambio, el párrafo 1 del artículo 15 del *Acuerdo SMC* dispone que la "determinación de la existencia de daño ... se basará en pruebas positivas".

²⁵¹ Otras disposiciones del *Acuerdo SMC* pertinentes respecto de la constatación de existencia de una encomienda u orden sugieren de manera análoga que la autoridad investigadora ha de "basar" su constatación en

vemos fundamento alguno en el *Acuerdo SMC* ni en el ESD para imponer a una autoridad investigadora una norma determinada con respecto a las pruebas que apoyan su constatación de la existencia de encomienda u orden.

139. El Grupo Especial explicó que, al utilizar los términos "probatorios" y "convincientes", estaba expresando la opinión de que el conjunto total de los elementos de prueba en que se basó un organismo debe "demostrar" la existencia de encomienda u orden a cada entidad privada respecto de una contribución financiera determinada.²⁵² Al hacer esta afirmación, el Grupo Especial, a nuestro juicio, no exigió que las pruebas en que se había basado el USDOC fueran "irrefutables"²⁵³, ni tampoco exigió que fueran de una calidad o un volumen tales que "forzaran"²⁵⁴ al USDOC a llegar a una constatación de la existencia de encomienda u orden. De hecho, después de examinar las pruebas utilizadas por el USDOC, el Grupo Especial concluyó que el USDOC "no podía constatar debidamente que existían pruebas suficientes para *apoyar* [su] constatación de la existencia de actos de encomendar u ordenar".²⁵⁵ Nos parece, teniendo en cuenta todo lo anterior, que el Grupo Especial no aplicó el término "convincientes" de la manera que sugieren los Estados Unidos; si lo hubiera hecho, habría impuesto erróneamente una norma cualitativa más estricta que lo establecido en el *Acuerdo SMC*. Lo que hizo el Grupo Especial fue examinar adecuadamente si las pruebas de que dispuso el USDOC podían apoyar su conclusión. En consecuencia, no interpretamos que el Grupo Especial haya impuesto una "norma probatoria"²⁵⁶ que fuera más allá de lo que hemos encontrado en el *Acuerdo SMC*.²⁵⁷

140. Por lo tanto, *constatamos* que el Grupo Especial *no incurrió en error* al constatar, en los párrafos 7.35 y 7.46 de su informe, que los elementos de prueba en que se basó la constatación de la

pruebas, pero sin precisar más la naturaleza ni la cantidad de las pruebas que se requieren para apoyar tal constatación. (Véanse los párrafos 5 y 8 del artículo 12 y los párrafos 4 y 5 del artículo 22 del *Acuerdo SMC*.)

²⁵² Informe del Grupo Especial, párrafos 7.35 y 7.46.

²⁵³ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 49 (donde se hace referencia al *Oxford Dictionary of English*, *supra* (nota 246), página 352).

²⁵⁴ *Ibid.* (donde se cita el *New Shorter Oxford English Dictionary*, *supra* (nota 36), página 458).

²⁵⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.177. (sin cursivas en el original)

²⁵⁶ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 47.

²⁵⁷ Observamos que los terceros participantes China y el Territorio Aduanero Distinto de Taiwán, Penghu, Kinmen y Matsu interpretan de manera análoga que el Grupo Especial no ha impuesto obligaciones adicionales a los Miembros simplemente por el hecho de exigir que los elementos de prueba sean "probatorios y convincentes" (comunicaciones presentadas por China y el Territorio Aduanero Distinto de Taiwán, Penghu, Kinmen y Matsu en calidad de terceros participantes, párrafo 25 y párrafo 7, respectivamente).

existencia de encomienda u orden formulada por el USDOC debían ser "probatorios y convincentes", en la medida en que el Grupo Especial interpretó que esos términos sólo exigían que los elementos de prueba demostraran la existencia de encomienda u orden.

D. *Criterio aplicado a las pruebas por el Grupo Especial*

141. Examinaremos a continuación la alegación de los Estados Unidos de que el Grupo Especial empleó un criterio erróneo desde el punto de vista del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 en su examen de las pruebas utilizadas por el USDOC. En particular, los Estados Unidos alegan, en primer lugar, que el criterio que aplicó el Grupo Especial no tiene en cuenta que la conclusión del USDOC se basó en la *totalidad* de las pruebas.²⁵⁸ En segundo lugar, según los Estados Unidos, el criterio aplicado por el Grupo Especial limita indebidamente la capacidad del organismo de extraer inferencias legítimas de las pruebas circunstanciales, porque exige efectivamente que se examine si cada uno de los elementos de prueba constituye prueba directa de la existencia de encomienda u orden.²⁵⁹ En tercer lugar, los Estados Unidos sostienen que el criterio inadecuado que siguió el Grupo Especial al examinar las pruebas desplazó efectivamente la carga de la prueba de Corea a los Estados Unidos, porque el Grupo Especial no parece haber considerado seriamente ninguna prueba que no representara una "prueba flagrante".²⁶⁰

142. Al comienzo de su examen, el Grupo Especial reconoció los fundamentos fácticos de la constatación del USDOC -es decir, la política del Gobierno de Corea destinada a salvar a Hynix, su capacidad de controlar a los acreedores de Hynix o de influir sobre ellos y la presión que ejerció sobre esos acreedores- y organizó su análisis siguiendo los lineamientos de estas premisas fácticas.²⁶¹ El Grupo Especial observó también que el USDOC había basado su constatación en *todas* las pruebas, "sin asignar importancia especial a uno o varios elementos de prueba".²⁶² El Grupo Especial determinó que seguiría "el mismo enfoque" con respecto a las pruebas.²⁶³ Interpretamos que el Grupo Especial aceptó con ello implícitamente el carácter razonable de ese enfoque.

²⁵⁸ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafos 58-73.

²⁵⁹ *Ibid*, párrafos 74-85.

²⁶⁰ *Ibid*, párrafo 87.

²⁶¹ Véase el informe del Grupo Especial, párrafo 7.45 y la sección VII.C.1 b), subsecciones i)-iii).

²⁶² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.45.

²⁶³ *Ibid*.

143. A nuestro juicio, el Grupo Especial actuó correctamente al optar por seguir el criterio del organismo con respecto al examen de las pruebas. No obstante, a pesar de la intención que manifestó, el Grupo Especial siguió un criterio distinto, que examinaremos a continuación.

1. Examen individual de los elementos de prueba

144. A pesar de que el USDOC se basó en la *totalidad* de las pruebas, el Grupo Especial sostuvo que, para seguir el mismo enfoque, debía evaluar "por separado ... [el] valor probatorio de cada elemento de prueba".²⁶⁴ En consecuencia, con respecto a cada uno de los fundamentos fácticos de la constatación de la existencia de una encomienda u orden formulada por el USDOC²⁶⁵, el Grupo Especial examinó *individualmente* los elementos de prueba en que se basó el USDOC para respaldar la tesis correspondiente.

145. En principio no vemos ningún error en el hecho de que un grupo especial examine los elementos de prueba individualmente a los efectos del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1, aun cuando la autoridad investigadora haya extraído su conclusión de la *totalidad* de las pruebas. Es más, a nuestro juicio, en muchos casos un grupo especial sólo podrá examinar la suficiencia de las pruebas que respaldan la conclusión de una autoridad investigadora sobre la existencia de encomienda u orden analizando cada uno de los elementos de prueba.

146. Sin embargo, constatamos que el Grupo Especial incurrió en error en la *manera* en que examinó cada elemento de prueba. Observamos, en primer lugar, que el Grupo Especial a menudo pareció analizar si cada elemento de prueba, considerado *aisladamente*, demostraba la existencia de una encomienda u orden. Por ejemplo, el USDOC consideró pertinente que la Comisión de Supervisión Financiera hubiera aumentado los límites de crédito impuestos a los bancos que concedían préstamos a un único prestatario para que se pudieran conceder fondos adicionales a Hynix.²⁶⁶ El Grupo Especial no estuvo de acuerdo:

Aunque los Estados Unidos quizá tengan razón cuando aducen que determinados acreedores no habrían podido participar en el préstamo sindicado si no se hubiera concedido la exención del límite del crédito, no consideramos que el USDOC pudiera *deducir debidamente de ello que se encomendó u ordenó* a los acreedores que participaran en el préstamo sindicado. ... Los Estados Unidos aducen también que encomendar u ordenar a los bancos que ayudaran a Hynix habría carecido de sentido si los bancos hubieran estado legalmente obligados a no aplicar las directrices del

²⁶⁴ *Ibid.*

²⁶⁵ *Supra*, párrafo 135.

²⁶⁶ Memorándum sobre las cuestiones y la decisión, *supra* (nota 6), página 51.

Gobierno de Corea. Aunque esto puede ser cierto, no significa que *haya un acto de encomendar u ordenar del Gobierno cada vez que se concede una exención del límite de crédito.*²⁶⁷ (sin cursivas en el original)

No interpretamos que el USDOC haya deducido *únicamente de la exención de los límites de crédito* que había tenido lugar una encomienda u orden. Tampoco consideramos que el hecho de que el USDOC se basara en estas pruebas sugiera que "haya un acto de encomendar u ordenar del gobierno cada vez que se concede una exención del límite de crédito", pues sólo cabría razonar así si el USDOC hubiera basado su constatación de existencia de una encomienda u orden *exclusivamente* en las exenciones de los límites de crédito.

147. De manera análoga, el USDOC también se basó en documentos facilitados durante las reuniones de verificación cuando constató que un vicepresidente de la Comisión de Supervisión Financiera²⁶⁸ había asistido a una reunión del Consejo de Acreedores de mayo de 2001 "para instar a los bancos acreedores a aplicar las resoluciones adoptadas por los acreedores".²⁶⁹ El USDOC se basó en estas pruebas en apoyo de su tesis de que el Gobierno de Corea había presionado a los acreedores de Hynix para que participaran en la reestructuración financiera de la empresa. El Grupo Especial rechazó la pertinencia de estas pruebas:

[E]l hecho de que una autoridad responsable de la reglamentación asista a una reunión de acreedores a petición del acreedor principal a fin de instar a los bancos acreedores a ejecutar las resoluciones adoptadas por los acreedores -y no a fin de encomendarles que lo hagan- no permitiría a una autoridad investigadora llegar debidamente a la conclusión de que esa *asistencia equivalió a encomendar u ordenar* a los acreedores que participaran en la reestructuración.²⁷⁰ (subrayado en el original; sin cursivas en el original)

El USDOC no expresó la opinión de que la asistencia del funcionario de la Comisión de Supervisión Financiera, por sí sola, "equivaliera" a encomendar u ordenar algo. Al llegar a esta conclusión, el

²⁶⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.101.

²⁶⁸ El Grupo Especial observó que Corea cuestionaba este hecho, alegando en cambio que a la reunión había asistido un funcionario del Servicio de Supervisión Financiera, que no era "una organización gubernamental sino una empresa pública especial vinculada a la Comisión de Supervisión Financiera, [y] que actúa como rama ejecutiva de ésta". El Grupo Especial constató que no era necesario resolver este desacuerdo dada su "constatación acerca del modo en que el USDOC trató esta cuestión". (Informe del Grupo Especial, nota 166 al párrafo 7.141.) Análogamente, dada la base de nuestra constatación de error en el enfoque adoptado por el Grupo Especial para examinar individualmente los elementos de prueba, no es necesario que resolvamos este desacuerdo fáctico de los participantes.

²⁶⁹ Memorándum sobre las cuestiones y la decisión, *supra* (nota 6), página 60 (donde se cita el *Informe de verificación del Gobierno de Corea*, página 19 (Prueba documental 12 presentada por los Estados Unidos al Grupo Especial)).

²⁷⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.141.

Grupo Especial esencialmente censuró al USDOC por extraer una inferencia determinada de un solo elemento de prueba cuando, en realidad, el organismo no había hecho tal cosa.

148. El USDOC también se había referido en su determinación a documentos internos del Banco Kookmin con el fin de respaldar la existencia de un vínculo entre la política del Gobierno de Corea para salvar a Hynix y la actuación de los acreedores en el rescate de la empresa.²⁷¹ Uno de esos documentos identificaba nueve razones en favor de la participación del Banco Kookmin en el préstamo sindicado de diciembre de 2000²⁷², incluida una que hacía referencia a la política del Gobierno de Corea relativa a la función de las instituciones financieras en la reestructuración de empresas en dificultades.²⁷³ El Grupo Especial observó que los Estados Unidos no habían controvertido que las otras ocho razones expuestas en favor de la participación del Banco Kookmin estuvieran relacionadas con consideraciones comerciales, y a continuación abordó la importancia de la novena razón del modo siguiente:

[L]a declaración expuesta parece referirse a una política gubernamental de alcance general relativa a la participación de las instituciones financieras en la reestructuración correctiva y no a acciones afirmativas de delegación o de mando del Gobierno realizadas de conformidad con una política expresa de éste encaminada a salvar a Hynix. ... *Para determinar la existencia de un acto de encomendar u ordenar del gobierno se necesita algo más que constatar que los organismos privados actúan teniendo en cuenta las peticiones generalizadas de política del gobierno.*

... [U]na autoridad investigadora objetiva e imparcial no podía determinar debidamente que un comportamiento con motivos comerciales manifiestos debía atribuirse al Gobierno *simplemente debido a* la referencia a una petición generalizada de política de éste. Como hemos señalado anteriormente, no consideramos que la mera existencia de una política gubernamental *baste para demostrar* que el Gobierno encomendó u ordenó algo.²⁷⁴ (sin cursivas en el original; no se reproduce la nota de pie de página)

El Grupo Especial pasa por alto el hecho de que el USDOC no constató la existencia de una encomienda u orden "simplemente debido a" la única razón no comercial que apoyaba la decisión del Banco Kookmin de participar en el préstamo sindicado de diciembre de 2000. Indudablemente es cierto, como afirma el Grupo Especial, que el hecho de que se den ocho razones comerciales para

²⁷¹ Memorándum sobre las cuestiones y la decisión, *supra* (nota 6), página 59.

²⁷² *Supra*, párrafo 132.

²⁷³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.167. La razón relativa a la política del Gobierno de Corea no puede citarse porque Corea la identificó ante el Grupo Especial como información comercial confidencial. (Véase el informe del Grupo Especial, párrafo 7.166 y nota 188 al mismo.)

²⁷⁴ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.167-7.168.

justificar el préstamo del Banco Kookmin puede influir en la importancia que el organismo atribuya a la novena razón (no comercial). Pero no es menos cierto algo que el Grupo Especial no ha reconocido: que esa novena razón podía cobrar mayor importancia razonablemente a la luz de otras pruebas corroborantes.

149. En cada uno de los casos mencionados, el Grupo Especial parece haber exigido implícitamente que la existencia de una encomienda u orden se *estableciera*, se *determinara* o se *inferiera* sobre la única base del elemento de prueba examinado concretamente. Más aún: éstas no son afirmaciones aisladas, sino que reflejan una opinión del Grupo Especial que se evidencia en todo su análisis.²⁷⁵ Esto es preocupante, en especial porque el propio Grupo Especial reconoció inicialmente que el USDOC en ningún punto de su determinación había sostenido que algún elemento de prueba, aisladamente, fuera suficiente para su constatación de la existencia de una encomienda u orden.

150. A nuestro juicio, si un grupo especial ha aceptado el enfoque de la autoridad investigadora, normalmente debería examinar el valor probatorio de los elementos de prueba de modo similar a como lo hizo esa autoridad investigadora. Además, si una autoridad investigadora se basa, como en este caso, en un conjunto de pruebas circunstanciales considerado en conjunto como respaldo de una constatación de existencia de encomienda u orden, el grupo especial que examine esa determinación debería considerar normalmente esas pruebas en su totalidad, y no individualmente, para evaluar su valor probatorio con respecto a la determinación formulada por el organismo.²⁷⁶ En realidad, si se exige que cada elemento de prueba circunstancial, por sí solo, establezca la existencia de una encomienda u orden, en los hechos se impide que el organismo pueda constatar su existencia sobre la base de pruebas circunstanciales.²⁷⁷ Por su propia naturaleza los elementos de prueba

²⁷⁵ Véase, por ejemplo, informe del Grupo Especial, párrafos 7.62, 7.77, 7.78, 7.129, 7.141, 7.167 y 7.168.

²⁷⁶ Las Comunidades Europeas hacen una observación similar:

Al considerar los hechos y las pruebas sólo aisladamente y no considerar el peso de los hechos tomados en conjunto, el Grupo Especial aplicó efectivamente un enfoque metodológico distinto del adoptado por la autoridad investigadora.

(Comunicación presentada por las Comunidades Europeas en calidad de tercero participante, párrafo 20; subrayado en el original.)

²⁷⁷ Estamos de acuerdo con los Estados Unidos, y con los terceros participantes Comunidades Europeas y Japón, en que este enfoque es particularmente pertinente en los casos de actos encomendados u ordenados conforme a lo previsto en el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1, en los que gran parte de las pruebas que están públicamente disponibles y a las que, en consecuencia, las partes interesadas y la autoridad investigadora tienen fácil acceso, tienden a ser de naturaleza circunstancial (respuestas de los Estados Unidos, las Comunidades

circunstanciales, tomados por separado, difícilmente pueden demostrar una tesis mientras no se los considere conjuntamente con otros elementos de prueba.

151. Además, para examinar las pruebas a la luz de la metodología de la autoridad investigadora, el análisis del grupo especial normalmente debería tratar de examinar la decisión del organismo ateniéndose a su contenido, en particular, identificando las inferencias extraídas de las pruebas *por el organismo* y analizando a continuación si las pruebas pueden o no sustentar esas inferencias. Cuando un grupo especial examina si un elemento de prueba puede o no llevar directamente a una conclusión definitiva -en lugar de si puede o no apoyar una inferencia intermedia que el organismo quiso extraer de ese elemento de prueba-, el grupo especial corre el riesgo de organizar una argumentación que no es la presentada por la autoridad investigadora.²⁷⁸ Con ello, el grupo especial deja de *examinar* la determinación del organismo y entra en una evaluación *de novo* propia sobre la decisión de la autoridad investigadora. Como explicamos *infra*²⁷⁹, los grupos especiales no pueden realizar un examen *de novo* de las determinaciones formuladas por los organismos.

152. En el presente caso, como ya hemos señalado²⁸⁰, el USDOC se basó en las pruebas para llegar a determinadas conclusiones fácticas como paso intermedio de su análisis *antes* de constatar la existencia de una encomienda u orden. Estas conclusiones fácticas intermedias fueron las siguientes: i) el Gobierno de Corea seguía una política destinada a impedir el derrumbe financiero de Hynix; ii) el Gobierno de Corea ejercía control o influencia sobre los acreedores de Hynix de los Grupos B y C; y iii) el Gobierno de Corea presionó a determinados acreedores de Hynix de los Grupos B y C para que participaran en la reestructuración financiera. Por consiguiente, en una evaluación adecuada por el Grupo Especial se habría considerado si cada elemento de prueba individualmente examinado podía tender a respaldar -no acreditar por sí solo- *la correspondiente conclusión fáctica intermedia* que el USDOC trató de extraer de él. Al examinar en cambio si esas pruebas apoyaban o no directamente una constatación de existencia de una encomienda u orden, el Grupo Especial determinó que ciertos elementos de prueba no eran probatorios cuando, de hecho, si

Europeas y el Japón a las preguntas formuladas en la audiencia). Además, en rigor, la encomienda u orden no es propiamente un hecho, sino una evaluación *jurídica* basada en un conjunto de hechos probados.

²⁷⁸ Esto no quiere decir que esté prohibido a un grupo especial examinar si el organismo ha dado una explicación razonada y adecuada respecto de su determinación, en particular, considerando otras inferencias que puedan extraerse razonablemente de las pruebas que obran en el expediente y las explicaciones que puedan darse razonablemente de esas pruebas. De hecho, un grupo especial está obligado a realizar esa indagación. (Véase *infra*, párrafo 186.)

²⁷⁹ Abordaremos *infra*, en la subsección G, las consecuencias que tiene el enfoque adoptado por el Grupo Especial respecto de las pruebas para la aplicación por él de la norma de examen que correspondía.

²⁸⁰ *Supra*, párrafo 135.

hubieran sido considerados adecuadamente en el marco del examen del USDOC, no se habría pasado por alto su pertinencia.

2. Examen de la totalidad de las pruebas

153. El Grupo Especial concluyó su examen de las pruebas del USDOC, en los párrafos 7.175 a 7.178 de su informe, con "un examen general ... de todo el razonamiento expuesto por el USDOC". El Grupo Especial resumió sus distintas constataciones anteriores sobre los elementos de prueba considerados individualmente y, sobre la base de este "examen general", llegó a la conclusión de que el USDOC "no podía constatar debidamente que existían pruebas suficientes para apoyar una constatación generalizada de la existencia de actos de encomendar u ordenar en el caso de los organismos privados, en relación con múltiples acreedores y múltiples operaciones a lo largo del período de investigación".²⁸¹

154. En primer lugar, observamos que el examen que hace el Grupo Especial de *la totalidad* de las pruebas parece ser fundamentalmente una síntesis de los errores que constató durante su análisis individual de los elementos de prueba. Esos errores debían afectar sin duda a un examen de *la totalidad* de las pruebas, ya que estos elementos constituían las pruebas que el Grupo Especial examinaría en su conjunto al evaluar la base probatoria de la constatación del USDOC sobre la existencia de encomienda u orden. No obstante, a nuestro juicio, lo que falta en la evaluación "general" del Grupo Especial es un examen de las *conclusiones* que el USDOC podía haber inferido razonablemente sobre la base de *la totalidad* de las pruebas.²⁸² Como ya hemos observado²⁸³, los elementos de prueba circunstanciales, tomados por separado, difícilmente pueden demostrar la existencia de una encomienda o una orden; la importancia de cada uno sólo puede resultar clara al apreciarlo junto con los demás. En otras palabras, un elemento de prueba que al principio puede parecer de escaso o nulo valor probatorio si se examina aisladamente, situado junto a otras pruebas de la misma naturaleza *podría* formar parte de un cuadro general que justificara una conclusión razonable de existencia de encomienda u orden. Aunque el USDOC se basó en ese enfoque -y el Grupo Especial, al no considerarlo irrazonable, declaró su intención de imitarlo- el Grupo Especial no llegó a evaluar las pruebas con ese criterio global.

²⁸¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.177.

²⁸² Como consecuencia del enfoque adoptado por el Grupo Especial respecto de los elementos de prueba considerados individualmente (véase *supra*, párrafos 144-152), varios de ellos, que erróneamente el Grupo Especial no consideró pertinentes, quedaron fuera de su "examen general".

²⁸³ *Supra*, párrafo 150.

155. Algunos ejemplos extraídos de su informe ilustrarán el error del Grupo Especial. Aunque el Grupo Especial constató que había pruebas suficientes para respaldar la determinación del USDOC de que el Gobierno de Corea seguía una política encaminada a garantizar la viabilidad financiera de Hynix²⁸⁴, no consideró significativo el hecho de que el USDOC se basara en los folletos del Banco Kookmin de 2001 y 2002 presentados a la Comisión de Bolsa y Valores de los Estados Unidos, en los que el Banco Kookmin declaraba lo siguiente:

Prevedemos que se pasará revista a todos los préstamos realizados de conformidad con las políticas del Gobierno con arreglo a las normas de examen de créditos [del Banco Kookmin]. Sin embargo, no podemos asegurarles que la política del Gobierno no influya [en el Banco Kookmin], llevándolo a conceder préstamos en determinados sectores o de una manera en que no lo haría de no existir la política del gobierno.²⁸⁵

Suponemos que se pasará revista a todos los préstamos realizados de conformidad con las políticas del Gobierno con arreglo a nuestras normas de examen de créditos. Sin embargo, la política gubernamental puede influir en nosotros, llevándonos a conceder créditos en determinados sectores o de una manera en que no lo haríamos de no existir la política del Gobierno.²⁸⁶

En su determinación, el USDOC afirmó lo siguiente:

El hecho de que el folleto se presentara a la [Comisión de Bolsa y Valores de los Estados Unidos] en septiembre de 2001 ... vincula claramente las declaraciones que contiene sobre la influencia del Gobierno en las decisiones del banco en materia de créditos con el período de investigación. Además, el sentido corriente de esos documentos, junto con el de los examinados en la verificación, relaciona la influencia del Gobierno sobre [el Banco Kookmin] con el objetivo gubernamental de salvar a Hynix del derrumbamiento financiero.²⁸⁷

A nuestro juicio, el hecho de que el Banco Kookmin admitiera que la "política del Gobierno" podría llevarle a conceder préstamos que de otro modo podría no ofrecer, y la existencia de una política del Gobierno de Corea encaminada a salvar a Hynix, deberían haber llevado al Grupo Especial a examinar, como lo hizo el USDOC, si los folletos del Banco Kookmin podían tener mayor trascendencia que la que se creía en un principio, cuando el Grupo Especial los examinó aisladamente.

²⁸⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.51.

²⁸⁵ Folleto del Banco Kookmin (10 de septiembre de 2001), página 24, Prueba documental 45 presentada por los Estados Unidos al Grupo Especial (citado en el Memorándum sobre las cuestiones y la decisión, *supra* (nota 6), página 58).

²⁸⁶ Folleto del Banco Kookmin (18 de junio de 2002), página 22, Prueba documental 46 presentada por los Estados Unidos al Grupo Especial (citado en el Memorándum sobre las cuestiones y la decisión, *supra* (nota 6), página 58).

²⁸⁷ Memorándum sobre las cuestiones y la decisión, *supra* (nota 6), página 58.

156. El Grupo Especial también constató que las pruebas de coacción respecto del Banco Hana, un acreedor del Grupo C, tendrían un valor probatorio limitado para la constatación del USDOC sobre la existencia de encomienda u orden porque esas pruebas se referían a una presión ejercida sobre el Banco Hana para que proporcionase fondos a Hyundai Petrochemical y no a Hynix.²⁸⁸ En su determinación, el USDOC había señalado lo siguiente:

El [Servicio de Supervisión Financiera] amenazó con multar al Banco Hana si no proporcionaba con urgencia liquidez a [Hyundai Petrochemical], que formaba parte del Grupo Hyundai que estaba siendo objeto del proceso de reestructuración. El Banco Hana también era un acreedor importante de Hynix. Además, [el artículo de prensa mencionado] trata de [Hyundai Petrochemical], como señalamos anteriormente, pero las políticas del Gobierno de Corea durante este período iban dirigidas a la reestructuración empresarial y financiera de todo el Grupo Hyundai, incluido el predecesor de Hynix, HEI, que formaba parte de ese grupo.²⁸⁹

Aunque no vemos ningún error en el hecho de que inicialmente el Grupo Especial indagara sobre el valor probatorio de la coacción ejercida respecto de transacciones financieras cuyo beneficiario no era Hynix, el hecho de que posteriormente no examinara el valor de esta prueba conjuntamente con otras constituye un error jurídico. Concretamente, el Grupo Especial no tuvo en cuenta en este contexto que había una política específica del Gobierno de Corea con respecto a Hynix, y que el Banco Kookmin (otro acreedor del Grupo C) admitió que concedía préstamos en aplicación de la política del Gobierno. Si el Gobierno de Corea aplicaba una política encaminada a evitar la quiebra de Hynix, y había mostrado anteriormente una disposición a coaccionar a bancos privados (acreedores del Grupo C, en lo relativo a Hynix) para que participasen en otras reestructuraciones del Grupo Hyundai, el Grupo Especial al menos debería haber examinado si, a la luz de estos hechos, era razonable llegar a la conclusión de que también era probable que se hubiera ejercido coacción respecto de los préstamos a Hynix. Y, de haberlo hecho, el Grupo Especial podría haber tenido una base más completa para evaluar si era razonable constatar la existencia de una encomienda u orden respecto de los acreedores del Grupo C. Pero el Grupo Especial, al no tratar las pruebas en su totalidad, excluyó esa posibilidad.

157. No sugerimos, al plantear estas cuestiones, que si el Grupo Especial hubiera realizado un análisis adecuado de las pruebas referentes al párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 habría encontrado suficiente prueba para respaldar la constatación del USDOC de existencia de encomienda u orden. Tampoco nos proponemos volver a evaluar las pruebas presentadas al Grupo Especial; esa no es nuestra función. Nos referimos al método empleado por el Grupo Especial para evaluar las pruebas.

²⁸⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.127.

²⁸⁹ Memorandum sobre las cuestiones y la decisión, *supra* (nota 6), página 61.

A nuestro juicio, cuando una autoridad investigadora se basa en pruebas circunstanciales consideradas en su totalidad, se impone al grupo especial la obligación de examinar, respecto de *la totalidad* de las pruebas, en qué medida la *interacción* de determinados elementos podría justificar determinadas conclusiones que podrían no justificarse por el examen aislado de cada elemento de prueba. Al no haber realizado esa evaluación, el Grupo Especial no podía llegar a una conclusión adecuada en cuanto a la suficiencia de las pruebas en que se basó la constatación del USDOC de existencia de encomienda u orden.

158. En resumen, opinamos que, al analizar las pruebas del USDOC correspondientes al párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1, el Grupo Especial evaluó el valor probatorio de muchos elementos de prueba examinando si *cada uno* de ellos era o no suficiente para demostrar la existencia de una encomienda o una orden. De este modo, el Grupo Especial no tuvo en cuenta el carácter circunstancial de las pruebas del USDOC y no consideró su trascendencia a los efectos de las conclusiones que el USDOC buscaba extraer. Este error contribuyó a su vez a diversas constataciones del Grupo Especial en que se rechazaron o descartaron determinados elementos de prueba en los que el USDOC se había basado. Asimismo, en su examen "general" de la prueba, el Grupo Especial no tuvo en cuenta que ciertos elementos, en especial las pruebas circunstanciales, pueden cobrar más importancia cuando se examinan en su totalidad. Por estos fundamentos, *constatamos* que el Grupo Especial incurrió en error al no examinar las pruebas del USDOC en su totalidad y, en lugar de ello, exigir que los elementos de prueba considerados individualmente acreditaran, en sí mismos y por sí mismos, la existencia de encomienda u orden del Gobierno de Corea a acreedores de Hynix.

E. *Admisibilidad de las pruebas*

159. En sus actuaciones ante el Grupo Especial, los Estados Unidos intentaron en varias ocasiones basarse en pruebas que, aunque figuraban en el expediente de la investigación en materia de derechos compensatorios, no fueron citadas en la decisión del USDOC. El Grupo Especial se negó a considerar estas pruebas fundándose en que su presentación constituía una "racionalización *ex post facto*" de los Estados Unidos.²⁹⁰ Los Estados Unidos reconocen que los Miembros no pueden defender las decisiones de sus autoridades investigadoras basándose en una explicación que no conste en las propias decisiones.²⁹¹ Pero sostienen que el Grupo Especial entendió mal el alcance de esta prohibición de la "racionalización *ex post facto*".²⁹² Según los Estados Unidos, esta prohibición limita

²⁹⁰ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.88, 7.102 y 7.141. Véanse también los párrafos 7.116 y 7.121.

²⁹¹ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafos 90 y 93.

²⁹² *Ibid.*, párrafo 90.

únicamente el derecho de un Miembro a presentar a un grupo especial nuevas razones para explicar la decisión impugnada de su autoridad investigadora, pero no limita el derecho a basarse, en el procedimiento ante un grupo especial, en pruebas que, aunque obraban en el expediente de la autoridad investigadora, no se mencionan expresamente por ella en su decisión.²⁹³

160. Corea alega que el párrafo 5 del artículo 22 del *Acuerdo SMC*, al exigir que la determinación que publique la autoridad investigadora contenga "toda la información pertinente sobre las cuestiones de hecho y de derecho", fundamenta la decisión del Grupo Especial de negarse a considerar las pruebas presentadas por los Estados Unidos.²⁹⁴ Corea afirma que los términos "toda la información pertinente" incluyen *cualquier* prueba en que se basara el organismo en apoyo de su decisión.²⁹⁵ Así pues, en opinión de Corea, la afirmación de los Estados Unidos de que, ateniéndose a lo debido, los grupos especiales sólo pueden rechazar "nuevos razonamientos"²⁹⁶ es incompatible con el texto "claro" del párrafo 5 del artículo 22.²⁹⁷

161. No cabe duda de que un Miembro no puede intentar la defensa de la decisión de su organismo basándose en pruebas que no obren en el expediente de la investigación. En efecto, ninguno de los participantes pretende lo contrario.²⁹⁸ Además, Corea reconoce que las pruebas relativas a este

²⁹³ Los Estados Unidos no apelan contra la conclusión del Grupo Especial de que hubo una racionalización *ex post facto* en el caso de los nuevos argumentos fácticos presentados por los Estados Unidos al Grupo Especial. Los Estados Unidos habían alegado ante el Grupo Especial que el Gobierno de Corea disciplinó a varios organismos de calificación crediticia por asignar a Hynix una calificación baja. Este argumento se presentó en apoyo de la determinación del USDOC de que el Gobierno de Corea ejercía control o influencia sobre los acreedores de Hynix. El Grupo Especial constató que el USDOC no se refirió en su determinación a que se hubiera ejercido una coacción sobre las entidades de calificación crediticia y, por consiguiente, los argumentos y pruebas referentes a esta coacción "queda[n] fuera del ámbito del presente procedimiento [ante el Grupo Especial]". (Informe del Grupo Especial, párrafo 7.135.)

²⁹⁴ El párrafo 5 del artículo 22 del *Acuerdo SMC* establece, en su parte pertinente, lo siguiente:

En los avisos públicos de conclusión ... de una investigación en la cual se haya llegado a una determinación positiva que prevea la imposición de un derecho definitivo ... figurará, o se hará constar de otro modo mediante un informe separado, toda la información pertinente sobre las cuestiones de hecho y de derecho y las razones que hayan llevado a la imposición de medidas definitivas[.]

²⁹⁵ Comunicación del apelado presentada por Corea, párrafos 183-184.

²⁹⁶ *Ibid.*, párrafo 185 (donde se hace cita la comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 93).

²⁹⁷ *Ibid.*, párrafo 185.

²⁹⁸ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 102; comunicación del apelado presentada por Corea, párrafo 196.

aspecto de la impugnación de los Estados Unidos obraban en el expediente del USDOC y se dieron a conocer a las partes en la investigación en materia de derechos compensatorios.²⁹⁹

162. El párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1, que es la disposición en virtud de la cual el Grupo Especial examinó la determinación del USDOC sobre la existencia de subvención, establece que existe una contribución financiera de un gobierno o de un organismo público 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 [.]

Esta disposición, en su texto literal, no hace referencia a las pruebas que un Miembro puede aducir, o tiene que aducir, ante un grupo especial para demostrar la existencia de "encomienda" u "orden". El propio Grupo Especial no ha explicado qué entiende por la prohibición de una "racionalización *ex post facto*", ni sobre qué bases limitaría tal prohibición el derecho de un Miembro a presentar pruebas (que no razonamientos) en un procedimiento de solución de diferencias.

163. Corea sugiere que el párrafo 5 del artículo 22 del *Acuerdo SMC* sirve de base para la exclusión por el Grupo Especial de las pruebas presentadas por los Estados Unidos, en particular porque exige que la determinación definitiva de la autoridad investigadora contenga "toda la información pertinente sobre las cuestiones de hecho y de derecho y las razones que hayan llevado a la imposición de medidas definitivas". Observamos, primero, que el propio Grupo Especial no pretendió justificar el trato que dio a las pruebas de los Estados Unidos basándose en las disposiciones del párrafo 5 del artículo 22. Además, Corea no alega que los hechos a los que se referían las pruebas en cuestión no se hubieran hecho constar en la determinación definitiva del USDOC.³⁰⁰ Tampoco alega Corea que los hechos consignados en la determinación definitiva se hubieran afirmado sin citar *ninguna* prueba en su apoyo. En efecto, Corea *no hubiera* podido alegarlo porque el USDOC *había hecho* constar estos hechos en su determinación definitiva y *había tratado de apoyar* la existencia de estos hechos con referencias a pruebas que obraban en el expediente, si bien no las pruebas concretas

²⁹⁹ Respuesta de Corea a las preguntas formuladas en la audiencia.

³⁰⁰ Los hechos respecto de los cuales los Estados Unidos trataron de presentar las pruebas que se excluyeron eran los siguientes: i) la influencia del Gobierno de Corea sobre los acreedores de Hynix en virtud de la CRPA (informe del Grupo Especial, párrafos 7.72-7.74); ii) las decisiones adoptadas en las reuniones de los Ministros de los Sectores Económicos, que facilitaron la concesión de nuevos créditos a Hynix (*Ibid.*, párrafo 7.102); iii) las presiones ejercidas por el Gobierno de Corea sobre el KFB (*Ibid.*, párrafo 7.115); iv) las presiones ejercidas por el Gobierno de Corea sobre el Banco KorAm (*Ibid.*, párrafo 7.121); y v) la asistencia de funcionarios de la Comisión de Supervisión Financiera a una reunión de acreedores de Hynix (*Ibid.*, párrafo 7.141 y nota 161 al párrafo 7.138).

que el Grupo Especial se negó a considerar.³⁰¹ Así pues, en lo que respecta a las pruebas en cuestión, la determinación definitiva hacía conocer a Corea las bases de hecho en que se basaba la constatación de existencia de encomienda u orden, y también algunas pruebas que obraban en el expediente respecto de cada uno de esos hechos.

164. En estas circunstancias, estimamos que el párrafo 5 del artículo 22 no obliga al organismo a citar o analizar *todos* los elementos de prueba que obren en el expediente y que sirvan de apoyo respecto de cada uno de los hechos mencionados en la determinación definitiva.³⁰² Por consiguiente, aun suponiendo *arguendo* que el párrafo 5 del artículo 22 del *Acuerdo SMC* pudiera servir de base para la exclusión de pruebas por un grupo especial, no vemos ningún motivo por el que hubiera podido respaldar tal exclusión en el presente caso.³⁰³

165. A la vista de lo anterior, no encontramos ningún fundamento para la exclusión por el Grupo Especial de las pruebas en cuestión presentadas por los Estados Unidos. Esas pruebas obraban en el expediente de la investigación y no fueron sometidas al Grupo Especial para apoyar un nuevo razonamiento o justificación. Por consiguiente, *constatamos* que el Grupo Especial incurrió en error, en los párrafos 7.88, 7.102, 7.116, 7.121 y 7.141 de su informe, al negarse a considerar ciertas pruebas que obraban en el expediente y no fueron citadas por el USDOC en la determinación que publicó.

F. *Pruebas que no constan en el expediente*

166. Pasaremos ahora a considerar si, como alegan los Estados Unidos³⁰⁴, el Grupo Especial incurrió en error al basarse en pruebas que no obraban en el expediente del USDOC en la investigación en materia de derechos compensatorios correspondiente. Primero expondremos los

³⁰¹ Véase el Memorándum sobre las cuestiones y la decisión, *supra* (nota 6), páginas 53-55 (en que se examina la influencia del Gobierno de Corea sobre los acreedores de Hynix en virtud de la CRPA); *Ibid.*, páginas 50-52 (en que se examinan las reuniones de los Ministros de los Sectores Económicos); *Ibid.*, páginas 60-61 (en que se examinan las presiones ejercidas por el Gobierno de Corea sobre el KFB); *Ibid.*, página 60 (en que se examinan las presiones ejercidas por el Gobierno de Corea sobre el Banco KorAm); *Ibid.*, página 60 (en que se examina la asistencia de funcionarios de la Comisión de Supervisión Financiera a una reunión de acreedores de Hynix).

³⁰² A este respecto, el Japón manifestó que "ninguna disposición del ESD ni del Acuerdo SMC obliga a una autoridad [investigadora] a analizar todos y cada uno de los elementos de prueba que tuvo en cuenta para formular una determinación concreta o que le sirvieron de apoyo para su conclusión". (Comunicación presentada por el Japón en calidad de tercero participante, párrafo 30.)

³⁰³ Recordamos que el Órgano de Apelación ha abordado en anteriores decisiones suyas, en el contexto del *Acuerdo Antidumping*, qué pruebas puede considerar un grupo especial al examinar decisiones adoptadas por autoridades investigadoras (véase el informe del Órgano de Apelación, *Tailandia - Vigas doble T*, párrafos 109 y 110; y el informe del Órgano de Apelación, *CE - Accesorios de tubería*, párrafos 131 y 132).

³⁰⁴ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 100.

hechos no controvertidos que se relacionan con esta cuestión y a continuación examinaremos el planteamiento del Grupo Especial.

167. Como antes se ha indicado, una de las conclusiones sobre los hechos que el USDOC formuló en apoyo de su constatación de que existía encomienda u orden fue que el Gobierno de Corea tenía la posibilidad de controlar a los acreedores de Hynix o de influir en ellos.³⁰⁵ La CRPA fue uno de los mecanismos examinados por el USDOC que permitieron presuntamente al Gobierno de Corea ejercer control o influencia sobre los acreedores de Hynix.

168. Según el USDOC, en virtud de la CRPA los acreedores que tuvieran al menos un 75 por ciento de la deuda pendiente de una empresa podían fijar las condiciones de la reestructuración en nombre de *todos* los acreedores de la empresa.³⁰⁶ El artículo 29 de la CRPA establecía un mecanismo en virtud del cual los acreedores que no estuvieran de acuerdo con las condiciones de la reestructuración podrían ceder sus créditos a los acreedores restantes.³⁰⁷ El precio por el que se enajenarían los créditos de los acreedores disidentes se determinaría mediante consultas entre éstos y los restantes acreedores.³⁰⁸ El artículo 29(5) de la CRPA establecía que, si las consultas no permitían llegar a un acuerdo sobre los precios:

... el Comité de Mediación ... adoptará una decisión sobre el precio de compra o rescate de los créditos y las condiciones correspondientes. En ese caso, el Comité de Mediación tomará en consideración el precio calculado por un experto en contabilidad, elegido por consulta entre el Consejo y los demás acreedores ...³⁰⁹

169. Las condiciones de la reestructuración establecidas por el Consejo de Acreedores en octubre de 2001 ofrecían a los acreedores de Hynix tres posibilidades, la tercera de las cuales era la siguiente:

... los acreedores que no estén de acuerdo en conceder nuevos préstamos [opción 1] ni en canjear su crédito por acciones [opción 2] podrán ejercer sus derechos de tasación sobre la totalidad de su deuda garantizada y sobre el 25 por ciento de su deuda no garantizada, sobre la base del valor de liquidación de Hynix (que establecerá un consultor exterior), condonándose el resto de la deuda.³¹⁰

³⁰⁵ *Supra*, párrafo 135.

³⁰⁶ Memorándum sobre las cuestiones y la decisión, *supra* (nota 6), página 55.

³⁰⁷ Artículo 29(1) de la CRPA, Prueba documental 22 c) presentada por Corea al Grupo Especial.

³⁰⁸ Artículo 29(4) de la CRPA, Prueba documental 22 c) presentada por Corea al Grupo Especial.

³⁰⁹ Artículo 29(5) de la CRPA, Prueba documental 22 c) presentada por Corea al Grupo Especial.

³¹⁰ Memorándum sobre las cuestiones y la decisión, *supra* (nota 6), página 20.

170. Así pues, de conformidad con la tercera opción ("opción 3"), los acreedores que se negaran a conceder nuevos préstamos a Hynix y a canjear sus créditos por acciones de Hynix podían ejercer sus derechos de tasación y vender sus créditos a los demás acreedores en el Consejo de Acreedores de octubre de 2001. El Gobierno de Corea e Hynix señalaron al USDOC en el curso de la investigación que, de hecho, tres³¹¹ acreedores habían elegido la opción 3 y "cortaron sus relaciones con Hynix y el proceso de reestructuración en octubre de 2001".³¹² El USDOC respondió en su determinación que, a pesar de que estos acreedores no participaran en el proceso de reestructuración, la capacidad del Gobierno de Corea de controlar a los acreedores de Hynix o influir en ellos se mantenía, ya que "las condiciones en que estos bancos acreedores pusieron fin a su relación con Hynix fueron dictadas por los bancos que tenían importancia en el presente asunto, es decir, los acreedores de los Grupos A y B".³¹³

171. El Grupo Especial constató que el USDOC no había explicado cómo los acreedores de los Grupos A y B habían "establecido"³¹⁴ las condiciones de la reestructuración a pesar de que el artículo 29(5) de la CRPA estableciera la "posibilidad"³¹⁵ de que los acreedores disidentes evitaran esas condiciones de reestructuración cediendo sus créditos a los demás acreedores a un precio que se determinaría a través de una mediación. El Grupo Especial afirmó que "también había en el expediente del USDOC pruebas que indicaban que las disposiciones relativas a la mediación habían sido realmente invocadas por tres acreedores en relación con la reestructuración de octubre de 2001".³¹⁶ Por consiguiente, el Grupo Especial determinó que las pruebas que obraban en el expediente bastaban para "poner en duda" la conclusión del USDOC de que las condiciones de la reestructuración de octubre de 2001 fueron establecidas por los acreedores de los Grupos A y B.³¹⁷

³¹¹ En la audiencia, Corea declaró que, aunque en el Informe de Auditoría de Hynix para 2001 se hiciera referencia a *tres* acreedores que ejercieron su derecho a solicitar la mediación, el número correcto era cuatro, tal y como habían indicado al USDOC el Gobierno de Corea e Hynix (Memorándum sobre las cuestiones y la decisión, *supra* (nota 6), página 61). Corea indicó en la audiencia que la referencia a tres acreedores que contenía el Informe de Auditoría de Hynix para 2001 se debía a un error de traducción. Para resolver esta cuestión no nos es preciso resolver sobre esta discrepancia y nos referiremos en nuestro examen a *tres* acreedores.

³¹² Memorándum sobre las cuestiones y la decisión, *supra* (nota 6), página 61.

³¹³ *Ibid.*

³¹⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.84 (donde se cita el Memorándum sobre las cuestiones y la decisión, *supra* (nota 6), página 55).

³¹⁵ *Ibid.*, párrafo 7.84.

³¹⁶ *Ibid.*, párrafo 7.85.

³¹⁷ *Ibid.*, párrafo 7.87.

172. Los Estados Unidos impugnan la constatación del Grupo Especial de que algunos acreedores de Hynix habían "realmente" invocado³¹⁸ el derecho a mediación que les atribuía la CRPA. Según los Estados Unidos, las pruebas que obraban en el expediente del USDOC no contenían ninguna información relativa *al ejercicio* por los tres acreedores de su derecho a una mediación.³¹⁹ Los Estados Unidos sostienen que el único fundamento de la constatación del Grupo Especial de que algunos acreedores ejercieron su derecho a una mediación eran pruebas sometidas por Corea al Grupo Especial pero nunca presentadas al USDOC.³²⁰ Los Estados Unidos alegan que el Grupo Especial, al formular una conclusión sobre la base de pruebas que no constaban en el expediente, actuó de forma incompatible con las obligaciones que le imponía el artículo 11 del ESD.³²¹

173. Corea alega que los Estados Unidos presentan en términos inexactos la constatación del Grupo Especial, que en opinión de Corea es que el USDOC no realizó una investigación suficiente de la participación de algunos acreedores en la reestructuración de octubre de 2001.³²² Esa constatación, según Corea, se basó no sólo en "actos reales de mediación", deducibles del Informe de Auditoría de Hynix para 2001, sino también en el artículo 29(5) de la CRPA y en la opinión de uno de los expertos del USDOC.³²³ Con respecto al Informe de Auditoría de Hynix para 2001, Corea observa que en el extracto de ese documento se hacía clara referencia a mediaciones de conformidad con la CRPA, y luego se indicaba que, "[s]obre la base de esta cláusula", tres acreedores "se opusieron".³²⁴ Sobre esta base, Corea sostiene que el USDOC debió haber comprendido que esa oposición, en relación con el futuro pago por Hynix, implicaba necesariamente que esos acreedores habían recurrido a la mediación.

174. Aunque los Estados Unidos describen el error del Grupo Especial diciendo que se apoyó en pruebas que no obraban en el expediente, observamos que el Grupo Especial se mostró expresamente de acuerdo con los Estados Unidos en que su "examen de la determinación formulada por el USDOC debe quedar limitado a los hechos que realmente constaban en el expediente de la investigación

³¹⁸ *Ibid.*, párrafo 7.85.

³¹⁹ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafos 108-111.

³²⁰ *Ibid.*, párrafos 112-114.

³²¹ *Ibid.*, párrafo 117.

³²² Comunicación del apelado presentada por Corea, párrafos 198.

³²³ *Ibid.*, párrafo 198, 199 y 210.

³²⁴ *Ibid.*, párrafo 203.

realizada por el Departamento".³²⁵ El Grupo Especial insistió en que su constatación se basaba exclusivamente en una prueba "que figuraba en el expediente del USDOC"³²⁶, a saber, el Informe de Auditoría de Hynix para 2001. Por consiguiente, la cuestión que plantea la apelación de los Estados Unidos no es si la prueba obraba en el expediente, sino si la prueba que allí obraba debió haber "indica[do]" al USDOC "que tres de los cuatro acreedores que ejercieron sus derechos de tasación acogiéndose a la opción 3 invocaron realmente su derecho a solicitar una mediación respecto de la reestructuración de octubre de 2001".³²⁷

175. Los Estados Unidos fundamentan su impugnación en el artículo 11 del ESD, que exige que cada grupo especial haga "una evaluación objetiva del asunto que se le haya sometido". El Órgano de Apelación ha indicado anteriormente que los grupos especiales, al examinar la determinación de una autoridad investigadora, no pueden reprochar al organismo no haber tenido en cuenta pruebas que no podía haber conocido razonablemente.³²⁸ Por consiguiente, los grupos especiales han de limitar su examen a los hechos que el organismo debió haber deducido de las pruebas que obraban en el expediente. Cuando un grupo especial interpreta las pruebas "beneficiándose de una visión retrospectiva" deja de considerar cómo debieron haberse interpretado aquéllas correctamente en el momento de la investigación y, por consiguiente, no hace una "evaluación objetiva" según establece el artículo 11 del ESD.³²⁹

176. Pasaremos ahora a considerar las pruebas en que se basó el Grupo Especial. El Grupo Especial citó un solo párrafo del Informe de Auditoría de Hynix para 2001, que obraba en el expediente de la investigación, como fundamento para constatar que el USDOC debió saber que tres acreedores habían recurrido a mediación después de haber ejercido sus derechos de tasación de conformidad con la opción 3.³³⁰ Ese párrafo dice lo siguiente:

De conformidad con [la CRPA], cualquier institución financiera acreedora que no esté satisfecha con la resolución de los bancos acreedores tiene derecho a solicitar la

³²⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.84.

³²⁶ *Ibid.*, párrafo 7.85.

³²⁷ *Ibid.*, párrafo 7.82.

³²⁸ Véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Hilados de algodón*, párrafo 78.

³²⁹ *Ibid.*

³³⁰ Aunque el Grupo Especial se refirió también al artículo 29(5) de la CRPA y al testimonio de uno de los expertos del USDOC, no constató que alguno de estos elementos de prueba pudiera haber informado al USDOC del recurso a la mediación -además de la "posibilidad" de ese recurso- respecto de tres acreedores de Hynix. (Informe del Grupo Especial, párrafo 7.84 y nota 98 al párrafo 7.87.)

mediación del Comité de Mediación. Sobre la base de esta cláusula, tres bancos acreedores, entre ellos el Korea First Bank, se opusieron a las condiciones de reembolso del resto de la deuda, después del canje de deuda por acciones y la exención de deuda, basadas en obligaciones a cinco años sin intereses. Por consiguiente, [Hynix] reconoció 80.100 millones de [won] de otras sumas a pagar como pasivo exigible a corto plazo.³³¹

177. Este extracto no indica expresamente que esos tres acreedores participaran en una mediación. Tampoco señala que se produjera de hecho una mediación, ni que hubiera sido la mediación (y no, por ejemplo, un acuerdo con el Consejo de Acreedores de octubre de 2001) lo que dio lugar al pago de más de 80.000 millones de won. Todo lo que se puede extraer de este párrafo es que tres acreedores se opusieron a las condiciones de reembolso y que se "reconoció" una suma de 80.000 millones de won. Durante la audiencia, Corea insistió en que este párrafo ponía de manifiesto que se había producido una mediación y explicó que, en virtud de la CRPA, si alguien "se opone" se produce necesariamente un recurso a la mediación.³³² En nuestra opinión, sin embargo, la lectura del artículo 29(5) de la CRPA³³³, que es el fundamento legal del ejercicio de los derechos de tasación, no pone en evidencia que la "oposición" dé lugar automáticamente a un procedimiento de mediación. Además, Corea no pudo identificar en ningún momento, en sus respuestas a las preguntas formuladas en la audiencia, dónde se encontraba *en el expediente* tal explicación. Así pues, no interpretamos que las pruebas que obran en el expediente respalden la conclusión del Grupo Especial de que el USDOC debió haber entendido que la "oposición" suponía el recurso a la mediación por parte de tres acreedores de Hynix.

178. Además, observamos que el USDOC, durante la investigación, preguntó a Hynix sobre los acreedores que ejercieron los derechos previstos en la opción 3, es decir, los acreedores que "no canjearon sus bonos convertibles por los nuevos bonos convertibles con obligación de conversión".³³⁴

³³¹ Informe de Auditoría de Hynix (2001), página 40 (Prueba documental 125 presentada por los Estados Unidos al Grupo Especial) (citada en el informe del Grupo Especial, párrafo 7.85).

³³² Respuesta de Corea a las preguntas formuladas en la audiencia.

³³³ *Supra*, párrafo 168.

³³⁴ En este cuestionario, el USDOC había preguntado:

Sírvanse facilitar, para cada acreedor que no canjeó sus bonos convertibles por los nuevos bonos convertibles con obligación de conversión, en su caso, el valor de estos bonos convertibles que estaba registrado en la cuenta de ajuste de capital de Hynix, en caso de que estuviera registrado.

(Respuesta de Hynix al cuestionario del USDOC, 28 de enero de 2003, página 60 (Prueba documental 129 presentada por los Estados Unidos al Grupo Especial).)

Hynix respondió así:

El USDOC también preguntó más concretamente a Hynix, en un cuestionario complementario, cómo se ejercían los derechos de tasación de conformidad con la opción 3.³³⁵ En ninguna de sus respuestas indicó Hynix que se hubiera pedido siquiera la mediación, y mucho menos que ésta hubiera tenido lugar.³³⁶ Por consiguiente, ante la falta de mención de una mediación en las respuestas a las preguntas, y dada la redacción del artículo 29(5) de la CRPA, en nuestra opinión no debía esperarse que el USDOC interpretara que el Informe de Auditoría de Hynix para 2001 indicaba la existencia de un recurso a la mediación por parte de tres acreedores de Hynix.

179. En nuestra opinión, por consiguiente, el Grupo Especial concluyó erróneamente que el USDOC debió haber hecho una deducción fáctica a partir de pruebas que obraban en el expediente y que razonablemente no daban pie a tal deducción. Por consiguiente *constatamos* que el Grupo Especial no hizo "una evaluación objetiva del asunto que se le haya sometido", según establece el artículo 11 del ESD, al constatar, en el párrafo 7.85 de su informe, que "las disposiciones relativas a la mediación [de la CRPA] habían sido realmente invocadas por tres acreedores en relación con la reestructuración de octubre de 2001", sin el apoyo de pruebas que obraran en el expediente de la investigación respectiva.

G. *Norma de examen*

180. Pasaremos ahora a considerar la alegación de los Estados Unidos de que el Grupo Especial no examinó la determinación del USDOC sobre la existencia de subvención de conformidad con la norma de examen aplicable. El Grupo Especial inició su análisis observando que el artículo 11

Cuatro bancos se negaron a participar en la segunda reestructuración financiera ... Esta decisión significaba que no concederían nuevos préstamos a Hynix ni aceptarían canjear sus créditos por acciones. En lugar de ello, ejercieron sus derechos de tasación respecto de sus créditos. Ello incluía la conversión de sus créditos (por préstamos y bonos) en obligaciones de cupón cero y un plazo de vencimiento de cinco años para el 100 por ciento de sus préstamos garantizados y para el 25,46 por ciento de sus préstamos no garantizados sobre la base del valor de liquidación de Hynix [.]

(*Ibid.*)

³³⁵ En su cuestionario complementario para Hynix, el USDOC había preguntado:

Sírvanse explicar con mayor detalle la opción final del plan, que permitía a los acreedores ejercer sus derechos de tasación. Sírvanse explicar cómo funcionaba ese procedimiento y sobre qué bases se ejercían los derechos de tasación [.]

(Cuestionario complementario del USDOC para Hynix, 11 de febrero de 2003 (Prueba documental 130 presentada por los Estados Unidos al Grupo Especial), pregunta 54, página 10.)

³³⁶ Respuesta de Corea a las preguntas formuladas en la audiencia.

del ESD establece la norma de examen aplicable. Sobre la base de esta disposición y del examen de la norma de examen por el Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Cordero*, el Grupo Especial indicó lo siguiente:

[C]onsideramos que nuestra norma de examen consiste en determinar si el USDOC y la USITC evaluaron todos los factores pertinentes y facilitaron una explicación razonada y adecuada del modo en que los factores corroboran su determinación. Al hacerlo, examinaremos si una evaluación objetiva e imparcial de todos los hechos pertinentes que constan en el expediente podrían corroborar debidamente las determinaciones formuladas por el USDOC y la USITC de la existencia de subvención y de daño, respectivamente. En otras palabras, determinaremos si una autoridad investigadora objetiva e imparcial, al examinar las mismas pruebas presentadas al USDOC y la USITC, hubiera podido llegar debidamente a las mismas conclusiones a que llegaron esos organismos. Al aplicar esta norma de examen, somos conscientes de que no debemos realizar un examen *de novo* de las pruebas que constan en el expediente, ni sustituir la apreciación del USDOC o la USITC por la nuestra.³³⁷

181. Los Estados Unidos no impugnan la formulación de la norma de examen hecha por el Grupo Especial sobre la base del informe *Estados Unidos - Cordero*. Lo que sostienen los Estados Unidos es que los errores alegados en las subsecciones C a F, *supra*, considerados colectivamente, equivalen a un error del Grupo Especial en la *aplicación* de la debida norma de examen que establece el artículo 11 del ESD, aclarada por el Órgano de Apelación en los asuntos *Estados Unidos - Hilados de algodón* y *Estados Unidos - Cordero*.³³⁸ Corea sostiene que el Grupo Especial realizó correctamente el "examen en profundidad"³³⁹ contemplado por el Órgano de Apelación en su decisión sobre el asunto *Estados Unidos - Cordero*, y que, como lo pone en evidencia el examen de las constataciones del Grupo Especial impugnadas en el presente caso, la apelación de los Estados Unidos se basa en "citas parciales o trucas y tergiversadas del informe del Grupo Especial".³⁴⁰

182. El artículo 11 del ESD establece cuál es la norma de examen correcta que deben aplicar los grupos especiales al examinar las determinaciones de un Miembro sobre la existencia de subvención.³⁴¹ Esa disposición establece, en su parte pertinente, lo que sigue:

³³⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.3.

³³⁸ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 119; respuesta de los Estados Unidos a las preguntas formuladas en la audiencia.

³³⁹ Comunicación del apelado presentada por Corea, párrafo 214.

³⁴⁰ *Ibid.*

³⁴¹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Plomo y bismuto II*, párrafo 51.

[C]ada grupo especial deberá hacer una evaluación objetiva del asunto que se le haya sometido, que incluya una evaluación objetiva de los hechos, de la aplicabilidad de los acuerdos abarcados pertinentes y de la conformidad con éstos.

183. El Órgano de Apelación ha observado, con respecto al examen por un grupo especial de los hechos establecidos por una autoridad investigadora de conformidad con el artículo 11, que:

... los grupos especiales no pueden llevar a cabo un examen *de novo* de las pruebas ni sustituir la apreciación de las autoridades competentes por la suya propia.³⁴²

184. El Grupo Especial y ambos participantes³⁴³ han reconocido que el Órgano de Apelación ha pormenorizado la norma de examen establecida por el artículo 11 en lo que respecta a las cuestiones de hecho y de derecho, tratándose de alegaciones presentadas sobre la base del *Acuerdo sobre Salvaguardias*.³⁴⁴ La norma de examen formulada por el Órgano de Apelación en relación con las determinaciones administrativas basadas en ese Acuerdo es instructiva para los casos referentes al *Acuerdo SMC*, en los que también se plantean determinaciones administrativas.³⁴⁵ No obstante, la "evaluación objetiva" que dispone el artículo 11 del ESD ha de entenderse en función de las obligaciones del respectivo acuerdo abarcado, a fin de delinear más específicamente la norma de examen adecuada.³⁴⁶ A este respecto, en esta apelación tenemos presentes en especial las disposiciones de los artículos 12, 19 y 22 del *Acuerdo SMC*.

185. Hemos observado anteriormente que el párrafo 2 del artículo 12 obliga a que la determinación de la autoridad investigadora sobre la existencia de encomienda u orden "se base en" pruebas.³⁴⁷ También observamos que, en virtud del párrafo 1 del artículo 19, sólo pueden imponerse derechos compensatorios si la autoridad investigadora "formula una determinación", entre otras cosas, de la

³⁴² Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Salvaguardias sobre el acero*, párrafo 299 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Argentina - Calzado (CE)*, párrafo 121).

³⁴³ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.2 y 7.3; comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, nota 181 al párrafo 123; comunicación del apelado presentada por Corea, párrafos 213-214.

³⁴⁴ Véase, por ejemplo, el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cordero*, párrafos 103 y 106.

³⁴⁵ A este respecto observamos que las diferencias planteadas sobre la base del *Acuerdo sobre Salvaguardias* y del *Acuerdo SMC* sólo se rigen por la norma de examen del artículo 11 del ESD, mientras que el *Acuerdo Antidumping* contiene una norma de examen específica, la que establece el párrafo 6 del artículo 17, que ha de aplicarse en conjunción con el artículo 11 del ESD en las diferencias que se planteen sobre la base del *Acuerdo Antidumping* (informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Acero laminado en caliente*, párrafo 55).

³⁴⁶ Véase, por ejemplo, el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cordero*, párrafo 105; y el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Hilados de algodón*, párrafos 75-78.

³⁴⁷ *Supra*, párrafo 138.

"existencia" de subvención. La existencia de subvención se "determina", a su vez, en función de la definición de "subvención" que figura en el artículo 1.³⁴⁸ Por último, el párrafo 5 del artículo 22 exige que las determinaciones positivas de las autoridades investigadoras incluyan "las razones" de la decisión³⁴⁹, así como "la *base* sobre la cual se haya determinado la existencia de una subvención".³⁵⁰

186. En vista de lo anterior, estimamos que la "evaluación objetiva" que ha de realizar un grupo especial que examine la determinación de una autoridad investigadora sobre la existencia de subvención ha de basarse en un examen de si el organismo presentó una explicación razonada y adecuada: i) del modo en que las pruebas que obran en el expediente corroboran sus constataciones sobre los hechos; y ii) del modo en que esas constataciones sobre los hechos sirven de apoyo a la determinación general sobre la existencia de subvención.³⁵¹ Esa explicación tiene que poder extraerse de la determinación publicada en sí misma. La explicación facilitada por la autoridad investigadora acerca de sus constataciones respecto de los hechos, así como sobre su determinación final sobre la existencia de subvención, debe referirse también a las otras explicaciones distintas que puedan extraerse razonablemente de las pruebas, así como a los motivos por los que el organismo optó por descartarlas al formular sus conclusiones.³⁵²

187. Un grupo especial no puede rechazar las conclusiones de un organismo simplemente porque él hubiera llegado a una conclusión diferente si le correspondiera formular la determinación. Además, si no se ha alegado que el organismo no investigó suficientemente o que no recabó una información determinada³⁵³, los grupos especiales deben limitar su examen a las pruebas de que dispuso el organismo en el curso de la investigación, y deben tener en cuenta todas las pruebas así presentadas

³⁴⁸ Entendemos que las definiciones pertinentes de la palabra "determinar" incluyen "[c]onclude *from reasoning* or investigation, deduce" (concluir a partir de un razonamiento o investigación, deducir), así como "[s]ettle or decide (a dispute, controversy, etc., or a sentence, conclusion, issue, etc) as a judge or arbiter" (solucionar o decidir (una diferencia, controversia, etc., o una sentencia, conclusión, problema, etc.) como juez o árbitro). (Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Examen por extinción relativo al acero resistente a la corrosión*, párrafo 110 (donde se cita el *Shorter Oxford English Dictionary*, 5ª edición, W.R. Trumble, A. Stevenson (eds.) (Oxford University Press, 2002), volumen I, página 659) (modificadas las cursivas del original).)

³⁴⁹ Párrafo 5 del artículo 22 del *Acuerdo SMC*.

³⁵⁰ Inciso iii) del párrafo 4 del artículo 22 del *Acuerdo SMC* (incorporado, por referencia, en el párrafo 5 del artículo 22). (sin cursivas en el original)

³⁵¹ Véanse los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Salvaguardias sobre el acero*, párrafos 276-279, y *Estados Unidos - Cordero*, párrafo 103.

³⁵² Véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cordero*, párrafo 106.

³⁵³ Véanse los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cordero*, párrafo 114, y *Estados Unidos - Gluten de trigo*, párrafos 55-56.

por las partes en la diferencia. En otras palabras, los grupos especiales no pueden realizar un examen *de novo* de las pruebas ni sustituir las conclusiones de la autoridad investigadora por las suyas propias. No aplicar la norma de examen adecuada constituye un error de derecho conforme al artículo 11 del ESD.³⁵⁴

188. Estos principios generales corresponden al hecho de que un grupo especial que examine una determinación sobre la existencia de subvención debe tener presente su papel de *examinador* de la actuación del organismo, y no de *evaluador inicial de los hechos*. Así pues, el grupo especial que examine las pruebas que sirvieron de base para una determinación sobre la existencia de subvención debe investigar, sobre la base de las pruebas que obren en el expediente que se le ha sometido, si las pruebas y explicaciones que utilizó la autoridad investigadora sirven razonablemente de apoyo para sus conclusiones. Al examinar cada elemento de prueba, por ejemplo, el grupo especial debe centrarse en cuestiones tales como la exactitud de los elementos o si pueden utilizarse razonablemente en apoyo de la deducción que la autoridad investigadora extrajo concretamente. Como antes hemos observado³⁵⁵, sin embargo, el Grupo Especial examinó en el presente caso si determinados elementos de prueba bastaban para formular ciertas conclusiones que el USDOC no había pretendido extraer, al menos de esos elementos de prueba exclusivamente. Además, no examinó las pruebas en su *totalidad*.³⁵⁶ En consecuencia, el Grupo Especial no evaluó la determinación del organismo, sino que su examen expuso sus propias opiniones sobre si en el presente caso existía encomienda u orden; por tanto, el Grupo Especial realizó, incorrectamente, un examen *de novo* de las pruebas presentadas al organismo.³⁵⁷

189. Además, en lo que respecta a la negativa del Grupo Especial a admitir ciertas pruebas presentadas por los Estados Unidos, observamos que el Grupo Especial no indicó que esas pruebas no obraban en el expediente de la investigación respectiva. No obstante, el Grupo Especial las excluyó de su consideración sin que hubiera ningún fundamento jurídico para ello.³⁵⁸ Además, el Grupo Especial incurrió en error al concluir que el USDOC debió ser consciente de un hecho que no se

³⁵⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Gluten de trigo*, párrafo 162.

³⁵⁵ *Supra*, párrafos 149-152.

³⁵⁶ *Supra*, párrafos 154-157.

³⁵⁷ Observamos que las Comunidades Europeas están de acuerdo en que el Grupo Especial, al no considerar las pruebas en su totalidad, efectivamente llevó a cabo un examen *de novo* de la constatación del USDOC sobre la existencia de encomienda u orden. (Comunicación presentada por las Comunidades Europeas en calidad de tercero participante, párrafo 20.)

³⁵⁸ *Supra*, párrafo 165.

basaba razonablemente en pruebas que obraran en el expediente del organismo, a saber, que tres acreedores ejercieron los derechos de mediación que preveía la CRPA.³⁵⁹ Al actuar de este modo, el Grupo Especial esencialmente reconsideró el análisis de las pruebas hecho por la autoridad investigadora, con lo que sobrepasó los límites de su función de examen.

190. Tomados en conjunto, estos errores nos llevan a concluir que el Grupo Especial no se limitó a su papel de examinador de la decisión de la autoridad investigadora y realizó su propia evaluación, basándose en su propia apreciación, de gran parte de las pruebas sometidas al USDOC. En consecuencia, *constatamos* que el Grupo Especial no aplicó la norma de examen adecuada y, por consiguiente, no cumplió las obligaciones que le correspondían en virtud del artículo 11 del ESD.

H. *La conclusión del Grupo Especial con respecto al párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del Acuerdo SMC*

191. El Grupo Especial, después de haber examinado las pruebas relativas a las premisas de hecho de la constatación del USDOC sobre la existencia de encomienda u orden, concluyó lo siguiente:

[A]unque el USDOC estableció que el Gobierno de Corea aplicaba una política encaminada a salvar a Hynix y que tenía una cierta capacidad de influir en los acreedores de los Grupos B y C, consideramos -sobre la base de un examen general y detenido de todo el razonamiento expuesto por el USDOC a la luz del criterio establecido en el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del *Acuerdo SMC*- que el USDOC no demostró debidamente que el Gobierno de Corea hizo uso de esa capacidad para encomendar u ordenar a todos los acreedores de los Grupos B y C que participaran en las cuatro contribuciones financieras en cuestión. Por esta razón, consideramos que el USDOC no podía constatar debidamente que existían pruebas suficientes para apoyar una constatación generalizada de la existencia de actos de encomendar u ordenar en el caso de los organismos privados, en relación con múltiples acreedores y múltiples operaciones a lo largo del período de investigación.³⁶⁰

192. Es posible que el Grupo Especial haya tenido el propósito de atribuir a los términos "encomiende" y "ordene" un sentido más amplio que el que derivaría de una lectura estricta de los términos "delegación" y "mando", pero de todos modos hemos considerado útil modificar la interpretación del Grupo Especial sobre los términos "encomiende" y "ordene" con el fin de aclarar su significado de conformidad con la interpretación que antes hemos expuesto.³⁶¹ También hemos constatado múltiples errores en el análisis del Grupo Especial sobre la constatación del USDOC acerca de la existencia de encomienda u orden. En particular, hemos constatado que el Grupo

³⁵⁹ *Supra*, párrafo 179.

³⁶⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.177.

³⁶¹ *Supra*, párrafo 118.

Especial incurrió en error: i) al aplicar el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 examinando una a una las pruebas del USDOC, en lugar de hacerlo en su totalidad, a pesar de la intención manifestada por el Grupo Especial de seguir el enfoque del USDOC³⁶²; ii) al negarse a admitir algunas pruebas que obraban en el expediente y que habían sido presentadas por los Estados Unidos; y iii) al censurar al USDOC por no haber considerado hechos que no figuraban en el expediente de la investigación. Sobre la base de estos errores, hemos constatado que el Grupo Especial no aplicó la norma de examen adecuada según el artículo 11 del ESD. En nuestra opinión, estos errores, sumados a la modificación que consideramos necesaria de la interpretación de los términos "encomiende" y "ordene" hecha por el Grupo Especial, invalidan el fundamento de la conclusión del Grupo Especial, antes citada, de que no había pruebas suficientes en apoyo de la constatación del USDOC sobre la existencia de encomienda u orden.³⁶³

193. Puesto que esa conclusión es la única base de la constatación del Grupo Especial sobre incompatibilidad con el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del *Acuerdo SMC*, *revocamos* las constataciones del Grupo Especial que figuran en los párrafos 7.178, 7.209 y 8.1 de su informe, según las cuales la determinación del USDOC sobre la existencia de encomienda u orden del Gobierno de Corea a los acreedores de Hynix de los Grupos B y C es incompatible con el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del *Acuerdo SMC*.

194. Observamos que ninguno de los dos participantes pidió en sus comunicaciones escritas que completáramos el análisis procediendo a realizar nuestro propio examen de la constatación del USDOC sobre la existencia de encomienda u orden en caso de que revocásemos la constatación del Grupo Especial de incompatibilidad con el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1. En respuesta a preguntas formuladas en la audiencia, Corea señaló que, aunque no había hecho tal petición en sus comunicaciones escritas, deseaba que el Órgano de Apelación completara el análisis y constatará que la determinación del USDOC sobre la existencia de subvención era incompatible con el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del *Acuerdo SMC*. Corea sugirió que, como la constatación del USDOC sobre la existencia de encomienda u orden se basaba en su constatación de que existía un

³⁶² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.45.

³⁶³ Observamos que Corea está de acuerdo en que una constatación de error en el presente caso, en la aplicación del artículo 11 del ESD respecto de la norma de examen utilizada por el Grupo Especial, obligaría a revocar la constatación del Grupo Especial de que la determinación del USDOC sobre la subvención es incompatible con el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del *Acuerdo SMC*. (Respuesta de Corea a las preguntas formuladas en la audiencia.)

"programa único [de subvenciones]", podríamos completar el análisis examinando sólo las pruebas que sirvieron de base al USDOC para constatar la existencia de un "programa único".³⁶⁴

195. Sólo hubiéramos podido resolver esta diferencia limitándonos a examinar la constatación del USDOC sobre la existencia de un "programa único", como sugiere Corea, *si ésta hubiera sido una de las bases indispensables de la constatación final del USDOC sobre la existencia de encomienda u orden. Sin embargo, no estamos convencidos de que así ocurra. En apoyo de su constatación sobre la existencia de un "programa único", el USDOC hizo referencia a las conclusiones que había extraído en el curso de su análisis de la encomienda u orden.*³⁶⁵ Por consiguiente, tal y como leemos la determinación del USDOC, la descripción de la presunta subvención como un "programa único" parece *derivarse* del análisis del USDOC sobre la encomienda u orden: no es una *premisa* de este análisis. En consecuencia, aunque determináramos que la constatación del USDOC sobre la existencia de un "programa único" careció de una base probatoria suficiente, como sostiene Corea, ese solo hecho no podría dejar sin fundamento la constatación del USDOC sobre la existencia de encomienda u orden. Por consiguiente, un examen de la constatación del USDOC sobre la existencia de un "programa único" no nos daría las bases para llegar a una respuesta definitiva sobre la compatibilidad de la determinación del USDOC sobre la subvención con el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1.

196. Además, en nuestra opinión, el carácter de los errores que hemos constatado en la decisión del Grupo Especial, sobre todo en lo que respecta al enfoque adoptado por éste acerca de la admisibilidad

³⁶⁴ Memorándum sobre las cuestiones y la decisión, *supra* (nota 6), página 48; véase también el informe del Grupo Especial, párrafos 7.146-7.155.

³⁶⁵ *Ibid.*, páginas 48-49:

En lugar de considerar cada una de las medidas adoptadas por las instituciones financieras que participaron en la reestructuración de Hynix como acontecimientos separados, es apropiado examinarlas como parte de un programa único que se ejecutó a lo largo de un breve período de 10 meses. El objetivo de este programa era la reestructuración financiera total de Hynix a fin de mantenerla como una empresa en marcha. Cada una de las medidas adoptadas durante el período de diciembre de 2000 a octubre de 2001, sea por entidades gubernamentales como el KDB, la [Comisión de Supervisión Financiera] o la [Corporación de Seguros de Depósitos de Corea], o por los bancos acreedores de titularidad pública y bajo el control del gobierno, reflejaba una pauta de prácticas del Gobierno de Corea encaminadas a garantizar que Hynix siguiera siendo viable. Muchos de esos acontecimientos se superpusieron y tuvieron el efecto de reforzarse mutuamente para alcanzar el objetivo de mantener en funcionamiento a Hynix. Como detallaremos más adelante, el papel del Gobierno de Corea fue fundamental en cada una de las etapas al apoyar directamente el proceso de reestructuración con sus propios actos y ordenando, facilitando y orientando los actos de los bancos acreedores. La presencia del Gobierno de Corea y sus políticas a lo largo del proceso de reestructuración fueron claras y los bancos acreedores de Hynix, tanto las entidades especializadas del Gobierno de Corea, como los bancos con mayoría de capital público o los bancos privados, se atuvieron a ... estas políticas y objetivos fijados por el Gobierno. (no se reproduce la nota de pie de página)

y valor probatorio de varios elementos de prueba, es tal que nos veríamos obligados, para completar el análisis, a examinar de nuevo toda la constatación del USDOC sobre la existencia de encomienda u orden. Hemos afirmado anteriormente que la determinación a ese respecto depende en gran medida de los hechos particulares que concurran en el caso.³⁶⁶ Así pues, para completar el análisis -es decir, para examinar la cuestión de derecho de si el USDOC pudo llegar a una constatación de existencia de encomienda u orden sobre la base de las pruebas y explicaciones presentadas- tendríamos que proceder a un examen minucioso de las pruebas, en particular si se tiene en cuenta que el Grupo Especial excluyó algunas de ellas indebidamente de su examen.

197. Además, no consideramos que los participantes hayan abordado suficientemente en sus comunicaciones las cuestiones que tendríamos que examinar para completar el análisis del presente caso, entre ellas, por ejemplo: i) si el valor probatorio de ciertos elementos de prueba resulta afectado por nuestra modificación de la interpretación de los términos "encomiende" y "ordene" hecha por el Grupo Especial; ii) el valor probatorio de las pruebas presentadas por los Estados Unidos y excluidas indebidamente por el Grupo Especial; iii) la trascendencia de algunos desacuerdos sobre los hechos que el Grupo Especial consideró innecesario resolver, debido a su análisis jurídico³⁶⁷; y iv) las deducciones que pueden hacerse razonablemente a partir de un análisis de las pruebas en su totalidad. En tales condiciones, creemos que es más conveniente limitar nuestro examen a una consideración de las cuestiones de derecho abordadas en el informe del Grupo Especial y de las interpretaciones jurídicas elaboradas por éste. Por consiguiente, no completaremos el análisis para llegar a nuestra propia conclusión sobre la compatibilidad de la determinación del USDOC sobre la subvención con el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del *Acuerdo SMC*.

198. Esto no quiere decir que estemos expresando opinión alguna con respecto a si la determinación del USDOC sobre la existencia de encomienda u orden, que es un componente necesario de la contribución financiera, cuenta o no necesariamente con el apoyo de pruebas suficientes. Sólo concluimos que la constatación de incompatibilidad establecida por el Grupo Especial, resultante de su enfoque equivocado del examen de las pruebas, es errónea. Por supuesto, la investigación sobre la existencia de una subvención no termina con la determinación de existencia de una contribución financiera. Esa investigación debe continuar con el examen de si la presunta contribución financiera confiere un "beneficio".³⁶⁸ Además, el *Acuerdo SMC* exige que la subvención

³⁶⁶ *Supra*, párrafo 116.

³⁶⁷ Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, nota 166 al párrafo 7.141 y párrafo 7.167.

³⁶⁸ Párrafo 1 b) del artículo 1 del *Acuerdo SMC*.

sea "específica" para que puedan imponerse medidas compensatorias.³⁶⁹ En la siguiente sección de nuestro informe examinaremos estas cuestiones.

VII. Beneficio y Especificidad

199. Los Estados Unidos apelan contra las constataciones del Grupo Especial relativas a la determinación del USDOC sobre el beneficio y, en lo que respecta a los acreedores de los Grupos B y C, sobre la especificidad.

200. En cuanto a la determinación sobre el beneficio, el Grupo Especial observó que el análisis hecho por el USDOC al respecto "se basó casi exclusivamente en la determinación por ese Departamento de que el Gobierno de Corea encomendó u ordenó a los acreedores de los Grupos B y C (excepto el Citibank) que participaran en las cuatro contribuciones financieras de que se trata".³⁷⁰ "[S]e rechazó a esos acreedores", explica el Grupo Especial, "como puntos de referencia de mercado ... porque el USDOC constató que, al participar en la reestructuración de Hynix, habían actuado con arreglo a lo encomendado u ordenado por el Gobierno y no de conformidad con los principios del mercado".³⁷¹ El Grupo Especial razonó que, como el USDOC no pudo haber constatado debidamente que el Gobierno de Corea había encomendado u ordenado algo a estos acreedores privados, "la afirmación de que el Gobierno lo había hecho no podía constituir un fundamento apropiado para que ese Departamento los rechazara como puntos de referencia de mercado".³⁷² Por consiguiente, el Grupo Especial constató que "la determinación de la existencia de beneficio efectuada por el USDOC es incompatible con el párrafo 1 b) del artículo 1 del *Acuerdo SMC*".³⁷³

201. El Grupo Especial formuló la siguiente constatación con respecto a la determinación del USDOC sobre la especificidad en lo que respecta a los acreedores de los Grupos B y C:

[E]ntendemos que el USDOC constató que las subvenciones que se alega que suministraron los acreedores de los Grupos B y C son específicas debido al papel supuestamente desempeñado por el Gobierno de Corea al encomendar y ordenar a esos acreedores que salvaran a una entidad específica, es decir, a Hynix. En otras palabras, la constatación del USDOC de la existencia de especificidad con respecto a los acreedores de los Grupos B y C se basó en su constatación de que el Gobierno de

³⁶⁹ Párrafo 2 del artículo 1 del *Acuerdo SMC*.

³⁷⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.190.

³⁷¹ *Ibid.* (no se reproduce la nota de pie de página)

³⁷² *Ibid.* (no se reproduce la nota de pie de página)

³⁷³ *Ibid.*

Corea había encomendado u ordenado a acreedores privados que participaran en el particular programa de reestructuración de Hynix. Recordamos, no obstante, que hemos constatado que la determinación del USDOC de que el Gobierno encomendó u ordenó esa participación es fácticamente errónea, e incompatible con el artículo 1 del *Acuerdo SMC*. En las circunstancias, la constatación por el Departamento de la existencia del acto de encomendar por parte del Gobierno de Corea no puede proporcionar un fundamento apropiado para una determinación de especificidad con respecto a las alegadas subvenciones proporcionadas por los acreedores de los Grupos B y C.

...

Por tales razones, constatamos que la constatación de especificidad efectuada por el USDOC es incompatible con el artículo 2 del *Acuerdo SMC* en la medida en que se relaciona con las alegadas subvenciones de los acreedores de los Grupos B y C[.]³⁷⁴

202. En apelación, los Estados Unidos piden al Órgano de Apelación que revoque estas constataciones porque "las conclusiones del Grupo Especial se basan únicamente en su constatación errónea de que la determinación del USDOC, según la cual el Gobierno de Corea encomendó u ordenó algo a algunos acreedores de Hynix, es incompatible con el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del *Acuerdo SMC*".³⁷⁵

203. En la audiencia, Corea discrepó de la afirmación de los Estados Unidos según la cual la constatación del Grupo Especial con respecto al beneficio se basaba exclusivamente en su constatación de existencia de encomienda u orden. Corea afirmó que el Grupo Especial también había criticado el rechazo del Citibank por el USDOC como punto de referencia de mercado adecuado para determinar la existencia de beneficio.³⁷⁶

204. En el párrafo del informe del Grupo Especial indicado por Corea no encontramos tal "crítica"; en ese párrafo, el Grupo Especial se limita simplemente a describir el enfoque del USDOC, incluido su rechazo del Citibank como punto de referencia de mercado. En el párrafo 7.191 de su informe, el Grupo Especial indica expresamente que a la luz de su constatación de que la determinación del USDOC sobre la existencia de beneficio era incompatible con el párrafo 1 b) del artículo 1 porque se basaba en una constatación indebida de la existencia de encomienda u orden, "no es necesario que examinemos otras cuestiones planteadas por las partes relativas a los puntos de referencia de

³⁷⁴ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.206 y 7.208 (no se reproduce la nota de pie de página). El Grupo Especial constató que el USDOC podría haber constatado debidamente la especificidad con respecto a los acreedores del Grupo A. (*Ibid.*, párrafo 7.207.)

³⁷⁵ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 131. (no se reproduce la nota de pie de página)

³⁷⁶ Respuesta de Corea a las preguntas formuladas en audiencia (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafo 7.180).

mercado". Así pues, estamos de acuerdo con la afirmación de los Estados Unidos de que la constatación del Grupo Especial relativa a la determinación del USDOC sobre el beneficio se basó exclusivamente en su constatación con respecto a la encomienda u orden.

205. Habiendo revocado las constataciones del Grupo Especial de que la determinación del USDOC sobre la existencia de encomienda u orden es incompatible con el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1, no tenemos base alguna para confirmar la constatación del Grupo Especial sobre el beneficio. Por consiguiente, *revocamos* también la constatación del Grupo Especial, que figura en los párrafos 7.190, 7.209 y 8.1 de su informe, de que la determinación de la existencia de beneficio efectuada por el USDOC es incompatible con el párrafo 1 b) del artículo 1 del *Acuerdo SMC*.³⁷⁷

206. En cuanto a la especificidad, Corea aceptó en la audiencia que la constatación del Grupo Especial con respecto a la incompatibilidad de la determinación del USDOC sobre la especificidad de la subvención en lo referente a los acreedores de los Grupos B y C se basó exclusivamente en la constatación del Grupo Especial sobre la existencia de encomienda u orden. Corea admitió que la revocación de la constatación del Grupo Especial sobre la existencia de encomienda u orden daría lugar necesariamente a la revocación de su constatación sobre la incompatibilidad de la determinación de especificidad de la subvención en lo referente a los acreedores de los Grupos B y C. Estamos de acuerdo. En el párrafo 7.206 de su informe, el Grupo Especial expone su opinión de que "la constatación por el Departamento de la existencia del acto de encomendar por parte del Gobierno de Corea no puede proporcionar un fundamento apropiado para una determinación de especificidad con respecto a las alegadas subvenciones proporcionadas por los acreedores de los Grupos B y C". El Grupo Especial no presenta ningún otro fundamento de su constatación.

207. Por consiguiente, *revocamos* las constataciones del Grupo Especial que figuran en los párrafos 7.208, 7.209 y 8.1 de su informe, de que la constatación de especificidad efectuada por el USDOC es incompatible con el artículo 2 del *Acuerdo SMC* en la medida en que se relaciona con las alegadas subvenciones de los acreedores de los Grupos B y C.

208. El Grupo Especial no examinó estas cuestiones más a fondo. Por consiguiente, no hay suficientes constataciones del Grupo Especial ni hechos no controvertidos en su expediente que nos permitan llevar a cabo nuestro propio análisis de las alegaciones de Corea con respecto al beneficio y

³⁷⁷ Puesto que hemos revocado las constataciones del Grupo Especial sobre la incompatibilidad con el párrafo 1 a) 1) iv) y el párrafo 1 b) del artículo 1, no abordaremos la cuestión de si se puede constatar que un Miembro actúa de forma incompatible con una disposición que sólo contenga *definiciones*, como el artículo 1 del *Acuerdo SMC* (informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EVE (párrafo 5 del artículo 21 - CE)*, párrafo 85).

la especificidad.³⁷⁸ Recordamos que según los términos del párrafo 1 del artículo 1 del *Acuerdo SMC* no basta con determinar que hay "una contribución financiera de un gobierno o de cualquier organismo público" para constatar que existe "subvención". Esa disposición exige también que "con ello se otorgue un beneficio". El párrafo 2 del artículo 1 exige, además, que la subvención sea "específica". Como las constataciones del Grupo Especial sobre el beneficio y la especificidad se basaron exclusivamente en su conclusión con respecto a la existencia de encomienda u orden, no hay base suficiente para que examinemos la compatibilidad de las determinaciones del USDOC sobre el beneficio y la especificidad con el *Acuerdo SMC*. Aunque revocamos las constataciones del Grupo Especial, no emitimos ninguna opinión acerca de si las determinaciones del USDOC sobre el beneficio y la especificidad son compatibles con dicho Acuerdo.

VIII. Constataciones y Conclusiones

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

- a) confirma la constatación del Grupo Especial, que figura en el párrafo 7.415 de su informe, de que Corea no dejó de indicar en su solicitud de celebración de consultas los fundamentos jurídicos de su reclamación con respecto a la orden del USDOC de establecimiento de derechos compensatorios, como exige el párrafo 4 del artículo 4 del ESD;
- b) en cuanto a la constatación del USDOC sobre la existencia de encomienda u orden:
 - i) con respecto a la interpretación por el Grupo Especial del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del *Acuerdo SMC*:
 - A) modifica la interpretación por el Grupo Especial del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1, que figura en el párrafo 7.31 de su informe, en la medida en que pueda entenderse que limita los términos "encomiende" y "ordene" a actos de "delegación" y "mando"; y
 - B) confirma la constatación del Grupo Especial, que figura en el párrafo 7.117 de su informe, de que las pruebas eran "suficientes para que una autoridad investigadora objetiva e imparcial constatará debidamente que hubo un acto de encomendar u ordenar respecto del KFB";

³⁷⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Madera blanda IV*, párrafo 113.

- ii) con respecto al examen por el Grupo Especial de la constatación del USDOC sobre la existencia de encomienda u orden de conformidad con el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del *Acuerdo SMC*:
- A) constata que el Grupo Especial no incurrió en error al constatar, en los párrafos 7.35 y 7.46 de su informe, que los elementos de prueba en que se basó la constatación del USDOC sobre la existencia de encomienda u orden han de ser "probatorios y convincentes", en la medida en que el Grupo Especial interpretó que estos términos sólo exigían que las pruebas demostraran la existencia de encomienda u orden;
- B) constata que el Grupo Especial incurrió en error al no examinar las pruebas del USDOC en su totalidad y, en lugar de ello, exigir que los elementos de prueba considerados individualmente acreditaran, en sí mismos y por sí mismos, la existencia de una encomienda u orden del Gobierno de Corea a acreedores de Hynix;
- C) constata que el Grupo Especial incurrió en error, en los párrafos 7.88, 7.102, 7.116, 7.121 y 7.141 de su informe, al no considerar algunas pruebas que obraban en el expediente de la investigación respectiva pero no fueron citadas por el USDOC en la determinación que publicó;
- D) constata que el Grupo Especial incumplió las obligaciones que le correspondían en virtud del artículo 11 del ESD al constatar, en el párrafo 7.85 de su informe, que "las disposiciones [de la CRPA] relativas a la mediación habían sido realmente invocadas por tres acreedores en relación con la reestructuración de octubre de 2001", sin que en el expediente de la investigación respectiva obraran pruebas que pudieran servir de apoyo a esta afirmación; y
- E) constata que el Grupo Especial no aplicó la norma de examen adecuada y, por consiguiente, incumplió las obligaciones que le correspondían en virtud del artículo 11 del ESD; y, por consiguiente,

- iii) revoca las constataciones del Grupo Especial, que figuran en los párrafos 7.178, 7.209 y 8.1 de su informe, de que la determinación del USDOC sobre la existencia de encomienda u orden del Gobierno de Corea a acreedores de Hynix de los Grupos B y C es incompatible con el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del *Acuerdo SMC*;
- c) revoca las constataciones del Grupo Especial, que figuran en los párrafos 7.190, 7.209 y 8.1 de su informe, de que la determinación del USDOC sobre la existencia de beneficio es incompatible con el párrafo 1 b) del artículo 1 del *Acuerdo SMC*; y
- d) revoca las constataciones del Grupo Especial, que figuran en los párrafos 7.208, 7.209 y 8.1 de su informe, de que la constatación del USDOC sobre la especificidad, en la medida en que se relaciona con subvenciones otorgadas en virtud de una encomienda u orden del Gobierno de Corea a acreedores de Hynix de los Grupos B y C, es incompatible con el artículo 2 del *Acuerdo SMC*.

210. Tomando como base estas constataciones, el Órgano de Apelación no hace ninguna recomendación al Órgano de Solución de Diferencias de conformidad con el párrafo 1 del artículo 19 del ESD.

Firmado en el original, en Ginebra, el nueve de junio de 2005, por:

Georges Abi-Saab
Presidente de la Sección

Merit E. Janow
Miembro

Yasuhei Taniguchi
Miembro

ANEXO I

**ORGANIZACIÓN MUNDIAL
DEL COMERCIO**

WT/DS296/5
1º de abril de 2005

(05-1309)

Original: inglés

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

Notificación de la apelación de los Estados Unidos de conformidad con el párrafo 4 del artículo 16 y el artículo 17 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD), y de conformidad con el párrafo 1 de la Regla 20 de los *Procedimientos de trabajo para el examen en apelación*

Se distribuye a los Miembros la siguiente notificación de la delegación de los Estados Unidos, de fecha 29 de marzo de 2005.

De conformidad con el artículo 16 del *Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias* ("ESD") y la Regla 20 de los *Procedimientos de trabajo para el examen en apelación*, por la presente los Estados Unidos notifican su decisión de apelar ante el Órgano de Apelación contra determinadas cuestiones de derecho tratadas en el informe del Grupo Especial que se ocupó del asunto *Estados Unidos - Investigación en materia de derechos compensatorios sobre los semiconductores para memorias dinámicas de acceso aleatorio (DRAM) procedentes de Corea* (WT/DS296/R) ("informe del Grupo Especial") y contra determinadas interpretaciones jurídicas formuladas por el Grupo Especial en esta diferencia.

1. Los Estados Unidos solicitan que el Órgano de Apelación revise la conclusión jurídica del Grupo Especial de que la determinación del Departamento de Comercio de los Estados Unidos ("USDOC") de que el Gobierno de Corea encomendó u ordenó algo a los acreedores de Hynix pertenecientes a los Grupos B y C es incompatible con el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del *Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias* ("Acuerdo SMC").¹ Esta conclusión es errónea y está basada en constataciones erróneas sobre cuestiones de derecho e interpretaciones jurídicas conexas. Esas constataciones erróneas incluyen, por ejemplo, las constataciones que se describen a continuación:

¹ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.175-7.178.

- a) El Grupo Especial interpretó erróneamente la expresión "encomiende ... o ... ordene" del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del Acuerdo SMC y luego aplicó esa interpretación errónea a las pruebas obrantes en el expediente.²
- b) El Grupo Especial aplicó la norma errónea de que los elementos de prueba sean "probatori[os] y convincentes", que no figura en el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 ni en ninguna otra disposición del Acuerdo SMC (ni en ningún otro acuerdo abarcado), y que, entre otras cosas, desplazó efectivamente la carga de probar una acción incompatible con la OMC de Corea a los Estados Unidos, fue la causa de que el Grupo Especial desestimara las pruebas circunstanciales en las que se basó el USDOC y dio lugar a que el Grupo Especial prescindiera totalmente de determinadas pruebas.³
- c) El Grupo Especial utilizó pruebas que no obraban en el expediente del USDOC y que estaban en contradicción con pruebas que obraban en el mismo. Esa utilización fue incompatible con la obligación que corresponde al Grupo Especial en virtud del artículo 11 del ESD de llevar a cabo una evaluación objetiva del asunto que le ha sido sometido.⁴
- d) El Grupo Especial no consideró determinadas pruebas obrantes en el expediente citadas por los Estados Unidos basándose en sus constataciones erróneas de que el hecho de que la utilización por los Estados Unidos de esas pruebas contenidas en el expediente constituía una racionalización *ex post facto*. Esas constataciones son erróneas porque ni el Acuerdo SMC ni ningún otro acuerdo abarcado exige que una autoridad investigadora mencione en las determinaciones que publica cada elemento de prueba en que se ha basado. Además, en la mayoría de los casos el USDOC, de hecho, había mencionado pruebas obrantes en el expediente de las que el Grupo Especial prescindió. En los casos en los que el USDOC no había mencionado las pruebas contenidas en el expediente de las que el Grupo Especial prescindió, las pruebas eran acordes con las pruebas obrantes en el expediente mencionadas por el USDOC. El hecho de que el Grupo Especial prescindiera de pruebas que constaban en el expediente fue incompatible con la obligación que le correspondía en virtud del artículo 11 del ESD de llevar a cabo una evaluación objetiva del asunto que le había sido sometido.⁵
- e) La norma de examen que efectivamente aplicó el Grupo Especial equivalía a un examen *de novo* inadmisibles de la determinación del USDOC. Como se señala en los apartados c) y d) *supra*, el Grupo Especial indebidamente consideró pruebas que no

² La interpretación errónea del Grupo Especial se expresa, entre otros, en los párrafos 7.27-7.46 del informe del Grupo Especial, y se aplica en párrafos posteriores, incluidos, entre otros, los párrafos 7.51, 7.56, 7.62-7.63, 7.76-7.78, 7.82-7.91, 7.99-7.104, 7.129-7.130, 7.135, 7.141, 7.155, 7.163-7.168, 7.172-7.174, 7.175-7.178.

³ La norma de la prueba errónea del Grupo Especial se enuncia, entre otros, en los párrafos 7.35 y 7.46 del informe del Grupo Especial, y se aplica, entre otros, en los párrafos 7.35, 7.45, 7.46, 7.51, 7.76-7.78, 7.99-7.103, 7.129-7.130, 7.141, 7.164, 7.168, 7.173.

⁴ Estos errores están contenidos, entre otros, en los párrafos 7.63, 7.82-7.89, 7.91, 7.152 y 7.155 del informe del Grupo Especial.

⁵ Estos errores están contenidos, entre otros, en los párrafos 7.76, 7.88, 7.90, 7.102, 7.105, 7.116, 7.121, 7.125-7.130 y 7.141 del informe del Grupo Especial.

obraban en el expediente y prescindió de pruebas obrantes en el expediente. Además, en lugar de examinar la totalidad de las pruebas del expediente, como había hecho el USDOC, el Grupo Especial consideró cada elemento de prueba aisladamente, hizo caso omiso de pruebas utilizadas por el USDOC y/o las caracterizó incorrectamente, y sustituyó la interpretación de las pruebas hecha por el USDOC por su propia interpretación. El hecho de que el Grupo Especial realizara un examen *de novo* fue incompatible con la obligación que le correspondía en virtud del artículo 11 del ESD de llevar a cabo una evaluación objetiva del asunto que le había sido sometido.⁶

- f) El Grupo Especial formuló una constatación jurídica errónea de que la constatación por el USDOC de la existencia de encomienda u orden en el sentido del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 no estaba apoyada por pruebas suficientes.⁷

2. Los Estados Unidos solicitan que el Órgano de Apelación revise la conclusión jurídica del Grupo Especial de que la determinación de la existencia de beneficio efectuada por el USDOC es incompatible con el párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC. Esta conclusión es errónea y está basada en la conclusión jurídica errónea del Grupo Especial, descrita en el párrafo 1 *supra*, según la cual la determinación del USDOC de que el Gobierno de Corea encomendó u ordenó algo a los acreedores de Hynix pertenecientes a los Grupos B y C es incompatible con el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del Acuerdo SMC.⁸

3. Los Estados Unidos solicitan que el Órgano de Apelación revise la conclusión jurídica del Grupo Especial de que la constatación de especificidad efectuada por el USDOC es incompatible con el artículo 2 del Acuerdo SMC en la medida en que se relaciona con las subvenciones de los acreedores de los Grupos B y C. Esta conclusión es errónea y está basada en la conclusión jurídica errónea del Grupo Especial, descrita en el párrafo 1, *supra*, según la cual la determinación del USDOC de que el Gobierno de Corea encomendó u ordenó algo a los acreedores de Hynix pertenecientes a los Grupos B y C es incompatible con el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1 del Acuerdo SMC.⁹

4. Los Estados Unidos solicitan que el Órgano de Apelación revise la conclusión jurídica del Grupo Especial de que, con respecto a la orden de establecimiento de derechos compensatorios del USDOC, la solicitud de celebración de consultas presentada por Corea proporciona una suficiente indicación de los fundamentos jurídicos de la reclamación en el sentido del párrafo 4 del artículo 4 del ESD. Esta conclusión es errónea y está basada en constataciones erróneas sobre cuestiones de derecho e interpretaciones jurídicas conexas.¹⁰

⁶ Estos errores figuran en toda la sección VII.C.1 del informe del Grupo Especial, pero hay ejemplos de ellos en, entre otros, los párrafos 7.45, 7.51, 7.56, 7.62-7.63, 7.77-7.78, 7.81-7.82, 7.85, 7.89, 7.91, 7.103-7.104, 7.130, 7.146-7.155, 7.164, 7.168 y 7.174 del informe del Grupo Especial.

⁷ Esta constatación figura, entre otros, en los párrafos 7.175-7.177 del informe del Grupo Especial.

⁸ Las constataciones del Grupo Especial figuran en los párrafos 7.190-7.191 del informe del Grupo Especial.

⁹ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.204-7.208.

¹⁰ *Ibid.*, párrafos 7.414-7.415.

ANEXO II

**ORGANIZACIÓN MUNDIAL
DEL COMERCIO**

WT/DS296/6
11 de abril de 2005

(05-1531)

Original: inglés

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

Notificación de otra apelación de Corea de conformidad con el párrafo 4 del artículo 16 y el artículo 17 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD), y de conformidad con el párrafo 1 de la Regla 23 de los *Procedimientos de trabajo para el examen en apelación*

Se distribuye a los Miembros la siguiente notificación de la delegación de la República de Corea, de fecha 11 de abril de 2005.

De conformidad con el párrafo 4 del artículo 16 del *Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias* ("ESD") y la Regla 23 de los *Procedimientos de trabajo para el examen en apelación*, la República de Corea notifica por la presente su decisión de apelar ante el Órgano de Apelación contra determinadas cuestiones de derecho e interpretaciones jurídicas que figuran en el informe del Grupo Especial que se ocupó del asunto *Estados Unidos - Investigación en materia de derechos compensatorios sobre los semiconductores para memorias dinámicas de acceso aleatorio (DRAM) procedentes de Corea* (WT/DS296/R) (el "informe del Grupo Especial").

Concretamente, Corea solicita que se revise la conclusión y la interpretación jurídicas que formuló el Grupo Especial al confirmar la constatación del Departamento de Comercio de los Estados Unidos de que se encomendó u ordenó a un determinado banco coreano, el Korea First Bank ("KFB"), que hiciera una contribución financiera a Hynix Corporation en el sentido del párrafo 1 del artículo 1 (incluido el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1) del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias ("Acuerdo SMC").¹

¹ Estas constataciones del Grupo Especial figuran en los párrafos 7.107 a 7.117 y 7.176, incluida la nota 136, del informe del Grupo Especial.

En particular, el Grupo Especial constató que el Gobierno de Corea había coaccionado al KFB y que esto constituyó una "encomienda u orden" pese al hecho de que el KFB finalmente no llevó a cabo la acción que supuestamente era el propósito de la pretendida coacción. Corea considera que esta conclusión e interpretación jurídica es un error de derecho. De conformidad con los términos del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC no puede haber una encomienda u orden jurídicamente enjuiciable de que se realice una función determinada si la entidad privada nunca realiza realmente la función que supuestamente se le encomendó u ordenó.

ANEXO III

**ORGANIZACIÓN MUNDIAL
DEL COMERCIO**

WT/DS296/1
G/L/633
G/SCM/D55/1
8 de julio de 2003
(03-3687)

Original: inglés

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

Solicitud de celebración de consultas presentada por Corea

La siguiente comunicación, de fecha 30 de junio de 2003, dirigida por la Misión Permanente de Corea a la Misión Permanente de los Estados Unidos y al Presidente del Órgano de Solución de Diferencias, se distribuye de conformidad con el párrafo 4 del artículo 4 del ESD.

He recibido de las autoridades de mi país instrucciones de solicitar la celebración de consultas con el Gobierno de 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 30 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias ("Acuerdo SMC") y el artículo XXII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 ("GATT de 1994") con respecto a la determinación preliminar positiva y la determinación definitiva en materia de derechos compensatorios del Departamento de Comercio de los Estados Unidos, publicadas el 7 de abril de 2003 en 68 Fed. Reg. 16766 y el 23 de junio de 2003 en 68 Fed. Reg. 37122 en el asunto *Dynamic Random Access Memory Semiconductors from the Republic of Korea* (Semiconductores para memorias dinámicas de acceso aleatorio procedentes de Corea) (caso N° C-580-851), la determinación preliminar positiva de la existencia de daño de la Comisión de Comercio Internacional de los Estados Unidos publicada el 27 de diciembre en 67 Fed. Reg. 79148 y cualquier determinación subsiguiente que pueda formularse durante la investigación de la Comisión sobre la existencia de daño en el asunto *DRAMS and DRAM Modules from Korea* (Semiconductores y módulos para DRAM procedentes de Corea) (Inv. N° 701-TA-431), y las leyes y reglamentos conexos, incluidos el artículo 771 de la Ley Arancelaria de 1930 y 19 CFR 351, respectivamente.

El Gobierno de Corea considera que estas determinaciones del Gobierno de los Estados Unidos son incompatibles con las obligaciones que le incumben en virtud de las disposiciones pertinentes del GATT de 1994 y el Acuerdo SMC, en particular, pero no exclusivamente, las siguientes:

1. El artículo 1 del Acuerdo SMC porque, entre otras cosas, el Departamento de Comercio no demostró la existencia de una contribución financiera del Gobierno de Corea, en el sentido del artículo 1 del Acuerdo SMC.
2. El artículo 1 del Acuerdo SMC porque, entre otras cosas, en la investigación el Departamento de Comercio no examinó por separado cada presunta medida gubernamental en cuestión.
3. Los artículos 1 y 14 del Acuerdo SMC porque, entre otras cosas, el Departamento de Comercio no demostró que se había conferido un beneficio al declarante Hynix Semiconductor Inc., habida cuenta de los puntos de referencia de mercado disponibles.
4. Los artículos 1 y 14 del Acuerdo SMC porque, entre otras cosas, los análisis de la "solvencia crediticia" y de la "rentabilidad" y otros análisis exigidos en el párrafo 5) del artículo 771 de la Ley Arancelaria de 1930 y en 19 CFR 351 son, en sí mismos, incompatibles con las obligaciones que corresponden al Departamento de Comercio en virtud del Acuerdo SMC.
5. Los artículos 1 y 2 del Acuerdo SMC porque, entre otras cosas, el artículo 771 (5) y (5A) de la Ley Arancelaria de 1930 y en 19 CFR 351 impone a los declarantes una indebida carga de la prueba, que el Departamento de Comercio aplicó, y, a su vez, el Departamento de Comercio no basó sus decisiones en pruebas positivas, objetivas y verificables.
6. El artículo 11 del Acuerdo SMC porque, entre otras cosas, el Departamento de Comercio no basó su decisión de iniciar su investigación en materia de derechos compensatorios en pruebas suficientes.
7. El artículo 12 del Acuerdo SMC porque, entre otras cosas, el Departamento de Comercio realizó diversas reuniones de verificación pese a la objeción expresa del Gobierno de Corea.
8. El artículo 17 del Acuerdo SMC porque, entre otras cosas, el Departamento de Comercio impuso medidas provisionales sobre la base de análisis viciados de la contribución financiera, el beneficio y otras cuestiones de hecho y de derecho, incompatibles con las obligaciones que incumben a los Estados Unidos en virtud del Acuerdo SMC.
9. El artículo 22 del Acuerdo SMC porque, entre otras cosas, el Departamento de Comercio no proporcionó toda la información pertinente sobre las cuestiones de hecho y de derecho y las razones de sus determinaciones.
10. El artículo 10 y el párrafo 1 del artículo 32 del Acuerdo SMC y el párrafo 3 del artículo VI y el párrafo 3 del artículo X del GATT de 1994 porque, entre otras cosas, el Departamento de Comercio no realizó sus investigaciones ni formuló sus determinaciones de conformidad con prescripciones fundamentales sustantivas y de procedimiento.

El Gobierno de Corea se reserva el derecho de plantear otras cuestiones de hecho y de derecho durante el curso de las consultas y en la solicitud de establecimiento de un grupo especial.

Aguardamos con interés la respuesta del Gobierno de los Estados Unidos a la presente solicitud a fin de establecer una fecha mutuamente conveniente para iniciar las consultas.

ANEXO IV

**ORGANIZACIÓN MUNDIAL
DEL COMERCIO**

WT/DS296/1/Add.1
G/L/633/Add.1
G/SCM/D55/1/Add.1
21 de agosto de 2003
(03-4353)

Original: inglés

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

Solicitud de celebración de consultas presentada por Corea

Addendum

La siguiente comunicación, de fecha 18 de agosto de 2003, dirigida por la Misión Permanente de Corea a la Misión Permanente de los Estados Unidos y al Presidente del Órgano de Solución de Diferencias, se distribuye de conformidad con el párrafo 4 del artículo 4 del ESD.

Con referencia al documento WT/DS296/1, G/L/633, G/SCM/D55/1 distribuido el 8 de julio de 2003, las autoridades de mi país me han encomendado que solicite la celebración de nuevas consultas con el Gobierno de 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 30 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias ("Acuerdo SMC") y el artículo XXII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 ("GATT de 1994"), con respecto a la determinación definitiva de la existencia de daño importante formulada por la Comisión de Comercio Internacional de los Estados Unidos ("ITC"), que se comunicó el 4 de agosto de 2003 y que se refleja en el asunto *DRAMs and DRAM Modules from Korea* (Semiconductores y módulos para DRAM procedentes de Corea), Inv. N° 701-TA-431 (Final), USITC Pub. 3617 (agosto de 2003), y a la orden definitiva de establecimiento de un derecho compensatorio del Departamento de Comercio de los Estados Unidos ("DOC"), ambas publicadas el 11 de agosto de 2003 en 68 Fed. Reg. 47607 y 68 Fed. Reg. 47546, respectivamente. Esas dos medidas guardan relación con las mismas medidas subyacentes que fueron objeto de nuestra anterior solicitud de celebración de consultas.

El Gobierno de Corea considera que estas determinaciones del Gobierno de los Estados Unidos son incompatibles con las obligaciones que le incumben en virtud de las disposiciones pertinentes del GATT de 1994 y el Acuerdo SMC, en particular, pero no exclusivamente, las siguientes:

1. El párrafo 1 del artículo 15 del Acuerdo SMC, porque la determinación de la ITC no se basó en pruebas positivas y en una evaluación objetiva de los efectos de las importaciones presuntamente subvencionadas;
2. El párrafo 2 del artículo 15 del Acuerdo SMC, porque en la determinación de la ITC se evaluó erróneamente la importancia del volumen y de los efectos sobre los precios de las importaciones en cuestión;
3. El párrafo 4 del artículo 15 del Acuerdo SMC, porque la ITC evaluó erróneamente la situación de la rama de producción nacional;
4. El párrafo 5 del artículo 15 del Acuerdo SMC, porque la ITC evaluó erróneamente la función de otros factores y atribuyó erróneamente el efecto de otros factores a las importaciones presuntamente subvencionadas.

El Gobierno de Corea se reserva el derecho de plantear otras cuestiones de hecho y de derecho durante el curso de las consultas y en la solicitud de establecimiento de un grupo especial.

Aguardamos con interés la respuesta del Gobierno de los Estados Unidos a la presente solicitud de celebración de nuevas consultas sobre los derechos compensatorios impuestos a los semiconductores para memorias dinámicas de acceso aleatorio (DRAM) procedentes de Corea, a fin de establecer una fecha mutuamente conveniente para reanudar las consultas tras la primera serie de consultas prevista para el 20 de agosto en Ginebra.

ANEXO V

**ORGANIZACIÓN MUNDIAL
DEL COMERCIO**

WT/DS296/2
21 de noviembre de 2003

(03-6239)

Original: inglés

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

Solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Corea

La siguiente comunicación, de fecha 19 de noviembre de 2003, dirigida por la Delegación de Corea al Presidente del Órgano de Solución de Diferencias, se distribuye de conformidad con el párrafo 2 del artículo 6 del ESD.

El 11 de agosto de 2003, los Estados Unidos publicaron en su *Federal Register* una orden definitiva de establecimiento de un derecho compensatorio en el asunto *Dynamic Random Access Memory Semiconductors (DRAMs) from the Republic of Korea* (68 Fed. Reg. 47546), confirmando con arreglo a la legislación estadounidense los derechos compensatorios impuestos contra los DRAM procedentes de Corea. Los derechos compensatorios provisionales habían estado en vigor desde que el 7 de abril de 2003 se publicó en el *Federal Register* la determinación preliminar positiva en materia de derechos compensatorios formulada por el Departamento de Comercio (68 Fed. Reg. 16766). La orden definitiva fue resultado de la determinación definitiva en materia de derechos compensatorios formulada por el Departamento de Comercio de los Estados Unidos, publicada en el *Federal Register* el 23 de junio de 2003 (68 Fed. Reg. 37122), modificada el 28 de julio de 2003 (68 Fed. Reg. 44290) y explicada con más detenimiento en un *Decision Memorandum* no publicado.¹ También fue resultado de la determinación definitiva de la existencia de daño importante formulada por la Comisión de Comercio Internacional (ITC) de los Estados Unidos, publicada también en el *Federal Register* el 11 de agosto de 2003 (68 Fed. Reg. 47607) y descrita con más detalle en el informe que la ITC hizo de su investigación definitiva sobre los DRAM.²

El Gobierno de Corea considera que las determinaciones del Departamento de Comercio y la ITC que dieron lugar a la orden de establecimiento de un derecho compensatorio impuesta por los Estados Unidos contra los DRAM procedentes de Corea y, por consiguiente, la propia orden, son incompatibles con las obligaciones que incumben a los Estados Unidos en virtud de las disposiciones

¹ El Departamento de Comercio pone el *Decision Memorandum* a disposición del público en la dirección de Internet <http://ia.ita.doc.gov/frn/summary/korea-south/03-15793-1.pdf>.

² *DRAM Modules from Korea*, Inv. N° 701-TA-431 (definitiva), USITC Pub. 3617 (agosto de 2003).

pertinentes del GATT de 1994 y el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias ("Acuerdo SMC"). En consecuencia, el Gobierno de Corea solicitó la celebración de consultas con el Gobierno de los Estados Unidos con respecto a estas determinaciones 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 30 del Acuerdo SMC y el artículo XXII del GATT de 1994. El 30 de junio de 2003 se solicitó la celebración de consultas con respecto a la determinación del Departamento de Comercio³ y el 18 de agosto de 2003 con respecto a la determinación de la ITC.⁴ Las consultas con los Estados Unidos se celebraron el 20 de agosto de 2003 y el 1° de octubre de 2003, respectivamente. Estas consultas no permitieron resolver la diferencia entre las partes.

Como consecuencia de la falta de resolución de la diferencia, el Gobierno de Corea solicita que se establezca un grupo especial de conformidad con el artículo 6 del ESD, el artículo XXIII del GATT de 1994 y el artículo 30 del Acuerdo SMC con respecto a las determinaciones del Departamento de Comercio y la ITC y la resultante orden de establecimiento de un derecho compensatorio impuesta a los DRAM procedentes de Corea. El Gobierno de Corea solicita que el grupo especial formule constataciones en el sentido de que los Estados Unidos han actuado de manera incompatible con las obligaciones que les corresponden en virtud de los artículos 1, 2, 10, 12, 14, 15, 19, 22 y 32 del Acuerdo SMC, así como del párrafo 3 del artículo VI del GATT de 1994. Concretamente, el Gobierno de Corea formula alegaciones al amparo de las siguientes disposiciones:

1. El párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC porque, entre otras cosas, el Departamento de Comercio no demostró la existencia de una contribución financiera del Gobierno de Corea con respecto a cada una de las distintas transacciones financieras que fueron objeto de su investigación sobre subvenciones;
2. El párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC porque, entre otras cosas, el Departamento de Comercio erróneamente partió del supuesto de que el Gobierno de Corea ordenaba o encomendaba algo a todas las instituciones financieras privadas coreanas abarcadas por su investigación sobre subvenciones;
3. El párrafo 1 del artículo 1 y el artículo 14 del Acuerdo SMC porque, entre otras cosas, el Departamento de Comercio no demostró que se confería un beneficio al declarante Hynix Semiconductor Inc., habida cuenta de los puntos de referencia de mercado disponibles entre los acreedores de Hynix;
4. El párrafo 1 del artículo 1 y el artículo 14 del Acuerdo SMC porque, entre otras cosas, el Departamento de Comercio no tuvo en cuenta los puntos de referencia de mercado para medir el beneficio establecido por un banco extranjero que operaba en el mercado coreano y que había proporcionado financiación al declarante Hynix Semiconductor, Inc. durante el período objeto de investigación;
5. El párrafo 1 del artículo 1 y el artículo 14 del Acuerdo SMC porque, entre otras cosas, el Departamento de Comercio no utilizó puntos de referencia de mercado pertinentes al determinar si Hynix tenía "solvencia crediticia" y era "rentable" y además aplicó un inadecuado punto de referencia y de descuento de "insolvencia crediticia" al calcular el beneficio de Hynix Semiconductor, Inc., en este caso;
6. El párrafo 4 del artículo 19 del Acuerdo SMC y el párrafo 3 del artículo VI del GATT de 1994 porque, entre otras cosas, el hecho de que el Departamento de Comercio no calculara el beneficio con arreglo a los principios del artículo 14 del Acuerdo SMC

³ WT/DS296/1, G/L/633, G/SCM/D55/1.

⁴ WT/DS296/1/Add.1, G/L/633/Add.1, G/SCM/D55/1/Add.1.

tuvo como resultado la percepción de derechos compensatorios superiores a la cuantía permitida de conformidad con el Acuerdo SMC y el GATT de 1994;

7. Los artículos 1 y 2 del Acuerdo SMC porque, entre otras cosas, el Departamento de Comercio impuso una carga de la prueba indebida a los declarantes, es decir, al Gobierno de Corea y a Hynix Semiconductor, Inc., y, por consiguiente, no basó su decisión en pruebas positivas, objetivas y verificables;
8. El artículo 2 del Acuerdo SMC porque, entre otras cosas, el Departamento de Comercio no tuvo en cuenta que muchas empresas coreanas habían sido objeto de una reestructuración de deudas similar a la de Hynix Semiconductor, Inc. Por consiguiente, el Departamento de Comercio no estableció, sobre la base de pruebas positivas, que todas las presuntas subvenciones eran específicas para el declarante Hynix Semiconductor, Inc.;
9. El párrafo 6 del artículo 12 del Acuerdo SMC porque, entre otras cosas, el Departamento de Comercio celebró diversas reuniones privadas de verificación en territorio coreano, en las que no hubo representantes del Gobierno de Corea, pese a la objeción expresa del Gobierno de Corea;
10. El párrafo 1 del artículo 15 del Acuerdo SMC porque, entre otras cosas, las determinaciones de la ITC sobre el daño y la relación de causalidad no se basaron en pruebas positivas y en una evaluación objetiva de los efectos de las importaciones presuntamente subvencionadas;
11. El párrafo 2 del artículo 15 del Acuerdo SMC porque, entre otras cosas, en las determinaciones de la ITC sobre el daño y la relación de causalidad se evaluó erróneamente la importancia del volumen y de los efectos sobre los precios de las importaciones en cuestión;
12. El párrafo 4 del artículo 15 del Acuerdo SMC porque, entre otras cosas, la ITC evaluó erróneamente la situación general de la rama de producción nacional;
13. Los párrafos 2 y 4 del artículo 15 del Acuerdo SMC porque, entre otras cosas, la ITC indebidamente hizo caso omiso de la definición de rama de producción nacional que figura en el artículo 16 del Acuerdo SMC, definió la rama de producción nacional y las importaciones de forma incompatible y, en consecuencia, distorsionó el volumen de las importaciones y sus efectos en la rama de producción nacional;
14. El párrafo 5 del artículo 15 del Acuerdo SMC porque, entre otras cosas, la ITC no demostró la relación causal exigida entre las importaciones en cuestión y el daño, evaluó erróneamente la función de otros factores y atribuyó erróneamente el efecto de otros factores a las importaciones presuntamente subvencionadas;
15. El párrafo 3 del artículo 22 del Acuerdo SMC porque, entre otras cosas, en la determinación de la ITC sobre el daño no figuraban con suficiente detalle las constataciones y conclusiones de la ITC sobre todas las cuestiones de hecho y de derecho; y
16. El artículo 10 y el párrafo 1 del artículo 32 del Acuerdo SMC porque, entre otras cosas, la orden de establecimiento de un derecho compensatorio impuesta por los Estados Unidos contra los DRAM procedentes de Corea no estaba en conformidad con las disposiciones pertinentes del Acuerdo SMC o las disposiciones pertinentes del GATT de 1994.

El Gobierno de Corea solicita que el grupo especial se establezca con el mandato uniforme previsto en el artículo 7 del ESD.

El Gobierno de Corea solicita además que la presente solicitud se inscriba en el orden del día de la reunión del Órgano de Solución de Diferencias que se celebrará el 1° de diciembre de 2003.
