ANEXO C

COMUNICACIONES DE RÉPLICA DE LAS PARTES

Índice		Página
Anexo C-1	Resumen de la comunicación de réplica de Corea	C-2
Anexo C-2	Resumen de la comunicación de réplica de las Comunidades Europeas	C-13

ANEXO C-1

RESUMEN DE LA COMUNICACIÓN DE RÉPLICA DE COREA

(4 de diciembre de 2004)

INTRODUCCIÓN

1. Si bien el expediente en esta diferencia es complejo y extenso, el núcleo del caso consiste en evaluar la compatibilidad de las medidas de las autoridades de las CE con el régimen de la OMC. Corea considera que las CE han impuesto un derecho compensatorio punitivo que no se ajusta a las obligaciones de las CE en el marco del *Acuerdo SMC*.

I. CUESTIONES RELATIVAS AL DAÑO

A. LAS CE INTERPRETAN ERRÓNEAMENTE LOS PÁRRAFOS 1 Y 2 DEL ARTÍCULO 15 DEL ACUERDO SMC Y LA NORMA DE EXAMEN

2. Las CE sostienen que la *única* obligación establecida en los párrafos 1 y 2 del artículo 15 es que la autoridad nacional "examine" y "tenga en cuenta" las pruebas. Por el contrario, para cumplir las obligaciones de los párrafos 1 y 2 del artículo 15 la autoridad investigadora debe demostrar que, de hecho, su determinación está basada en *pruebas positivas* y corresponde a *un examen objetivo*. Además, debe permitirse al Grupo Especial examinar si las pruebas en que está basada una determinación son confiables. Los hechos verificables no son necesariamente pruebas positivas de daño, y un examen sobre hechos incompletos o inconducentes no constituye un examen objetivo.

B. LAS CONSTATAciones DE LAS CE SON INADECUADAS TANTO EN RELACIÓN CON EL PÁRRAFO 1 COMO CON EL PÁRRAFO 2 DEL ARTÍCULO 15

1. La constatación de las CE de que hubo un aumento significativo de las importaciones no está basada en pruebas positivas ni en un examen objetivo

3. Las CE sostienen que, como no constataron específicamente que LGS recibió subvenciones, no podían tomar en consideración los envíos de LGE a las CE efectuados durante 1998 y 1999. La justificación que ofrecen las CE carece por completo de lógica. La cuestión es si el volumen de las importaciones subvencionadas aumentó o no con el curso del tiempo. La manera correcta de analizar el volumen de las importaciones subvencionadas procedentes de Hynix en el período anterior a la fusión entre Hyundai Electronics y LGS, y a la existencia de Hynix, es combinar las importaciones procedentes de Hyundai Electronics y de LGS que corresponden a ese período. De otra forma no podría haber una adecuada comparación de "manzanas con manzanas". Las CE tenían la información correspondiente a LGS; simplemente se negaron a llevar a cabo un examen objetivo.

4. Las CE tampoco dan fundamento alguno para explicar por qué un aumento de las importaciones *en términos absolutos* constituiría una prueba positiva de un "aumento significativo" en el sentido del párrafo 2 del artículo 15, cuando hasta ellas entendieron que una característica fundamental de las DRAM es que el número de bits suministrado por todos los productores presenta siempre un enorme aumento anual. Lo que cuenta, al analizar el volumen de los envíos de DRAM, es examinar el aumento de los envíos *en relación* con el consumo y en relación con otros proveedores. Un aumento en términos absolutos, por sí solo, dice muy poco.

5. Las pruebas que se presentaron a las CE demuestran inequívocamente que, examinada correctamente, la cuota de mercado de Hynix **no aumentó en absoluto** en el período analizado, sino que disminuyó. Además, sobre la base de un examen objetivo, el aumento del valor y del número de unidades tampoco fue significativo a pesar de no haberse considerado debidamente los efectos de la fusión con LGS. Por último, aun cuando el análisis de las CE sobre el volumen de las importaciones subvencionadas cumpliera de algún modo lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 15, la falta de pruebas positivas y de un examen objetivo implica que, de todas formas, las CE han violado el párrafo 1 de ese artículo.

2. La constatación de las CE de que hubo una significativa subvaloración de precios no está basada en pruebas positivas ni en un examen objetivo

6. Las CE constataron que la competencia en el mercado de las DRAM se da, fundamentalmente, respecto del precio. Sin embargo, las pruebas demuestran que la cuota correspondiente a Hynix en el mercado de las CE disminuyó de manera constante desde 1999 hasta 2001, esto es, durante los años anteriores y el mismo año en que supuestamente Hynix recibió subvenciones. Esta disminución persistente de la cuota de mercado no es compatible con las observaciones de las propias CE en relación con la subvaloración de precios. Las CE alegan que "es muy *posible* que una empresa subvalore los precios pero pierda cuota de mercado por otros motivos"; pero en ningún momento dan ejemplo alguno de esos "otros motivos". Y más importante aún es que las CE no señalan ninguna prueba incorporada en el expediente de que esos "otros motivos" hayan sido efectivamente los que provocaron la disminución de la cuota de mercado de Hynix. Tales especulaciones no cumplen las prescripciones de los párrafos 1 y 2 del artículo 15.

7. Las CE defienden su método tendencioso de comparación de precios -entre promedios mensuales de Hynix y determinados precios diarios de productores comunitarios- invocando el hecho obvio de que el párrafo 2 del artículo 15 no estipula un método concreto para analizar la existencia de ventas a precios inferiores y los efectos en los precios. Pero las CE deben demostrar por qué es apropiado el método que utilizaron, y el Grupo Especial debe determinar si la conclusión a que llegaron las CE, de que existió una significativa subvaloración de precios, está basada en pruebas positivas.

8. Por último, incluso si el Grupo Especial considera que el análisis de los precios hecho por las CE cumple de alguna forma lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 15, todavía debe evaluar si en este caso concreto cumple la obligación, independiente de la anterior, que impone el párrafo 1 de ese artículo. Por las razones ya referidas, Corea sostiene que las CE no cumplieron dicha obligación.

C. LAS CE NO TUVIERON EN CUENTA DEBIDAMENTE LA SITUACIÓN DE LA RAMA DE PRODUCCIÓN NACIONAL

9. El párrafo 4 del artículo 15 del *Acuerdo SMC* establece que la autoridad nacional está obligada a examinar todos los factores de daño allí enumerados. Pero las CE omitieron los salarios, un factor previsto específicamente en el párrafo 4 del artículo 15, y no recabaron información suficiente para determinar qué habría resultado de un análisis adecuado de "los salarios". Las CE efectivamente declaran, asimismo, que no están obligadas a tener en cuenta declaraciones de la propia rama de producción comunitaria que guardan relación directa con los factores del párrafo 4 del artículo 15. Corea considera problemática esta tesis que no establece ninguna responsabilidad.

10. Contrariamente a las alegaciones de las CE de que "la coyuntura económica descendente" en el mercado de las DRAM es una "cuestión de relación de causalidad más que de análisis de la situación de la rama de producción nacional", el ciclo económico de las DRAM es una consideración general que debe tenerse en cuenta en cualquier examen objetivo de los factores económicos considerados más particularmente. No obstante ello, las CE no abordan este ciclo económico en ninguna parte, en sí mismo ni como contexto pertinente para entender otros factores económicos.

11. Por último, Corea reitera que las CE no explicaron suficientemente por qué sólo tres de los 13 factores enumerados podían imponer su conclusión de que la rama de producción nacional sufría un daño importante. A pesar de que un examen objetivo de los hechos y una explicación razonada del análisis realizado tendrían que incluir esa consideración, no encontramos nada en la determinación de las CE a ese respecto. La determinación es inapropiada conforme al párrafo 4 del artículo 15.

D. LAS CE NO EXPLICAN CÓMO CUMPLE SU DETERMINACIÓN EL REQUISITO LEGAL DE ESTABLECER UNA RELACIÓN CAUSAL Y DE SEPARAR Y DISTINGUIR OTROS FACTORES

1. Las CE no han demostrado la existencia de una relación causal

12. El análisis de las CE sobre la existencia de daño está basado, en gran medida, en la constatación errónea e inadecuada de un aumento de las importaciones en términos absolutos, incluyendo o no a LGS. Aun si este enfoque cumple lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 15, no satisface lo dispuesto en el párrafo 5 de dicho artículo, interpretado a la luz de su párrafo 1. E incluso si el párrafo 5 del artículo 15 se interpretara de forma tan acotada que permitiese constatar que en la presente situación existe una relación causal, el examen de todas maneras no sería objetivo y, como mínimo, supondría otro aspecto de la determinación de las CE que es incompatible con el párrafo 1 del artículo 15.

13. Las pruebas que las CE tenían ante sí demostraban que las tendencias de la cuota de mercado de Hynix no guardaban correlación ni con la participación que en ese mercado tenía la rama de producción nacional, ni con los resultados económicos de ésta. Por consiguiente, las CE no han demostrado la necesaria relación causal que exige el párrafo 5 del artículo 15.

2. Las CE no separaron ni distinguieron las causas correctamente

14. El *Reglamento Definitivo* de las CE era incompatible con los requisitos del párrafo 5 del artículo 15 porque las CE no separaban ni distinguían los efectos perjudiciales de los demás factores. Las CE descartaron erróneamente el papel de la caída de la demanda que tuvo lugar en 2001, desconociendo pruebas concluyentes de todos los observadores del sector, que coincidían en que la caída de la demanda, junto con la "quema de existencias" que trajo aparejada, fueron factores decisivos para comprender la caída de los precios internos que en 2001 se registró en todo el mundo. Las CE hicieron caso omiso de las pruebas sobre las modificaciones de la capacidad relativa, que confirmaban el papel dominante de otros proveedores que aumentaron su capacidad mucho más que Hynix. Si bien las CE procuraron abordar el papel de las importaciones no subvencionadas, prescindieron de las pruebas principales o las deformaron.

15. La norma del párrafo 5 del artículo 15 no permite a las CE limitarse a afirmar simplemente sus conclusiones. Las CE debían explicar cómo se cercioraron de que los efectos perjudiciales de la extraordinaria disminución de la demanda no se incluyeran en la evaluación del daño atribuido a las importaciones subvencionadas. Puesto que la determinación de las CE no lo hace, es incompatible con el párrafo 5 del artículo 15 del *Acuerdo SMC*.

II. CUESTIONES RELATIVAS A LA SUBVENCIÓN

A. LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN POR LAS CE DE "LOS HECHOS DE QUE SE TENGA CONOCIMIENTO" ES INCOMPATIBLE CON EL PÁRRAFO 7 DEL ARTÍCULO 12

1. **La parte demandada no tiene que soportar la carga ni las posibles consecuencias de la ambigüedad de un Miembro investigador**

16. Las CE consideran que la utilización de "los hechos de que se tenga conocimiento" está justificada cuando un Miembro demandado omite facilitar lo que el Miembro investigador consideraba "información necesaria". Este criterio es insostenible. El Miembro investigador debe definir la "información necesaria" y comunicar debidamente al Miembro demandado lo que espera de él. Cualquier otra cosa forzaría al Miembro demandado a soportar la carga y las posibles consecuencias de la ambigüedad del Miembro investigador, o la omisión de éste de solicitar lo que considera "información necesaria".

2. **El párrafo 7 del artículo 12 tiene por objeto colmar lagunas y no es una medida punitiva ni permite sustituir los hechos que constan en el expediente**

17. Las CE no dan ningún fundamento de texto para respaldar su conclusión de que el párrafo 7 del artículo 12 sólo puede tener por objeto sacar conclusiones desfavorables. En realidad, el texto del Acuerdo apoya la conclusión inversa. En este sentido, el Anexo V del *Acuerdo SMC* proporciona un contexto importante para la interpretación del párrafo 7 del artículo 12, en concordancia con el párrafo 2 del artículo 3 del ESD. En particular, el párrafo 7 del Anexo V prevé expresamente que se saquen conclusiones desfavorables, mientras que el párrafo 7 del artículo 12 guarda silencio a ese respecto. Además, el párrafo 6 del Anexo V distingue entre "las pruebas de que disponga" un Miembro y las conclusiones desfavorables, que siguen siendo atribución del Grupo Especial. De ello se sigue que "los hechos de que se tenga conocimiento" también son independientes de las "conclusiones desfavorables", puesto que el artículo 12 del *Acuerdo SMC* no contiene ninguna otra disposición sobre la aplicación de conclusiones desfavorables.

3. **Las CE no fundamentan la aplicación de "los hechos de que se tenga conocimiento" ni la medida en que se efectuó**

18. Las CE aplicaron "los hechos de que se tenga conocimiento" indebidamente en múltiples casos. En lo que respecta a los documentos de los Ministros de los Sectores Económicos, la perspectiva de las CE acerca de si el Gobierno de Corea omitió o no facilitarlos está teñida por su presunción de que esos documentos prueban la existencia de actos encomendados u ordenados. Pero la decisión de recurrir a "los hechos de que se tenga conocimiento" no debería estar motivada por la interpretación interesada de las CE sobre los actos "encomendados" u "ordenados". Las CE deben analizar si la solicitud de información podría interpretarse de otra forma. Aun suponiendo que las CE estuvieran facultadas para recurrir a "los hechos de que se tenga conocimiento" y aplicar conclusiones desfavorables, los documentos no deben convertirse en un pretexto para impugnar toda financiación recibida por Hynix. Sin embargo, eso es precisamente lo que ocurrió en este caso.

19. Del mismo modo, en relación con la presencia de un funcionario del Servicio Supervisor Financiero (FSS) en una reunión de la junta de acreedores de Hynix, el 10 de marzo, las CE optaron por sancionar al Gobierno de Corea basándose en su propia opinión interesada sobre la importancia que debía atribuirse a esa presencia respecto de los actos "encomendados" u "ordenados", en lugar de analizar objetivamente las circunstancias de su propio pedido de información y de sopesar los intereses de Corea. Esa presencia no debía dar base para la aplicación por las CE de "los hechos de que se tenga conocimiento", y menos aún con criterio punitivo. Una vez más, las autoridades de

las CE extrajeron conclusiones excesivamente amplias, utilizando la presencia referida como pretexto para impugnar una financiación que no tenía relación alguna con la reunión.

20. Las CE también distorsionan los hechos que rodean el informe de Arthur Andersen. Las CE nunca señalaron que Hynix no estuviera cooperando respecto del informe; nunca pidieron extractos más amplios de su texto; y nunca procuraron aprovechar la oportunidad de examinar su contenido durante la verificación. Sólo plantearon esta cuestión en el Documento de Divulgación Final. Las medidas de las CE fueron irrazonables, punitivas e incompatibles con su obligación de basarse en "hechos" y no en conclusiones desfavorables, con arreglo al párrafo 7 del artículo 12.

21. Por último, las CE presentan en términos inexactos los hechos relativos al Citibank. Fueron ellas, y no el Citibank ni Hynix, las que no actuaron de buena fe. Teniendo en cuenta todos los esfuerzos que hizo el Citibank para facilitar la información solicitada sin dejar de cumplir su normativa interna, no cabe afirmar razonablemente que no cooperó. También en este caso el único motivo esgrimido por las CE para recurrir a "los hechos de que se tenga conocimiento" es que las afirmaciones del Citibank no pudieron verificarse. Este planteo interesado de los hechos está muy lejos de exponer lo que realmente ocurrió. La conducta de las CE no fue ni objetiva ni razonable.

B. EL PÁRRAFO 1 a)1)iv) DEL ARTÍCULO 1 IMPONE LÍMITES POSITIVOS AL ALCANCE DE LOS ACTOS "ENCOMIENDADOS" U "ORDENADOS"

1. El significado de "encomiende" u "ordene" impone un límite jurídico

22. El texto del Acuerdo constituye la base de las obligaciones de todos los Miembros; no corresponde darle efectos únicamente cuando así conviene para los objetivos de un Miembro. Sin embargo, las CE optan por desconocer el significado básico de "encomiende" u "ordene" tal como surge del párrafo 1 a)1)iv) del artículo 1. El significado básico de "encomiende" exige que haya algo que encomendar. Cuando un banco otorga un préstamo o condona una deuda que no responde a un programa gubernamental, no hay nada que encomendar. Del mismo modo, el significado básico de "ordene" está en el concepto de disponer algo, o dar una orden. Cualquiera de las dudas que las CE intentan generar aludiendo a otras acepciones de estos términos en inglés puede resolverse con sólo remitirse a los textos en francés y en español correspondientes a la disposición: ambos utilizan palabras que se traducen al inglés como "*order*" (ordenar).

23. Las CE pretenden quitar importancia al asunto *Estados Unidos - Limitaciones de las exportaciones*, en que se realizó un cuidadoso análisis de la norma sobre los actos "encomendados" u "ordenados", sosteniendo que en ese caso el Grupo Especial se refirió a una situación de hecho diferente. Pero este intento de distinguir la situación de ese asunto fracasa doblemente. En primer lugar, el Grupo Especial que se ocupó de ese asunto estaba exponiendo claramente su propia interpretación del mismo texto de que aquí se trata. Los hechos podrán haber sido distintos y, en consecuencia, la aplicación de la norma a los hechos podrá variar. Pero el Grupo Especial desarrolló ante todo su interpretación textual del significado de "encomiende" u "ordene". En segundo lugar, ese Grupo Especial también explicó, sabiamente, los problemas que plantea una interpretación demasiado amplia de "encomiende" u "ordene". Señaló que "[l]os gobiernos intervienen en los mercados de diversas maneras", y diferenció cuidadosamente tales intervenciones de las medidas que por su naturaleza alcanzan el nivel de los actos que suponen "encomendar" u "ordenar" algo.

2. El Préstamo sindicado de diciembre de 2000

24. Las CE alegan que el Gobierno de Corea ordenó al KEB, al KFB y al KDB que participaran en el Préstamo sindicado de diciembre de 2000. A la vez, las CE descartan el hecho de que también participaron varias otras entidades privadas que no necesitaban exenciones a la limitación de los préstamos. Su participación indica que optaron por prestar dinero a Hynix. Actuar por opción propia es la antítesis de cumplir algo encomendado u ordenado. Además, no hay elemento alguno en el

expediente de las CE que indique la existencia de una orden del Gobierno, ni siquiera de una sugerencia, de que el KEB, el KDB o el KFB *prestaran* dinero a Hynix. Lo que se hizo fue proporcionar medios, conforme a la legislación coreana, para que dichos bancos *otorgaran préstamos* a Hynix.

25. Las CE procuran remediar su argumento con la idea de que la Comisión de Supervisión Financiera (FSC) concedió al KEB y al KFB un valioso derecho a través de las exenciones que les otorgó, comparable con los derechos de tala analizados por el Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Madera blanda IV*. Pero los hechos son muy diferentes. En ese asunto el Órgano de Apelación constató que con el otorgamiento de un derecho a la extracción de madera en pie (de propiedad estatal) un gobierno proporcionaba esa madera en pie a los madereros. Muy otra cosa es sostener que, al suprimir una restricción que impide a un banco otorgar préstamos, un gobierno otorga un préstamo. El gobierno no otorga el préstamo. En realidad, nunca le pertenecieron siquiera los fondos que constituyen el préstamo. Es el banco el que concede el préstamo. El préstamo sólo sería una contribución financiera si el gobierno ordenase al banco que lo concediera.

3. Seguro de la KEIC

26. Si las CE pretenden tratar el seguro de la KEIC como una donación por el valor total de la línea de crédito en régimen D/A (préstamos respaldados por documentos contra aceptación), en lugar del método que establece el punto j) del Anexo I del *Acuerdo SMC*, las CE deben demostrar que a los acreedores de Hynix se les encomendó u ordenó que concedieran los préstamos D/A. Sin embargo, las CE se limitan a declarar que los bancos concedieron la financiación porque existía el seguro de la KEIC. La existencia del seguro de la KEIC no supone que se encomendara u ordenara algo a los bancos. Tampoco viene al caso que la KEIC sea un organismo público. La KEIC otorgó un seguro, no un préstamo D/A. Fueron los bancos los que lo otorgaron. Las CE determinaron, a lo sumo, que el seguro tuvo algún efecto, pero no determinaron prueba alguna de actos encomendados u ordenados. El Grupo Especial que se ocupó del asunto *Estados Unidos - Limitaciones de las exportaciones* rechazó el "criterio de los efectos" como forma de determinar que algo fue encomendado u ordenado, y lo mismo deberá hacer este Grupo Especial.

4. El programa del KDB

27. Las CE adoptan la posición de que pueden aplicar derechos compensatorios por la cuantía total de los bonos refinanciados del KDB considerándola una donación otorgada por un organismo público. Esta posición es ilógica a la luz de la naturaleza del programa, que incluye la distribución de responsabilidades que establece expresamente. La mecánica del programa disponía que el KDB fuese el primero en suscribir los bonos refinanciados, pero muchos otros acreedores también participaron de inmediato con sus propios compromisos financieros y quedó entendido que participarían inmediatamente, junto con otros inversores, en el programa CBO/CLO. Por consiguiente, cualquiera que sea la posición de las CE respecto del KDB, dadas las características del programa, las CE estaban obligadas a demostrar que el Gobierno de Corea encomendó u ordenó a esos otros acreedores e inversores que actuaran de ese modo. Las CE no cumplieron esta carga probatoria. Por estas razones, la determinación de las CE respecto del programa del KDB era incompatible con las obligaciones que les correspondían en virtud del párrafo 1 a)1)iv) del artículo 1.

5. El paquete de reestructuración de mayo de 2001

28. Las constataciones de las CE sobre la reestructuración de mayo están basadas en gran medida en la supuesta falta de cooperación del Gobierno de Corea, de Hynix y de los acreedores de Hynix. Las CE descartan pruebas bastante concluyentes de que los acreedores de Hynix adoptaron decisiones racionales y las protegieron mediante la financiación que establecieron. En particular, al abordar la contribución financiera y el paquete de reestructuración de mayo de 2001 las CE no mencionan en

ningún momento los certificados mundiales de depósito (GDR). Por el contrario, hacen hincapié en la falta de financiación, cuando los GDR la proporcionaban.

29. Las únicas "pruebas" reales de las CE sobre actos encomendados u ordenados son poco más que la presencia de un funcionario del FSS en una reunión de acreedores el 10 de marzo y que el Gobierno de Corea posee capital en algunos de los bancos participantes. Pero no puede considerarse prueba de actos encomendados u ordenados que un funcionario del FSS asistiera a una reunión de acreedores, a petición de ellos y para ser testigo de compromisos anteriores asumidos por esos acreedores. Del mismo modo, el hecho de que el Gobierno tuviera participación en el capital no equivale a que encomendara u ordenara algo. El simple hecho de que el Gobierno de Corea fuese propietario de una parte o la totalidad de un banco no demuestra, de por sí, que le hubiera encomendado u ordenado otorgar financiación a Hynix. Por estos motivos, las CE no han demostrado que el paquete de reestructuración de mayo comprendiese actos encomendados u ordenados, lo que infringe las obligaciones que les corresponden en virtud del párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1.

6. El paquete de reestructuración de octubre de 2001

30. En relación con la reestructuración de octubre de 2001, las CE destacan el grado de participación estatal en los bancos. Reiteramos que tales pruebas simplemente no pueden demostrar actos encomendados u ordenados. Las CE también echan mano a otras pruebas que tampoco bastan para demostrar tal cosa. En primer lugar, traen a colación que los bancos tuvieron en cuenta consideraciones de orden público. Este enfoque refleja una interpretación tendenciosa del criterio jurídico aplicable. Nada tiene de particular que los bancos, al otorgar un préstamo, tomen en consideración múltiples factores diversos. En segundo lugar, las CE también alegan que existe una "actitud de intervención permanente", pero al hacerlo presentan los hechos en términos inexactos. Puesto que para encomendar u ordenar algo hace falta alguna medida gubernamental positiva, el análisis debe centrarse en determinadas transacciones específicas y no en generalizaciones sobre la "intervención". En tercer lugar, las CE atribuyen gran peso a la declaración del Viceprimer Ministro de Corea, pero una vez más malinterpretan las pruebas. A lo sumo, esa declaración representa un esfuerzo tendiente a influir, pero no prueba actos "encomendados" u "ordenados". Por último, las CE pasan seguidamente a analizar pruebas relativas a varios bancos determinados. Pero este análisis de "pruebas" en ningún momento da fundamentos convincentes para constatar actos encomendados u ordenados. Por estas razones, las constataciones de las CE relacionadas con la reestructuración de octubre de 2001 son incompatibles con el párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1.

C. LA DETERMINACIÓN DEL BENEFICIO REALIZADA POR LAS CE ES INCOMPATIBLE CON EL PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO 1 Y CON EL ARTÍCULO 14

1. El análisis del beneficio hecho por las CE debe desestimarse cuando no se demuestra la existencia de contribución financiera

31. Desde el punto de vista jurídico, si se declara que las constataciones de las CE sobre contribución financiera son incompatibles con el *Acuerdo SMC*, entonces también deben desestimarse sus constataciones sobre el beneficio. Una subvención susceptible de medidas compensatorias exige una contribución financiera, el otorgamiento de un beneficio, y el carácter específico de éste. Puede ocurrir que se compruebe una contribución financiera sin que exista beneficio o sin que sea específico; pero cuando no hay contribución financiera la estructura del Acuerdo no permite constatar la existencia de beneficio ni su especificidad.

2. Las CE propugnan una interpretación errónea de la relación entre el párrafo 1 del artículo 1 y el artículo 14

32. Corea ha impugnado debidamente tanto la constatación de existencia de un beneficio como su medición, con arreglo al párrafo 1 b) del artículo 1 y el artículo 14 del *Acuerdo SMC*. Las CE alegan

que el *Acuerdo SMC* no contiene ninguna definición de "beneficio" y que el artículo 14 está limitado al cálculo de la cuantía de una subvención. Las CE omiten tomar en consideración que propio el término "beneficio" forma parte de la definición del párrafo 1 del artículo 1 y constituye un elemento esencial para constatar la existencia de una subvención. Por consiguiente, interpretado a la luz del párrafo 1 del artículo 1, el artículo 14 da una orientación perfectamente clara sobre lo que no constituye subvención. De conformidad con el párrafo 1 del artículo 1, no existe subvención cuando no se otorga un beneficio. En cada uno de los párrafos a) a d) del artículo 14 se describen casos concretos en los que determinada medida "no se considerará ... que confiere un beneficio". Dicho de otro modo: el artículo 14 no se refiere únicamente al cálculo de la cuantía de un beneficio, sino que tiene una función importante para definir si existe alguna subvención, de conformidad con los requisitos que establece el párrafo 1 del artículo 1.

3. El método de cálculo del beneficio que apliquen los Miembros debe ser compatible con los principios establecidos en el artículo 14

33. El artículo 14 aplica expresiones muy concretas, centradas en el comportamiento "habitual" o "reinante" del mercado investigado, o en un comportamiento "comparable". En relación con la cuantía del beneficio, los párrafos b) y c) del artículo 14 establecen, en particular, que la cuantía del beneficio conferido "será la diferencia" entre los costos de los instrumentos comparados. En lo que se refiere al suministro de bienes, el párrafo d) del artículo 14 exige que se realice una comparación de los bienes o servicios suministrados con la remuneración adecuada de tales bienes o servicios, que "se determinará en relación con las condiciones reinantes en el mercado".

34. En el asunto *Estados Unidos - Madera blanda IV*, el Órgano de Apelación constató que "es muy limitada la posibilidad que admite el apartado d) del artículo 14 de que la autoridad investigadora tome en consideración un punto de referencia distinto de los precios privados en el país de suministro". Sólo puede hacerlo cuando "ha quedado establecido que esos precios privados están distorsionados debido al papel predominante del gobierno en el mercado como proveedor de los mismos bienes u otros similares." Además, una vez establecida la cuestión de la distorsión del mercado, la autoridad investigadora todavía tiene que determinar otro punto de referencia.

35. Las CE alegan que la aseveración del Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Madera blanda IV* se diferencia en que sólo se refiere al texto del párrafo d) del artículo 14, por lo que debe limitarse únicamente a ese párrafo. Pero esta interpretación desconoce por completo la manifiesta preferencia por los puntos de referencia primarios (esto es, los que se encuentran en el mercado investigado), que puede hallarse en los demás párrafos del artículo 14. Las CE no pueden borrar del texto del Acuerdo expresiones como "comparable" y "la práctica habitual en materia de inversiones ... de los inversores privados en el territorio".

4. Las CE no justificaron en su momento, ni justifican ahora, sus constataciones sobre el beneficio en relación con cada una de las transacciones tratadas en esta diferencia

a) El préstamo sindicado

36. Respecto del préstamo sindicado, las CE omitieron considerar los préstamos del KFB, el KEB y el KDB con referencia a los préstamos de los otros siete bancos participantes. Además, al comparar el reglamento provisional y el reglamento definitivo de las CE queda claro que las CE simplemente han confundido la distinción entre contribución financiera y beneficio. Cuando una evaluación provisional proporciona un análisis del beneficio del que resulta que no existe beneficio alguno, y la autoridad investigadora modifica esa determinación basándose exclusivamente en alegaciones sobre actos "encomendados" u "ordenados", se plantea un problema evidente. Incluso si se hubiese ordenado al KEB, al KDB y al KFB que participaran en el crédito sindicado, ese hecho no daría respuesta a la pregunta de si la participación de otros siete bancos puede servir como punto de referencia. Por consiguiente, las CE omitieron medir lo que recibió Hynix y lo que podía obtener en

el mercado, en incumplimiento de las obligaciones que les correspondían con arreglo al párrafo 1 b) del artículo 1 y el párrafo b) del artículo 14.

b) El seguro de la KEIC

37. Las CE constataron que el seguro de la KEIC era una subvención a la exportación. Como tal, el seguro referido se regiría por el Anexo I del *Acuerdo SMC*, y en particular por su punto j). La cuantía del beneficio, según prescribe el punto j), es la diferencia entre las primas efectivamente pagadas y las necesarias para cubrir a largo plazo los costes y pérdidas de funcionamiento del sistema. Las CE no midieron el beneficio sobre esa base. Tampoco dieron respuesta a una cuestión de cálculo más básica, relacionada con la naturaleza de la financiación en régimen D/A. En síntesis, es un servicio de crédito que facilita financiación a corto plazo (el característico es de 90 días) para transacciones de exportación. Nunca consistió en un préstamo de 600 millones de dólares EE.UU., que era la cuantía máxima. De cualquier modo, las CE no compararon debidamente lo que se recibió con lo que podía obtenerse en el mercado.

c) El programa del KDB

38. Las CE se extienden en consideraciones destinadas a desacreditar los posibles puntos de referencia relativos al fundamento comercial de la participación de los acreedores e inversores de Hynix en el programa del KDB, y las demás pruebas que indican ese fundamento comercial. Pero las CE ni siquiera intentan tomar en consideración los GDR de junio de 2001, por 1.250 millones de dólares EE.UU., ni la circunstancia real de que los inversores internacionales estaban dispuestos a destinar a Hynix capitales importantes, de manera similar al compromiso asumido por los acreedores e inversores de Hynix a través del programa del KDB y del programa CBO/CLO relacionado con aquél. En última instancia, las CE no deberían haber constatado que el programa del KDB era una donación de cuantía equivalente a los bonos que refinanciaba. Hynix disponía de capital, de manera que podían utilizarse puntos de referencia conforme a la obligación del párrafo 1 b) del artículo 1 y el artículo 14, de comparar lo recibido con lo que podía obtenerse efectivamente en el mercado.

d) La reestructuración de mayo de 2001

39. La forma en que las CE tratan la reestructuración de mayo de 2001 adolece del mismo defecto insubsanable que respecto del crédito sindicado: utilizan pruebas relativas a la contribución financiera en lugar del beneficio. Para hacer un análisis adecuado, las CE deberían haber comparado el tipo de interés de los bonos convertibles con los correspondientes tipos de interés de mercado, tal como está prescrito en el párrafo 1 b) del artículo 1 y el artículo 14 del *Acuerdo SMC* y se establece en el asunto *Canadá - Aeronaves civiles*. Al analizar el supuesto beneficio de la compra de los bonos convertibles como una donación y no llevar a cabo la comparación apropiada entre lo recibido y lo que podía obtenerse en el mercado, las CE incumplieron las obligaciones que les correspondían en virtud del Acuerdo.

e) La reestructuración de octubre de 2001

40. El análisis de las CE sobre el beneficio de la reestructuración de octubre aplica rígidamente supuestos de maximización de las ganancias sin hacer ningún tipo de consideración objetiva sobre los hechos. Las CE consideraron la situación financiera de Hynix en el vacío, sin tener en cuenta el mercado de las DRAM en que Hynix operaba ni las circunstancias en que se encontraban sus inversores. En resumen, las CE no elaboraron ningún punto de referencia apropiado en relación con la reestructuración de octubre sino que, en vez de ello, dieron por supuesto indebidamente que constituía una donación. Las CE no justificaron una cosa ni la otra, en forma incompatible con las obligaciones que les correspondían en virtud del párrafo 1 b) del artículo 1 y el artículo 14, de comparar lo recibido con lo que podía obtenerse en el mercado, conforme a las precisiones desarrolladas por el Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Madera blanda IV*.

D. LAS CE NO HAN JUSTIFICADO EL MANTENIMIENTO DE SUS ERRORES DE CÁLCULO

41. Las CE no justifican sus errores de cálculo. En relación con el programa del KDB, sostienen que Hynix nunca planteó la cuestión de que las CE hacían efectivamente un doble cómputo de los beneficios de los bonos de ese programa al no deducir los canjeados por bonos convertibles en la reestructuración de mayo de 2001. Esta afirmación es inexacta. El expediente demuestra con claridad que Hynix advirtió a las CE específicamente sobre este error en sus observaciones de 30 de junio de 2003 sobre la Comunicación final de información de las CE. El hecho de que las CE no hayan corregido el error señalado claramente por Hynix es incompatible con lo dispuesto en el párrafo 1 b) del artículo 1 y el artículo 14.

42. Otro error fundamental del enfoque de las CE sobre el programa del KDB consistió en tratar como donaciones instrumentos que devengaban intereses. Las CE pretenden ahora atribuir toda la responsabilidad a Corea aduciendo que Hynix nunca alegó que en el cálculo de las obligaciones del KDB debían deducirse los intereses. Pero el argumento de Hynix era que nunca debió haberse utilizado el método correspondiente a las donaciones. Las CE debieron, como mínimo, haber analizado el asunto y deducido los intereses pagados.

43. Las CE también se niegan a reconocer los problemas inherentes a la aplicación de su método propio de las donaciones en lo que respecta al programa de reestructuración de octubre de 2002, al determinar que eran donaciones unos préstamos en que había intereses pactados y pagados. Como las CE nunca tomaron en consideración el pago de intereses, no establecieron debidamente el supuesto beneficio de Hynix, en forma incompatible con el párrafo 1 b) del artículo 1 y el artículo 14 del *Acuerdo SMC*.

44. La posición de las CE respecto de la utilización de un valor erróneo sobre la cuantía de deuda refinanciada como parte de la reestructuración de octubre de 2001 es, tal vez, el más indefendible de sus argumentos. Hynix advirtió a las CE del error en la cuantía total que estaban utilizando. La única defensa de las CE parece ser que Hynix no debió sorprenderse porque las CE habían respondido a sus observaciones informándole del valor total que se utilizaba. Semejante planteo no puede excusar el error.

E. LOS ARGUMENTOS DE LAS CE SOBRE LA ESPECIFICIDAD NO SON PERTINENTES

45. Desde el punto de vista jurídico, en la medida en que se declare la incompatibilidad con el *Acuerdo SMC* de las constataciones de las CE sobre la contribución financiera, también deben desestimarse sus constataciones sobre la especificidad. Aun presumiendo la existencia de una contribución financiera, las constataciones de las CE sobre la especificidad son incompatibles con el párrafo 2 del artículo 1 y con el artículo 2.

46. En lo que respecta al programa del KDB, las CE sostienen que tomaron en consideración todos los factores enumerados en el artículo 2; pero ello no resulta evidente en el único párrafo que se cita de su *Reglamento Provisional*. Por estos motivos, Corea reitera su alegación de que las CE, al constatar que el programa del KDB era específico, actuaron de manera incompatible con las obligaciones que les corresponden en virtud del párrafo 2 del artículo 1 y el artículo 2.

47. Los argumentos de las CE en apoyo de sus constataciones sobre especificidad respecto de los paquetes de reestructuración de mayo y octubre son tan limitados que prácticamente despojan de todo significado el requisito de especificidad. Muchas empresas reestructuraron sus deudas en el mismo marco utilizado por Hynix y sus acreedores. Las CE hacen caso omiso de estos hechos. Por lo tanto, sus constataciones sobre las transacciones relativas a los paquetes de reestructuración de mayo y octubre son incompatibles con el párrafo 2 del artículo 1 y el artículo 2 del *Acuerdo SMC*.

F. LA DETERMINACIÓN DE LAS CE ES INCOMPATIBLE CON EL PÁRRAFO 4 DEL ARTÍCULO 19, EL ARTÍCULO 10 Y EL PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO 32 DEL ACUERDO SMC Y CON EL PÁRRAFO 3 DEL ARTÍCULO VI DEL GATT DE 1994

48. Al decidir usar las ventas no consolidadas de Hynix, las CE confunden el alcance de la investigación (las DRAM) con la cuestión de los productos o empresas que se beneficiaron de las supuestas subvenciones. El hecho de que las CE hayan investigado únicamente el mercado de las DRAM no determina que automáticamente se pueda afirmar que las subvenciones otorgadas a Hynix beneficiaban sólo a Hynix en carácter de entidad matriz y sólo con relación a las DRAM. Al adoptar ese enfoque, los derechos compensatorios impuestos por las CE sobrepasan los límites impuestos en el párrafo 4 del artículo 19 del *Acuerdo SMC* y el párrafo 3 del artículo VI del GATT de 1994.

49. Además, una vez que se tomó la decisión de imponer esos derechos, cada violación de las disposiciones específicas del *Acuerdo SMC* mencionadas *supra* da lugar, paralelamente, a una violación del artículo 10 y del párrafo 1 del artículo 32.

III. CONCLUSIÓN

50. Por todas las razones expuestas, pedimos respetuosamente al Grupo Especial que haga las constataciones señaladas en el párrafo 676 de la Primera comunicación de Corea.

ANEXO C-2

RESUMEN DE LA COMUNICACIÓN DE RÉPLICA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

I. HECHOS, PRUEBAS, CARGA DE LA PRUEBA

1. Las CE desean reiterar los siguientes puntos.
2. La carga de la prueba en las presentes actuaciones del Grupo Especial recae sobre Corea.
3. La autoridad investigadora se basó en la totalidad de los hechos y pruebas disponibles.
4. Los hechos son como se exponen en los reglamentos que las CE han resumido en sus alegaciones.
5. Corea no ha refutado casi ninguno de los hechos. No existe ningún fundamento para que el Grupo Especial formule ninguna constatación en relación con hechos no controvertidos. No existe ningún fundamento para que el Grupo Especial examine las pruebas en las que se basó la autoridad investigadora para demostrar hechos incontrovertidos.
6. Cuando Corea refuta hechos, lo hace generalmente basándose en simples afirmaciones. No aporta ninguna prueba para fundamentarlas. Ante esta situación, las aseveraciones de Corea han de ser rechazadas; no existe ningún fundamento para que el Grupo Especial formule constataciones en relación con esos hechos; y no existe ningún fundamento para que el Grupo Especial examine las pruebas en las que se basó la autoridad investigadora para establecer esos hechos.
7. En pocas palabras, el punto de partida de las consideraciones del Grupo Especial no son las pruebas en las que se basó la autoridad investigadora, sino las pruebas en las que se basó Corea en estas actuaciones, si es que se basó en alguna. En caso de no existir dichas pruebas, Corea no puede ni siquiera iniciar el asunto, y esto pone fin al mismo.
8. Si Corea aporta pruebas que sean meramente equivalentes a aquellas en las que se basó la autoridad investigadora, este Grupo Especial tiene que formular una constatación favorable a las CE. Para lograr un fallo a su favor, Corea tiene que presentar pruebas que establezcan una presunción *prima facie* que no sea refutada por las pruebas obrantes en el expediente en las que se basó la autoridad investigadora de las CE.

II. EL TODO ES MÁS QUE LA SUMA DE LAS PARTES

9. Las opiniones que Corea continúa difundiendo reflejan errores de derecho notorios, básicos y alarmantes. Probablemente, ha llegado el momento de tomar distancia respecto de la maraña de hechos, para reflexionar sobre los mismos y dejar claras un par de cuestiones básicas.
10. Los artículos 1 y 14 del *Acuerdo SMC* hacen referencia a una subvención, a una contribución financiera, a un beneficio. Todo en singular.
11. El *Acuerdo SMC* no contiene ninguna norma expresa acerca del período de investigación, y la elección del año 2001 en este caso, seleccionado por coincidir con el ejercicio financiero más reciente en Corea antes de iniciarse la investigación, no ha sido seriamente rebatida por Corea.

12. Una vez que ha decidido cuál será el período de investigación, la autoridad investigadora inicia la recopilación de las pruebas y los hechos sobre la base de los cuales formulará su determinación. Frecuentemente, como ocurre en el presente caso, la autoridad investigadora reunirá cientos o incluso miles de hechos.

13. Una vez que haya reunido los hechos, la autoridad investigadora decidirá cómo estructurarlos y calificarlos. No hay nada en el *Acuerdo SMC* que impida a la autoridad investigadora examinar, en el curso de la misma investigación, más de una subvención, más de una contribución financiera, o más de un beneficio. Y la autoridad investigadora puede, si así lo desea, *analizar los hechos* de forma *compartimentada*. Aunque tampoco hay nada en el *Acuerdo SMC* que obligue a la autoridad investigadora a proceder de esta manera. Los artículos 1 y 14 están redactados en singular. Si una autoridad investigadora actúa sobre la base de que existe sólo una subvención, una contribución financiera o un beneficio, *incluso aunque se dividan en distintos elementos*, ningún reclamante ni grupo especial pueden presumir que, al proceder así, la autoridad investigadora está actuando de manera incompatible con los artículos 1 y 14 del *Acuerdo SMC*. Tal presunción carece simplemente de fundamento alguno, y afirmar que existe una infracción del *Acuerdo SMC* únicamente sobre esa base, sería ciertamente erróneo desde el punto de vista jurídico.

14. En el contexto del *Acuerdo Antidumping* (que Corea ha admitido como contexto relevante), el Órgano de Apelación ha dejado claro, en el asunto *CE - Ropa de cama* y en otros asuntos, que una autoridad investigadora formula una constatación (en singular) sobre la existencia de dumping en relación con un producto (en singular) que concierne a una rama de producción nacional (en singular).

15. ¿Cómo actuó la autoridad investigadora en este caso? Evidentemente, desglosó en una serie de elementos los cientos de hechos que había reunido a lo largo de la investigación, con el fin de facilitar su tarea. Al hacerlo, examinó las características propias de los hechos relativos a programas y bancos individuales. Sin embargo, al mismo tiempo, la autoridad investigadora declaró repetidamente que basaba su determinación en la *totalidad de las pruebas y hechos disponibles*. La autoridad investigadora formuló esta declaración con tanta frecuencia que el Grupo Especial sencillamente no puede ignorarla. ¿Qué significa esta declaración?

16. Esta declaración significa, en efecto, que la autoridad investigadora también examinó el cuadro completo. Un cuadro de grandes dimensiones. En singular. Esto también explica por qué las CE impusieron finalmente un derecho compensatorio, no cinco. Ésta es la razón por la que la autoridad investigadora consideró que todos los hechos y pruebas relacionados por ejemplo con la cuestión de la contribución financiera tenían la misma o casi la misma relevancia en relación con todos los elementos de la subvención, desde el préstamo sindicado hasta el programa de salvamento de octubre de 2001. Este Grupo Especial no debe permitir que lo induzcan a error los intentos de Corea, basados en ciertos aspectos de la mera forma de la medida en cuestión, de deconstruir la determinación formulada por la autoridad investigadora para convertirla en algo que no es (varias determinaciones jurídicamente *compartimentadas*). Este Grupo Especial debe mirar más allá de la forma de la medida en cuestión, y juzgar lo que realmente hizo la autoridad investigadora, es decir, además del examen de los hechos relativos a programas y bancos individuales, *también* el examen y la utilización de la totalidad de los hechos y pruebas disponibles.

17. Así, se plantea un problema jurídico importante cuando Corea invita a este Grupo Especial a formular constataciones examinando, por ejemplo, si una cierta categoría limitada de hechos y pruebas -limitada por Corea- sirve para fundamentar la determinación formulada por la autoridad investigadora, en relación con un elemento de la subvención. **Esto sencillamente no tiene en cuenta todo lo que hizo la autoridad investigadora**. Este Grupo Especial debe examinar lo que la autoridad investigadora realmente hizo.

18. Dicho de otro modo: Corea querría que este Grupo Especial, dejando a un lado las cuestiones jurídicas pertinentes, impusiera sobre los hechos reunidos por la autoridad investigadora una especie de plantilla compartimentada; para verlos desde una perspectiva diferente a la de la autoridad investigadora; para aplicar una metodología diferente de la aplicada por la autoridad investigadora. En pocas palabras, Corea invita a este Grupo Especial a rehacer la evaluación, basándose en los métodos y planteamientos de Corea, distintos de los utilizados por las CE, sin dar ninguna otra explicación. Este Grupo Especial no está facultado para ello, y ello constituiría un grave error desde el punto de vista jurídico.

19. Una cuestión jurídica previa que este Grupo Especial tiene ante sí es por tanto ésta: ¿tenía la autoridad investigadora derecho a basarse en la totalidad de los hechos y pruebas disponibles? Si la respuesta a esta pregunta es sí (y las CE están seguras de que lo es), entonces todos o casi todos los argumentos y las alegaciones de Corea pueden desestimarse, sin más porque sencillamente se refieren a algo bastante distinto de lo que la autoridad investigadora realmente hizo.

20. La primera pregunta que se plantea y también la más obvia es: ¿Por qué no? ¿Qué disposición del *Acuerdo SMC* obliga a una autoridad investigadora a proceder de modo distinto? Corea no cita ninguna porque no existe ninguna. En muchos aspectos, esa observación es suficiente para resolver el caso.

21. Si, contrariamente a lo que realmente hizo la autoridad investigadora, un reclamante en el marco de un procedimiento sustanciado de conformidad con el ESD, o incluso un grupo especial, comenzara a deconstruir y atomizar la totalidad de los hechos y pruebas de los que dispone la autoridad investigadora, ¿dónde finalizaría este proceso? Especialmente en un caso como el presente, que conlleva una complejidad y un detalle desde el punto de vista fáctico tan extraordinarios.

A. HASTA EL ÚLTIMO WON

22. Permítannos en primer lugar examinar el problema en términos documentales, materiales o sustantivos. Considérese, por ejemplo, algo como la fianza de la KEIC. La autoridad investigadora vio esta garantía como un elemento de la subvención a Hynix. Corea invita esencialmente a este Grupo Especial a que la evalúe como si formara parte de un compartimento jurídico separado y aislado de los otros elementos de la subvención. Corea va incluso más allá, e intenta que el Grupo Especial la evalúe en relación con cada banco (a pesar de que esto refleja un malentendido básico del análisis llevado a cabo por la autoridad investigadora). ¿Pero por qué parar aquí? ¿Por qué no deconstruir los hechos todavía más y examinar cada transacción individual que se benefició de la fianza de la KEIC en un compartimento jurídicamente aislado? Corea aduciría presumiblemente en ese caso que la autoridad investigadora estaba obligada a mostrar una orden del Gobierno de Corea en relación con cada transacción de exportación específica (no cabe duda de que hay cientos o incluso miles de ellas). ¿Por qué no proceder así hasta el último won? De hecho, seguir la lógica de Corea supondría situar el umbral de la prueba tan alto que la elusión del *Acuerdo SMC* se convertiría en algo sencillo. Sencillamente no existe ningún fundamento en el *Acuerdo SMC* para que Corea, o incluso este Grupo Especial, impongan su visión de cuál es el enfoque individual correcto en todos los casos.

B. AHORA ES EL MOMENTO

23. También se puede examinar la cuestión desde una perspectiva temporal. Corea supone que un hecho asociado con carácter más general con una parte anterior de la investigación ha de considerarse irrelevante para la parte posterior de la misma. ¿Por qué? ¿A qué disposición del *Acuerdo SMC* se refiere Corea? Es perfectamente posible, por ejemplo, que una subvención se otorgue al inicio del período de investigación, pero que el daño importante sólo se produzca hacia el final del mismo. No hay nada en el *Acuerdo SMC* que impida que una autoridad investigadora ponga en relación estos hechos ante sí, o incluso que establezca una *relación de causalidad* entre los

mismos. ¿Por qué habría de ser distinta la situación respecto a otros hechos, como los relativos a la contribución financiera?

24. De conformidad con el *Acuerdo Antidumping* (que Corea ha admitido como contexto pertinente), siendo igual todo lo demás, las transacciones internas, sobre la base de las cuales se establece el valor normal, podrían situarse hacia el inicio del período de investigación, y las transacciones de exportación hacia el final del mismo, sin problemas. El párrafo 4 del artículo 2 del *Acuerdo Antidumping* exige a la autoridad investigadora realizar una comparación "en fechas lo más próximas posible", y fechas próximas a estos efectos, no existiendo problemas tales como un entorno altamente inflacionista o cuestiones cambiarias, bien pueden ser fechas dentro del año que dura el período de investigación, que a estos efectos puede ser considerado como una *singularidad temporal*. El *Acuerdo SMC* no contiene ninguna disposición equivalente porque no existe tal comparación en el marco de este Acuerdo, pero la cuestión básica sigue siendo la misma: habiendo seleccionado el período de investigación (que en este caso no ha sido seriamente rebatido por Corea), no hay nada en el *Acuerdo SMC* que obligue a la autoridad investigadora a establecer el tipo de subdivisiones temporales que Corea defiende en este caso.

25. En este caso existían numerosos aspectos con respecto a los cuales los distintos elementos de la subvención se superponían unos con otros, como se describe con cierto detalle en los reglamentos y en la primera comunicación escrita de las CE, y como además se deduce del expediente.

C. AGRUPANDO

26. Se pueden hacer observaciones similares en relación con los intentos de Corea de persuadir a este Grupo Especial de que examine la situación de cada banco de manera aislada y compartimentada. Eso no es lo que hizo la autoridad investigadora, y no hay nada en el *Acuerdo SMC* que la obligue a proceder de esa forma.

27. ¿Son el pastor y su perro los que llevan el rebaño? Sí. ¿Confía el pastor a su perro la tarea de juntar las ovejas? Sí. En este caso, la totalidad de los hechos y pruebas muestra que el Gobierno de Corea hizo todo lo que pudo, a través de su legislación y de su comportamiento, para mantener a los bancos juntos, como una unidad, tanto tiempo como fuera posible. Eso explica sin duda la clase de amenazas dirigidas a bancos como KFB y Koram que temerariamente intentaron salirse del redil, especialmente en las primeras etapas. También explica sin duda por qué los CFIC estaban estructurados de forma que todos los bancos se mantuvieran dentro del redil, tanto tiempo como fuera posible. En estas circunstancias, una autoridad investigadora tiene todo el derecho a basarse en hechos y pruebas relativos a la encomienda u orden al rebaño en su conjunto. No hay nada en el *Acuerdo SMC* que obligue a una autoridad investigadora a examinar la situación en relación con cada animal del rebaño de manera artificialmente aislada y compartimentada.

28. A este respecto, la situación hace pensar mucho en la clásica situación de los cárteles en la que, por ejemplo, se descubre que los directores de ventas de una docena de competidores se han reunido clandestinamente en un hotel. Todos ellos proclaman su inocencia, pero se encuentran pruebas escritas que indican que más de la mitad de ellos estaban involucrados en la fijación de precios. Existen también abundantes pruebas incriminatorias que sugieren que era más que probable que éste fuera asimismo el caso de los demás. Es perfectamente razonable que, sobre la base de la totalidad de los hechos y pruebas disponibles, se considerara que las empresas restantes también habrían participado.

D. Y EL GOBIERNO ORDENÓ REFINANCIAR

29. Como las CE han explicado en repetidas ocasiones, en este caso el dinero que entraba en Hynix estaba en esencia siendo objeto de rotación continua de un elemento de la subvención a otro, como si de un gran juego de pachinko se tratara, tal y como se resume en la Prueba documental CE-38

de las CE. A este respecto, la autoridad investigadora consideró esencialmente que cuando el pasivo de Hynix existente al principio del período de investigación, que de hecho nunca se satisfizo, se renovó hacia el final de dicho período, ese hecho también constituía una buena razón para examinar el cuadro completo y formular la determinación sobre la base de la totalidad de los hechos y pruebas disponibles. Era una forma totalmente razonable de proceder, y no existe ningún fundamento para constatar que al llevar a cabo su análisis de esta manera la autoridad investigadora haya incumplido ninguna de las obligaciones contenidas en el *Acuerdo SMC*.

E. NO EXISTE NINGÚN FUNDAMENTO PARA QUE ESTE GRUPO ESPECIAL CONCLUYA QUE LA AUTORIDAD INVESTIGADORA NO ACTUÓ CON OBJETIVIDAD

30. A la luz de estas observaciones y a la luz de la totalidad de los hechos y pruebas disponibles, y también como lo determina el funcionamiento legítimo del párrafo 7 del artículo 12 del *Acuerdo SMC* y las inferencias resultantes, las CE están firmemente convencidas de que la autoridad investigadora estaba plenamente justificada al proceder como lo hizo. No hay nada en la comunicación de Corea que pueda fundamentar la conclusión de que, al actuar como lo hicieron, en relación con esta cuestión previa, las CE no actuaron de manera objetiva o que lo hicieron de manera incompatible con alguna disposición del *Acuerdo SMC*.

III. LA FUSIÓN DE LG SEMICON

31. El párrafo 2 del artículo 15 del *Acuerdo SMC* hace referencia a "un aumento significativo de las [importaciones subvencionadas]" (en términos absolutos o en relación con la producción o el consumo del Miembro importador). Para determinar si existe un "aumento" o no, es necesario realizar una comparación, esto es, realizar al menos dos mediciones, una antes y otra después, y compararlas.

32. Obviamente, la idea básica que subyace al párrafo 2 del artículo 15 del *Acuerdo SMC* es la de examinar si existe o no alguna prueba de que la subvención ha tenido un impacto sobre la corriente de importaciones procedentes de una fuente en particular. Eso significa que una autoridad investigadora tratará básicamente de tomar un período anterior a aquél en el que tuvo lugar la subvención, y de compararlo con el período durante el cual hubo subvención. De este modo podrá examinar si existe o no un aumento en las exportaciones/importaciones coincidiendo con la subvención.

33. El *Acuerdo SMC* no contiene ninguna norma relativa al marco de tiempo global que ha de ser empleado por una autoridad investigadora para examinar este asunto. En este caso, la autoridad investigadora utilizó cuatro años, desde el 1º de enero de 1998 hasta el 31 de diciembre de 2001, lo que era absolutamente lícito, y que además no ha sido seriamente rebatido por Corea.

34. El *Acuerdo SMC* tampoco contiene ninguna norma acerca de cómo dividir el marco temporal a efectos comparativos. En este caso, la autoridad investigadora utilizó esencialmente períodos de un año, lo que era absolutamente lícito, y que además no ha sido seriamente rebatido por Corea.

35. De modo similar, no existe ninguna norma en el *Acuerdo SMC* acerca del período de investigación en relación con la subvención. La autoridad investigadora eligió el año 2001, lo que era razonable y absolutamente lícito, y que además no ha sido seriamente rebatido por Corea.

36. Una vez establecido este marco, la autoridad investigadora comenzó en este caso por examinar el volumen de exportaciones/importaciones de la empresa subvencionada, Hynix, durante 2001, período durante el cual se determinó que existía una subvención. Seguidamente, examinó las importaciones de los tres años precedentes que procedían de la misma fuente.

37. Llegados a este punto podría decirse, en aras del debate, que la autoridad investigadora tenía, al menos en teoría, que decidir qué consideraría que era "una misma fuente". Una opción era la de examinar todas las importaciones del período de tres años precedente que procedían de la empresa Hynix (y esto es lo que de hecho hizo la autoridad investigadora). Una segunda opción era, según Corea, la de examinar todas las importaciones procedentes de *instalaciones de producción* que estaban bajo control de Hynix en 2001, aun cuando no hubieran estado bajo su control en los años precedentes. Esta decisión corresponde de hecho, bastante al tipo de decisiones que las autoridades investigadoras tienen que adoptar en las investigaciones de derecho económico.

38. Corea alega que la autoridad investigadora, por haber elegido la primera opción, actuó de manera incompatible con el párrafo 2 del artículo 15 del *Acuerdo SMC*. ¿Por qué? ¿Qué disposición del *Acuerdo SMC* impone alguna obligación a la autoridad investigadora a este respecto? Sencillamente no existe una obligación semejante en el párrafo 2 del artículo 15 del *Acuerdo SMC*. Todo lo que exige esa disposición es que una autoridad investigadora examine si ha habido un aumento o no. Si los redactores hubieran deseado imponer un método en particular, podrían fácilmente haberlo hecho, pero optaron por no hacerlo. Corea podría en este caso concreto afirmar que, poniéndose en el lugar de una autoridad investigadora, habría preferido un método antes que otro -y el Grupo Especial podría estar de acuerdo o no- pero esto no viene al caso en absoluto. Este Grupo Especial no puede realizar de nuevo la investigación. No puede ampliar ni disminuir los derechos y las obligaciones de los Miembros que dimanaban del *Acuerdo SMC*.

39. Las CE opinan, en este contexto específico, que debería ponerse especial cuidado al "romper el velo corporativo", tratándose de una empresa notoriamente llena de problemas y con el potencial para introducir subjetividad. En este contexto, las CE prefirieron la prueba objetiva de examinar el comportamiento de la empresa Hynix y averiguar su conducta en el pasado. El párrafo 1 del artículo 15 del *Acuerdo SMC* exige un examen objetivo, y el enfoque elegido por la autoridad investigadora era muy adecuado -de hecho el más adecuado- para lograr ese objetivo.

40. La esencia de una subvención radica, en términos generales, en que normalmente se otorga a una empresa (como puede ser Hynix) y no a una instalación de producción. Una subvención pasa normalmente de estar bajo control del gobierno a estar bajo control de la empresa (en este caso, Hynix), y ese es el momento crítico (cambio de control sobre el recurso) que realmente importa. Existe frecuentemente un acto jurídico (decisión, concesión o contrato) entre el gobierno y la empresa. En caso de desacuerdo con el gobierno cualquier litigio concerniría a la empresa (Hynix), no a la instalación de producción. Esto es así incluso si la instalación de producción ha sido vendida desde entonces. Además, el destino final del dinero depende de las decisiones tomadas por las personas que lo controlan en ese momento, esto es, las personas que controlan la empresa, no la instalación de producción. Con frecuencia, una subvención se otorga *quid pro quo*: el dinero solamente se paga a cambio de cierta actuación por parte del receptor, esto es, la empresa, no la instalación de producción. Con frecuencia, las subvenciones se pagan a entidades controladas por el gobierno, precisamente porque de esa forma los gobiernos suelen sentirse más cómodos en relación con sus posibilidades de controlar el uso final de la subvención, mediante el control de los mecanismos de gestión de la empresa.

41. No hay nada de artificial o legalista en centrarse en la empresa en este sentido. La constitución en sociedad de responsabilidad limitada no es tan sólo un concepto jurídico formal. La responsabilidad limitada es la piedra angular en el desarrollo de la empresa moderna. La sociedad de responsabilidad limitada es un centro de imputabilidad en términos jurídicos, pero también en términos económicos, contables, comerciales y otros (políticos, de mercados financieros). Existe una nutrida legislación que se ha creado en torno a este concepto y que no puede ser tachada a la ligera de "formalista".

42. Otro punto crítico a tener en cuenta es que, en relación con los tres años precedentes, sencillamente no sabemos si se subvencionó o no *alguna* importación. No hay ninguna constatación de que existiera subvención. Pero tampoco la hay de que no existiera. En realidad, si existieron subvenciones a lo largo del período precedente, eso podría significar que no habría habido ningún aumento en el volumen de exportaciones/importaciones (el volumen podría simplemente haber sido elevado y constante a lo largo del período). El período de investigación del daño no se habría ampliado retrospectivamente lo suficiente. Esto es un riesgo real en el caso de Miembros respecto a los cuales existen buenas razones para creer que la subvención es endémica. Especialmente en el caso de paladines nacionales a los que el Miembro manifiestamente no permitirá irse a pique, ni siquiera cuando periódicamente tengan que hacer frente a tiempos difíciles, habiéndolo hecho saber así públicamente.

43. Para tratar de evitar o reducir este riesgo, el período de investigación en este caso se amplió retrospectivamente hasta alcanzar cuatro años. Esto refleja la práctica habitual de las CE. Puesto que, al menos según Corea, las empresas como Hynix generalmente no están subvencionadas de manera continuada sino sólo periódicamente, se puede tener una seguridad razonable de llegar a alcanzar, si se retrocede lo suficiente, una fase del ciclo de subvención de la empresa en la que ésta no estaba siendo subvencionada. De ese modo, se obtiene un análisis de tendencias equitativo. Presumiblemente, Corea no rebatiría esto. Presumiblemente, Corea no aduciría que de hecho Hynix fue subvencionada durante todo el período de investigación del daño. La autoridad investigadora no puede estar nunca segura de haber alcanzado su objetivo, pero en este caso se trataba de una presunción razonable.

44. Esta es la clase de incertidumbre con la que se enfrenta una autoridad investigadora cuando tiene que decidir si investigará a la empresa o las instalaciones de producción retrospectivamente en el tiempo. Un problema que puede plantearse si la autoridad investigadora investiga las instalaciones de producción es que esto aumente la incertidumbre -puede llevar a que el rastro de la investigación se bifurque y abarque, en un momento dado, dos centros de imputabilidad completamente distintos, separados e independientes, totalmente desvinculados uno del otro-. Esto no ayuda en el análisis. No existe ninguna garantía de que la otra entidad no haya estado por su parte recibiendo subvenciones, lo cual podría distorsionar seriamente el análisis de tendencias. Bien podría haber ocurrido en una fase diferente de su ciclo de subvención. De hecho, si fue recientemente comprada, es muy probable que tuviera problemas y que por ello recibiera subvenciones.

45. Las cosas podrían complicarse innecesariamente todavía más si el árbol se bifurcara más de una vez; la autoridad investigadora podría terminar examinando varias instalaciones de producción diferentes, todas bajo un control distinto y cambiante durante el período pertinente. Puesto que es sencillamente imposible tener la certeza de todas las circunstancias, es preferible ceñirse al planteamiento objetivo de investigar a la empresa (Hynix).

46. Además, sobre la base del planteamiento de Corea, si, retrocediendo en el tiempo, hubiera que investigar las "instalaciones de producción", eso significaría que la autoridad investigadora tendría que tener en cuenta no sólo las que fueron compradas, sino también las que fueron vendidas o cerradas. Por ejemplo, si Hynix hubiera poseído una instalación de producción de gran magnitud en 1999, con muchas importaciones en las CE, pero la hubiera vendido o cerrado en 2000, según la lógica de Corea la instalación de producción habría tenido que ser excluida del cálculo sobre los años precedentes. No hemos escuchado argumentos de Corea en ese sentido. Además, no deberían subestimarse los problemas prácticos en torno a la obtención de información de empresas que ya no existen y de instalaciones de producción que se han vendido o se han cerrado. Las CE encuentran el planteamiento de Corea excesivamente complicado, nada práctico e innecesario y lo rechazan, según tienen derecho a hacer, pues no hay nada en el *Acuerdo SMC* que las obligue a actuar de modo distinto.

IV. EL EXTERNO INTERNO

47. Las CE quieren hacer dos observaciones acerca de la teoría del inversor interno.

48. La primera observación es que, como se expone en la Primera comunicación escrita de las CE, en el contexto del derecho de la OMC, la posición de las CE es la de que la teoría del inversor interno es errónea, y en cualquier caso no hay nada en el *Acuerdo SMC* que imponga a la autoridad investigadora de las CE ninguna obligación de aplicar dicha teoría en este caso. En cualquier caso, la cuestión es en gran medida académica, porque como quiera que se mire, las actuaciones de los bancos no podrían bajo ninguna circunstancia ser consideradas actuaciones comerciales.

49. La segunda observación es que, al afirmar repetidamente que los bancos actuaron sobre la base del principio del inversor interno en este caso particular, Corea marca en realidad un autogol espectacular. ¿Por qué? Porque lo que los declarantes coreanos están diciendo es que tanto ellos como Hynix estaban en un aprieto, y que todo lo que hicieron fue lo que era racional desde el punto de vista comercial para salir del mismo. Dejando a un lado el hecho de que para los bancos no había en realidad marcha atrás (hubo que cancelar enormes pérdidas, como era totalmente previsible), este argumento suscita inmediatamente una pregunta complementaria: ¿Cómo se metieron en ese aprieto? Naturalmente, no hay que ir muy lejos para responder a eso: a causa del Gobierno de Corea. En 1999 éste forzó a Hynix a fusionarse con la altamente endeudada LG Semicon. Y el riesgo en que incurrían los bancos respecto de Hynix a mediados de 2001 dependía exclusivamente de las contribuciones financieras del Gobierno de Corea y de lo que éste ordenara y encomendara a través del Préstamo sindicado, de la Fianza de la KEIC y del Programa de obligaciones del KDB. Lo que demuestra por tanto el argumento que esgrime Corea es que existen profundos lazos económicos entre los distintos elementos de la subvención evaluada por la autoridad investigadora con respecto a 2001. Al esgrimir este argumento, Corea está defendiendo, por consiguiente, exactamente lo que las CE vienen proclamando todo el tiempo: la necesidad de examinar la totalidad de los hechos y pruebas, que es justamente lo que la autoridad investigadora hizo en este caso.

V. EL REGLAMENTO PROVISIONAL

A. EL REGLAMENTO PROVISIONAL YA NO EXISTE

50. La medida pertinente es el Reglamento Definitivo. El Grupo Especial únicamente tiene que remitirse al Reglamento Provisional por cuanto éste contiene enunciados de hecho y de derecho o análisis que se incorporan por referencia, específica o general, explícita o implícita, a la medida pertinente, que es el Reglamento Definitivo.

51. El Reglamento Provisional ya no existe. Ya no está en vigor ni surte efecto. Ha expirado o ha sido revocado. Y no hay perspectivas de que sea reintroducido o prorrogado. No existe desde el 11 de agosto de 2003, fecha en que se adoptó el Reglamento Definitivo. No existía, por tanto, el 23 de enero de 2004, fecha en la que se estableció este Grupo Especial. Este Grupo Especial no puede por tanto formular ninguna constatación ni recomendación en relación con el Reglamento Provisional. Por ello, todas las alegaciones y los argumentos de Corea relativos al Reglamento Provisional han de desestimarse. Al menos, este Grupo Especial no tiene por qué formular, ninguna recomendación en relación con el Reglamento Provisional, y no debería hacerlo.

52. Confirma esta opinión el párrafo 3 del artículo 3 del ESD, que declara que el objetivo básico del sistema de solución de diferencias es 'la pronta solución de las situaciones en las cuales un Miembro considere que cualesquiera ventajas resultantes para él directa o indirectamente de los acuerdos abarcados *se hallan* menoscabadas por medidas adoptadas por otro Miembro" (sin cursivas en el original). Por tanto, cualquier recomendación o resolución del OSD "tendrán por objeto lograr una solución satisfactoria de la cuestión" (párrafo 4 del artículo 3 del ESD), cosa que no puede lograrse si no hay asunto que resolver (es decir, si la medida no existe y no está siendo aplicada).

En el mismo sentido el párrafo 7 del artículo 3 del ESD estipula que "antes de presentar una reclamación, los Miembros reflexionarán sobre la utilidad de actuar al amparo de los presentes procedimientos. El objetivo del mecanismo de solución de diferencias es hallar una solución positiva a las diferencias".

B. COREA NO HA HECHO NINGUNA RECLAMACIÓN DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 17 DEL ACUERDO SMC

53. En cualquier caso, Corea no ha hecho ninguna reclamación de conformidad con el artículo 17 del *Acuerdo SMC*. Al no existir ninguna reclamación en este sentido, el Reglamento Provisional ha de considerarse compatible con el artículo 17 del *Acuerdo SMC*, y no existe por tanto ningún fundamento para que este Grupo Especial constataste que el Reglamento Provisional es incompatible con dicho Acuerdo. Confirma esta opinión el párrafo 4 del artículo 17 del *Acuerdo Antidumping* (que Corea ha admitido como contexto relevante), de conformidad con el cual las medidas provisionales únicamente se someterán al procedimiento de solución de diferencias si son incompatibles con el párrafo 1 del artículo 7 del *Acuerdo Antidumping* (que concierne a las medidas provisionales). También por esta razón, han de desestimarse todas las alegaciones y los argumentos de Corea relativos al Reglamento Provisional.