

**ORGANIZACIÓN MUNDIAL
DEL COMERCIO**

WT/DS212/AB/R
9 de diciembre de 2002

(02-6715)

Original: inglés

**ESTADOS UNIDOS - MEDIDAS COMPENSATORIAS QUE AFECTAN
A DETERMINADOS PRODUCTOS ORIGINARIOS
DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS**

AB-2002-5

Informe del Órgano de Apelación

ÍNDICE

	<u>Página</u>
I. Introducción	1
II. Antecedentes fácticos.....	6
A. <i>El método "gamma"</i>	6
B. <i>El método de la "misma persona"</i>	7
C. <i>Consecuencias de la privatización</i>	9
III. Argumentos de los participantes y de los terceros participantes.....	10
A. <i>Alegaciones de error presentadas por los Estados Unidos - Apelante</i>	10
1. Privatizaciones en condiciones de plena competencia y por el valor justo de mercado	10
2. El método de la "misma persona"	13
3. Compatibilidad de la disposición 19 U.S.C. § 1677(5)(F) con las obligaciones contraídas en el marco de la OMC	14
B. <i>Argumentos de las Comunidades Europeas - Apelado</i>	16
1. Privatizaciones realizadas en condiciones de plena competencia y por el valor justo de mercado	16
2. El método de la "misma persona"	18
3. Compatibilidad de la disposición 19 U.S.C. § 1677(5)(F), como tal, con las obligaciones contraídas en el marco de la OMC	20
C. <i>Argumentos de los terceros participantes</i>	22
1. Brasil.....	22
2. India	25
IV. Cuestiones planteadas en esta apelación	26
V. Cuestiones de procedimiento	27
A. <i>Suficiencia del anuncio de apelación y solicitud de desestimación de ciertos aspectos de la apelación</i>	27
B. <i>La comunicación presentada como amicus curiae</i>	39
VI. Introducción a las cuestiones sustantivas.....	39
VII. Privatizaciones realizadas en condiciones de competencia y por el valor justo de mercado	44
A. <i>Constatación del Grupo Especial</i>	44
B. <i>Interpretación de "beneficio"</i>	48

	<u>Página</u>
C. <i>Interpretación del "receptor" de la contribución financiera</i>	53
D. <i>Privatizaciones en condiciones de competencia y por el valor justo de mercado: ¿puede seguir existiendo el "beneficio"?</i>	60
VIII. El método de la "misma persona"	63
IX. Compatibilidad de 19 U.S.C. § 1677(5)(F), en cuanto tal, con las obligaciones en el marco de la OMC.....	78
X. Constataciones y conclusiones.....	82
Anexo I: Notificación de la apelación de los Estados Unidos 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.....	1

CUADRO DE LOS ASUNTOS CITADOS EN ESTE INFORME

Título abreviado	Título completo del asunto
<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, DSR 1999:III, 1377 (versión inglesa).
<i>CE - Banano III</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos</i> , WT/DS27/AB/R, adoptado el 25 de septiembre de 1997, DSR 1997:II, 591 (versión inglesa).
<i>Estados Unidos - Camarones</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón</i> , WT/DS58/AB/R, adoptado el 6 de noviembre de 1998, DSR 1998:VII, 2755 (versión inglesa).
<i>Estados Unidos - Medidas compensatorias sobre determinados productos originarios de las CE</i>	Informe del Grupo Especial sobre el asunto <i>Estados Unidos - Medidas compensatorias que afectan a determinados productos originarios de las Comunidades Europeas</i> , WT/DS212/R, de 31 de julio de 2002.
<i>Estados Unidos - Plomo y bismuto II</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Establecimiento de derechos compensatorios sobre determinados productos de acero al carbono con plomo y bismuto y laminado en caliente originarios del Reino Unido</i> , WT/DS138/AB/R, adoptado el 7 de junio de 2000, DSR 2000:V, 2601 (versión inglesa). Informe del Grupo Especial que se ocupó del asunto <i>Estados Unidos - Establecimiento de derechos compensatorios sobre determinados productos de acero al carbono con plomo y bismuto y laminado en caliente originarios del Reino Unido</i> , WT/DS138/R y Corr.2, adoptado el 7 de junio de 2000, confirmado por el informe del Órgano de Apelación, WT/DS138/AB/R, DSR 2000:VI, 2631 (versión inglesa).

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO
ÓRGANO DE APELACIÓN

Estados Unidos - Medidas compensatorias que afectan a determinados productos originarios de las Comunidades Europeas

Apelante: Estados Unidos
Apelado: Comunidades Europeas

Tercero participante: Brasil
Tercero participante: India
Tercero participante: México

AB-2002-5

Actuantes:

Lockhart, Presidente de la Sección
Abi-Saab, Miembro
Bacchus, Miembro

I. Introducción

1. Los Estados Unidos apelan con respecto a determinadas cuestiones de derecho tratadas e interpretaciones jurídicas formuladas en el informe del Grupo Especial sobre el asunto *Estados Unidos - Medidas compensatorias que afectan a determinados productos originarios de las Comunidades Europeas* (el "informe del Grupo Especial").¹ El Grupo Especial fue establecido para examinar una reclamación presentada por las Comunidades Europeas con respecto a los derechos compensatorios establecidos o mantenidos por los Estados Unidos sobre ciertos productos de acero originarios de diversos países miembros de las Comunidades Europeas.

2. Los derechos compensatorios fueron establecidos o mantenidos por el Departamento de Comercio de los Estados Unidos ("USDOC") en el curso de 12 investigaciones: 6 investigaciones originales, 2 exámenes administrativos y 4 exámenes por caducidad de las medidas.² En estas

¹ WT/DS212/R, de 31 de julio de 2002.

² El Grupo Especial adoptó el siguiente sistema de numeración, que será utilizado también por el Órgano de Apelación, para facilitar la identificación de las diversas determinaciones administrativas en cuestión: *Hojas y tiras de acero inoxidable en rollos procedentes de Francia*, 64 Fed. Reg. 30774 (USDOC, 29 de junio de 1999) (caso N° 1); *Determinadas planchas de acero al carbono cortadas a medida procedentes de Francia*, 64 Fed. Reg. 73277 (USDOC, 29 de diciembre de 1999) (caso N° 2); *Determinadas varillas de acero inoxidable procedentes de Italia*, 63 Fed. Reg. 40474 (USDOC, 29 de julio de 1998) (caso N° 3); *Planchas de acero inoxidable en tiras procedentes de Italia*, 64 Fed. Reg. 15508 (USDOC, 31 de marzo de 1999) (caso N° 4); *Hojas y tiras de acero inoxidable en rollos procedentes de Italia*, 64 Fed. Reg. 30624 (8 de junio de 1999) (caso N° 5); *Determinadas planchas de acero al carbono cortadas a medida procedentes de Italia*, 64 Fed. Reg. 73244 (USDOC, 29 de diciembre de 1999) (caso N° 6); *Planchas de acero al carbono cortadas a medida procedentes de Suecia*, 62 Fed. Reg. 16551 (USDOC, 7 de abril de 1997) (caso N° 7); *Planchas de acero al carbono cortadas a medida procedentes del Reino Unido*, 65 Fed. Reg. 18309 (USDOC, 7 de abril de 2000) (caso N° 8); *Determinados productos planos de acero al carbono resistente a la corrosión procedentes de Francia*, 65 Fed. Reg. 18063 (USDOC, 7 de abril de 2000) (caso N° 9); *Planchas de acero al carbono cortadas a medida procedentes de Alemania*, 65 Fed. Reg. 47407

investigaciones, ciertos análisis se realizaron conforme a una disposición de los Estados Unidos, 19 U.S.C. § 1677(5)(F) ("artículo 1677(5)(F)")³, que dice lo siguiente:

Cambio de propiedad. El cambio en la propiedad de la totalidad o una parte de las empresas extranjeras o de los activos productivos de una empresa extranjera no requiere de por sí que la autoridad administradora determine que una subvención que podía ser objeto de medidas compensatorias y que hubiera recibido la empresa ha dejado de dar lugar a la imposición de medidas compensatorias, aun cuando el cambio de propiedad se efectúe mediante una transacción entre partes independientes.

Los productos objeto de las 12 investigaciones iniciales y exámenes en cuestión habían sido producidos por empresas anteriormente estatales que habían sido privatizadas en la fecha de las 12 determinaciones administrativas en que se basaban las actuaciones. Las Comunidades Europeas alegan que, en los 12 casos, las privatizaciones tuvieron lugar en condiciones de plena competencia y por el valor justo de mercado. Los Estados Unidos no refutaron esas alegaciones.⁴ Ambas partes están de acuerdo en que los cambios de propiedad que afectan a esta diferencia sólo conciernen a privatizaciones, es decir, al cambio de propiedad del Gobierno a manos privadas.⁵ Todas las privatizaciones a las que se hace referencia en esta diferencia supusieron un cambio total en la propiedad en el sentido de que en los 12 casos el Gobierno había vendido todos, o sustancialmente

(USDOC, 2 de agosto de 2000) (caso N° 10); *Planchas de acero al carbono cortadas a medida procedentes de España*, 65 Fed. Reg. 18307 (USDOC, 7 de abril de 2000) (caso N° 11), y *Electroacero de textura orientada procedente de Italia*, 66 Fed. Reg. 2885 (USDOC, 12 de enero de 2001) (caso N° 12). Los casos N°s 1 a 6 corresponden a investigaciones originales; los casos N°s 7 y 12 a exámenes administrativos, y los casos N°s 8 a 11 a exámenes por caducidad de las medidas.

³ El artículo 771(5)(F) de la Ley Arancelaria de los Estados Unidos de 1930, modificada, que, a los efectos del Código de los Estados Unidos, está codificada en 19 U.S.C. § 1677(5)(F), adjunta como CE - Prueba documental 4 a la primera comunicación de las Comunidades Europeas al Grupo Especial.

⁴ El USDOC analizó las condiciones de venta de las privatizaciones en dos de los exámenes por caducidad de las medidas en los que se basaban las investigaciones (casos N°s 8 y 10) y en tres de las investigaciones originales (casos N°s 1, 2 y 4), y llegó a la conclusión de que esas cinco privatizaciones se habían realizado en condiciones de plena competencia y por el valor justo de mercado. (Véase el informe del Grupo Especial, párrafos 2.2, 2.39 y 2.45; nueva determinación por reenvío en el asunto *Acciai Speciali Terni S.p.A. v. United States*, N° 99-06-00364, slip op. 02-10 (Court of International Trade, 1° de febrero de 2002), disponible en <http://www.ia.ita.doc.gov/remands/02-10.htm>; nueva determinación por reenvío en el asunto *GTS Indus. S.A. v. United States*, N° 00-03-00118, slip op. 02-02 (Court of International Trade, 4 de enero de 2002), disponible en <http://www.ia.ita.doc.gov/remands/02-2.htm>, y nueva determinación por reenvío en el asunto *Allegheny Ludlum Corp. v. United States*, N° 99-09-00566, slip op. 02-01 (Court of International Trade, 4 de enero de 2002), disponible en <http://www.ia.ita.doc.gov/remands/02-1.htm>.) El USDOC no ha afirmado nada sobre las condiciones de venta en que se efectuaron las otras siete privatizaciones en cuestión.

⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 2.3.

todos, sus intereses como propietario, por lo que claramente ya no tenía intereses con capacidad de control sobre los productores privatizados.⁶

3. Las 12 investigaciones se refieren a la repercusión que la privatización de las empresas objeto de investigación tienen sobre la existencia de un beneficio que pueda ser objeto de derechos compensatorios. El establecimiento o mantenimiento de derechos compensatorios en las 12 determinaciones se basaba en la existencia de subvenciones a los productores privatizados, y específicamente en la continuación de los beneficios otorgados por las contribuciones financieras no recurrentes concedidas por los gobiernos a los productores antes de la privatización.

4. El Grupo Especial constató que los Estados Unidos habían actuado de forma incompatible con los artículos 10 y 14, los párrafos 1 y 4 del artículo 19, los párrafos 1, 2 y 3 del artículo 21 y el párrafo 5 del artículo 32 del *Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias* (el "*Acuerdo SMC*") y con el párrafo 4 del artículo XVI del *Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio* (el "*Acuerdo sobre la OMC*")⁷, y habían anulado o menoscabado beneficios resultantes para las Comunidades Europeas de esos Acuerdos.⁸ El Grupo Especial recomendó que el Órgano de Solución de Diferencias ("OSD") pidiera a los Estados Unidos que pusieran sus medidas en conformidad con las obligaciones que les imponían el *Acuerdo SMC* y el *Acuerdo sobre la OMC*.⁹

5. Los Estados Unidos notificaron al OSD, el 9 de septiembre de 2002, su intención de apelar con respecto a ciertas cuestiones de derecho tratadas en el informe del Grupo Especial y a determinadas interpretaciones jurídicas formuladas por el Grupo Especial, 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* (el "ESD"), y presentaron al Órgano de Apelación un anuncio de apelación¹⁰ con arreglo a la Regla 20 de los *Procedimientos de trabajo para el examen en apelación* (los "*Procedimientos de trabajo*"). En el anuncio de apelación se dice, en la parte pertinente, lo siguiente:

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*, párrafo 8.1.

⁸ *Ibid.*, párrafo 8.2.

⁹ *Ibid.*, párrafo 8.3.

¹⁰ WT/DS212/7, adjunto como anexo I al presente informe.

Los Estados Unidos solicitan que el Órgano de Apelación examine las conclusiones del Grupo Especial que figuran en los párrafos 8.1 a)-d) y 8.2 de su informe. Estas conclusiones son erróneas y se basan en constataciones erróneas sobre cuestiones de derecho e interpretaciones jurídicas conexas.

6. Las Comunidades Europeas presentaron el 10 de septiembre de 2002, conforme al párrafo 1 de la Regla 16 de los *Procedimientos de trabajo*, una solicitud de resolución preliminar (la "Solicitud") para que se ordenase a los Estados Unidos que diesen detalles "que identificasen las constataciones jurídicas e interpretaciones jurídicas precisas que estaban impugnando".¹¹ Los Estados Unidos respondieron a la Solicitud el 12 de septiembre de 2002, afirmando que se debía denegar la Solicitud porque en el anuncio de apelación se indicaban con suficiente claridad las constataciones e interpretaciones jurídicas del Grupo Especial con respecto a las cuales apelaban.¹²

7. El 12 de septiembre de 2002, el Órgano de Apelación, después de examinar las comunicaciones presentadas sobre la cuestión por las Comunidades Europeas y los Estados Unidos, "invitó a los Estados Unidos a que identificasen las constataciones e interpretaciones exactas del Grupo Especial que, según se afirmaba en el anuncio de apelación presentado el 9 de septiembre de 2002, constituían errores".¹³ Respondiendo a la invitación, los Estados Unidos presentaron, el 13 de septiembre de 2002, un documento en el que se indicaban más en detalle los errores de derecho y las interpretaciones jurídicas por los que se solicitaba el examen en apelación. En ese documento se citaban los párrafos del informe del Grupo Especial relativos a las "Conclusiones y recomendaciones"¹⁴, a los que sólo se había hecho referencia en el anuncio de apelación inicial, y se añadían unas descripciones de los errores concretos en que según los Estados Unidos había incurrido el Grupo Especial.¹⁵ Las cuestiones de la suficiencia del anuncio de apelación y la solicitud de las Comunidades Europeas de que se desestimases ciertos motivos de apelación fueron estudiadas por los participantes en sus comunicaciones escritas y en las exposiciones que hicieron en la audiencia, y nosotros las examinamos más adelante, bajo el epígrafe "Cuestiones de procedimiento".

¹¹ Solicitud, párrafo 6.

¹² Carta de fecha 12 de septiembre de 2002 dirigida al Presidente de la Sección que entiende en esta apelación por el Asesor Jurídico Superior de la Misión Permanente de los Estados Unidos ante la OMC, páginas 2 y 3.

¹³ Carta de fecha 12 de septiembre de 2002 dirigida al Asesor Jurídico Superior de la Misión Permanente de los Estados Unidos ante la OMC por el Director de la secretaría del Órgano de Apelación.

¹⁴ Informe del Grupo Especial, párrafos 8.1 a)-d) y 8.2.

¹⁵ Véase el apéndice a la carta de fecha 13 de septiembre de 2002 dirigida al Director de la secretaría del Órgano de Apelación por el Asesor Jurídico Superior de la Misión Permanente de los Estados Unidos ante la OMC.

8. El 19 de septiembre de 2002, los Estados Unidos presentaron su comunicación como apelante. El 4 de octubre de 2002, las Comunidades Europeas presentaron su comunicación como apelado. El mismo día, el Brasil y la India presentaron sendas comunicaciones como terceros participantes. Ese día México presentó, conforme al párrafo 2) de la Regla 24 de los *Procedimientos de trabajo*, una carta en la que declaraba su intención de participar y de hacer una exposición oral como tercero participante en la audiencia.¹⁶

9. El Órgano de Apelación también recibió el 19 de septiembre de 2002 una comunicación presentada como *amicus curiae* por una asociación de la industria.¹⁷ Las Comunidades Europeas, el 27 de septiembre de 2002, presentaron una carta en la que negaban que la comunicación presentada como *amicus curiae* hubiera de ser tomada en consideración en el examen del Órgano de Apelación y sostenían que "los argumentos no difieren en sustancia de los argumentos del Gobierno de los Estados Unidos y en gran parte repiten esos argumentos"¹⁸, y pidieron al Órgano de Apelación que "informase a las partes sobre si se proponía aceptar y tener en cuenta la comunicación presentada [por la asociación de la industria]".¹⁹

10. El Órgano de Apelación respondió a la petición de las Comunidades Europeas el 27 de septiembre de 2002 y declaró que la decisión sobre la admisibilidad o la pertinencia de la comunicación presentada como *amicus* no se adoptaría hasta que se hubieran examinado las comunicaciones escritas y las exposiciones orales hechas por todos los participantes.²⁰ En consecuencia, el Órgano de Apelación invitó a todos los participantes a que examinasen "más adelante, en el curso de esta apelación, la comunicación [presentada como *amicus curiae*]".²¹

¹⁶ Carta de fecha 4 de octubre de 2002 dirigida al Director de la secretaría del Órgano de Apelación por el Excmo. Sr. Eduardo Pérez Motta, Embajador, Misión Permanente de México ante la OMC.

¹⁷ Comunicación adjunta a la carta de fecha 19 de septiembre de 2002 dirigida al Presidente de la Sección que entiende en esta apelación por Andrew G. Sharkey III, Presidente y Director General del Instituto del Hierro y el Acero de los Estados Unidos.

¹⁸ Carta de fecha 27 de septiembre de 2002 dirigida al Presidente de la Sección que entiende en esta apelación por el Ministro-Consejero de la Delegación Permanente de las Comunidades Europeas ante la OMC, página 1.

¹⁹ *Ibid.*, página 2.

²⁰ Carta de fecha 27 de septiembre de 2002 dirigida al Ministro-Consejero de la Delegación Permanente de las Comunidades Europeas ante la OMC por el Director de la secretaría del Órgano de Apelación.

²¹ *Ibid.*

11. La audiencia en esta apelación se celebró el 22 de octubre de 2002. Los participantes y los terceros participantes expusieron argumentos orales y respondieron a las preguntas que les hicieron los Miembros de la Sección que entendía en la apelación.

II. Antecedentes fácticos

A. El método "gamma"

12. El USDOC aplicó uno de dos métodos diferentes (llamados el método "gamma" y el método de la "misma persona")²² al realizar las 12 determinaciones para evaluar el efecto que un cambio de propiedad realizado mediante la privatización tenía sobre la continuación de la existencia de un beneficio que podía dar lugar a medidas compensatorias. El método *gamma* fue utilizado anteriormente por el USDOC para determinar la medida en que una contribución financiera no recurrente concedida a una empresa estatal debía amortizarse en el curso del tiempo para llegar a una tasa de subvención susceptible de derechos compensatorios²³, particularmente después de la venta de la entidad subvencionada a una empresa privada.²⁴ Al aplicar este método, el USDOC aplicó una presunción irrefutable de que los beneficios inherentes a esa contribución financiera seguirían correspondiendo al receptor durante un período de tiempo normal²⁵, de forma que "el USDOC no investiga sobre si la subvención sigue beneficiando la producción en algún momento posterior y, en su caso, en qué medida. En cambio, el USDOC simplemente impondrá derechos compensatorios sobre la cuantía de la subvención originariamente imputada al año" que se examina.²⁶ Cuando se

²² Observamos que el Grupo Especial se refiere a esta práctica como la "*metodología* de la misma persona". Ahora bien, el artículo 14 del *Acuerdo SMC* denomina "método[s]" a los procedimientos seguidos por las autoridades investigadoras para calcular el beneficio, por lo que utilizaremos el término "método" en vez de la palabra "metodología".

²³ Ambos participantes están de acuerdo en que "la práctica normal y aceptada [...] es que el Miembro importador presuponga que una subvención no recurrente otorga un beneficio a lo largo de un determinado período de tiempo, que normalmente se presupone que es igual a la vida media útil de los activos en la rama de producción pertinente" (informe del Grupo Especial, párrafo 7.75), práctica que el Órgano de Apelación consideró permisible en el asunto *Estados Unidos - Plomo y bismuto II*, párrafo 62, siempre que la presunción fuera irrefutable.

²⁴ Primera comunicación de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafo 5, adjunta al informe del Grupo Especial sobre el asunto *Estados Unidos - Plomo y bismuto II*, apéndice 2.1, página 196.

²⁵ *Ibid.*, párrafos 6, 44 y 45, adjunta al informe del Grupo Especial sobre el asunto *Estados Unidos - Plomo y bismuto II*, páginas 198, 207 y 208.

²⁶ Primera comunicación de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafo 44, adjunta al informe del Grupo Especial sobre el asunto *Estados Unidos - Plomo y bismuto II*, apéndice 2.1, página 208. Véase también *ibid.*, párrafo 43, adjunta al informe del Grupo Especial sobre el asunto *Estados Unidos - Plomo y bismuto II*, apéndice 2.1, página 207, que dice:

enfrentaba a un cambio de propiedad del productor sometido a investigación, el USDOC idearía una proporción para repartir entre el comprador y el vendedor el beneficio que era objeto de una presunción irrefutable.²⁷ Esta distribución puede "dar lugar a la transmisión integral de los beneficios de las subvenciones anteriores o a ninguna transmisión de beneficios, o a distintas hipótesis intermedias, según los hechos de cada caso particular".²⁸

13. La aplicación del método *gamma* por el USDOC en determinaciones anteriores fue estudiada por el Grupo Especial que se ocupó del asunto *Estados Unidos - Plomo y bismuto II*, cuya decisión fue confirmada por el Órgano de Apelación. El Órgano de Apelación determinó que el USDOC, en vez de aplicar la presunción "irrefutable" del método *gamma* de que continuaban las subvenciones, debería haber procedido a una nueva determinación de la existencia de un "beneficio", como "estaba obligado" a hacer en virtud del *Acuerdo SMC*, "dados los cambios de la propiedad que condujeron a la creación de" las entidades recién privatizadas en ese asunto.²⁹ El Órgano de Apelación constató además que las "circunstancias concretas" de ese asunto no justificaban que se constataste que seguía habiendo un beneficio después de la privatización de los activos de la empresa estatal en condiciones de plena igualdad y por el valor justo de mercado.³⁰

B. *El método de la "misma persona"*

14. El método de la "misma persona" se ideó para sustituir el método *gamma*.³¹ Este método tiene dos etapas. La primera etapa consiste en un análisis de si la entidad existente después de la

[...] la ley estadounidense sobre medidas compensatorias contiene "la presunción irrefutable de que las subvenciones no recurrentes benefician a las mercancías producidas por el receptor a lo largo del tiempo", sin exigir ninguna nueva evaluación de esas subvenciones, basada en la utilización o los efectos de las mismas o en acontecimientos posteriores producidos en el mercado.

(Citando *Certain Steel Products from Austria*, 58 Fed. Reg. 37217, 37263 (USDOC, 9 de julio de 1993) (Apéndice de cuestiones generales).)

²⁷ Primera comunicación de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafo 10, adjunta al informe del Grupo Especial sobre el asunto *Estados Unidos - Plomo y bismuto II*, apéndice 2.1, página 199.

²⁸ Primera comunicación de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafo 53, adjunta al informe del Grupo Especial sobre el asunto *Estados Unidos - Plomo y bismuto II*, apéndice 2.1, página 211.

²⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Plomo y bismuto II*, párrafo 62.

³⁰ *Ibid.*, párrafos 67, 68 y 74.

³¹ Como se señala más arriba, en el párrafo 13, el Órgano de Apelación constató que el método *gamma* era incompatible con las prescripciones del *Acuerdo SMC* porque no permitía que la autoridad investigadora examinase de nuevo su determinación original de la existencia de un beneficio, "dados los cambios de la propiedad que condujeron a la creación de" las empresas privatizadas. (Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Plomo y bismuto II*, párrafo 62.) Antes de la decisión tomada por el Órgano de Apelación en

privatización es la misma persona jurídica que recibió las subvenciones originales antes de la privatización. Para determinarlo, el USDOC aplica los siguientes criterios, no exhaustivos: i) la continuidad de las operaciones comerciales generales; ii) la continuidad de las instalaciones de producción; iii) la continuidad del activo y del pasivo, y iv) el mantenimiento del personal. Si, como resultado de la aplicación de estos criterios, el USDOC concluye que no se creó *ninguna persona jurídica nueva*, el análisis de si existe un "beneficio" termina ahí, y el USDOC no estudia si la privatización se hizo en condiciones de plena competencia y por el valor justo de mercado. Se constata automáticamente que la subvención sigue correspondiendo a la empresa después de la privatización.³² En cambio, si, como consecuencia de la aplicación de los criterios arriba indicados, el USDOC concluye que la entidad existente después de la privatización es *una nueva persona jurídica* distinta de la entidad que recibía las subvenciones antes de la privatización, el USDOC no impondrá derechos sobre las mercancías producidas después de la privatización como consecuencia de las subvenciones existentes antes de la privatización.³³

15. En 11 de las 12 determinaciones que se estudian en este asunto, el USDOC aplicó el método *gamma*. Esas 11 determinaciones incluían seis investigaciones originales (casos N^{os} 1 a 6), un examen administrativo (caso N^o 7) y cuatro exámenes por caducidad de las medidas (casos N^{os} 8 a 11). Los Estados Unidos admitieron que 7 de esas determinaciones (asuntos N^{os} 1 a 7) eran incompatibles con las obligaciones que habían contraído en el marco de la OMC, reconociendo que tenían que reexaminar si seguía existiendo un beneficio a la vista de las constataciones formuladas por el Grupo Especial y por el Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Plomo y bismuto II*.³⁴ Con respecto a las otras 4 determinaciones basadas en el método *gamma* (asuntos N^{os} 8 a 11), todas ellas resultado de exámenes por caducidad de las medidas, los Estados Unidos no admitieron que hubiera incompatibilidad; antes bien, los Estados Unidos argumentaron ante el Grupo Especial que, cuando no se han realizado exámenes administrativos, la autoridad investigadora no está obligada a estudiar las pruebas posteriores a la investigación original al evaluar si es probable que la expiración de los derechos compensatorios lleve a la continuación o a la repetición de las subvenciones que

el asunto *Estados Unidos - Plomo y bismuto II*, un tribunal de apelación de los Estados Unidos había rechazado análogamente el método *gamma* por considerarlo incompatible con la ley rectora del USDOC (en particular, con el artículo 1677(5)(F)). Véase *Delverde Srl v. United States*, 202 F.3d 1360 (Fed. Cir. 2000) (*Delverde III*).

³² Respuesta de los Estados Unidos a las preguntas hechas en la audiencia.

³³ *Ibid.* Sin embargo, en tal caso el USDOC procederá a examinar si se había concedido cualquier subvención *nueva* a los nuevos propietarios de la entidad después de la privatización como resultado del cambio de propiedad (por ejemplo, estudiando si la venta se hizo por el valor justo de mercado y en condiciones de plena competencia). (*Ibid.*)

³⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.84.

16. causan daño.³⁵ El Grupo Especial constató lo contrario.³⁶ El método de la "misma persona" fue aplicado en sólo una de las determinaciones en litigio en esta apelación, determinación que se basó en un examen administrativo (caso N° 12).

17. El Grupo Especial concluyó, como habían admitido los Estados Unidos, que, en las investigaciones originales basadas en el método *gamma* y en el examen administrativo (casos N°s 1 a 7), el USDOC no había determinado la existencia (o la continuación de la existencia) de un beneficio antes del establecimiento o del mantenimiento de derechos compensatorios.³⁷ El Grupo Especial también concluyó, en relación con los cuatro exámenes por caducidad de las medidas en los que se había aplicado el método *gamma* (casos N°s 8 a 11), que, análogamente, el USDOC no había examinado si continuaba existiendo un beneficio y, por consiguiente, no había determinado debidamente si era probable que continuasen o se repitiesen las subvenciones.³⁸ En cuanto al método de la "misma persona", el Grupo Especial constató que era "en sí mism[o] incompatible con el Acuerdo SMC"³⁹, y, por consiguiente, constató asimismo que su aplicación en el examen administrativo del caso N° 12 era incompatible con las obligaciones contraídas en el marco del Acuerdo sobre la OMC.⁴⁰ En resumen, el Grupo Especial constató que las 12 determinaciones eran incompatibles con las obligaciones dimanantes del Acuerdo sobre la OMC.

C. *Consecuencias de la privatización*

18. En lo que se refiere a las consecuencias de la privatización a los efectos de determinar si continúa existiendo un "beneficio", el Grupo Especial constató que una privatización llevada a cabo en condiciones de plena competencia y por el valor justo de mercado "ha de [llevar] a la conclusión de que no sigue pudiendo atribuirse al productor privatizado ningún beneficio derivado de la contribución financiera anterior (o subvención)".⁴¹ Partiendo de esta premisa, el Grupo Especial concluyó que el artículo 1677(5)(F) es incompatible con las obligaciones contraídas por los Estados Unidos en el marco de la OMC porque "el artículo 1677(5)(F), tal como ha sido interpretado por el

³⁵ *Ibid.*, párrafos 7.104 y 7.105. Tales pruebas incluirían, como en los casos que se examinan aquí, cambios de la propiedad producidos después de aportarse la contribución financiera pertinente.

³⁶ *Ibid.*, párrafo 7.114.

³⁷ *Ibid.*, párrafos 7.86, 7.98, 8.1 a) y b).

³⁸ *Ibid.*, párrafos 7.114 a 7.116 y 8.1 c).

³⁹ *Ibid.*, párrafo 7.90.

⁴⁰ *Ibid.*, párrafos 7.81 y 8.1 b).

⁴¹ *Ibid.*, párrafo 8.1 d).

Tribunal Federal de Apelación de los Estados Unidos y en la DAA"⁴², impedía que el USDOC llegase automáticamente en cada asunto a la conclusión de que, tras una privatización efectuada en condiciones de competencia y por el valor justo de mercado, "el productor privatizado [...] no obtiene un beneficio de una contribución financiera previa".⁴³

III. Argumentos de los participantes y de los terceros participantes

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

1. Privatizaciones en condiciones de plena competencia y por el valor justo de mercado

19. Los Estados Unidos afirman que el Grupo Especial incurrió en error: i) al hacer caso omiso de la distinción entre accionistas y empresas cuando interpretó quién es el "receptor" de un "beneficio", a la vista de los artículos 1 y 14 del *Acuerdo SMC* y de la jurisprudencia del Órgano de Apelación, y ii) al determinar en consecuencia que, en contra del texto del *Acuerdo SMC* y de la razón económica, una privatización realizada en condiciones de plena competencia por el valor justo de mercado extingue necesariamente el beneficio recibido de una contribución financiera no recurrente otorgada anteriormente.

20. Los Estados Unidos argumentan que el *Acuerdo SMC* reconoce la distinción entre accionistas y empresas, "principio fundamental"⁴⁴ de la legislación en materia de sociedades de la mayoría de los países industriales avanzados, y que, por consiguiente, el Grupo Especial rechazó de manera inadmisibles esa distinción al evaluar las determinaciones del USDOC. Señalando que el "beneficio", tal como se emplea este término en el párrafo 1 b) del artículo 1 del *Acuerdo SMC*, ha de corresponder a un "receptor", conforme a lo dispuesto en el artículo 14 de ese Acuerdo, los Estados Unidos insisten en que el sentido corriente del término "receptor" no puede incluir tanto al

⁴² *Ibid.*, párrafo 8.1 d). La Declaración de Acción Administrativa ("DAA") fue presentada por el Presidente al Congreso de los Estados Unidos junto con la Ley de los Acuerdos de la Ronda Uruguay, disposición legislativa propuesta por la que los Acuerdos de la OMC se incorporan en la legislación interna de los Estados Unidos. La DAA "representa una expresión autorizada de la Administración sobre sus opiniones acerca de la interpretación y aplicación de los Acuerdos de la Ronda Uruguay". (H.R. Rep. N° 103-316(I), en 656 (1994).) El Congreso adoptó asimismo la DAA:

[...] como expresión autorizada de los Estados Unidos sobre la interpretación y aplicación de los Acuerdos de la Ronda Uruguay y de esta Ley en cualesquiera actuaciones judiciales en las que se plantee una cuestión relativa a tal interpretación o aplicación.

(19 U.S.C. § 3512(d))

⁴³ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.1 d).

⁴⁴ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 60.

productor extranjero que se beneficia como a un accionista de ese productor.⁴⁵ Los Estados Unidos creen que esta interpretación encuentra apoyo en algunos elementos contextuales tales como las formas de contribución financiera indicadas en el párrafo 1 a) del artículo 1 y las directrices establecidas para los cálculos en el artículo 14, y argumentan que estos artículos prevén que el receptor de un beneficio sea una "empresa" en vez de, como lo constató el Grupo Especial, alguna combinación de una empresa y de sus accionistas.⁴⁶

21. En consecuencia, "no es sorprendente", a juicio de los Estados Unidos, que el Órgano de apelación, en los asuntos *Canadá - Aeronaves civiles* y *Estados Unidos - Plomo y bismuto II*, identificase expresamente las "personas jurídicas o naturales" como los receptores a los que se refiere el *Acuerdo SMC*.⁴⁷ Los Estados Unidos afirman que, "cuando el Órgano de Apelación constató que los beneficios eran obtenidos por personas jurídicas, se estaba refiriendo necesariamente a esas personas jurídicas tal como están definidas por 'la estructura jurídica empresarial establecida de conformidad con el derecho nacional en materia de sociedades'".⁴⁸ Los Estados Unidos aducen que el Grupo Especial, al constatar que "el concepto de beneficio es independiente de la estructura jurídica empresarial establecida de conformidad con el derecho nacional en materia de sociedades"⁴⁹, hizo caso omiso de esa "estructura jurídica empresarial".⁵⁰ Los Estados Unidos argumentan que "los gobiernos subvencionan a los productores, no a sus accionistas"⁵¹, y que llegar, como hizo el Grupo Especial, a la conclusión de que no se debe establecer ninguna distinción entre una empresa y sus accionistas para los efectos del *Acuerdo SMC* equivale a ignorar la economía del comportamiento de los inversionistas y la "simple lógica"⁵² en que se basa el otorgamiento de un beneficio a un productor extranjero (no a sus accionistas) con arreglo al *Acuerdo SMC*.

⁴⁵ *Ibid.*, párrafo 56.

⁴⁶ *Ibid.*, párrafos 58 y 59.

⁴⁷ *Ibid.*, párrafo 65.

⁴⁸ *Ibid.*, párrafo 66, donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 7.50.

⁴⁹ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 65, donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 7.50.

⁵⁰ *Ibid.*, párrafo 66.

⁵¹ *Ibid.*, párrafo 76.

⁵² *Ibid.*

22. Los Estados Unidos impugnan además la constatación del Grupo Especial de que una privatización realizada en condiciones de plena competencia y por el valor justo de mercado extingue necesariamente el beneficio que la entidad privatizada recibía de una contribución financiera no recurrente cuando esa entidad era de propiedad del Estado.

23. Los Estados Unidos argumentan que la "esencia [...] del error cometido por el Grupo Especial fue considerar los efectos económicos de una venta desde el punto de vista de *los nuevos accionistas*, y no desde el punto de vista de *la persona jurídica que produce la mercancía de que se trate*, o las partes perjudicadas por las importaciones subvencionadas en cuestión".⁵³ (las cursivas figuran en el original) En consecuencia, el Grupo Especial hizo caso omiso del hecho de que "el cambio de los accionistas del receptor de una subvención no suprime el equipo nuevo, no resta conocimientos a los trabajadores y no hace que aumente la carga de la deuda que anteriormente se había reducido".⁵⁴ Según los Estados Unidos, una privatización, incluso si se hace en condiciones de plena competencia y por el valor justo de mercado, no puede extinguir el beneficio de una contribución financiera a causa de la realidad económica de que "las subvenciones desplazan la curva de la oferta del receptor y, como resultado de ello, también hacen que cambie el punto en el que la oferta y la demanda de los productos fabricados por el receptor se cruzan en el mercado".⁵⁵ En la medida en que cualquier precio de compra pagado por nuevos accionistas no reduzca la "competitividad, aumentada artificialmente, generada por las subvenciones"⁵⁶ y, de ese modo, haga que el mercado vuelva a la situación hipotética en que se habría encontrado de no haber habido una subvención previa, la privatización no tiene por sí sola ninguna repercusión sobre la continuación de la existencia de un beneficio en la empresa que anteriormente era estatal. Por consiguiente, los Estados Unidos afirman que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que, pese a las distinciones establecidas entre las personalidades jurídicas de la empresa (una sociedad) y de sus propietarios (los accionistas), en una privatización realizada en condiciones de plena competencia los nuevos propietarios (es decir, los accionistas, *no* la persona jurídica que era el receptor original de la subvención) podían extinguir la parte no amortizada del beneficio pagando un precio justo de mercado por la empresa estatal.

⁵³ *Ibid.*, párrafo 46.

⁵⁴ *Ibid.*, párrafo 49.

⁵⁵ *Ibid.*, párrafo 50.

⁵⁶ *Ibid.*, párrafo 49.

2. El método de la "misma persona"

23. Los Estados Unidos impugnan además la constatación del Grupo Especial de que el método de la "misma persona" es incompatible con las obligaciones contraídas por los Estados Unidos en el marco de la OMC y, en particular, con las constataciones formuladas por el Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Plomo y bismuto II*. Los Estados Unidos alegan que esa constatación errónea se debe a que el Grupo Especial no entendió correctamente el fundamento de la posición adoptada por el Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Plomo y bismuto II*. Según los Estados Unidos, "la razón por la que el Órgano de Apelación concluyó en el asunto *Plomo y bismuto II (AB)* que las subvenciones originales en cuestión *no* continuaban beneficiando al productor de que se trataba era precisamente que el productor no era la misma persona jurídica que había recibido esas subvenciones".⁵⁷ (las cursivas figuran en el original) Por consiguiente, en opinión de los Estados Unidos, el factor crítico que pesó en la decisión tomada por el Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Plomo y bismuto II* fue la creación de una nueva persona jurídica con posterioridad a la privatización. Esta es la interpretación más lógica de la decisión, afirman los Estados Unidos, porque la "persona jurídica o natural" que recibe el beneficio es responsable de reembolsar el beneficio para evitar el pago de derechos compensatorios.

24. Las personas jurídicas tales como las sociedades, reiteran los Estados Unidos, son "personas" distintas de sus accionistas-propietarios. De ello se desprende que, si una persona jurídica (por ejemplo, una empresa estatal) recibe un beneficio y, después de su privatización, esa persona jurídica continúa existiendo, el beneficio también seguiría existiendo (hasta que estuviera plenamente amortizado o pagado), independientemente del precio que hubieran pagado por él sus nuevos propietarios privados.⁵⁸ Como el método de la "misma persona" se centra en el "beneficio" recibido por la "persona jurídica" que existía antes de la privatización y después de la privatización, en consonancia con el énfasis dado por el Órgano de Apelación en los asuntos *Canadá - Aeronaves civiles* y *Estados Unidos - Plomo y bismuto II*, los Estados Unidos instan a que se revoque la constatación en contrario formulada por el Grupo Especial.

⁵⁷ *Ibid.*, párrafo 4.

⁵⁸ *Ibid.*, párrafo 6.

3. Compatibilidad de la disposición 19 U.S.C. § 1677(5)(F) con las obligaciones contraídas en el marco de la OMC

25. El Grupo Especial incurrió además en error, según los Estados Unidos, al constatar que una disposición legislativa de los Estados Unidos, el artículo 1677(5)(F), es incompatible, como tal, con las obligaciones contraídas por los Estados Unidos en el marco de la OMC. Los Estados Unidos sostienen que el Grupo Especial, aunque reconoció el criterio que era procedente aplicar para evaluar la compatibilidad del artículo 1677(5)(F) como tal con las normas de la OMC, incurrió en error al aplicar ese criterio a este asunto. Los Estados Unidos están de acuerdo con el Grupo Especial en que "sólo se puede constatar que son incompatibles con las normas de la OMC las disposiciones legislativas que 'exigen' que se infrinjan las normas del GATT/OMC", y que "una disposición legislativa 'en cuanto tal' se considera imperativa si no puede aplicarse de forma compatible con el Acuerdo SMC".⁵⁹ Según los Estados Unidos, contradice este criterio la afirmación hecha más adelante por el Grupo Especial en el sentido de que una disposición legislativa puede ser incompatible con las normas de la OMC si no lleva "sistemáticamente"⁶⁰ a un resultado impuesto por las normas de la OMC.⁶¹ Los Estados Unidos sostienen que el *Acuerdo SMC* no exige que los Miembros promulguen disposiciones legislativas que incorporen en sí normas que garanticen que en todos los casos el resultado será compatible con las normas de la OMC. Si el Grupo Especial llegase a otra conclusión, conferiría más derechos e impondría más obligaciones a los Miembros, en contra de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 3 y en el párrafo 2 del artículo 19 del ESD.⁶²

26. Las Comunidades Europeas no cumplieron, según los Estados Unidos, su obligación de demostrar que la legislación estadounidense impedía que el USDOC llegase a determinaciones compatibles con las normas de la OMC en los asuntos relativos a derechos compensatorios. El propio artículo 1677(5)(F) confiere al USDOC las facultades discrecionales necesarias para que sus investigaciones y exámenes sobre derechos compensatorios se realicen de manera compatible con las obligaciones contraídas por los Estados Unidos en el marco de la OMC.⁶³ Habida cuenta de esas facultades discrecionales, los Estados Unidos afirman que el Grupo Especial, si hubiera aplicado el

⁵⁹ *Ibid.*, párrafo 107, donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafos 7.120 y 7.121.

⁶⁰ El Grupo Especial utiliza el término "sistemáticamente" para describir un resultado que se produciría "automáticamente", es decir, que ocurriría siempre como consecuencia necesaria. (Respuesta de las Comunidades Europeas a preguntas hechas en la audiencia.)

⁶¹ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 108, donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafos 7.132, 7.140 y 8.1 d).

⁶² Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 109.

⁶³ *Ibid.*, párrafo 110.

criterio correcto, no podría haber llegado a la conclusión de que el artículo 1677(5)(F) "impone una actuación incompatible con las normas de la OMC".⁶⁴

27. El error capital cometido por el Grupo Especial para llegar a su conclusión, según los Estados Unidos, fue su errónea interpretación del artículo 1677(5)(F), basada particularmente en una interpretación equivocada de la jurisprudencia estadounidense por la que se aplicaba esa norma legislativa. Los Estados Unidos señalan que indicaron repetidamente al Grupo Especial que, si se constataste que una privatización realizada en condiciones de plena competencia extinguía el beneficio de contribuciones financieras anteriores no recurrentes, el USDOC podría formular, en relación con derechos compensatorios, determinaciones compatibles con tal constatación, sin modificación alguna de su legislación.⁶⁵ No obstante, el Grupo Especial constató que, como interpretaron los tribunales de los Estados Unidos en el asunto *Delverde III*⁶⁶, el USDOC no podría realizar investigaciones ni exámenes sobre derechos compensatorios de manera compatible con las disposiciones de la OMC, ya que esos asuntos están relacionados con el cálculo de un beneficio tras un cambio de propiedad.⁶⁷ Los Estados Unidos argumentan que el asunto *Delverde III*, en el mejor de los casos, es ambiguo con respecto a los hechos específicos de este asunto y a la pertinencia de una privatización realizada en condición de plena competencia y por el valor justo de mercado.⁶⁸ Aunque los Estados Unidos plantearon esta cuestión en el Grupo Especial durante el reexamen intermedio, el Grupo Especial no respondió.⁶⁹ En consecuencia, los Estados Unidos afirman que el Grupo Especial no hizo "una evaluación objetiva del asunto que se le [había] sometido, que incluya una evaluación objetiva de los hechos", como requiere el artículo 11 del ESD.⁷⁰

⁶⁴ *Ibid.*, párrafo 112.

⁶⁵ *Ibid.*, párrafos 115 a 117.

⁶⁶ *Delverde III, supra*, nota 31.

⁶⁷ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 117.

⁶⁸ *Ibid.*, párrafos 118 a 121.

⁶⁹ *Ibid.*, párrafo 122.

⁷⁰ *Ibid.*, párrafo 113.

B. *Argumentos de las Comunidades Europeas - Apelado*

1. Privatizaciones realizadas en condiciones de plena competencia y por el valor justo de mercado

28. Las Comunidades Europeas sostienen que una privatización realizada en condiciones de plena competencia y por el valor justo de mercado extingue necesariamente cualquier beneficio que subsista de una contribución financiera anteriormente otorgada por el gobierno cuando la compañía era una empresa estatal. Según las Comunidades Europeas, el Grupo Especial rechazó correctamente la distinción entre las empresas y sus propietarios para determinar si existe un beneficio a los efectos del *Acuerdo SMC*. Las Comunidades Europeas afirman que, conforme al párrafo 1 b) del artículo 1 del *Acuerdo SMC*, "no es necesario que se aporte directamente una contribución financiera a su receptor"⁷¹ y "no es necesario que el receptor de una contribución financiera sea el receptor del beneficio conferido por ella, siempre que se establezca la relación de causalidad requerida entre la contribución y el beneficio".⁷²

29. La constatación formulada en el asunto *Canadá - Aeronaves civiles* en el sentido de que el "receptor" de un "beneficio" puede incluir un "grupo de personas" establece, a juicio de las Comunidades Europeas, que el "receptor" no tiene por qué ser exclusivamente la empresa que exporte la mercancía de que se trate, sino que también puede incluir los propietarios de esa empresa, es decir, sus accionistas.⁷³ Las Comunidades Europeas sostienen además que el Órgano de Apelación, "al concluir [en el párrafo 68 de su informe sobre el asunto *Estados Unidos - Plomo y bismuto II*] que no se confirió ningún 'beneficio' [a la empresa privatizada] como resultado del pago del valor justo de mercado en una transacción realizada en condiciones de plena competencia y limitada a la venta de acciones [...], aceptó implícitamente que el concepto de 'receptor', como 'persona natural o jurídica', no se limita a la propia compañía, sino que incluye también a su propietario".⁷⁴

30. Las Comunidades Europeas alegan que tampoco los Estados Unidos consideran que la distinción entre accionistas y empresas sea absoluta. A este respecto, las Comunidades Europeas señalan que "el USDOC reconoce que las subvenciones conferidas a parte de una entidad económica liberarán recursos que podrán aplicarse a otra parte de la entidad, por lo que, a los efectos de los derechos compensatorios, esas subvenciones se 'atribuyen' a la producción y a las exportaciones de

⁷¹ Comunicación del apelado presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 38.

⁷² *Ibid.*, párrafo 47.

⁷³ *Ibid.*, párrafos 23 y 28.

⁷⁴ *Ibid.*, párrafo 27.

toda la entidad".⁷⁵ (no se reproduce la nota de pie de página) Las Comunidades Europeas aducen asimismo que la falta de coherencia de la posición de los Estados Unidos queda también puesta de relieve en la segunda fase de su método de la "misma persona", en la que "los Estados Unidos consideran que un beneficio que corresponda a la diferencia entre el valor de la transacción y el valor justo de mercado constituye un beneficio tanto para la compañía como para sus propietarios".⁷⁶

31. Como el *Acuerdo SMC* no apoya la existencia de una clara división entre las empresas y sus propietarios, las Comunidades Europeas rechazan la posición de los Estados Unidos de que un beneficio, y por consiguiente una subvención que pueda ser objeto de medidas compensatorias, puede subsistir después de que las acciones de una empresa estatal hayan sido adquiridas por el valor justo de mercado por compradores privados en transacciones realizadas en condiciones de plena competencia. Las Comunidades Europeas recuerdan que el Órgano de Apelación reconoció, en el asunto *Canadá - Aeronaves civiles*, que se confiere un "beneficio" si "el receptor ha recibido una 'contribución financiera' en condiciones más favorables que las que puede obtener el receptor en el mercado".⁷⁷ Este es un "criterio de comparación con el mercado bien establecido"⁷⁸ que los Estados Unidos no parecen respetar al centrar su análisis económico en las distorsiones del mercado causadas por las subvenciones anteriores. En consecuencia, las Comunidades Europeas estiman que tales distorsiones van más allá del alcance del "beneficio" definido en el párrafo 1 b) del artículo 1 del *Acuerdo SMC*.⁷⁹

32. Las Comunidades Europeas sostienen que la venta de una empresa estatal en condiciones de plena competencia y por el valor justo de mercado cumple necesariamente el criterio de la comparación con el mercado previsto en el asunto *Canadá - Aeronaves civiles*, por lo que se suprime cualquier "ventaja"⁸⁰ que una empresa pueda haber obtenido antes como resultado de la aportación de una contribución financiera no recurrente por el gobierno.⁸¹ Según las Comunidades Europeas, dado que el "beneficio" se define en relación con el mercado, como se estableció en el asunto *Canadá -*

⁷⁵ *Ibid.*, párrafo 63.

⁷⁶ *Ibid.*, párrafo 52.

⁷⁷ *Ibid.*, párrafo 68, donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Aeronaves civiles*, párrafo 157.

⁷⁸ Comunicación del apelado presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 70.

⁷⁹ *Ibid.*, párrafos 76 a 78.

⁸⁰ *Ibid.*, párrafo 57, donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Aeronaves civiles*, párrafo 153.

⁸¹ Comunicación del apelado presentada por las Comunidades Europeas, párrafos 57 a 59.

Aeronaves civiles, una empresa privatizada en condiciones de plena competencia y por el valor justo de mercado no recibe nada en condiciones más favorables que las que se habrían conseguido en el propio mercado. Los beneficios procedentes de contribuciones financieras anteriores se reflejan en el balance de la empresa y, por consiguiente, en el precio atribuido por el mercado a la empresa. Según la argumentación de las Comunidades Europeas, una vez que se privatiza la empresa, "las subvenciones contenidas anteriormente al productor estatal no hacen que se reduzcan los costos ni que aumenten los ingresos del productor privatizado".⁸² Así pues, los productos de la empresa ya no se beneficiarán de las contribuciones financieras otorgadas anteriormente, ya que competirán en el mercado en igualdad de condiciones con los productos de sus competidores. A este respecto, las Comunidades Europeas recuerdan que el USDOC, "en el 'Apéndice de cuestiones generales' adjunto a su determinación de 1993 sobre el asunto *Certain Steel Products from Austria*, [...] explicó [la importancia de la privatización afirmando] que [...] 'la compañía privatizada tiene ahora la obligación de dar a sus propietarios privados el rendimiento del mercado sobre el valor total de la compañía'".⁸³ (no se reproduce la nota de pie de página)

33. Finalmente, si se cumple el criterio de comparación con el mercado establecido por el Órgano de Apelación en el asunto *Canadá - Aeronaves civiles* para calcular el importe de una subvención, las Comunidades Europeas argumentan que no es necesario además establecer que se han reembolsado al gobierno las subvenciones, aunque el valor justo de mercado pagado por una entidad privatizada podría, como señaló el Grupo Especial, "considerarse como un 'reembolso' de subvenciones otorgadas anteriormente".⁸⁴

2. El método de la "misma persona"

34. Las Comunidades Europeas afirman que, en contra de lo que entienden los Estados Unidos, el Órgano de Apelación, en el asunto *Estados Unidos - Plomo y bismuto II*, identificó claramente la obligación de las autoridades investigadoras de reexaminar la existencia de un subsidio cuando se les haya notificado una notificación que tenga por resultado el cambio de control de la empresa de que se trate.⁸⁵ A juicio de las Comunidades Europeas, la interpretación preconizada por los Estados Unidos añade inadmisiblemente una etapa intermedia antes de que la autoridad investigadora tenga que

⁸² *Ibid.*, párrafo 69.

⁸³ *Ibid.*, párrafo 65, donde se cita *Certain Steel Products from Austria*, 58 Fed. Reg. 37217, 37262 (USDOC, 9 de julio de 1993) (Apéndice de cuestiones generales).

⁸⁴ Comunicación del apelado presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 72.

⁸⁵ *Ibid.*, párrafo 32.

determinar si continúa existiendo un beneficio; en otras palabras, las autoridades investigadoras a las que se notificase una privatización tendrían que proceder a un nuevo examen solamente si el productor privatizado no fuese la "misma persona" que el productor existente antes de la privatización.⁸⁶ Según las Comunidades Europeas, el Órgano de Apelación no previó ninguna medida intermedia de esa índole en el asunto *Estados Unidos - Plomo y bismuto II*, ya que la obligación impuesta a la autoridad investigadora se desprende directamente del cambio de propiedad.

35. Las Comunidades Europeas argumentan que el *Acuerdo SMC* no permite que se establezcan o se mantengan derechos compensatorios sin que la autoridad investigadora proceda a un nuevo examen de los elementos de la subvención. En consecuencia, las Comunidades Europeas afirman que el método de la "misma persona" es incompatible con las obligaciones contraídas por los Estados Unidos en el marco de la OMC, porque requiere expresamente que se impongan derechos compensatorios sobre los beneficios que se presume que continúan existiendo después de la privatización. En tal caso, los Estados Unidos impondrían efectivamente unos derechos compensatorios superiores a las subvenciones o a falta de subvenciones. Por otra parte, las Comunidades Europeas sostienen que el método de la "misma persona", "al mantenerse centrado en la continuidad de las operaciones de producción del productor, [...] se basa en la misma hipótesis que el método 'gamma', [con respecto al cual] el Órgano de Apelación ya ha determinado que la consolidación de los beneficios de subvenciones anteriores a las operaciones de producción de un productor es incompatible con el *Acuerdo SMC*".⁸⁷ (no se reproduce la nota de pie de página)

36. Por consiguiente, según las Comunidades Europeas, el método de la "misma persona" impide que el USDOC lleve a cabo la labor impuesta por el *Acuerdo SMC* y por la decisión adoptada por el Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Plomo y bismuto II*, a saber, la revaluación de la existencia de un beneficio cuando se notifique un cambio de propiedad. En consecuencia, las Comunidades Europeas piden al Órgano de Apelación que confirme las conclusiones formuladas por el Grupo Especial en los apartados a), b) y c) del párrafo 8.1, ya que "el método de la 'misma persona' lleva a la imposición de derechos compensatorios cuando no se han establecido subvenciones, o rebasando las subvenciones, con lo que se infringen los artículos 10 y 14, los párrafos 1 y 4 del artículo 19 y los párrafos 1, 2 y 3 del artículo 21 del *Acuerdo SMC*".⁸⁸

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ *Ibid.*, párrafo 7, donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Plomo y bismuto II*, párrafos 56 a 58.

⁸⁸ Comunicación del apelado presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 86.

3. Compatibilidad de la disposición 19 U.S.C. § 1677(5)(F), como tal, con las obligaciones contraídas en el marco de la OMC

37. Las Comunidades Europeas mantienen que el Grupo Especial constató correctamente que el artículo 1677(5)(F), como tal, es incompatible con las obligaciones contraídas por los Estados Unidos en el marco de la OMC en virtud del *Acuerdo SMC*. Como observación inicial, las Comunidades Europeas argumentan que una medida es "imperativa" cuando "la legislación de un Miembro prohíbe que las autoridades administrativas hagan algo que es compatible con las normas de la OMC, sin dejar opciones efectivas".⁸⁹ Las Comunidades Europeas, en desacuerdo con el Grupo Especial a este respecto, insisten en que la clara redacción del artículo 1677(5)(F) denota suficientemente el carácter "imperativo" de la medida.⁹⁰ Según las Comunidades Europeas, el Órgano de Apelación, en el asunto *Estados Unidos - Plomo y bismuto II*, estableció que, una vez que se privatiza una empresa por su valor justo de mercado, los beneficios procedentes de contribuciones financieras otorgadas anteriormente ya no pueden existir para la empresa privatizada.⁹¹ Como el artículo 1677(5)(F) impide que el USDOC llegue a tal conclusión impuesta por las normas de la OMC, la medida, que es imperativa, es, como tal, incompatible con las obligaciones contraídas por los Estados Unidos en virtud del *Acuerdo SMC*.

38. Las Comunidades Europeas también alegan que la naturaleza "imperativa" de esa disposición legislativa queda reforzada por el hecho de que la disposición, sobre la cual se encuentran orientaciones en la DAA⁹² y tal como la han interpretado los tribunales de los Estados Unidos, niega al USDOC la autorización para actuar como lo requiere el *Acuerdo SMC*, a saber, para concluir que no existe ningún beneficio como resultado directo de una privatización realizada en condiciones de plena competencia.⁹³ Como el Grupo Especial investigó a fondo la aplicación del artículo 1677(5)(F) examinando su aplicación a la vista de otros mecanismos jurídicos internos, y como el Grupo Especial dio a los Estados Unidos una oportunidad suficiente para que expusieran al Grupo Especial otras interpretaciones, las Comunidades Europeas sostienen que el Grupo Especial actuó de conformidad con el artículo 11 del ESD.⁹⁴

⁸⁹ *Ibid.*, párrafo 106.

⁹⁰ *Ibid.*, párrafo 108.

⁹¹ *Ibid.*, párrafo 109.

⁹² Véase *supra*, nota 42.

⁹³ Comunicación del apelado presentada por las Comunidades Europeas, párrafos 111 a 119.

⁹⁴ *Ibid.*, párrafos 110, 111, 118 y 120.

39. Incluso si se constataste que la medida es facultativa, las Comunidades Europeas afirman que tales facultades discrecionales son incompatibles con la naturaleza de las obligaciones en cuestión contraídas en el marco de la OMC. Las Comunidades Europeas señalan que el *Acuerdo SMC* prohíbe absolutamente el establecimiento o el mantenimiento de derechos compensatorios si no existe una subvención. El artículo 1677(5)(F) mantiene expresamente las facultades discrecionales del USDOC para imponer derechos compensatorios, pese a que no pueden existir beneficios (ni, por ende, subvenciones) en el caso de una empresa privatizada en condiciones de plena competencia y por el valor justo de mercado. Tales facultades discrecionales para hacer lo que está claramente prohibido por el *Acuerdo SMC* "no son más que una licencia para crear problemas".⁹⁵ A este respecto, dada la importancia que la seguridad y la previsibilidad tienen para el sistema multilateral de comercio, las Comunidades Europeas sostienen que el mantenimiento de las facultades discrecionales para actuar de manera prohibida por las obligaciones contraídas en el marco de la OMC socava esa previsibilidad y hace que incluso que los elementos discrecionales del artículo 1677(5)(F), como tales, sean incompatibles con las normas de la OMC.⁹⁶

40. Las Comunidades Europeas observan, no obstante, que el Órgano de Apelación puede resolver esta cuestión sin revisar la decisión del Grupo Especial. Las Comunidades Europeas afirman que la constatación formulada por el Grupo Especial en el apartado 1 d) del párrafo 8 de su informe puede considerarse como carente de interés práctico si los Estados Unidos tienen razón y pueden confirmar que el artículo 1677(5)(F) contiene las facultades discrecionales necesarias para asegurar el cumplimiento de las obligaciones contraídas en el marco de la OMC en lo que se refiere a la extinción de un beneficio después de una privatización realizada en condiciones de plena competencia.⁹⁷ A juicio de las Comunidades Europeas, tal confirmación podría adoptar la forma de:

[...] seguridades dadas de buena fe por los Estados Unidos en el sentido de que el USDOC determinaría, sistemáticamente, que no se transmite ningún beneficio al productor privatizado siempre que los hechos demuestren que la transacción sobre el cambio de propiedad se ha realizado en condiciones de plena competencia y por el valor justo de mercado [...].⁹⁸

Las Comunidades Europeas afirman que, aunque los Estados Unidos no dieron tales seguridades al Grupo Especial, la voluntad de los Estados Unidos de hacerlo ante el Órgano de Apelación sería

⁹⁵ *Ibid.*, párrafo 125.

⁹⁶ *Ibid.*, párrafos 126 y 127.

⁹⁷ *Ibid.*, párrafos 102 a 104.

⁹⁸ *Ibid.*, párrafo 102.

suficiente para que el artículo 1677(5)(F), como tal, no fuera incompatible con las obligaciones dimanantes del *Acuerdo SMC*, tal como las interpretó el Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Plomo y bismuto II*.⁹⁹

C. *Argumentos de los terceros participantes*¹⁰⁰

1. Brasil

- a) Privatizaciones realizadas en condiciones de plena competencia y por el valor justo de mercado

41. El Brasil observa que "lo importante [...] es si el beneficio sobrevivió a la privatización"¹⁰¹ (no se reproduce la nota de pie de página) y sostiene que los Estados Unidos, sin fundamento, "creen que, una vez que se ha aportado capital en condiciones incompatibles con las consideraciones normales aplicables a los inversionistas privados, ese capital continúa en tales condiciones independientemente de que con posterioridad se venda en condiciones compatibles con las consideraciones normales aplicables a los inversionistas privados".¹⁰² El Brasil argumenta que los Estados Unidos, al hacer hincapié en el desplazamiento de la curva de la oferta de la empresa causado por las subvenciones y al exigir que se reajuste la curva de la oferta antes de constatar que no subsiste ningún beneficio procedente de una contribución financiera, confunden la existencia de una subvención que pueda ser objeto de medidas compensatorias con los efectos de tal subvención. El Brasil sostiene que tal distorsión del mercado, aunque puede deberse a una subvención, carece de importancia a los efectos de identificar una subvención con arreglo al párrafo 1 del artículo 1 del *Acuerdo SMC*.

42. El Brasil sostiene que la obligación de determinar la existencia de un beneficio de conformidad con el párrafo 1 del artículo 1 del *Acuerdo SMC* exige que se proceda a una comparación con el mercado, como lo hizo el Órgano de Apelación en los asuntos *Canadá - Aeronaves civiles* y *Estados Unidos - Plomo y bismuto II*. Tal comparación, a juicio del Brasil, entraña necesariamente el examen de las condiciones de la venta para determinar si el receptor continúa encontrándose en situación de ventaja con respecto a sus competidores, particularmente si se han hecho aportaciones de

⁹⁹ *Ibid.*, párrafos 102 y 103.

¹⁰⁰ Conforme al párrafo 2) de la Regla 24 de los Procedimientos de trabajo, México no presentó una comunicación escrita, sino que hizo una declaración oral y respondió a las preguntas formuladas durante la audiencia.

¹⁰¹ Comunicación presentada por el Brasil como tercero participante, párrafo 23.

¹⁰² *Ibid.*, párrafo 29.

capital, conforme al apartado a) del artículo 14 del *Acuerdo SMC*. Cuando el precio de compra en el mercado es justo, desaparece el beneficio inherente a una aportación de capital que de otro modo obtendría la empresa, porque, en comparación con la situación en la que se ha aportado capital en el mercado, los accionistas de la nueva empresa habrán pagado la cantidad exigida por el mercado por todos los activos, incluidos los activos intangibles, etc., de la empresa. Así pues, la antigua empresa beneficiaria ya no recibirá ninguna ventaja, porque lo que anteriormente había sido un "beneficio" (es decir, una aportación de capital que es de suponer que fuera incompatible con las consideraciones relativas a los inversionistas privados) se ha pagado efectivamente y, por consiguiente, "los costos de la compañía han quedado alterados de hecho porque ahora incluyen la necesidad de dar a los propietarios un rendimiento"¹⁰³ por el valor total de su inversión.

b) El método de la "misma persona"

43. El Brasil afirma que los Estados Unidos interpretan erróneamente las decisiones tomadas por el Grupo Especial y el Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Plomo y bismuto II*. En contra de la interpretación hecha por los Estados Unidos, el Brasil entiende que, en ese asunto, el Grupo Especial constató que las autoridades investigadoras estaban obligadas por el *Acuerdo SMC* a determinar si continuaba existiendo un beneficio después de producirse un cambio de propiedad en la empresa objeto de la investigación, independientemente de que tal transacción llevase o no a la creación de una nueva entidad jurídica. Este énfasis en el cambio de propiedad fue afirmado por la decisión del Órgano de Apelación, que, tal como lo entiende el Brasil, aceptó también la conclusión del Grupo Especial de que una entidad no continúa disfrutando de un beneficio después de una privatización efectuada en condiciones de plena competencia y por el valor justo de mercado. En consecuencia, el Brasil cree que no tiene fundamento la posición de los Estados Unidos de que el cambio de personalidad jurídica era fundamental para las decisiones adoptadas en el asunto *Estados Unidos - Plomo y bismuto II*, con lo que se justificaba la distinción establecida entre accionistas y empresas en el método de la "misma persona".

44. El Brasil afirma asimismo que, conforme a las obligaciones establecidas en el párrafo 1 del artículo 1 del *Acuerdo SMC* y a la condición previa de la nota 36 del artículo 10 de que los derechos compensatorios han de tener por única finalidad neutralizar subvenciones, en cada investigación hay que establecer los elementos de una subvención (identificados en el párrafo 1 del artículo 1). El método de la "misma persona" es incompatible con las obligaciones impuestas por el *Acuerdo SMC*, según el Brasil, porque presume irrefutablemente que el beneficio recibido antes de la privatización

¹⁰³ *Ibid.*, párrafo 52.

por una empresa estatal pasa a la entidad creada después de la privatización cuando las dos compañías son la misma persona jurídica. El método de la "misma persona" permite, pues, imponer derechos compensatorios sin exigir que la autoridad investigadora empiece por establecer en todos los casos la existencia de un "beneficio" al producirse un cambio de propiedad.

- c) Compatibilidad de la disposición 19 U.S.C. § 1677(5)(F), como tal, con las obligaciones contraídas en el marco de la OMC

45. El Brasil sostiene que el Grupo Especial constató correctamente que el artículo 1677(5)(F), tal como lo interpretan el Tribunal de Apelación del Circuito Federal de los Estados Unidos y la DAA¹⁰⁴, es incompatible, como tal, con las obligaciones contraídas por los Estados Unidos en virtud del *Acuerdo SMC*. El Grupo Especial reconoció correctamente que sólo las disposiciones legislativas que obligan a infringir una obligación contraída en el marco de la OMC (es decir, disposiciones legislativas "imperativas") pueden considerarse incompatibles, como tales, con los compromisos contraídos por un Miembro en el marco de la OMC.¹⁰⁵ Como el Grupo Especial constató que el claro texto del artículo 1677(5)(F) confería al USDOC facultades discrecionales, el Brasil afirma que el Grupo Especial examinó correctamente el contexto nacional del artículo 1677(5)(F), incluyendo su aplicación en la práctica y su historia legislativa vinculante, para determinar si tales facultades discrecionales eran "imaginarias o ineficaces".¹⁰⁶ El Brasil argumenta que, sobre la base, en particular, de un examen de la historia legislativa y de la jurisprudencia relativas al artículo 1677(5)(F), el Grupo Especial formuló numerosas constataciones para justificar su conclusión de que el USDOC no podía, de hecho, llegar automáticamente a la conclusión de que, tras una privatización realizada en condiciones de plena competencia y por el valor justo de mercado, quedaba necesariamente extinguido un beneficio procedente de una contribución financiera otorgada con anterioridad.¹⁰⁷

46. El Brasil impugna la afirmación de los Estados Unidos de que el Grupo Especial aplicó de hecho un criterio erróneo para juzgar si el artículo 1677(5)(F) era imperativo o facultativo. El Brasil estima que la afirmación de los Estados Unidos de que se incurrió en error se basa en "semántica".¹⁰⁸ En la comunicación del Brasil se afirma que la conclusión del Grupo Especial de que

¹⁰⁴ Véase *supra*, nota 42.

¹⁰⁵ Comunicación presentada por el Brasil como tercero participante, párrafo 34.

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ *Ibid.*, párrafo 36.

¹⁰⁸ *Ibid.*, párrafo 39.

"el artículo 2677(5)(F) es incompatible con las obligaciones contraídas en el marco de la OMC porque no permite 'sistemáticamente' llegar a un resultado compatible con el asunto *Plomo y bismuto II* [equivale] a afirmar que el artículo 1677(5)(F) exige que se llegue a un resultado incompatible con las normas de la OMC".¹⁰⁹ (no se reproduce la nota de pie de página)

47. El Brasil sostiene además que no es convincente la afirmación de los Estados Unidos de que el Grupo Especial hizo caso omiso de la ambigüedad creada por el Tribunal de Apelación del Circuito Federal de los Estados Unidos en la interpretación del artículo 1677(5)(F) en el asunto *Delverde III*. A este respecto, el Brasil señala que, en todo caso, el tribunal que se ocupó del asunto *Delverde III* constató claramente que el artículo 1677(5)(F) impide que el USDOC llegue a la conclusión de que un beneficio puede extinguirse exclusivamente mediante una privatización realizada en condiciones de plena competencia.¹¹⁰ El Brasil dice que esta razonable interpretación es la base de la constatación del Grupo Especial de que se cometió una infracción como tal, porque el USDOC, aunque está facultado para constatar que no hay ningún beneficio después de un cambio de propiedad, no podría formular tal constatación sobre la base de una privatización efectuada en condiciones de plena competencia por el valor justo de mercado "en sí"¹¹¹, como está obligado a ser conforme al *Acuerdo SMC*.

2. India

48. La India mantiene que, al juzgar si continúa existiendo un beneficio, no se debe hacer ninguna distinción entre el beneficio conferido como resultado de una contribución financiera a los accionistas o a sus empresas.¹¹² En consecuencia, el Grupo Especial centró correctamente su análisis en el "receptor", que se determinó que era la compañía y sus accionistas "juntos", conforme al *Acuerdo SMC*.¹¹³ La India señala que, en tales evaluaciones, el beneficio ha de juzgarse en comparación con el mercado, como reconoció el Órgano de Apelación en el asunto *Canadá - Aeronaves civiles*.¹¹⁴ La India está de acuerdo en que, cuando una compañía se vende por su valor justo de mercado, el precio de compra, determinado por el mercado, incluye necesariamente el valor del beneficio conferido por la contribución financiera otorgada con anterioridad. La India dice que,

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ *Ibid.*, párrafos 41 a 43.

¹¹¹ *Ibid.*, párrafo 38.

¹¹² Comunicación presentada por la India como tercero participante, página 5.

¹¹³ *Ibid.*, donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 7.54.

¹¹⁴ *Ibid.*, página 5 y nota 9.

por consiguiente, estima "justa" la conclusión de que, cuando una privatización se ha hecho en condiciones de plena competencia y por el valor justo de mercado, la autoridad investigadora ha de concluir que el beneficio procedente de la contribución financiera hecha anteriormente no se transmite a la empresa privatizada.¹¹⁵

IV. Cuestiones planteadas en esta apelación

49. En esta apelación se plantean las siguientes cuestiones:

- Una es si el Grupo Especial incurrió en error al constatar que la privatización, efectuada en condiciones de plena competencia y por el valor justo de mercado, extingue "*sistemáticamente*"¹¹⁶ el "beneficio" procedente de contribuciones financieras no recurrentes otorgadas anteriormente.
- Otra es si el Grupo Especial incurrió en error al constatar que los Estados Unidos no habían cumplido las obligaciones que les imponen los artículos 10 y 14, los párrafos 1 y 4 del artículo 19 y los párrafos 1, 2 y 3 del artículo 21 del *Acuerdo SMC*, al utilizar un método de calcular el "beneficio" que obtiene el "receptor" en el que se presume de forma concluyente que, si la empresa estatal y la empresa existente después de la privatización son la misma "persona jurídica", el "beneficio" recibido por la empresa estatal continúa *automáticamente* existiendo para la empresa recién privatizada.
- Una tercera cuestión es si el Grupo Especial incurrió en error al constatar que la disposición 19 U.S.C. § 1677(5)(F) es, en sí, incompatible con los artículos 10, 14, 19 y 21 del *Acuerdo SMC*, porque impide que el USDOC concluya *automáticamente* que, después de una privatización realizada en condiciones de plena competencia y por el valor justo de mercado, el "beneficio" de una contribución financiera no recurrente otorgada con anterioridad a la empresa estatal no sigue pudiendo "atribuirse"¹¹⁷ a los productores privatizados, y, en consecuencia, que "los Estados Unidos no han asegurado la conformidad con el párrafo 5 del artículo 32 del *Acuerdo SMC* y con el párrafo 4 del artículo XVI del *Acuerdo sobre la OMC*".¹¹⁸

¹¹⁵ *Ibid.*, página 5.

¹¹⁶ En lo que se refiere al término "sistemáticamente", véase *supra*, nota 60.

¹¹⁷ Informe del Grupo Especial, apartado d) del párrafo 8.1.

¹¹⁸ *Ibid.*

V. Cuestiones de procedimiento

50. Pasamos en primer lugar a las cuestiones de procedimiento planteadas en esta apelación. La primera cuestión de procedimiento es la impugnación, hecha por las Comunidades Europeas, de la suficiencia del anuncio de apelación presentado por los Estados Unidos. Las Comunidades Europeas piden que desestimemos la apelación de los Estados Unidos con respecto a tres errores en que, según se afirma, incurrió el Grupo Especial, sobre la base de que no fueron incluidos en el anuncio de apelación. La segunda cuestión de procedimiento se refiere a la comunicación presentada como *amicus curiae* por una asociación de la industria. Examinaremos sucesivamente cada una de estas cuestiones de procedimiento.

A. *Suficiencia del anuncio de apelación y solicitud de desestimación de ciertos aspectos de la apelación*

51. Los Estados Unidos presentaron, el 9 de septiembre de 2002, un anuncio de apelación en el que se dice lo siguiente:

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, los Estados Unidos notifican por la presente su decisión de apelar ante el Órgano de Apelación con respecto a ciertas cuestiones de derecho tratadas en el informe del Grupo Especial que se ocupó del asunto *Estados Unidos - Medidas compensatorias que afectan a determinados productos originarios de las Comunidades Europeas* (WT/DS212/R) y a determinadas interpretaciones jurídicas formuladas por el Grupo Especial.

Los Estados Unidos solicitan que el Órgano de Apelación examine las conclusiones del Grupo Especial que figuran en los párrafos 8.1 a)-d) y 8.2 de su informe. Estas conclusiones son erróneas y se basan en constataciones erróneas sobre cuestiones de derecho e interpretaciones jurídicas conexas.¹¹⁹

52. El 10 de septiembre de 2002, las Comunidades Europeas presentaron una solicitud de resolución preliminar (la "Solicitud"), en la que afirmaban que el anuncio de apelación de los Estados Unidos "no está manifiestamente en conformidad con el párrafo 2 d) de la Regla 20 de los *Procedimientos de trabajo para el examen en apelación*"¹²⁰ porque en ella "no se identifican las constataciones ni las interpretaciones jurídicas que consideran que son erróneas".¹²¹ Las Comunidades Europeas argumentaron que, "en consecuencia, las Comunidades Europeas se

¹¹⁹ WT/DS212/7, adjunto como anexo I al presente informe.

¹²⁰ Solicitud, párrafo 1.

¹²¹ *Ibid.*, párrafo 4.

encuentran en la imposibilidad de preparar su respuesta a la apelación".¹²² Las Comunidades Europeas nos pidieron que ordenásemos "a los Estados Unidos, conforme al párrafo 1) de la Regla 16 de los Procedimientos de trabajo, que presentasen inmediatamente más detalles en relación con su anuncio de apelación, a fin de identificar las constataciones jurídicas e interpretaciones jurídicas exactas que estaban impugnando".¹²³

53. Por carta de fecha 12 de septiembre de 2002, los Estados Unidos respondieron que la Solicitud de las Comunidades Europeas era infundada, afirmando que el anuncio de apelación cumplía las prescripciones del párrafo 2) d) de la Regla 20 de los *Procedimientos de trabajo* porque "identifica, por remisión a los párrafos del informe del Grupo Especial en cuestión, las constataciones e interpretaciones jurídicas del Grupo Especial con respecto a los cuales apelan los Estados Unidos por considerarlas erróneas. Tal como lo interpreta el Órgano de Apelación, el párrafo 2) d) de la Regla 20 no requiere nada más".¹²⁴ Los Estados Unidos, basándose en la resolución que adoptamos en el asunto *Estados Unidos - Camarones*, afirmaron que no estaban obligados a aducir en el anuncio de apelación ningún argumento en apoyo de sus alegaciones de error, ya que esos argumentos sólo tenían que exponerse en la comunicación que presentasen como apelante.

54. Los Estados Unidos rechazaron el argumento de las Comunidades Europeas de que el anuncio de apelación sirve para informar al apelado y a las terceras partes sobre las cuestiones que se van a plantear en la apelación. Los Estados Unidos argumentaron que el anuncio de apelación no puede tener por finalidad comunicar el objeto de la apelación, porque no hay ninguna obligación de presentar un anuncio de apelación con respecto a una apelación contraria. Los Estados Unidos llegaron a la conclusión de que "es evidente que el anuncio de apelación responde a una finalidad limitada: en vez de contener una descripción preliminar de la argumentación (que el destinatario de la apelación contraria -el apelante inicial- no recibe en absoluto), el anuncio de apelación es simplemente un mecanismo formal para iniciar la apelación".¹²⁵ Los Estados Unidos estiman que su

¹²² *Ibid.*, párrafo 5.

¹²³ *Ibid.*, párrafo 6.

¹²⁴ Carta de fecha 12 de septiembre de 2002 dirigida al Presidente de la Sección que entiende en esta apelación por el Asesor Jurídico Superior de la Misión Permanente de los Estados Unidos ante la OMC, página 2.

¹²⁵ *Ibid.*

posición está respaldada por el párrafo 4 del artículo 16¹²⁶ y por el párrafo 5 del artículo 17¹²⁷ del ESD. Ambos párrafos se refieren a la notificación de la decisión de apelar, pero ninguno de ellos hace referencia a la obligación de notificar los motivos de la apelación.

55. El 12 de septiembre de 2002, invitamos a los Estados Unidos a "identificar las constataciones e interpretaciones exactas del Grupo Especial que, según se alega en el anuncio de apelación presentado el 9 de septiembre de 2002, constituyen errores".¹²⁸ Los Estados Unidos respondieron por carta de fecha 13 de septiembre de 2002.¹²⁹ En un apéndice a esa carta, los Estados Unidos citaron el texto íntegro de los párrafos del informe del Grupo Especial a los que habían hecho referencia meramente por su número en el anuncio de apelación. Los Estados Unidos dieron también información sobre los errores de derecho que, según afirmaban, había cometido el Grupo Especial.¹³⁰

56. En la comunicación que han presentado como apelado, las Comunidades Europeas alegan que ciertas cuestiones de que trata la comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos no estaban incluidas en el anuncio de apelación de los Estados Unidos (ni en el apéndice a la carta de 13 de septiembre de 2002). En particular, las Comunidades Europeas identifican las siguientes

¹²⁶ El párrafo 4 del artículo 16 del ESD dispone lo siguiente:

Dentro de los 60 días siguientes a la fecha de distribución del informe de un grupo especial a los Miembros, el informe se adoptará en una reunión del OSD, a menos que una parte en la diferencia notifique formalmente a éste su decisión de apelar o que el OSD decida por consenso no adoptar el informe. Si una parte ha notificado su decisión de apelar, el informe del grupo especial no será considerado por el OSD a efectos de su adopción hasta después de haber concluido el proceso de apelación. Este procedimiento de adopción se entiende sin perjuicio del derecho de los Miembros a expresar sus opiniones sobre los informes de los grupos especiales. (no se reproduce la nota de pie de página)

¹²⁷ El párrafo 5 del artículo 17 del ESD dispone lo siguiente:

Por regla general, la duración del procedimiento entre la fecha en que una parte en la diferencia notifique formalmente su decisión de apelar y la fecha en que el Órgano de Apelación distribuya su informe no excederá de 60 días. Al fijar su calendario, el Órgano de Apelación tendrá en cuenta las disposiciones del párrafo 9 del artículo 4, si procede. Si el Órgano de Apelación considera que no puede rendir su informe dentro de los 60 días, comunicará por escrito al OSD los motivos del retraso, indicando el plazo en el que estima que podrá presentarlo. En ningún caso la duración del procedimiento excederá de 90 días.

¹²⁸ Carta de fecha 12 de septiembre de 2002 dirigida al Asesor Jurídico Superior de la Misión Permanente de los Estados Unidos ante la OMC por el Director de la secretaría del Órgano de Apelación.

¹²⁹ Apéndice a la carta de fecha 13 de septiembre de 2002 dirigida al Director de la secretaría del Órgano de Apelación por el Asesor Jurídico Superior de la Misión Permanente de los Estados Unidos ante la OMC.

¹³⁰ Apéndice a la carta de fecha 13 de septiembre de 2002 dirigida al Director de la secretaría del Órgano de Apelación por el Asesor Jurídico Superior de la Misión Permanente de los Estados Unidos ante la OMC.

cuestiones como cuestiones con respecto a las cuales los Estados Unidos no afirmaron, en su anuncio de apelación, que el Grupo Especial había incurrido en error:

- "Los Estados Unidos no alegaron que se hubiera incurrido en ningún error en la constatación del Grupo Especial de que las autoridades administradoras están obligadas, tras la notificación de una privatización, a examinar de nuevo si el productor privatizado obtiene algún 'beneficio'";
- "Los Estados Unidos [no] alegaron que se hubiera incurrido en ningún error en la interpretación del criterio 'imperativo-facultativo' adoptado por el Grupo Especial para constatar que el artículo 1677(5)(F) es incompatible, como tal, con el *Acuerdo SMC*", y
- "Los Estados Unidos [no] alegaron que se hubiera incurrido en ningún error en la aplicación del artículo 11 del [ESD]."¹³¹ (no se reproducen las notas de pie de página)

Las Comunidades Europeas alegan, por consiguiente, que estas cuestiones no han sido sometidas correctamente al Órgano de Apelación y deben desestimarse.¹³²

57. Los Estados Unidos respondieron a estas afirmaciones en la audiencia, argumentando que en el anuncio de apelación basta con identificar las constataciones de un grupo especial con respecto a las cuales se apela y que no hay ninguna prescripción que obligue a identificar en el anuncio por qué en una constatación particular se ha incurrido en error. Tampoco hay, según los Estados Unidos, ninguna obligación de aducir argumentos en el anuncio de apelación; por ejemplo, el argumento de que un grupo especial no ha actuado de forma compatible con el artículo 11 del ESD. Los Estados Unidos sostienen que los argumentos han de desarrollarse en la comunicación que presente el apelante. En consecuencia, los Estados Unidos rechazan la afirmación de que las tres cuestiones identificadas por las Comunidades Europeas quedan fuera del ámbito de la apelación.

¹³¹ Comunicación del apelado presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 17.

¹³² *Ibid.*, párrafo 19. La India está de acuerdo con las Comunidades Europeas en que el anuncio de apelación de los Estados Unidos es insuficiente, argumentando que es "demasiado breve, por lo que el [apelado] y los terceros no podían discernir qué cuestiones jurídicas eran objeto de apelación" (comunicación presentada por la India como tercero participante, página 2). Sin embargo, la India no pide expresamente que se desestimen ciertas cuestiones tratadas por los Estados Unidos en la comunicación que han presentado como apelante.

58. En relación con esta primera cuestión de procedimiento, empezamos nuestro análisis recordando la Regla 20 de los *Procedimientos de trabajo*, que, como demuestra su título, establece unas directrices para el inicio de una apelación. El párrafo 1 de la Regla 20 dispone lo siguiente:

Inicio de la apelación

20. 1) Toda apelación se iniciará mediante una notificación por escrito al OSD de conformidad con el párrafo 4 del artículo 16 del ESD y la presentación simultánea de un anuncio de apelación ante la Secretaría.

El párrafo 2 de la Regla 20 prescribe la "información" que ha de incluirse en el anuncio de apelación. Además del título del informe del grupo especial objeto de la apelación, del nombre del apelante, de la dirección a efectos de notificación y de los números de teléfono y facsímil de la parte de que se trate, el párrafo 2) d) de la Regla 20 dispone que el anuncio de apelación "incluirá" la siguiente información:

- d) un breve resumen del carácter de la apelación, con inclusión de las alegaciones de errores en las cuestiones de derecho tratadas en el informe del grupo especial y las interpretaciones jurídicas formuladas por éste.

59. Las prescripciones del párrafo 2) d) de la Regla 20 relativas al anuncio de apelación deben compararse con las del párrafo 2) b) de la Regla 21 de los *Procedimientos de trabajo*, donde se indican los datos que se "incluirán" en la comunicación del apelante. Esos datos son los siguientes:

- i) una exposición precisa de los motivos de la apelación, con inclusión de las alegaciones específicas de errores en las cuestiones de derecho tratadas en el informe del grupo especial y en las interpretaciones jurídicas formuladas por éste, y los argumentos jurídicos en que se basan;
- ii) una exposición precisa de las disposiciones de los acuerdos abarcados y otras fuentes jurídicas en las que se ampara el apelante; y
- iii) el carácter de la decisión o el fallo que se pretende.

Así pues, tanto el anuncio de apelación como la comunicación del apelante han de contener las alegaciones de errores, pero la comunicación del apelante ha de ser más específica a este respecto. La comunicación del apelante ha de ser precisa en lo que se refiere a los motivos de la apelación, los argumentos jurídicos en que se base la apelación y las disposiciones de los acuerdos abarcados y otras fuentes jurídicas en las que se ampare el apelante.

60. Como hemos dicho anteriormente, "el derecho de las partes de presentar apelaciones contra las constataciones e interpretaciones jurídicas formuladas por los grupos especiales en un procedimiento de solución de diferencias es un nuevo derecho importante recogido en el ESD".¹³³ Además, hemos afirmado que "la manera más apropiada de interpretar las disposiciones del párrafo 2) de la Regla 20 y de otras Reglas de los *Procedimientos de trabajo para el examen en apelación* consiste en conferir al derecho de apelación todo su significado y efecto".¹³⁴ En el asunto *Estados Unidos - Camarones*, en el que los apelados que actuaban conjuntamente trataron de que se desestimase en su integridad la apelación basándose en la insuficiencia del anuncio de apelación, analizamos los elementos que ha de reunir el anuncio de apelación. En ese asunto dijimos lo siguiente:

Los *Procedimientos de trabajo para el examen en apelación* exigen al apelante que sea breve en su anuncio de apelación al exponer "el carácter de la apelación, con inclusión de las alegaciones de errores". A nuestro juicio, en principio, el "carácter de la apelación" y "las alegaciones de errores" quedan suficientemente expuestos cuando en el anuncio de apelación se identifican debidamente las conclusiones o interpretaciones jurídicas del Grupo Especial que son objeto de apelación por considerarse erróneas. No se pretende que el anuncio de apelación contenga los motivos por los que el apelante considera erróneas tales conclusiones o interpretaciones. El anuncio de apelación no está concebido para servir de sumario o esbozo de los argumentos que presentará el apelante. Como es evidente, los argumentos jurídicos en los que se basan las alegaciones de errores se deberán exponer y ampliar en la comunicación del apelante.¹³⁵ (sin subrayar en el original)

En esa apelación, confirmamos la validez del anuncio de apelación contra las afirmaciones de que era "vago y superficial"¹³⁶ y constatamos que, aunque en el anuncio no se citaban los números de los párrafos del informe del Grupo Especial que contenían las conclusiones que eran objeto de la reclamación, y aunque las referencias que se hacían en el anuncio eran "escuetas, no cab[ía] duda alguna respecto de cuáles [eran] las conclusiones o interpretaciones del Grupo Especial que se somet[ían] al Órgano de Apelación para su examen".¹³⁷ (no se reproduce la nota de pie de página)

¹³³ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones*, párrafo 97.

¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ *Ibid.*, párrafo 95.

¹³⁶ *Ibid.*, párrafo 92.

¹³⁷ *Ibid.*, párrafo 96.

61. Al mismo tiempo, en el asunto *Estados Unidos - Camarones* confirmamos que "el apelado evidentemente siempre tiene pleno derecho a un proceso legal con todas las garantías".¹³⁸ En otra apelación, en el asunto *CE - Bananos III*, explicamos que el anuncio de apelación sirve para informar al apelado sobre las constataciones con respecto a las cuales se apela.¹³⁹ En esa apelación, excluimos del ámbito de la apelación una constatación que no estaba comprendida en las alegaciones de error que figuraban en el anuncio de apelación, porque el apelado "no tenía noticia de que las Comunidades Europeas apelaban contra esta constatación".¹⁴⁰

62. En resumen, en nuestras resoluciones anteriores se ha subrayado la importancia del equilibrio que hay que mantener entre, por una parte, el derecho de los Miembros a ejercer el derecho de apelación de manera seria y efectiva y, por otra, el derecho de los apelados a tener noticia, mediante el anuncio de apelación, de las constataciones que sean objeto de la apelación, a fin de que puedan ejercer efectivamente su derecho de defensa. Por ello, estamos en desacuerdo con la afirmación de los Estados Unidos de que el anuncio de apelación "responde a una finalidad limitada" como "simplemente un mecanismo formal para iniciar la apelación".¹⁴¹ De hecho, si ese fuera el único objetivo del anuncio, nuestros *Procedimientos de trabajo* habrían incluido solamente el párrafo 1) de la Regla 20, que se refiere al inicio de la apelación mediante una notificación escrita al Órgano de Solución de Diferencias y a la secretaría del Órgano de Apelación. Sin embargo, la Regla 20 también establece otros requisitos para el inicio de una apelación, al disponer que el anuncio de apelación ha de incluir "un breve resumen del carácter de la apelación, con inclusión de las alegaciones de errores en las cuestiones de derecho tratadas en el informe del grupo especial y las interpretaciones jurídicas formuladas por éste".¹⁴² La notificación efectuada conforme al párrafo 1) de la Regla 20 es el "mecanismo" de iniciación al que se refieren los Estados Unidos. Las prescripciones adicionales establecidas en el párrafo 2) de la Regla 20 sirven para que el apelado también tenga noticia, aunque sea breve, del "carácter de la apelación" y de las "alegaciones de errores" del grupo especial.

¹³⁸ *Ibid.*, párrafo 97.

¹³⁹ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Bananos III*, párrafo 152.

¹⁴⁰ *Ibid.*

¹⁴¹ Carta de fecha 12 de septiembre de 2002 dirigida al Presidente de la Sección que entiende en esta apelación por el Asesor Jurídico Superior de la Misión Permanente de los Estados Unidos ante la OMC, página 2.

¹⁴² La comparación que hacen los Estados Unidos con la falta de notificación al destinatario de una apelación contraria no es procedente, porque los *Procedimientos de trabajo* no imponen ninguna prescripción en materia de notificaciones en tales circunstancias.

63. Pasamos ahora a la cuestión de si, en este asunto, el anuncio de apelación hecho por los Estados Unidos respondía a las prescripciones que debe cumplir todo anuncio de apelación según el párrafo 2) d) de la Regla 20. Hemos de determinar si el anuncio de apelación era suficiente para que las Comunidades Europeas tuvieran noticia de que las tres alegaciones de error del Grupo Especial que, según las Comunidades Europeas, no estaban incluidas en el anuncio eran, de hecho, objeto de la apelación.

64. Al realizar nuestro análisis, examinaremos tanto el anuncio de apelación como la carta de 13 de septiembre de 2002 que complementa el anuncio de apelación. Aunque en los *Procedimientos de trabajo* no se prevé expresamente la presentación de aclaraciones o más detalles, o de anuncios de apelación suplementarios o modificados, consideramos que, en las circunstancias particulares de este asunto, procede examinar ambos documentos con miras a conferir "al derecho de apelación todo su significado y efecto".¹⁴³ Señalamos, en particular, que el documento adicional fue presentado por los Estados Unidos en respuesta a nuestra invitación a hacerlo, invitación que se basaba en parte en la solicitud de más detalles presentada por las Comunidades Europeas. Por otra parte, el documento adicional se presentó poco después (tres días) de presentarse el anuncio de apelación. Finalmente, señalamos que las Comunidades Europeas se refirieron tanto al anuncio de apelación como a la carta de 13 de septiembre de 2002 en sus argumentos sobre esta cuestión.¹⁴⁴

65. En el anuncio de apelación se hacía referencia solamente a los números de los párrafos del informe del Grupo Especial en los que éste expuso sus "Conclusiones y recomendaciones" (a saber, los párrafos 8.1 a) a d) y 8.2). En el apéndice a la carta de 13 de septiembre de 2002 se transcribe el texto íntegro de los párrafos citados del informe del Grupo Especial y se da la siguiente información adicional sobre la apelación:

En particular, el Grupo Especial incurrió en error al constatar que:

- las subvenciones son recibidas por unas entidades híbridas que consisten en la compañía que produce la mercancía de que se trata y en sus accionistas (véase, por ejemplo, el párrafo 7.54 del informe del Grupo Especial), por lo que la venta de la compañía a los nuevos accionistas crea automáticamente un "nuevo" productor en relación con el cual se requiere una nueva determinación de la existencia de un beneficio;

¹⁴³ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones*, párrafo 97.

¹⁴⁴ Comunicación del apelado presentada por las Comunidades Europeas, párrafos 13 y 16; declaración hecha por las Comunidades Europeas en la audiencia y respuestas a las preguntas formuladas en la audiencia.

- el pago del valor justo de mercado por las acciones de una compañía anula las subvenciones otorgadas anteriormente a esa compañía (*véase, por ejemplo*, el párrafo 7.72 del informe del Grupo Especial;
- la denominada "metodología de la misma persona" es incompatible con el Acuerdo SMC.

66. La primera cuestión que, según las Comunidades Europeas, no se incluyó en el anuncio de apelación ni en la carta de 13 de septiembre de 2002 es la constatación del Grupo Especial de que las autoridades administradoras están obligadas, tras la notificación de una privatización, a examinar de nuevo si el productor privatizado obtiene algún "beneficio". La simple lectura de las "Conclusiones y recomendaciones" del informe del Grupo Especial, a las que se hace referencia en el anuncio de apelación y cuyo texto íntegro se cita en el apéndice a la carta de 13 de septiembre de 2002, deja claramente sentado que la obligación de determinar de nuevo si continúa existiendo un beneficio, tras la notificación de la privatización de la empresa, era un componente crítico de la apelación. Los párrafos 8.1 a), 8.1 b) y 8.1 c) de las "Conclusiones y recomendaciones" dicen lo siguiente:

a) Las seis determinaciones formuladas a raíz de investigaciones originales basadas en la metodología gamma son incompatibles con el Acuerdo SMC, ya que el Departamento de Comercio no examinó si las privatizaciones se habían realizado en condiciones de competencia y por el valor justo de mercado; así pues, *los Estados Unidos no determinaron si el nuevo productor privatizado recibía un beneficio derivado de contribuciones financieras anteriores otorgadas al productor estatal.*

...

b) Las dos determinaciones formuladas a raíz de un examen administrativo y basadas en la metodología gamma (caso Nº 7) o en la metodología de la misma persona (caso Nº 12) son incompatibles con el Acuerdo SMC, puesto que el Departamento de Comercio no examinó si la privatización que llevó a cabo después de la imposición original de los derechos compensatorios se hizo en condiciones de competencia y por el valor justo de mercado; por eso, *los Estados Unidos no determinaron si los productores privatizados recibían un beneficio derivado de las contribuciones financieras otorgadas anteriormente a los productores estatales.*

...

c) Las cuatro determinaciones formuladas a raíz de exámenes por caducidad y basadas en la metodología gamma son incompatibles con el Acuerdo SMC, puesto que el Departamento de Comercio no examinó si las privatizaciones que se llevaron a cabo después de la imposición original de los derechos compensatorios se hicieron en condiciones de competencia y por el valor justo de mercado. Por tanto, *los Estados Unidos no determinaron si los productores privatizados obtenían un beneficio de la contribución financiera otorgada anteriormente a los productores estatales [...].*¹⁴⁵ (sin cursivas en el original)

¹⁴⁵ Informe del Grupo Especial, párrafos 8.1 a) a 8.1 c).

67. Cada uno de estos párrafos se refiere explícitamente al hecho de que el USDOC no determinó si el productor privatizado recibió un beneficio como resultado de una contribución financiera otorgada antes de la privatización. En estas constataciones está implícita la opinión del Grupo Especial de que las autoridades están obligadas, al recibir la notificación de una privatización, a determinar si el productor privatizado continúa recibiendo un beneficio de una contribución financiera concedida antes de la privatización. Por otra parte, en el apéndice a la carta de 13 de septiembre de 2002 se indica que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que "la venta de la compañía a los nuevos accionistas crea automáticamente un '*nuevo*' productor sobre el que se requiere una nueva determinación de la existencia de un beneficio". (sin cursivas en el original) A la vista de estas referencias explícitas a la obligación de determinar, tras tener noticia de una privatización, si continúa existiendo un "beneficio", constatamos que los Estados Unidos comunicaron debidamente a las Comunidades Europeas que los Estados Unidos estaban apelando contra la constatación del Grupo Especial de que los Estados Unidos habían actuado de forma incompatible con las obligaciones que habían contraído en el marco de la OMC al no haber realizado tal determinación después de haber sabido que se había realizado una privatización. Así pues, con respecto a la primera cuestión indicada por las Comunidades Europeas, consideramos que el anuncio de apelación cumple las prescripciones del párrafo 2 d) de la Regla 20 y que la primera cuestión nos ha sido sometida correctamente en esta apelación.

68. La segunda deficiencia alegada por las Comunidades Europeas es que "los Estados Unidos [no] aleg[aron] que se hubiera incurrido en ningún error en la interpretación del criterio 'imperativo-facultativo' adoptado por el Grupo Especial para constatar que el artículo 1677(5)(F) es incompatible, como tal, con el *Acuerdo SMC*".¹⁴⁶ A este respecto, señalamos que el párrafo 8.1 d) de la sección relativa a las "Conclusiones y recomendaciones" del informe del Grupo Especial, al que hicieron referencia los Estados Unidos en el anuncio de apelación y cuyo texto íntegro se cita en el apéndice a la carta de 13 de septiembre de 2002, dice lo siguiente:

Si un Miembro importador ha determinado que una privatización se ha llevado a cabo en condiciones de competencia y por el valor justo de mercado, ha de llegar a la conclusión de que no sigue pudiendo atribuirse al productor privatizado ningún beneficio derivado de la contribución financiera anterior (o subvención). En la medida que el artículo 1677(5)(F), tal como ha sido interpretado por el Tribunal Federal de Apelación de los Estados Unidos y en la DAA, obliga al Departamento de Comercio de los Estados Unidos a aplicar una metodología en virtud de la cual no se constata sistemáticamente que el productor privatizado, por el mero hecho de que la privatización se ha llevado a cabo en condiciones de competencia y al valor justo de

¹⁴⁶ Comunicación del apelado presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 17.

mercado, no obtiene un beneficio de una contribución financiera previa, dicha disposición impide a los Estados Unidos ejercitar facultades discrecionales en forma compatible con la OMC. Por consiguiente, el artículo 1677(5)(F) es incompatible con los artículos 10, 14, 19 y 21 del *Acuerdo SMC* tal como han sido interpretados en los informes del Grupo Especial y el Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Plomo y bismuto II* y por este Grupo Especial. Al haberse constatado que el artículo 1677(5)(F) es incompatible con el *Acuerdo SMC*, los Estados Unidos no han actuado en conformidad con el párrafo 5 del artículo 32 del *Acuerdo SMC* y el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC. (las cursivas figuran en el original; sin subrayar en el original)

69. A nuestro juicio, la referencia que se hace en ese párrafo al hecho de que la interpretación del artículo 1677(5)(F) realizada por el Grupo Especial *impedía que el USDOC ejercitase facultades discrecionales* en forma compatible con las normas de la OMC era suficiente para que las Comunidades Europeas cobrasen conciencia de que los Estados Unidos estaban apelando con respecto a la descripción y aplicación del criterio imperativo-facultativo utilizado por el Grupo Especial al interpretar el artículo 1677(5)(F) por considerarlo, como tal, incompatible con las obligaciones contraídas por los Estados Unidos en el marco de la OMC. En consecuencia, con respecto a la segunda cuestión identificada por las Comunidades Europeas, consideramos que el anuncio de apelación cumple las prescripciones del párrafo 2) d) de la Regla 20 y que la segunda cuestión nos ha sido sometida correctamente en esta apelación.

70. Observamos que, al llegar a estas conclusiones, nos encontramos ante un ejemplo bastante poco corriente de la sección relativa a las "Conclusiones y recomendaciones" del informe de un grupo especial. En los informes de la mayoría de los grupos especiales, la sección sobre "Conclusiones y recomendaciones" es relativamente breve, y en ella se exponen las constataciones de forma resumida. Las interpretaciones jurídicas detalladas y los razonamientos en que se basan los grupos especiales suelen figurar solamente en la sección relativa a las "Constataciones" de los informes de los grupos especiales. Ahora bien, en este caso las "Conclusiones y recomendaciones" del Grupo Especial son más detalladas que de costumbre. Los apartados a) a d) del párrafo 8.1 del informe del Grupo Especial incluyen, no sólo las constataciones del Grupo Especial, sino también algunas de las razones que han llevado a esas constataciones. Así pues, en este asunto es posible, al leer la sección referente a las "Conclusiones y recomendaciones" del informe del Grupo Especial, discernir los errores de hecho alegados con respecto a los cuales apelan los Estados Unidos. No obstante, subrayamos que, en general, un anuncio de apelación que haga referencia simplemente a los números de los párrafos que figuran en la sección de "Conclusiones y recomendaciones" del informe de un grupo especial, o que cite su texto íntegro, será insuficiente para constituir una notificación adecuada de las alegaciones de error en la fase de apelación y, por consiguiente, no cumplirá las prescripciones del párrafo 2) d) de la Regla 20 de los *Procedimientos de trabajo*.

71. La tercera cuestión que las Comunidades Europeas alegan que no se notificó debidamente es que "los Estados Unidos [no] alegaron que se hubiera incurrido en ningún error en la aplicación del artículo 11 del [ESD]"¹⁴⁷, que dispone lo siguiente:

Función de los grupos especiales

La función de los grupos especiales es ayudar al OSD a cumplir las funciones que le incumben en virtud del presente Entendimiento y de los acuerdos abarcados. Por consiguiente, cada 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 y formular otras conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en los acuerdos abarcados. Los grupos especiales deberán consultar regularmente a las partes en la diferencia y darles oportunidad adecuada de llegar a una solución mutuamente satisfactoria. (sin cursivas en el original)

72. No encontramos ninguna referencia explícita al artículo 11 del ESD o al texto del artículo 11 en el anuncio de apelación ni en el apéndice a la carta de 13 de septiembre de 2002. Tampoco podemos encontrar en uno u otro ninguna indicación de que los Estados Unidos alegasen que el Grupo Especial no hubiera hecho una evaluación objetiva del asunto que se le había sometido ni una evaluación objetiva de los hechos.

73. Los Estados Unidos reconocieron durante la audiencia que no es posible deducir del anuncio de apelación ni del apéndice a la carta de 13 de septiembre de 2002 que los Estados Unidos *alegasen* que se hubiera incurrido en error desde el punto de vista del artículo 11 del ESD.¹⁴⁸ Sin embargo, como se ha señalado anteriormente¹⁴⁹, los Estados Unidos sostuvieron que no era necesario hacer referencia a esto en el anuncio de apelación porque esto era meramente un *argumento* en apoyo de sus alegaciones de error, y no es necesario incluir los *argumentos* en el anuncio de apelación. Además, los Estados Unidos sostuvieron que no era procedente hacer referencia a las "reclamaciones" en el contexto de un anuncio de apelación, ya que es más correcto hacer referencia a las reclamaciones en el contexto de las solicitudes de establecimiento de un grupo especial.¹⁵⁰

74. No estamos de acuerdo con los Estados Unidos. La *alegación* de error cometido por un grupo especial desde el punto de vista del artículo 11 del ESD no es posible más que en el contexto de una apelación. Por definición, esa *alegación* no figurará en las solicitudes de establecimiento de un grupo

¹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸ Respuesta de los Estados Unidos a las preguntas hechas en la audiencia.

¹⁴⁹ Véase *supra*, párrafo 57.

¹⁵⁰ Respuesta de los Estados Unidos a las preguntas hechas en la audiencia.

especial, por lo que los grupos especiales no harán referencia a ella en sus informes. Por consiguiente, si los apelantes tienen la intención de aducir argumentos sobre esa cuestión en la apelación, han de hacer referencia a ella en los anuncios de apelación de forma que los apelados puedan discernirla y conocer el asunto que habrán de estudiar.

75. Por consiguiente, no creemos que se pueda decir que se ha notificado a las Comunidades Europeas que los Estados Unidos se proponían argumentar en la apelación que el Grupo Especial no había actuado de manera compatible con el artículo 11 del ESD, y, por lo tanto, consideramos que la cuestión del cumplimiento del artículo 11 del ESD por el Grupo Especial no nos ha sido sometida correctamente en esta apelación.

B. *La comunicación presentada como amicus curiae*

76. Pasamos seguidamente a la cuestión de la comunicación presentada como *amicus curiae* por una asociación de la industria¹⁵¹ en el curso de esta apelación. Tanto los Estados Unidos como las Comunidades Europeas estuvieron de acuerdo en que estamos autorizados para aceptar esa comunicación.¹⁵² Los Estados Unidos confirmaron que esa comunicación no formaba parte de la comunicación oficial de los Estados Unidos, pero que los Estados Unidos estaban de acuerdo con gran parte, aunque no con la totalidad, del contenido de esa comunicación.¹⁵³ Las Comunidades Europeas dijeron que no estaban de acuerdo con varios aspectos de esa comunicación y argumentaron que no había ninguna razón para que el Órgano de Apelación tuviera en cuenta esa comunicación en la apelación.¹⁵⁴ Hemos examinado los argumentos de los participantes y de los terceros participantes. No hemos tenido en cuenta esa comunicación porque consideramos que no es útil en esta apelación.

VI. Introducción a las cuestiones sustantivas

77. Habiendo examinado las cuestiones de procedimiento, pasamos ahora a las cuestiones sustantivas planteadas en esta apelación. Antes de hacerlo, conviene recordar brevemente las

¹⁵¹ Instituto del Hierro y el Acero de los Estados Unidos.

¹⁵² Respuestas de los Estados Unidos y las Comunidades Europeas a las preguntas hechas en la audiencia. Los terceros participantes no estuvieron de acuerdo.

¹⁵³ Respuestas de los Estados Unidos a las preguntas hechas en la audiencia.

¹⁵⁴ Respuestas de las Comunidades Europeas a las preguntas hechas en la audiencia.

disposiciones legislativas pertinentes, los hechos y circunstancias particulares del caso¹⁵⁵ y las medidas exactas que son objeto de la apelación.

78. El párrafo 3 del artículo VI del GATT de 1994 permite a los Miembros de la OMC imponer un "derecho compensatorio" sobre los productos importados de otros Miembros de la OMC "para contrarrestar cualquier prima o subvención concedida, directa o indirectamente, a la fabricación, la producción o la exportación de un producto".¹⁵⁶ El artículo 10 del *Acuerdo SMC* dispone que "Los Miembros tomarán todas las medidas necesarias para que la imposición de un derecho compensatorio sobre cualquier producto del territorio de cualquier Miembro importado en el territorio de otro Miembro esté en conformidad con las disposiciones del artículo VI del GATT de 1994 y con los términos del presente Acuerdo."¹⁵⁷ (no se reproduce la nota de pie de página)

79. En el artículo 1 del *Acuerdo SMC* se indica cuándo "se considerará que *existe*", a los efectos del *Acuerdo SMC*¹⁵⁸, una "subvención" que se pueda "contrarrestar"¹⁵⁹ con "derechos compensatorios".¹⁶⁰ (sin cursivas en el original) Para que se cumpla la definición de "subvención", habrá que "otorg[ar]"¹⁶¹ una "subvención"¹⁶² a un "receptor".¹⁶³ Sólo una "subvención" que "existe" y que "otorg[a]" un "beneficio" a un "receptor" puede ser "contrarresta[da]" con unos "derechos compensatorios".

80. El artículo 19 del *Acuerdo SMC* trata del "Establecimiento y percepción de derechos compensatorios". El párrafo 1 del artículo 19 dispone que, después de, entre otras cosas, "una determinación definitiva de la *existencia* de subvención y de su *cuantía*", un Miembro puede

¹⁵⁵ Éstos se indican más en detalle en los párrafos 1 a 17 del presente informe y en los párrafos 2.1 a 2.61 del informe del Grupo Especial.

¹⁵⁶ Párrafo 3 del artículo VI del GATT de 1994.

¹⁵⁷ Artículo 10 del *Acuerdo SMC*.

¹⁵⁸ Artículo VI del GATT de 1994.

¹⁵⁹ Párrafo 3 del artículo VI del GATT de 1994.

¹⁶⁰ Párrafo 1 del artículo 1 del *Acuerdo SMC*.

¹⁶¹ Apartado b) del párrafo 1 del artículo 1 del *Acuerdo SMC*.

¹⁶² *Ibid.*

¹⁶³ Artículo 14 del *Acuerdo SMC*. Aunque el término "receptor" aparece en el artículo 14 y no en el artículo 1 del *Acuerdo SMC*, en el asunto *Canadá - Aeronaves civiles* reconocimos que el sentido corriente del apartado b) del párrafo 1 del artículo 1, unido a la estructura del párrafo 1 del artículo 1 y al contexto constituido por la referencia al "beneficio conferido al receptor" en el artículo 14, revelan que "el término 'beneficio', tal como se utiliza en el párrafo 1 del artículo 1, alude al 'beneficio conferido al receptor'". (Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Aeronaves civiles*, párrafo 155 (las cursivas figuran en el original).)

imponer derechos compensatorios "con arreglo a las disposiciones" de ese artículo.¹⁶⁴ (sin cursivas en el original) Entre esas disposiciones figura el párrafo 4 del artículo 19, que dispone que "No se percibirá sobre ningún producto importado un derecho compensatorio que sea superior a la cuantía de la subvención que se haya concluido *existe*, calculada por unidad del producto subvencionado y exportado".¹⁶⁵ (sin cursivas en el original; no se reproduce la nota de pie de página)

81. El artículo 21 del *Acuerdo SMC* trata de la "Duración y examen de los derechos compensatorios y de los compromisos". El párrafo 1 del artículo 21 dispone que "Un derecho compensatorio sólo permanecerá en vigor durante el tiempo y en la medida necesarios para contrarrestar la subvención que esté causando daño".¹⁶⁶ El párrafo 2 del artículo 21 impone ciertas obligaciones en relación con los "exámenes" de los derechos compensatorios, entre ellos los exámenes administrativos que se nos han sometido en la apelación, y el párrafo 3 del artículo 21 impone ciertas obligaciones en relación con los "exámenes por caducidad" de los derechos compensatorios.

82. El artículo 14 del *Acuerdo SMC* exige que "el método que utilice la autoridad investigadora" de un Miembro de la OMC "para calcular el beneficio conferido al receptor [...] estará previsto en la legislación nacional o en los reglamentos de aplicación del Miembro de que se trate, y su aplicación en cada caso particular será transparente y adecuadamente explicada".¹⁶⁷

83. El párrafo 5 del artículo 32 del *Acuerdo SMC* dispone que "Cada Miembro adoptará todas las medidas necesarias, de carácter general o particular, para asegurarse de que [...] sus leyes, reglamentos y procedimientos administrativos estén en conformidad con las disposiciones del presente Acuerdo".¹⁶⁸ Análogamente, el párrafo 4 del artículo XVI del *Acuerdo sobre la OMC* dispone que "Cada Miembro se asegurará de la conformidad de sus leyes, reglamentos y procedimientos administrativos con las obligaciones que le impongan los Acuerdos anexos", que incluyen el *Acuerdo SMC*.¹⁶⁹

84. Habiendo expuesto las disposiciones de los acuerdos abarcados que guardan relación con esta diferencia, pasamos a aclarar qué cuestiones *están* sometidas a nuestra consideración y qué cuestiones

¹⁶⁴ Párrafo 1 del artículo 19 del *Acuerdo SMC*.

¹⁶⁵ Párrafo 4 del artículo 19 del *Acuerdo SMC*.

¹⁶⁶ Párrafo 1 del artículo 21 del *Acuerdo SMC*.

¹⁶⁷ Artículo 14 del *Acuerdo SMC*.

¹⁶⁸ Párrafo 5 del artículo 32 del *Acuerdo SMC*.

¹⁶⁹ Párrafo 4 del artículo XVI del *Acuerdo sobre la OMC*.

no lo están. Las cuestiones que *están* sometidas a nuestra consideración en la apelación se desprenden de las determinaciones formuladas por el USDOC en 12 casos relativos a derechos compensatorios aplicados a las importaciones de productos de acero procedentes de las Comunidades Europeas. Todas las empresas sometidas a investigación en esos asuntos eran anteriormente empresas estatales que habían sido privatizadas en la fecha de las determinaciones administrativas de los Estados Unidos. Las Comunidades Europeas reconocen que se otorgaron contribuciones financieras no recurrentes a esas empresas que antes eran estatales.¹⁷⁰ Por consiguiente, ese punto no está controvertido en esta apelación. Los Estados Unidos no impugnan que, en los 12 casos, los gobiernos pertinentes privatizaron las empresas estatales vendiendo "todos, o sustancialmente todos, sus intereses propietarios y claramente no tenía ya control alguno del productor privatizado"¹⁷¹, y que las ventas se hicieron en condiciones de plena competencia y por el valor justo de mercado.¹⁷² En consecuencia, ese punto tampoco está en litigio. Ambas partes están también de acuerdo en que es "práctica normal y aceptada [...] que el Miembro importador presuponga que una subvención no recurrente otorga un beneficio a lo largo de un determinado período de tiempo, que normalmente se presupone que es igual a la vida media útil de los activos en la rama de producción pertinente".¹⁷³ En el asunto *Estados Unidos - Plomo y bismuto II*, constatamos que esa práctica era permisible con arreglo al *Acuerdo SMC*, siempre que la presunción no fuera irrefutable.¹⁷⁴ De aquí que esa cuestión, análogamente, no esté sometida a nuestra consideración en esta apelación.

85. Las cuestiones que se plantean en esta apelación se refieren solamente a la repercusión de la privatización de las empresas sometidas a investigación en estos 12 casos relativos a derechos compensatorios sobre la continuación de la existencia del beneficio procedente de una contribución financiera. Como declaró el Grupo Especial¹⁷⁵, la "cuestión jurídica fundamental" sometida a su consideración consistía en determinar si un "beneficio", según los términos del *Acuerdo SMC*, procedente de una contribución financiera no recurrente continuaba existiendo después de una transmisión de propiedad, efectuada en condiciones de plena competencia y por el valor justo de

¹⁷⁰ Informe del Grupo Especial, nota 313 al párrafo 7.40.

¹⁷¹ *Ibid.*, párrafo 7.62.

¹⁷² Véase *supra*, párrafo 2 y nota 4.

¹⁷³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.75.

¹⁷⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Plomo y bismuto II*, párrafo 62.

¹⁷⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.40.

mercado, de una empresa estatal a un nuevo propietario privado, cuando el gobierno no tiene ya "control alguno del productor privatizado"¹⁷⁶ y transfiere todos o sustancialmente todos los bienes.¹⁷⁷

86. Las Comunidades Europeas impugnan la práctica administrativa seguida por el USDOC para examinar si continúa existiendo un "beneficio" tras un cambio de propiedad. Esa práctica administrativa se denomina método de la "misma persona".¹⁷⁸ Ante el Grupo Especial, las Comunidades Europeas impugnaron esa práctica *como tal y tal como se aplicó* en el examen administrativo titulado *Electroacero de textura orientada procedente de Italia* (caso N° 12).¹⁷⁹ Además, las Comunidades Europeas impugnaron ante el Grupo Especial la compatibilidad del artículo 1677(5)(F) del Título 19 del Código de los Estados Unidos, como tal, con las obligaciones contraídas por los Estados Unidos en el marco de la OMC. El Grupo Especial resolvió en favor de las Comunidades Europeas y concluyó que los Estados Unidos habían actuado de forma incompatible con

¹⁷⁶ *Ibid.*, párrafo 7.62.

¹⁷⁷ Observamos, en particular, que el Grupo Especial no ha examinado si un "beneficio", en el sentido del *Acuerdo SMC*, se extinguiría después de un cambio de propiedad producido en circunstancias diferentes de las de los 12 casos que se consideran. *Ibid.*, párrafo 7.62. De aquí que nuestro análisis se circunscriba a determinar si, en las circunstancias de este asunto, las constataciones y conclusiones del Grupo Especial están en conformidad con el *Acuerdo SMC*.

¹⁷⁸ Puede verse una explicación del método de la "misma persona" en el párrafo 14 del presente informe. En la audiencia, los Estados Unidos afirmaron que el método de la "misma persona", como tal, no estaba en litigio ante el Grupo Especial. Las Comunidades Europeas recordaron que la "práctica" del USDOC estaba incluida en su solicitud de establecimiento del Grupo Especial (WT/DS212/4) y señalaron que, en consecuencia, el Grupo Especial constató, en el párrafo 7.90 del informe del Grupo Especial, que "la metodología de la 'misma persona' es en sí misma incompatible con el Acuerdo SMC". Señalamos que los Estados Unidos no han afirmado ante nosotros que el Grupo Especial, al formular esa constatación, se excediera de su mandato. También señalamos que los Estados Unidos manifestaron, al aclarar su anuncio de apelación, que "el Grupo Especial incurrió en error al constatar que [...] la denominada 'metodología de la misma persona' es incompatible con el Acuerdo SMC". (Apéndice a la carta de fecha 13 de septiembre de 2002 dirigida al Director de la secretaría del Órgano de Apelación por el Asesor Jurídico Superior de la Misión Permanente de los Estados Unidos ante la OMC, página 2.)

¹⁷⁹ Los 12 casos se enumeran en la nota 2 del presente informe. El caso N° 12, *Electroacero de textura orientada procedente de Italia*, 66 Fed. Reg. 2885 (USDOC, 12 de enero de 2001), (*Electroacero procedente de Italia*), adjunto como CE - Prueba documental 7 a la primera comunicación de las Comunidades Europeas al Grupo Especial, es un examen administrativo y constituye la única determinación administrativa correspondiente en la que el USDOC aplicó el método de la "misma persona" en primera instancia. El USDOC ha aplicado el método en algunas otras determinaciones relativas a derechos compensatorios formuladas por reenvío del Tribunal de Comercio Internacional de los Estados Unidos (es decir, cuando el Tribunal ordenó al USDOC que volviese a formular las determinaciones). Sin embargo, los Estados Unidos afirmaron ante el Grupo Especial, sin que evidentemente las Comunidades Europeas lo refutasen, que las Comunidades Europeas no impugnaron las determinaciones formuladas por reenvío que se referían al método de la "misma persona". (Informe del Grupo Especial, nota 81 al párrafo 2.55 (donde se cita la primera comunicación de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafo 85).) Así pues, en el curso de la formulación de las 12 determinaciones *iniciales* (es decir, no como resultado de una apelación ante un tribunal de los Estados Unidos) en litigio, el USDOC aplicó el método de la "misma persona" solamente una vez, a saber, durante el examen administrativo identificado como caso N° 12.

87. las obligaciones que les imponían los artículos 10 y 14, los párrafos 1 y 4 del artículo 19, los párrafos 1, 2 y 3 del artículo 21 y el párrafo 5 del artículo 32 del *Acuerdo SMC* y el párrafo 4 del artículo XVI del *Acuerdo sobre la OMC*. Los Estados Unidos apelan con respecto a esas constataciones.

VII. Privatizaciones realizadas en condiciones de competencia y por el valor justo de mercado

A. Constatación del Grupo Especial

87. De importancia crítica para cada una de las conclusiones del Grupo Especial es su constatación fundamental de que:

Si un Miembro importador ha determinado que una privatización se ha llevado a cabo en condiciones de competencia y por el valor justo de mercado, *ha* de llegar a la conclusión que no sigue pudiendo atribuirse al productor privatizado ningún beneficio derivado de la contribución financiera anterior (o subvención).¹⁸⁰ (sin cursivas en el original)

88. Los Estados Unidos sostienen que el Grupo Especial incurrió en error al formular esta constatación fundamental, porque consideró los efectos económicos de la privatización desde el punto de vista del nuevo propietario y no de la "*persona jurídica que produce la mercancía de que se trate*".¹⁸¹ (las cursivas figuran en el original) Los Estados Unidos alegan que, al proceder de esa forma, el Grupo Especial prescindió de la distinción entre las empresas y sus accionistas. Según los Estados Unidos, dado que la persona jurídica es distinta de sus accionistas, éstas no pueden compensar el "beneficio" obtenido por aquélla. Los Estados Unidos aducen que, con independencia del precio pagado por el nuevo propietario privado por la empresa privatizada¹⁸², "una privatización posterior no restablece la situación de la curva de la oferta [de la empresa privatizada]"¹⁸³ antes de que el gobierno concediera la contribución financiera anterior. Los Estados Unidos llegan a la conclusión de que el análisis económico del Grupo Especial está viciado por esa razón.

¹⁸⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.1 d). Esta constatación constituye también el núcleo de las conclusiones del Grupo Especial que figuran en los párrafos 8.1 a) a 8.1 c).

¹⁸¹ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 46.

¹⁸² "Por el valor justo de mercado (o no)." *Ibid.*, párrafos 2 y 6. Véase también la segunda comunicación de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafo 10; respuesta de los Estados Unidos a preguntas formuladas en la audiencia.

¹⁸³ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 50.

89. Según los Estados Unidos, el término "receptor" no puede abarcar tanto una persona jurídica como un accionista de esa persona jurídica.¹⁸⁴ Los Estados Unidos sostienen que hemos reconocido esa distinción en los asuntos *Canadá - Aeronaves civiles* y *Estados Unidos - Plomo y bismuto II*, al señalar expresamente que los receptores a que se refiere el Acuerdo SMC son las "personas jurídicas o físicas".¹⁸⁵ Además, los Estados Unidos aducen que si una empresa estatal (una persona jurídica) recibe un beneficio y esa misma persona jurídica sigue existiendo después de la privatización, también continúa existiendo el beneficio (hasta que haya sido plenamente amortizado o reembolsado), independientemente del precio que hayan pagado sus nuevos propietarios privados.¹⁸⁶ En consecuencia, los Estados Unidos concluyen que la privatización, aun cuando se haya llevado a cabo en condiciones de competencia y por el valor justo de mercado, no puede extinguir el beneficio de una contribución financiera otorgada anteriormente al receptor (es decir, a la empresa estatal), ya que el receptor es la misma persona jurídica.

90. En contestación a las manifestaciones anteriores, las Comunidades Europeas aducen que, dado que, como hemos establecido en el asunto *Canadá - Aeronaves civiles*, el "beneficio" se define en el *Acuerdo SMC* en relación con el mercado, una empresa privatizada en condiciones de competencia y por el valor justo de mercado no recibe nada en condiciones más favorables que lo que el propio mercado le habría ofrecido. En consecuencia, no cabe duda, según las Comunidades Europeas, de que la venta de una empresa en condiciones de competencia y por el valor justo de mercado satisface la comparación basada en el mercado a que se hace referencia en *Canadá - Aeronaves civiles* a los efectos de la anulación de cualquier "ventaja"¹⁸⁷ que hubiera podido recibir anteriormente como consecuencia de una contribución financiera no recurrente del gobierno.¹⁸⁸

91. Las Comunidades Europeas aducen que el Grupo Especial rechazó acertadamente la distinción entre propietarios y empresas a los efectos de la determinación de si existe un "beneficio" en el sentido del *Acuerdo SMC*. Las Comunidades Europeas destacan la constatación que formularon en *Canadá - Aeronaves civiles* de que el "receptor" de un "beneficio" puede ser un "grupo de personas" y mantienen que con esta constatación se establece que el término "receptor" no se refiere

¹⁸⁴ *Ibid.*, párrafo 56.

¹⁸⁵ *Ibid.*, párrafo 65.

¹⁸⁶ *Ibid.*, párrafo 6.

¹⁸⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Aeronaves civiles*, párrafo 153.

¹⁸⁸ Comunicación del apelado presentada por las Comunidades Europeas, párrafos 57 a 59.

necesariamente a la empresa que exporta la mercancía de que se trate, sino que puede incluir también a los propietarios de la empresa.¹⁸⁹

92. Las Comunidades Europeas sostienen además que, de conformidad con el párrafo 1 b) del artículo 1 del *Acuerdo SMC* no es necesario que se aporte directamente una contribución financiera a su receptor¹⁹⁰, y, que, por otra parte, "no es necesario que el receptor de una contribución financiera sea el receptor del beneficio conferido por ella, siempre que se establezca la relación de causalidad requerida entre la contribución y el beneficio".¹⁹¹ Además, las Comunidades Europeas sostienen que, en la práctica, los Estados Unidos no consideran que la distinción entre accionistas y empresa tenga un carácter absoluto, ya que "el USDOC reconoce que las subvenciones conferidas a parte de una entidad económica liberarán recursos que podrán aplicarse a otra parte de la entidad, por lo que, a los efectos de los derechos compensatorios, esas subvenciones se 'atribuyen' a la producción y a las exportaciones de toda la entidad".¹⁹² (no se reproduce la nota de pie de página)

93. Al analizar esos argumentos, comenzamos por señalar las similitudes que presentan las cuestiones que se plantean en el presente asunto con las que examinamos en *Estados Unidos - Plomo y bismuto II*. En este último asunto, los Estados Unidos, en su calidad de apelante, sostuvieron que el Grupo Especial que se ocupó de él había sobrepasado "sus facultades al imponer *de hecho* una metodología conforme a la cual la privatización de una empresa por el valor justo de mercado impide *automáticamente* que pueda imputarse a la empresa sucesora privatizada cualquier beneficio de las subvenciones anteriores a la privatización".¹⁹³ (sin cursivas en el original) En esa apelación, constatamos que el Grupo Especial había actuado dentro del ámbito de su mandato y confirmamos sus conclusiones.¹⁹⁴ No obstante, a diferencia del Grupo Especial, limitamos el alcance de nuestra resolución a "las circunstancias concretas del [presente] caso" y a las "circunstancias del [presente] caso".¹⁹⁵

¹⁸⁹ *Ibid.*, párrafos 23 y 28.

¹⁹⁰ *Ibid.*, párrafo 38.

¹⁹¹ *Ibid.*, párrafo 47.

¹⁹² *Ibid.*, párrafo 63.

¹⁹³ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Plomo y bismuto II*, párrafo 18.

¹⁹⁴ *Ibid.*, párrafo 73.

¹⁹⁵ *Ibid.*, párrafo 74.

94. En el presente caso, el Grupo Especial declaró expresamente lo que se establecía tácitamente en el informe del Grupo Especial que se ocupó del asunto *Estados Unidos - Plomo y bismuto II*:

La existencia de una privatización en condiciones de competencia y por el valor justo de mercado *fuera* la conclusión de que el productor privado pagó por lo que obtuvo y por consiguiente no obtuvo ningún beneficio ni ventaja de la contribución financiera anterior otorgada al productor estatal. Aunque los Miembros pueden mantener una presunción refutable de que el productor privatizado sigue obteniendo el beneficio derivado de anteriores contribuciones financieras (o subvenciones), el hecho de que las privatizaciones tengan lugar en condiciones de competencia y a un valor justo de mercado es suficiente para refutar tal presunción.¹⁹⁶ (sin cursivas en el original)

95. En consecuencia, el Grupo Especial constató que la privatización en condiciones de competencia y por el valor justo de mercado extingue *siempre* necesariamente la parte no amortizada de cualquier beneficio anterior concedido a la empresa estatal. Por el contrario, los Estados Unidos aducen, en apelación, que el cambio en la propiedad, independientemente del precio pagado por la transacción *nunca* extingue el beneficio cuando la empresa estatal y la nueva empresa privatizada son la *misma* persona jurídica. Los Estados Unidos exponen en apoyo de su posición argumentos jurídicos y económicos con los que tratan de demostrar que el cambio en la propiedad, cuando la empresa estatal y la nueva empresa siguen siendo la *misma* persona jurídica, *no puede* eliminar el beneficio¹⁹⁷, con independencia del precio pagado por la adquisición de la empresa estatal.¹⁹⁸ No obstante, los Estados Unidos afirman que si las dos empresas son dos personas jurídicas *distintas*,

¹⁹⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.82. Compárese con la declaración del informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Plomo y bismuto II*, en el párrafo 6.81:

Suponiendo que podría considerarse que las "contribuciones financieras" concedidas directamente a BSC han sido concedidas indirectamente a UES y BSplc/BSES, este hecho por sí solo no significaría que las "contribuciones financieras" previas a 1985/86, no vinculadas, no recurrentes concedidas a BSC otorgan necesariamente un "beneficio" a UES o BSplc/BSES. Este sería el caso solamente si se constatará que las "contribuciones financieras" han sido concedidas indirectamente (es decir, a través de las pertinentes transacciones de traspaso de propiedad) a UES y BSplc/BSES, respectivamente, en condiciones más favorables que las que dichas empresas podrían haber obtenido en el mercado. Pensamos que sólo sería posible llegar a tal conclusión si no se hubiese pagado el valor justo de mercado por todos los activos de producción, etc. que UES y BSplc/BSES adquirieron a BSC. Dado que se pagó el valor justo de mercado por todos esos activos, no pensamos que pueda considerarse que una "contribución financiera" no vinculada, no recurrente, concedida indirectamente a UES y BSplc/BSES, otorga un "beneficio" a esas entidades. (no se reproducen las notas de pie de página; sin subrayar en el original)

¹⁹⁷ "El cambio de los accionistas del receptor de una subvención no suprime el equipo nuevo, no resta conocimientos a los trabajadores y no hace que aumente la carga de la deuda que anteriormente se había reducido." Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 49.

¹⁹⁸ Véase *supra*, nota 182.

"el USDOC llegaría a la conclusión de que el nuevo productor no recibió nunca la [anterior] subvención ni podría estar sujeto por razón de ella [a derechos compensatorios]".¹⁹⁹

B. *Interpretación de "beneficio"*

96. Nos ocupamos en primer lugar de la interpretación del término "beneficio" del *Acuerdo SMC*. El Grupo Especial observó que cuando se lleva a cabo una privatización después de haberse concedido una contribución financiera con la que se otorga un "beneficio", "como se considera que el valor justo de mercado que se pagó al productor estatal incluye (*de facto*) el valor de la ventaja o el beneficio ya recibidos [...] la transacción de privatización por el valor justo de mercado incluye el reembolso al gobierno de la subvención, *según los valores de mercado* en el momento de la privatización".²⁰⁰ (sin cursivas en el original, no se reproduce la nota de pie de página) En consecuencia, el Grupo Especial constató que, en tal caso, el "beneficio" "[se] extingue"²⁰¹ por lo que el productor paralizado no "sigue disfrutando del beneficio".²⁰²

97. Aunque el *Acuerdo SMC* no define el término "beneficio", se hace referencia expresa al mismo en la definición de "subvención" del párrafo 1 del artículo 1, que establece lo siguiente:

Definición de subvención

1.1 A los efectos del presente Acuerdo, se considerará que existe subvención:

a) 1) cuando haya una contribución financiera de un gobierno o de cualquier organismo público del territorio de un Miembro [...]

y

b) con ello se otorgue un beneficio. (sin cursivas en el original)

98. En *Canadá - Aeronaves civiles* constatamos lo siguiente:

[...] la palabra "beneficio" tal como se utiliza en el párrafo 1 b) del artículo 1, implica algún tipo de comparación. Esto debe ser así, porque no puede haber un "beneficio" para el receptor a menos que la "contribución financiera" le coloque en una situación

¹⁹⁹ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 18. En caso de constatarse que las dos empresas son dos personas jurídicas *distintas*, el USDOC continuará examinando las condiciones de la venta para determinar si el (los) comprador(es) de la entidad privatizada recibió (recibieron) a consecuencia de ella una *nueva* subvención. (Respuesta de los Estados Unidos a preguntas formuladas en la audiencia.)

²⁰⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.72.

²⁰¹ *Ibid.*, párrafo 7.77.

²⁰² *Ibid.*, párrafo 7.81.

mejor que la que habría tenido de no existir esa contribución. A nuestro juicio *el mercado proporciona una base de comparación apropiada* al determinar si se ha otorgado un "beneficio", porque los posibles efectos de distorsión del comercio de una "contribución financiera" pueden identificarse determinando si el receptor ha recibido una "contribución financiera" en condiciones más favorables que las que hubiera podido obtener en el mercado.²⁰³ (sin cursivas en el original)

99. Los Estados Unidos aducen, en apelación, que la constatación del Grupo Especial según la cual debe considerarse siempre necesariamente que el beneficio se extingue con la privatización adolece de un "error económico básico"²⁰⁴, ya que "las subvenciones desplazan la curva de la oferta del receptor y [...] la privatización posterior no hace que la curva de la oferta vuelva a ocupar su posición anterior, y, por tanto, [...] no afecta a la persistencia de la subvención".²⁰⁵ Los Estados Unidos sostienen que el hecho de que el propietario privado abone el precio íntegro del mercado por la empresa indica únicamente que el *propietario* privado no percibe una *nueva* subvención, y no, a juicio de ese país, que se haya eliminado el efecto de la subvención "desde el punto de vista de la *persona jurídica que produce la mercancía de que se trate*".²⁰⁶ (las cursivas figuran en el original) Los Estados Unidos en apoyo de este argumento, señalan que el cambio en la propiedad²⁰⁷ del receptor "de una subvención no *suprime* el equipo nuevo, no resta conocimientos a los trabajadores y no hace que aumente la carga de la deuda que anteriormente se había reducido".²⁰⁸ (sin cursivas en el original)

100. Los Estados Unidos expusieron argumentos similares ante el Grupo Especial.²⁰⁹ Al analizarlos, el Grupo Especial constató que "los Estados Unidos aparentemente 'atribuyen' el beneficio a la actividad productiva"²¹⁰ y señaló que "los derechos compensatorios no tienen por objetivo neutralizar todas las distorsiones del mercado o malas distribuciones de los recursos que hayan podido causar las subvenciones".²¹¹ (subrayado en el original)

²⁰³ Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Aeronaves civiles*, párrafo 157.

²⁰⁴ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 44.

²⁰⁵ *Ibid.*, párrafo 50.

²⁰⁶ *Ibid.*, párrafo 46.

²⁰⁷ Los Estados Unidos presumen que la propiedad se tiene por medio de acciones.

²⁰⁸ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 49.

²⁰⁹ Véase la primera comunicación de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafos 56 a 61.

²¹⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.80.

²¹¹ *Ibid.*

101. Al impugnar esa constatación ante este Órgano de Apelación, los Estados Unidos aducen que el Grupo Especial incurrió en error al manifestar que la posición de los Estados Unidos consistió en sugerir que los derechos compensatorios tienen por objetivo "neutralizar todas las distorsiones del mercado".²¹² Los Estados Unidos nos informan de que, a la luz de nuestra decisión en el asunto *Estados Unidos - Plomo y bismuto II*²¹³, han abandonado la posición que sostuvieron en ese asunto, y que no mantienen ya que los beneficios se otorgan a la "actividad productiva".²¹⁴ Además, en respuesta a preguntas formuladas en la audiencia, los Estados Unidos confirmaron²¹⁵ que continuaban ateniéndose al siguiente principio formulado por el USDOC en el contexto de un anterior procedimiento interno en materia de derechos compensatorios:

La legislación [sobre derechos compensatorios] está concebida para proporcionar remedio a daños causados por subvenciones; *no tienen por objeto restablecer condiciones ex ante que hayan existido con anterioridad a aquellas subvenciones* [...] Esa legislación se refiere a la identificación y evaluación, de las subvenciones y a su asignación *en el momento de la recepción*.²¹⁶ (sin cursivas en el original)

102. Coincidimos con los Estados Unidos en que, independientemente del precio pagado por el nuevo propietario privado²¹⁷, la privatización no *suprime* el equipo que una empresa estatal pueda haber adquirido (u obtenido) con una contribución financiera y en que, en consecuencia, esa misma empresa puede "continuar fabricando los mismos productos utilizando el mismo equipo".²¹⁸ No obstante, esta observación sólo aclara que, después de la privatización, el *valor útil* del equipo

²¹² *Ibid.*

²¹³ En el asunto *Estados Unidos - Plomo y bismuto II*, párrafo 56, declaramos lo siguiente:

Es cierto que, como subrayan los Estados Unidos, la nota 36 de pie de página al artículo 10 del *Acuerdo SMC* y el párrafo 3 del artículo VI del GATT de 1994 se refieren a subvenciones concedidas u otorgadas directa o indirectamente "a la fabricación, la producción o la exportación" de un producto. No obstante, en nuestra opinión, de ello no se infiere necesariamente que el "beneficio" a que se refiere el párrafo 1 b) del artículo 1 del *Acuerdo SMC* sea un beneficio a las *operaciones productivas*. (las cursivas figuran en el original)

²¹⁴ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 41.

²¹⁵ Respuesta de los Estados Unidos a preguntas formuladas en la audiencia, en relación con *Certain Steel Products from Austria*, 58 Fed. Reg. 37217, 37264 (USDOC, 9 de julio de 1993) (Apéndice de cuestiones generales).

²¹⁶ *Certain Steel Products from Austria*, 58 Fed. Reg. 37217, 37264 (USDOC, 9 de julio de 1993) (Apéndice de cuestiones generales).

²¹⁷ Véase *supra*, nota 182.

²¹⁸ *Ibid.*, párrafo 49.

adquirido como consecuencia de la contribución financiera no se extingue, porque se transfiere a la empresa privatizada. Ahora bien, el *valor útil* de ese equipo para la empresa privatizada no es jurídicamente pertinente a efectos de determinar si sigue existiendo un "beneficio" en el sentido del *Acuerdo SMC*. Como hemos constatado en el asunto *Canadá - Aeronaves civiles*, el valor del "beneficio" en el sentido del *Acuerdo SMC* ha de evaluarse utilizando como base de comparación el *mercado*.²¹⁹ De ello se desprende, por consiguiente, que al pagar por el equipo el precio justo de mercado, se reembolsa su *valor en el mercado*, con independencia de la utilidad que la empresa pueda obtener del equipo. En consecuencia, el elemento central del análisis es el *valor de mercado* del equipo y no su *valor útil* para la empresa privatizada.

103. Los Estados Unidos aducen también que, con independencia del precio al que los nuevos propietarios adquieran la empresa estatal, "la competitividad aumentada artificialmente, generada por las subvenciones" no se eliminará, por cuanto la empresa seguirá produciendo "al mismo costo y el mismo volumen".²²⁰ No entendemos en que se basa la hipótesis de los Estados Unidos de que, independientemente del precio de venta de la empresa²²¹, sus costes y su volumen de producción seguirán siendo los mismos, ya que un componente necesario de esos costes es, el costo del capital. De hecho, el Grupo Especial observó que los inversores están interesados en "maximizar los ingresos"²²² y "obtener un beneficio de mercado por la totalidad de su inversión en la empresa privatizada".²²³ Por ejemplo, si un gobierno hace una "contribución financiera" que "beneficia" a una empresa estatal, y vende posteriormente esa empresa por un precio *inferior* a su precio justo de mercado ¿daría ello normalmente lugar a una "situación mejor"²²⁴ en lo que respecta al rendimiento del capital privado invertido en esa empresa? ¿No se desprendería de ello, en consecuencia, que la empresa vendida a ese precio inferior podría atraer más inversiones de las que habría atraído si el gobierno la hubiera vendido por su precio justo de mercado? ¿Por qué razones no reduciría esta inversión adicional inducida por el gobierno el coste de la obtención de capital por la empresa (prestado por los bancos u obtenido, por ejemplo, de los accionistas) y, en última instancia, los costes generales de producción de la empresa? La argumentación de los Estados Unidos no aborda esas

²¹⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Aeronaves civiles*, párrafo 157.

²²⁰ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 49.

²²¹ Véase *supra*, nota 182.

²²² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.60. El Grupo Especial observó que el USDOC coincide con esa caracterización de los inversores privados. (*Ibid.*, párrafo 7.61.

²²³ *Ibid.*, párrafo 7.60.

²²⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Aeronaves civiles*, párrafo 157.

cuestiones ni expone otras razones para que modifiquemos la constatación del Grupo Especial a este respecto. En consecuencia, no entendemos las razones por las que haya que considerar necesariamente que los costos y el volumen de producción de *una empresa* siguen siendo los mismos "el día anterior y el día posterior a la venta de todas o algunas de las acciones de una empresa productora de acero" con independencia del precio pagado por la propiedad de la empresa y del hecho de que ese precio refleje o no adecuadamente el "valor justo de mercado".²²⁵

104. Estos argumentos de los Estados Unidos, aunque no se refieren a las operaciones o actividades productivas, no son distintos de los expuestos por ese país ante el Grupo Especial en *Estados Unidos - Plomo y bismuto II*.²²⁶ Así pues, no compartimos la idea de que el Grupo Especial haya descrito inadecuadamente la posición de los Estados Unidos al afirmar que "los Estados Unidos aparentemente 'atribuyen' el beneficio a la actividad productiva"²²⁷ y sugerir que los Estados Unidos consideran indebidamente que los derechos compensatorios "tienen por objetivo neutralizar todas las distorsiones del mercado".²²⁸

105. En síntesis, no compartimos la interpretación que los Estados Unidos hacen del término "beneficio" en el sentido en que se emplea en el *Acuerdo SMC*.

²²⁵ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 49.

²²⁶ "El principio básico en que se basa la metodología del USDOC es que [...] una subvención beneficia a la producción de mercancías y [el USDOC] no prevé en ningún caso volver a examinar la determinación original de la existencia de un beneficio derivado de la subvención." (Primera comunicación de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafo 9, anexa al informe del Grupo Especial en *Estados Unidos - Plomo y bismuto II*, apéndice 2.1, página 199.) Esa similitud puede observarse también en los ejemplos citados por los Estados Unidos en su comunicación del apelante. En un supuesto (comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafos 47 y 48), un "tío" constituye para su "sobrino" una empresa ("Nephew, Inc.") y cede a esa empresa como "subvención" un edificio de apartamentos de nueva construcción. La consecuencia de ese nuevo edificio es la caída de los alquileres en el mercado inmobiliario local. Los Estados Unidos aducen que el nuevo edificio sigue afectando negativamente a los alquileres en la ciudad aun después de que "Nephew, Inc." se haya transferido por su valor justo de mercado. La "única" forma de anular los efectos de la subvención, según los Estados Unidos, consistiría en volver a situar los alquileres en la ciudad en su nivel anterior. En consecuencia, desde el punto de vista de los Estados Unidos, el "beneficio" sigue existiendo en tanto puedan detectarse en el mercado las distorsiones derivadas de la contribución financiera, y la transferencia de la propiedad, a su precio justo de mercado o no, carece de importancia a efectos de la determinación de si sigue o no existiendo un "beneficio".

²²⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.80.

²²⁸ *Ibid.*

C. *Interpretación del "receptor" de la contribución financiera*

106. Nos ocupamos ahora del término "receptor" en el sentido en que se utiliza en el *Acuerdo SMC*. El término figura en el artículo 14 del *Acuerdo SMC*, que, como hemos indicado²²⁹ se refiere a los métodos utilizados por las autoridades investigadoras de los Miembros de la OMC "para calcular el beneficio conferido al receptor" a efectos de la imposición de derechos compensatorios. Como declaramos en *Canadá - Aeronaves civiles*, el "beneficio" de una "contribución financiera se 'otorga' por medio de ésta" a un "receptor". Con respecto a la identidad del "receptor" de un "beneficio", el Grupo Especial constató lo siguiente:

[...] a los efectos de la determinación de existencia de un beneficio de conformidad con el Acuerdo SMC, no se debe establecer ninguna distinción entre una empresa y sus propietarios ya que juntos constituyen un productor, una persona física o jurídica que puede ser "receptora" del beneficio cuya cuantía ha de determinarse. Establecer una distinción artificial entre los propietarios (accionistas) y la empresa equivaldría a ignorar la relación entre la empresa y sus propietarios, y esta relación precisamente es lo que cambia a raíz de una privatización. Cuando el Acuerdo SMC hace referencia al receptor de un beneficio quiere decir la empresa y sus accionistas conjuntamente, pues son el productor de las mercancías exportadas que son objeto de la investigación (orden) en materia de derechos compensatorios.²³⁰

107. Los Estados Unidos impugnan esta constatación por varias razones. En primer lugar, sostienen que "el Acuerdo SMC se refiere a las subvenciones concedidas a personas jurídicas o físicas"²³¹ (sin cursivas en el original) y aducen que la constatación citada del Grupo Especial está en contradicción con las constataciones que formulamos en los asuntos *Canadá - Aeronaves civiles* y *Estados Unidos - Plomo y bismuto II*. Los Estados Unidos sostienen que, en esas dos apelaciones, establecimos que el receptor de la subvención no puede ser "tanto [la persona jurídica] como su accionista (o accionistas)".²³² (las cursivas figuran en el original) Según la interpretación que los Estados Unidos hacen de nuestras resoluciones en esas dos apelaciones, cuando el receptor del beneficio es la "persona jurídica que es el productor y el receptor de la subvención"²³³ (es decir la empresa estatal), la venta del receptor, independientemente del precio pagado por el nuevo propietario²³⁴, no puede extinguir el beneficio, porque el productor y el propietario son *dos personas*

²²⁹ Véase *supra*, párrafo 82.

²³⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.54.

²³¹ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 55.

²³² *Ibid.*, párrafos 56 y 65 a 67.

²³³ *Ibid.*, párrafo 58.

²³⁴ Véase *supra*, nota 182.

distintas. Los Estados Unidos aducen que una subvención sólo será recibida una vez por un receptor, en concreto la persona jurídica, y que, en consecuencia, sólo el receptor, y no sus propietarios, puede reembolsar la subvención, con independencia del precio que los propietarios hayan pagado por la propiedad. En síntesis, los Estados Unidos aducen que en los asuntos *Canadá - Aeronaves civiles y Estados Unidos - Plomo y bismuto II*, trazamos una clara línea divisoria entre una persona jurídica (una empresa) y sus propietarios (accionistas).

108. Los Estados Unidos han interpretado erróneamente nuestras constataciones en esas dos apelaciones. En *Canadá - Aeronaves civiles*, se nos pidió que aclaráramos si el "costo para el gobierno" era pertinente a la interpretación del término "beneficio" en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del *Acuerdo SMC*. Al constatar que el "costo para el gobierno" no es el criterio adecuado para identificar el "beneficio", declaramos que el artículo 14 del *Acuerdo SMC* establece las directrices necesarias para "calcular el beneficio conferido *al receptor* a tenor del párrafo 1 del artículo 1". (sin cursivas en el original) Llegamos a la conclusión de que esta frase del artículo 14 constituye necesariamente un elemento contextual pertinente para interpretar el párrafo 1 del artículo 1, y constatamos que:

un "beneficio" no existe en abstracto sino que debe ser *recibido por un beneficiario o un receptor, que disfruta* de él. Lógicamente, sólo puede decirse que existe un "beneficio" si una persona, física o jurídica, o *un grupo de personas* ha recibido de hecho algo. Por lo tanto el término "beneficio" implica que debe haber un receptor.²³⁵
(sin cursivas en el original)

En contra de lo aducido en la presente apelación por los Estados Unidos en *Canadá - Aeronaves civiles* al referirnos a "un receptor" no excluimos la posibilidad de que un "receptor" pudiera ser tanto una empresa²³⁶ como su propietario.²³⁷ Un "grupo de personas" puede abarcar un grupo formado por "personas físicas", por "personas físicas y jurídicas" o exclusivamente por "personas jurídicas".

²³⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Aeronaves civiles*, párrafo 154.

²³⁶ Con el término "empresa" nos referimos en el presente informe a las empresas constituidas en sociedad, sociedad colectivas, sociedades de responsabilidad limitada, entidades no constituidas en sociedad y demás formas de organización empresarial.

²³⁷ Con el término "propietario" nos referimos en el presente informe a los propietarios, accionistas, miembros, socios y cualquier tipo de titulares de una participación en la propiedad de la organización empresarial de que se trate.

109. En *Estados Unidos - Plomo y bismuto II*, confirmamos en los siguientes términos la interpretación que habíamos hecho en *Canadá - Aeronaves civiles* del término "receptor":

Los Estados Unidos aducen [...] que el "beneficio" de que se trata es un beneficio para las *operaciones productivas* de una empresa y no, como sostuvo el Grupo Especial, un beneficio para *personas jurídicas o físicas*.

[...] coincidimos con las constataciones del Grupo Especial en que el término "beneficio" tal como se utiliza en el párrafo 1 b) del artículo 1 alude al "beneficio conferido al receptor", en que dicho receptor ha de ser una persona física o jurídica y en que en el presente caso:

[...] a fin de determinar si se ha concedido una subvención a la producción por UES y BSplc/BSES, respectivamente, de barras plomosas importadas en 1994, 1995 y 1996 en los Estados Unidos, es necesario determinar si hubo o no un "beneficio" para UES y BSplc/BSES, respectivamente (es decir, los productores de las barras plomosas importadas en cuestión). (las cursivas figuran en el original; no se reproducen las notas de pie de página)²³⁸

110. En contra de la interpretación que han sugerido los Estados Unidos, cuando nos referimos, en *Estados Unidos - Plomo y bismuto II* a "personas jurídicas o físicas", *no* tratamos de establecer una distinción entre una empresa y sus propietarios, sino que nos limitamos a responder a los argumentos expuestos en ese caso por los Estados Unidos acerca de la vinculación del beneficio a las "operaciones productivas". En nuestra exposición, nos limitamos a explicar que cualquier análisis de la existencia o no de un "beneficio" debería centrarse en las "personas jurídicas o físicas" y *no* en las operaciones productivas; en ella no nos basamos en lo que los Estados Unidos califican de "principios generales del derecho de sociedades".²³⁹ Por otra parte, no hay en esas constataciones ningún elemento del que se desprenda que el "beneficio" de una contribución financiera, en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del *Acuerdo SMC*, haya de ser necesariamente recibido y disfrutado²⁴⁰ por la *misma* persona, o, dicho de otro modo, no hay nada en ellas que indique que el "beneficio" no pueda ser recibido y disfrutado por dos o más personas distintas.

111. Los Estados Unidos sostienen también que el Grupo Especial rechazó indebidamente "la distinción normal entre accionistas y empresas"²⁴¹ al constatar que, "a los efectos de la determinación del beneficio basándose en criterios de mercado [...] no debe establecerse una

²³⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Plomo y bismuto II*, párrafos 56 y 58.

²³⁹ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 64.

²⁴⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Aeronaves civiles*, párrafo 154.

²⁴¹ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 60.

distinción entre la ventaja o el beneficio conferido por la contribución financiera a la empresa y el conferido a los accionistas, es decir, a los propietarios de la empresa".²⁴² Los Estados Unidos consideran que la lista de "contribuciones financieras" del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del *Acuerdo SMC*²⁴³ apoya este argumento, ya que "cada uno de los puntos de esa lista indica la existencia de una contribución de un gobierno a una persona jurídica que es el productor y el receptor de la subvención".²⁴⁴

112. El *Acuerdo SMC* no contiene una definición específica del "receptor" de un "beneficio". No obstante, en él se utilizan varios términos con referencia al "receptor" de un "beneficio". El artículo 2 se refiere a "una empresa o rama de producción o un grupo de empresas o ramas de producción"; el párrafo 1 b) del artículo 6 a "una rama de producción"; la nota 36 al artículo 10 hace referencia a las subvenciones concedidas "directa o indirectamente a la fabricación, producción o exportación de cualquier mercancía"; el artículo 14 se refiere a "la empresa"; el párrafo 2 ii) del artículo 11 al "exportador o productor extranjero"; el párrafo 3 del artículo 19 habla de las importaciones del producto de que se trate "cualquiera que sea su procedencia, declaradas subvencionadas"; el Anexo I se refiere a "una empresa o rama de producción" y el Anexo IV a la "empresa receptora". Esta lista, aunque no es exhaustiva, indica sin lugar a dudas que el *Acuerdo SMC* no identifica al "receptor" de un "beneficio" con un término jurídico concreto, sino que emplea diversos términos para designar a la

²⁴² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.51.

²⁴³ El texto del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del *Acuerdo SMC* es el siguiente:

- a) 1) cuando haya una contribución financiera de un gobierno o de cualquier organismo público en el territorio de un Miembro (denominados en el presente Acuerdo "gobierno"), es decir:
 - i) cuando la práctica de un gobierno implique una transferencia directa de fondos (por ejemplo, donaciones, préstamos y 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)

²⁴⁴ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 58.

entidad económica que recibe un "beneficio". Por consiguiente, la pretensión de los Estados Unidos de basarse en la lista de contribuciones financieras del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 no resulta convincente porque, en el contexto del *Acuerdo SMC* considerado en su conjunto, no es posible interpretar que de esa lista se desprende que el "receptor" haya de ser definido necesariamente como una "persona jurídica".

113. Además, observamos que el gobierno puede realizar la transferencia de fondos directamente a la persona jurídica que produce el producto subvencionado, o indirectamente, por ejemplo, mediante una bonificación en el impuesto sobre la renta de las personas físicas que son propietarias de la empresa (en la medida en que realicen inversiones en las actividades productivas de la persona jurídica). En uno y otro caso, disminuiría el costo de la captación de capital para la persona jurídica productora. En consecuencia, en contra de lo que pretenden los Estados Unidos, es posible otorgar un "beneficio" a una empresa mediante una contribución financiera a sus propietarios, sean éstos personas físicas o jurídicas, que pueden tener su propiedad en forma de acciones. Además, hay que señalar que el párrafo 3 del artículo VI del GATT de 1994²⁴⁵ y la nota 36 al artículo 10 del *Acuerdo SMC*²⁴⁶ prevén esta posibilidad, al establecer que una subvención puede concederse "*indirectamente*" a la fabricación, producción o exportación de mercancías. (sin cursivas en el original)

114. Además, los Estados Unidos, a pesar de insistir en la distinción entre las empresas y sus propietarios, reconocen, en su comunicación del apelante, que un "beneficio" puede traspasar la frontera entre la empresa y sus propietarios. Según los Estados Unidos, en "algunos casos" una contribución financiera concedida por un gobierno a los *propietarios* de una empresa puede imputarse a ésta²⁴⁷; por ejemplo, los Estados Unidos afirman que cuando la contribución financiera se haga a

²⁴⁵ El párrafo 3 del artículo VI del GATT de 1994 establece lo siguiente:

No se percibirá sobre ningún producto del territorio de una parte contratante, importado en el de otra parte contratante, derecho compensatorio alguno que exceda del monto estimado de la prima o de la subvención que se sepa ha sido concedida, *directa o indirectamente*, a la fabricación, la producción o la exportación del citado producto en el país de origen o de exportación, con inclusión de cualquier subvención especial concedida para el transporte de un producto determinado. Se entiende por "derecho compensatorio" un derecho especial percibido para contrarrestar cualquier prima o subvención concedida, directa o indirectamente, a la fabricación, la producción o la exportación de un producto. (sin cursivas en el original, no se reproduce la nota de pie de página)

²⁴⁶ El texto de la nota 36 al artículo 10 del *Acuerdo SMC* es el siguiente:

Entiende por "derecho compensatorio" un derecho especial percibido para neutralizar cualquier subvención concedida *directa o indirectamente* a la fabricación, producción o exportación de cualquier mercancía, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo VI del GATT de 1994. (sin cursivas en el original)

²⁴⁷ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, nota 77 al párrafo 76.

una "sociedad de inversiones", el beneficio correspondiente puede imputarse a la "empresa filial que se dedique realmente a la producción", en caso que sea "de su total propiedad".²⁴⁸

115. Por las razones expuestas, la interpretación que los Estados Unidos hacen de las constataciones que formulamos en *Canadá - Aeronaves civiles y Estados Unidos - Plomo y bismuto II* es errónea. Además, el enfoque que propugnan los Estados Unidos podría socavar el *Acuerdo SMC* al abrir de par en par la puerta a la posibilidad de que los gobiernos que concedan subvenciones eludan las disposiciones del Acuerdo otorgando beneficios directamente a los propietarios de la empresa, en vez de a la propia empresa. En síntesis, la distinción jurídica entre las empresas y sus propietarios, que puede reconocerse en el marco jurídico interno, no es necesariamente pertinente, y desde luego no es concluyente, a los efectos de la determinación de la existencia o no de un "beneficio" en el sentido del *Acuerdo SMC*, ya que con una contribución financiera concedida a quienes invierten en una empresa puede otorgarse un beneficio "a la fabricación, producción o exportación de cualquier mercancía, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo VI del GATT de 1994".²⁴⁹

116. No obstante, aunque discrepamos de la interpretación que hacen los Estados Unidos de nuestras constataciones en *Canadá - Aeronaves civiles y Estados Unidos - Plomo y bismuto II* en el sentido de que en esas constataciones se establece una clara línea divisoria entre una empresa y sus propietarios, consideramos que el Grupo Especial fue demasiado lejos al afirmar, en el párrafo 7.54 de su informe, que "a los efectos de la determinación de existencia de un beneficio de conformidad con el Acuerdo SMC, *no se debe establecer* ninguna distinción ya que [...] cuando el Acuerdo SMC hace referencia al receptor de un beneficio quiere decir la empresa y sus accionistas".²⁵⁰ (sin cursivas en el original) Al formular esa constatación, el Grupo Especial adoptó una interpretación excesivamente amplia del *Acuerdo SMC*.

117. Como hemos explicado²⁵¹, "la cuestión jurídica fundamental"²⁵² sometida al Grupo Especial era la determinación de si después de una privatización efectuada en condiciones de competencia y por el valor justo de mercado sigue existiendo un "beneficio" en el sentido del *Acuerdo SMC*. Al analizar esta cuestión jurídica fundamental el Grupo Especial examinó una serie muy precisa de

²⁴⁸ *Ibid.*

²⁴⁹ Nota 36 al artículo 10 del *Acuerdo SMC*.

²⁵⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.54.

²⁵¹ Véanse *supra*, párrafos 84 y 85.

²⁵² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.40.

hechos y circunstancias, en concreto, una situación en la que se deriva beneficio de la contribución financiera concedida a una empresa estatal y, a raíz de una privatización efectuada en condiciones de competencia y por el valor justo de mercado, el gobierno transfiere toda o sustancialmente toda la propiedad de la empresa y no tiene ya "control alguno del productor privatizado".²⁵³ El Grupo Especial no examinó otras situaciones²⁵⁴, como por ejemplo, aquéllas en las que se confiere un "beneficio" por medio de contribuciones financieras recurrentes, o aquéllas en que el vendedor conserva algún control de la empresa después del cambio en la propiedad. El Grupo Especial hubo de examinar únicamente un tipo de cambio en la propiedad (una privatización en condiciones de competencia y por el valor justo de mercado en la que el gobierno transfiere toda o sustancialmente toda la propiedad y no conserva ningún control sobre la empresa) y únicamente un tipo de beneficio (el derivado de una contribución financiera no recurrente concedida a la empresa estatal antes de la privatización). El Grupo Especial debería haber restringido sus constataciones a esas circunstancias concretas.

118. Además, observamos que la constatación excesivamente amplia del Grupo Especial según la cual una empresa y sus propietarios son a *todos* los efectos del *Acuerdo SMC*, prácticamente idénticos podría interpretarse en el sentido de que las autoridades investigadoras pueden suponer en *todos* los casos que, a los efectos del cálculo del beneficio, e independientemente de los medios y condiciones establecidas por un gobierno para la concesión de una contribución financiera a los propietarios de la empresa, esa empresa recibirá un beneficio equivalente a la contribución financiera total, lo que puede o no ocurrir según los casos. Aunque no nos pronunciamos sobre esta cuestión, advertimos que no debe interpretarse que esta constatación del Grupo Especial faculta a las autoridades a excluir la posibilidad de que parte de la contribución financiera proporcionada a los propietarios no vaya a la empresa. En síntesis, no nos parece que la serie, sumamente concreta, de hechos y circunstancias analizada por el Grupo Especial proporcione una base suficiente para llegar a la conclusión de que en *todos* los casos, "a los efectos de la determinación de existencia de un beneficio de conformidad con el Acuerdo SMC, no se debe establecer ninguna distinción ya que [...] cuando el Acuerdo SMC hace referencia al receptor de un beneficio quiere decir la empresa y sus accionistas".²⁵⁵

119. Por tanto, aunque coincidimos con la conclusión del Grupo Especial que figura en el párrafo 7.54 en la medida en que se refiere a las circunstancias del presente caso, discrepamos de la conclusión, excesivamente amplia, del Grupo Especial de que "a los efectos de la determinación de

²⁵³ *Ibid.*, párrafo 7.62.

²⁵⁴ *Ibid.*

²⁵⁵ *Ibid.*, párrafo 7.54.

existencia de un beneficio de conformidad con el Acuerdo SMC [las autoridades investigadoras no deben] establecer ninguna distinción entre una empresa y sus propietarios ya que [...] cuando el Acuerdo SMC hace referencia al receptor de un beneficio quiere decir la empresa y sus accionistas", porque al llegar a esa conclusión el Grupo Especial fue más allá de las circunstancias fácticas examinadas en el presente caso.²⁵⁶

D. *Privatizaciones en condiciones de competencia y por el valor justo de mercado: ¿puede seguir existiendo el "beneficio"?*

120. Tras haber examinado el término "beneficio" tal como se utiliza en el *Acuerdo SMC*, así como el término "receptor" tal como se utiliza en dicho Acuerdo, pasamos a examinar si, de conformidad con el *Acuerdo SMC*, el "beneficio" conferido a un "receptor", se extingue necesariamente a raíz de una privatización efectuada en condiciones de competencia y por el valor justo de mercado. El Grupo Especial constató que:

[...] la existencia de una privatización en condiciones de competencia y por el valor justo de mercado *fuera* la conclusión de que el productor privatizado pagó por lo que obtuvo y por consiguiente no obtuvo ningún beneficio ni ventaja de la contribución financiera anterior otorgada al productor estatal [...].²⁵⁷ (sin cursivas en el original)

Además, en sus "conclusiones y recomendaciones", el Grupo Especial declaró lo siguiente:

Si un Miembro importador ha determinado que una privatización se ha llevado a cabo en condiciones de competencia y por el valor justo de mercado, *ha* de llegar a la conclusión de que no sigue pudiendo atribuirse al productor privatizado ningún beneficio derivado de la contribución financiera anterior (o subvención).²⁵⁸ (sin cursivas en el original)

121. El Grupo Especial interpretó, en efecto, que el *Acuerdo SMC* establece una *presunción irrefutable* que obligaría a las autoridades investigadoras a concluir que la parte no amortizada de un beneficio derivado de una contribución financiera anterior se ha extinguido necesariamente en todos los casos en que se lleva a cabo una privatización en condiciones de competencia y por el valor justo de mercado. Dicho de otra forma, según el Grupo Especial, *nunca* puede seguir existiendo un beneficio para el nuevo propietario después de una privatización efectuada en condiciones de competencia y por el valor justo de mercado. No compartimos la opinión del Grupo Especial.

²⁵⁶ *Ibid.*

²⁵⁷ *Ibid.*, párrafo 7.82.

²⁵⁸ *Ibid.*, párrafo 8.1 d).

122. Los mercados son mecanismos de intercambio. En determinadas condiciones (por ejemplo, libre juego de la oferta y la demanda, amplio acceso a la información en igualdad de condiciones, descentralización del poder económico y existencia de un sistema jurídico eficaz que garantice la existencia de la propiedad privada y el cumplimiento de los contratos), los precios reflejarán la escasez relativa de bienes y servicios en el mercado, y, por consiguiente, el valor real de intercambio del beneficio subsistente derivado de las contribuciones financieras anteriores no recurrentes concedidas a la empresa estatal se verá adecuadamente reflejado en el precio de mercado. No obstante, las condiciones descritas del mercado no se dan siempre necesariamente y con frecuencia dependen de la intervención del gobierno.

123. Naturalmente, cada proceso de privatización de bienes productivos públicos tiene lugar en el marco de las circunstancias concretas existentes en el mercado en el que se produce la venta. En consecuencia, el resultado de ese proceso de privatización, en concreto el precio que el mercado establece para la empresa estatal, reflejará tales circunstancias. No obstante, los gobiernos pueden optar por imponer políticas económicas o de otra naturaleza con las que, sin perjuicio de respetar las características inherentes al funcionamiento del mercado, se tratan de obtener de éste determinados resultados. En tales circunstancias, la valoración en el mercado de la propiedad estatal puede en último término verse gravemente afectada por esas políticas del gobierno, así como por las condiciones en las que se permitirá posteriormente a los compradores disfrutar de la propiedad.

124. La regla absoluta del Grupo Especial según la cual no existe "ningún beneficio" puede ser justificable en el contexto de las transacciones entre dos partes privadas en mercados relativamente competitivos, pero no tiene en cuenta la posibilidad de que los gobiernos obtengan de los mercados determinados resultados ajustando las circunstancias y condiciones en las que funcionan los mercados. Las privatizaciones entrañan inversiones complejas y a largo plazo en las que el vendedor -es decir, el gobierno- no siempre es necesariamente un agente económico pasivo sin influencia en el precio y, en consecuencia, el "precio justo de mercado" de una empresa estatal no siempre es necesariamente independiente de la intervención del gobierno. En las privatizaciones, los gobiernos pueden, mediante el establecimiento de políticas económicas y de otra naturaleza, influir en las circunstancias y condiciones de la venta y conseguir una cierta valoración en el mercado de la empresa.

125. A este respecto, hay que señalar que, antes de llegar a su conclusión de que la existencia de una privatización en condiciones de competencia y por el valor justo de mercado "debe" extinguir necesariamente el beneficio concedido mediante una contribución financiera anterior, el Grupo Especial constató, en patente contradicción con su conclusión final, que la autoridad investigadora *no*

estaba obligada a poner fin a su investigación una vez que hubiera determinado que la privatización se había efectuado en condiciones de competencia y por su valor justo de mercado.²⁵⁹ El Grupo Especial reconoció que la autoridad investigadora podía encontrar razones para seguir analizando las circunstancias de la privatización con el fin de determinar si seguía existiendo un beneficio. El Grupo Especial constató asimismo que, en caso de que después de una privatización efectuada en condiciones de competencia por su valor justo de mercado, "[la autoridad investigadora] quiera aplicar (seguir aplicando) derechos compensatorios, [el Miembro importador] tendrá que demostrar, sobre la base de un examen de las condiciones de la privatización, que el productor privatizado se beneficia (todavía) de la contribución financiera anterior (subvención)".²⁶⁰

126. Entendemos que el Grupo Especial afirma que *hay que presumir* que la privatización en condiciones de competencia y por su valor justo de mercado extingue cualquier beneficio obtenido de la contribución financiera no recurrente concedida a una empresa estatal. El efecto de una privatización de esa naturaleza es el desplazamiento a la autoridad investigadora de la carga de encontrar pruebas que demuestren que el beneficio de la contribución financiera anterior sigue de hecho existiendo después de la privatización. A falta de tales pruebas, el hecho de que se haya producido una privatización en condiciones de competencia y por el valor justo de mercado basta para forzar la conclusión de que no existe ya "beneficio" para la empresa privatizada y, por ende, de que no deben percibirse derechos compensatorios. Esta exposición describe fielmente las obligaciones de un Miembro en virtud del *Acuerdo SMC*.

127. En consecuencia, constatamos que el Grupo Especial incurrió en error al concluir que "[...] la existencia de una privatización en condiciones de competencia y por el valor justo de mercado *fuera* la conclusión de que el productor privado pagó por lo que obtuvo y por consiguiente no obtuvo ningún beneficio ni ventaja de la contribución financiera anterior otorgada al productor estatal".²⁶¹ (sin cursivas en el original) La privatización en condiciones de competencia y por el valor justo de mercado *puede* tener como consecuencia la extinción del beneficio. De hecho, constatamos que existe una presunción refutable de que el beneficio deja de existir después de una privatización de esa naturaleza. No obstante, ello no ocurre *necesariamente*. No hay una norma inflexible *que exija* que las autoridades investigadoras, en los casos que se planteen en el futuro, determinen *automáticamente* que el "beneficio" derivado de la contribución financiera anterior a la privatización se extingue a raíz de una privatización efectuada en condiciones de competencia y por su valor justo de mercado. Ello

²⁵⁹ *Ibid.*, párrafo 7.76.

²⁶⁰ *Ibid.*

²⁶¹ *Ibid.*, párrafo 7.82.

depende de las circunstancias particulares de cada caso. En consecuencia, revocamos la conclusión del Grupo Especial según la cual:

si un Miembro importador ha determinado que una privatización se ha llevado a cabo en condiciones de competencia y por el valor justo de mercado *ha* de llegar a la conclusión de que no sigue pudiendo atribuirse al productor privatizado ningún beneficio derivado de la contribución financiera anterior (o subvención).²⁶² (sin cursivas en el original)

VIII. El método de la "misma persona"

128. Teniendo presente todo lo anterior, nos ocupamos ahora de la práctica administrativa del USDOC que es el origen y objeto de la presente diferencia. Los Miembros de la OMC han previsto en el artículo 14 del *Acuerdo SMC* que las autoridades investigadoras de los Miembros de la OMC utilicen distintos "método[s]" para "calcular el beneficio conferido al receptor" al determinar la cuantía de los derechos compensatorios que se imponen a un producto importado para contrarrestar una subvención. Uno de tales métodos utilizado por el USDOC con el fin de determinar si sigue existiendo un "beneficio" después de un cambio en la propiedad -el método *gamma*- fue objeto de una diferencia y una apelación anteriores.²⁶³ Otro método es el método de la "misma persona", que ha dado lugar a esta diferencia y a la presente apelación.

129. Los Estados Unidos manifestaron en el curso de la audiencia que ni la legislación de los Estados Unidos ni el reglamento del USDOC prescriben la aplicación del método de la "misma persona"²⁶⁴, sino que éste fue establecido como una práctica administrativa por el USDOC en respuesta a varias resoluciones del Tribunal de Comercio Internacional de los Estados Unidos en las apelaciones respecto de determinados asuntos en materia de derechos compensatorios.²⁶⁵ Esta práctica administrativa se aplicó por primera vez en una determinación inicial en materia de derechos compensatorios²⁶⁶, en el asunto *Electroacero de textura orientada procedente de Italia*, una determinación formulada en el marco de un examen administrativo que se nos ha sometido en apelación y ha sido identificada como caso N° 12. En general, el USDOC aplica el método de la

²⁶² *Ibid.*, párrafo 8.1 d).

²⁶³ Véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Plomo y bismuto II*.

²⁶⁴ Respuesta de los Estados Unidos a preguntas formuladas en la audiencia.

²⁶⁵ *Ibid.* Véase también *supra*, nota 179.

²⁶⁶ Véase *supra*, nota 179.

"misma persona" a las determinaciones que se formulan en materia de derechos compensatorios después de un cambio en la propiedad.²⁶⁷

130. A efectos de la evaluación de si sigue existiendo un "beneficio", el método de la "misma persona" prevé un examen en dos etapas. La primera etapa consiste en un análisis de si la entidad posterior a la privatización es la misma persona jurídica que recibió la subvención inicial antes de la privatización. A tal fin, el USDOC considera entre otros los siguientes criterios: i) continuidad de las operaciones generales de la empresa; ii) continuidad de las instalaciones de producción; iii) continuidad de los activos y pasivos; y iv) mantenimiento del personal. Si, como resultado de la aplicación de esos criterios el USDOC llega a la conclusión de que no se ha creado una *nueva persona jurídica*, el análisis de la existencia o no de un "beneficio" se da por terminado, y el USDOC no evalúa si la privatización se llevó a cabo en condiciones de competencia y por el valor justo de mercado. Se constata automáticamente que sigue existiendo una subvención a la empresa posterior a la privatización.²⁶⁸ Por el contrario, si a consecuencia de la aplicación de esos criterios, el USDOC llega a la conclusión de que la entidad posterior a la privatización es una *nueva persona jurídica*, distinta de la entidad que recibió la subvención anterior, no impone derechos a las mercancías producidas después de la privatización por razón de la subvención anterior a ésta.²⁶⁹ No obstante, en tal caso, el USDOC procede a examinar si se ha concedido una *nueva* subvención a los nuevos propietarios de la entidad posterior a la privatización como consecuencia del cambio en la propiedad (analizando, por ejemplo, si la venta se efectuó por el valor justo de mercado y en condiciones de competencia).²⁷⁰

131. La cuestión que se nos plantea es si el método de la "misma persona" -en cuanto tal y en la forma en que lo aplican los Estados Unidos- es incompatible con el *Acuerdo SMC*. En las determinaciones correspondientes a los 12 asuntos relativos a derechos compensatorios en cuestión, el USDOC utilizó para determinar si seguía existiendo un beneficio después de la privatización tanto el método *gamma* como el método de la "misma persona". De las 12 determinaciones en litigio en la presente diferencia, 11 se basaron en la aplicación del método *gamma* (casos N^{os} 1 a 11) y una en la aplicación del método de la "misma persona" (caso N^o 12).

²⁶⁷ Respuesta de los Estados Unidos a preguntas formuladas en la audiencia.

²⁶⁸ *Ibid.*

²⁶⁹ *Ibid.*

²⁷⁰ *Ibid.*

132. El Grupo Especial constató que los análisis en materia de derechos compensatorios realizados por el USDOC en las determinaciones en las que aplicó el método *gamma* -casos N^{os} 1 a 7- son incompatibles con las obligaciones de los Estados Unidos en virtud del *Acuerdo SMC*.²⁷¹ Sobre la base de nuestra constatación en *Estados Unidos - Plomo y bismuto II* de que la presunción "irrefutable"²⁷², establecida por la metodología *gamma* impedía al USDOC realizar la necesaria determinación de si sigue existiendo un "beneficio", los Estados Unidos admitieron ante el Grupo Especial que las determinaciones formuladas en los casos N^{os} 1 a 7, en las que se aplicó el método *gamma*, son incompatibles con el *Acuerdo SMC*.²⁷³

133. El Grupo Especial constató también que las determinaciones formuladas por el USDOC en exámenes por extinción y basadas en la metodología *gamma* -casos N^{os} 8 a 11- son asimismo incompatibles con las obligaciones de los Estados Unidos en virtud del *Acuerdo SMC*.²⁷⁴ En concreto, el Grupo Especial constató que, a pesar de haber sido informado de que las privatizaciones tuvieron lugar en condiciones de competencia y por su valor justo de mercado, el USDOC, al utilizar el método *gamma* no examinó "las condiciones de tales privatizaciones [y no determinó] [...] si los productores privatizados recibían un beneficio de las subvenciones anteriores otorgadas a los productores estatales".²⁷⁵ Los Estados Unidos no han admitido que la utilización de la metodología *gamma* en esos exámenes por extinción (casos N^{os} 8 a 11) sea incompatible con el *Acuerdo SMC*.

134. Como explican los Estados Unidos, dado que "en las primeras 11 determinaciones se aplicó la metodología *gamma*, actualmente descartada"²⁷⁶, "las actuaciones del Grupo Especial se centraron necesariamente en *Electroacero de textura orientada procedente de Italia* [caso N^o 12], la única de

²⁷¹ Informe del Grupo Especial, párrafos 8.1 a) y 8.1 b). A este respecto, observamos que los Estados Unidos proponen reformular las determinaciones formuladas en las investigaciones originales (casos N^{os} 1 a 6) y el examen administrativo (caso N^o 7) tomando como base la metodología de la "misma persona" (informe del Grupo Especial, párrafo 7.90).

²⁷² Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Plomo y bismuto II*, párrafo 62.

²⁷³ Informe del Grupo Especial, párrafos 2.29 y 2.30. Por lo que respecta a los casos N^{os} 1 a 6, los Estados Unidos reconocieron la incompatibilidad con la OMC "en la medida en que se basaron en la metodología *gamma* y que en las determinaciones consiguientes no se examinó a fondo si las entidades que había antes y después de la privatización eran la misma persona jurídica". (*Ibid.*, párrafo 2.29.) En lo que respecta al caso N^o 7, los Estados Unidos admitieron la incompatibilidad con la OMC "en la medida en que [el examen] se basó en la metodología *gamma* y de que, por tanto, en la determinación consiguiente no se examinaba a fondo si la entidad era la misma persona jurídica antes y después del cambio en la propiedad". (*Ibid.*, párrafo 2.30.)

²⁷⁴ *Ibid.*, párrafo 8.1 c).

²⁷⁵ *Ibid.*, párrafo 7.116.

²⁷⁶ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, nota 28 al párrafo 26.

las 12 determinaciones que tenía ante sí el Grupo Especial en la que el USDOC había aplicado su nueva metodología [de la "misma persona"].²⁷⁷ Al examinar la aplicación del método de la "misma persona" al caso N° 12 -un examen administrativo- el Grupo Especial constató que "una privatización exige la (re)determinación de la existencia de un beneficio para el productor privatizado".²⁷⁸ Basándose en esa constatación, el Grupo Especial llegó a la conclusión de que "la metodología de la 'misma persona' es en sí misma incompatible con [las obligaciones que impone a los Estados Unidos] el Acuerdo SMC"²⁷⁹ porque prohíbe "si el productor privatizado no es una persona jurídica distinta, el examen de las condiciones de la transacción de privatización basándose para ello en criterios relacionados principalmente con las actividades industriales de los productores en cuestión".²⁸⁰ En apelación, los Estados Unidos solicitan²⁸¹ que revoquemos la conclusión del Grupo Especial de que "la denominada 'metodología de la misma persona' es incompatible con el Acuerdo SMC".²⁸²

135. Dado que las 12 determinaciones impugnadas en la presente diferencia y en apelación abarcan 6 determinaciones relativas a investigaciones iniciales, 2 a exámenes administrativos y 4 a exámenes por extinción²⁸³, debemos, al analizar si "la denominada 'metodología de la misma persona' [*en cuanto tal*] es incompatible con el Acuerdo SMC"²⁸⁴, examinar esta cuestión a la luz de las disposiciones del *Acuerdo SMC* que abarcan cada uno de esos tres tipos de determinaciones en materia de derechos compensatorios. Hemos de examinar además si la *aplicación* de ese método de la "misma persona", que únicamente tuvo lugar en el caso N° 12, se llevó a cabo en una forma compatible con el *Acuerdo SMC*.

136. El Grupo Especial observó que, con arreglo al método de la "misma persona", "si el nuevo productor privatizado no es una persona jurídica distinta (en función de sus actividades, activos productivos, dirección, personal) del anterior productor estatal, [el USDOC considera] que el

²⁷⁷ *Ibid.*, párrafo 26.

²⁷⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.77.

²⁷⁹ *Ibid.*, párrafo 7.90.

²⁸⁰ *Ibid.*, párrafo 7.77.

²⁸¹ Véase *supra*, nota 178.

²⁸² Anexo a la carta de fecha 13 de septiembre de 2002 dirigida por el Asesor Jurídico, Misión Permanente de los Estados Unidos ante la OMC, al Director de la secretaría del Órgano de Apelación, página 2.

²⁸³ Véase *supra*, párrafo 15.

²⁸⁴ Anexo a la carta de fecha 13 de septiembre de 2002 dirigida por el Asesor Jurídico, Misión Permanente de los Estados Unidos ante la OMC, al Director de la secretaría del Órgano de Apelación, página 2.

beneficio atribuido al productor estatal puede ser atribuido *automáticamente* al productor privatizado, sin proceder a un examen de las condiciones de la transacción".²⁸⁵ (sin cursivas en el original) El Grupo Especial manifestó que este método impide el cálculo del "beneficio" conferido a un "receptor" a tenor del artículo 14 del *Acuerdo SMC*²⁸⁶ porque impide al USDOC centrar su análisis en "las cuestiones trascendentes [...] [es decir, la determinación de] si existe una subvención (y en particular un beneficio) para el productor privatizado objeto de la investigación".²⁸⁷ Por consiguiente, el Grupo Especial llegó a la conclusión de que el método de la "misma persona" impide el examen de las condiciones de la privatización, que podría poner de manifiesto que no existe un beneficio para el productor privatizado "en condiciones ajenas y mejores a las imperantes en el mercado". En consecuencia, el Grupo Especial constató que la metodología de la "misma persona" "es en sí misma incompatible [con las obligaciones que impone a los Estados Unidos] el *Acuerdo SMC*".²⁸⁸ El Grupo Especial examinó también a continuación la *aplicación* del método de la "misma persona" en *Electroacero de textura orientada procedente de Italia* (caso N° 12) y llegó a la conclusión de que el método de la "misma persona", *tal como se aplicó* en el caso N° 12 es asimismo incompatible con el artículo 10, el artículo 14, el párrafo 4 del artículo 19 y los párrafos 1 y 2 del artículo 21 del *Acuerdo SMC*.²⁸⁹

137. Los Estados Unidos impugnan la constatación del Grupo Especial de que el método de la "misma persona" -tanto en sí mismo como en la forma en que fue aplicado en el caso N° 12- es incompatible con las obligaciones que impone a los Estados Unidos el *Acuerdo SMC*. Alegan, en particular, que el método no puede ser incompatible con el *Acuerdo SMC* sobre la base de su interpretación de nuestra decisión en el asunto *Estados Unidos - Plomo y bismuto II*. Los Estados Unidos interpretan que en nuestra resolución en el asunto *Estados Unidos - Plomo y bismuto II* declaramos que la autoridad investigadora *sólo* está obligada a reexaminar una determinación sobre la

²⁸⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.78.

²⁸⁶ El artículo 14 del *Acuerdo SMC*, en la parte pertinente, dispone que la aplicación del método: que utilice la autoridad investigadora para calcular el beneficio conferido al receptor a tenor del párrafo 1 del artículo 1 [...] será transparente y adecuadamente explicada.

²⁸⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.78.

²⁸⁸ *Ibid.*, párrafo 7.90.

²⁸⁹ *Ibid.*, párrafo 8.1 b).

existencia de un *beneficio* cuando se crea una *nueva persona jurídica* distinta de la entidad que recibió el beneficio inicial.²⁹⁰

138. Las Comunidades Europeas aducen que los Estados Unidos se basan en una interpretación errónea de nuestra decisión en *Estados Unidos - Plomo y bismuto II* para justificar el método de la "misma persona". Nuestra decisión en *Estados Unidos - Plomo y bismuto II*, según las Comunidades Europeas, *lleva forzosamente* a la conclusión de que el método de la "misma persona" *en cuanto tal* es incompatible con la obligación que impone el *Acuerdo SMC* a la autoridad investigadora de formular una nueva determinación sobre si existe o no un beneficio cuando se le notifique una privatización que haya dado lugar a un cambio en el control. Las Comunidades Europeas aducen que dado que el método de la "misma persona", al igual que el método *gamma*, establece una presunción irrefutable de que el beneficio de una contribución financiera concedida anteriormente sigue existiendo en la empresa posterior a la privatización *a no ser que se haya creado una nueva persona jurídica*, el método de la "misma persona" es incompatible con las obligaciones que impone a los Estados Unidos el *Acuerdo SMC*, tal como se han interpretado en *Estados Unidos - Plomo y bismuto II*.²⁹¹

139. Al analizar estos argumentos, empezamos por recordar que, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 1 del *Acuerdo SMC* sólo "se considerará que existe" una "subvención" cuando una "contribución financiera" otorga un "beneficio". Además, de conformidad con el párrafo 3 del artículo VI del GATT de 1994²⁹² las autoridades investigadoras, antes de imponer derechos compensatorios, deben determinar la cuantía precisa de la subvención atribuida a los productos importados objeto de investigación. Para dar cumplimiento a esta obligación, el artículo 10 del *Acuerdo SMC*²⁹³ dispone que los Miembros tomen todas las medidas necesarias "para que" los

²⁹⁰ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafos 86 a 90.

²⁹¹ Comunicación del apelado presentada por las Comunidades Europeas, párrafos 2 y 7.

²⁹² El párrafo 3 del artículo VI del GATT de 1994 establece lo siguiente:

No se percibirá sobre ningún producto del territorio de una parte contratante, importado en el de otra parte contratante, derecho compensatorio alguno que exceda del monto estimado de la prima o de la subvención que se sepa ha sido concedida, directa o indirectamente, a la fabricación, la producción o la exportación del citado producto en el país de origen o de exportación, con inclusión de cualquier subvención especial concedida para el transporte de un producto determinado. (sin cursivas en el original)

²⁹³ El artículo 10 del *Acuerdo SMC* establece lo siguiente:

Los Miembros tomarán todas las medidas necesarias *para que* la imposición de un derecho compensatorio sobre cualquier producto del territorio de cualquier Miembro importado en el territorio de otro Miembro esté en conformidad con las disposiciones del artículo VI del GATT de 1994 y con los términos del presente Acuerdo. Sólo podrán imponerse derechos compensatorios en virtud de una investigación iniciada y realizada de conformidad con las

derechos percibidos para contrarrestar una subvención sólo se impongan "en conformidad con" las disposiciones del párrafo 3 del artículo VI del GATT de 1994 y el *Acuerdo SMC*. Además, el párrafo 4 del artículo 19 del *Acuerdo SMC*, en consonancia con el texto del párrafo 3 del artículo VI del GATT de 1994, dispone que "*no se percibirá sobre ningún producto importado un derecho compensatorio que sea superior a la cuantía de la subvención que se haya concluido existe*". (sin cursivas en el original) Por último, el párrafo 1 del artículo 21 del *Acuerdo SMC* establece que "un derecho compensatorio sólo permanecerá en vigor *durante el tiempo y en la medida necesarios para contrarrestar la subvención que esté causando daño*". (sin cursivas en el original) En síntesis, estas disposiciones imponen a los Miembros la obligación de limitar los derechos compensatorios a la cuantía y a la duración de la subvención cuya existencia ha concluido la autoridad investigadora. Esas obligaciones son aplicables tanto a las investigaciones iniciales como a los exámenes administrativos y exámenes por extinción abarcados por el artículo 21 del *Acuerdo SMC*.

140. Como hemos indicado, de las 12 determinaciones del USDOC pertinentes a la presente diferencia, sólo se *aplicó* el método de la "misma persona" en el asunto *Electroacero de textura orientada procedente de Italia* (caso N° 12), un examen administrativo realizado de conformidad con el párrafo 2 del artículo 21 del *Acuerdo SMC*, el cual establece lo siguiente:

Artículo 21

Duración y examen de los derechos compensatorios y de los compromisos

[...]

21.2 Cuando ello esté justificado, las autoridades examinarán la necesidad de mantener el derecho, por propia iniciativa o, siempre que haya transcurrido un período prudencial desde el establecimiento del derecho compensatorio definitivo, a petición de cualquier parte interesada que presente informaciones positivas probatorias de la necesidad del examen. Las partes interesadas tendrán derecho a pedir a las autoridades que examinen si es necesario mantener el derecho para neutralizar la subvención, si sería probable que el daño siguiera produciéndose o volviera a producirse en caso de que el derecho fuera suprimido o modificado, o ambos aspectos. En caso de que, a consecuencia de un examen realizado de conformidad con el presente párrafo, las autoridades determinen que el derecho compensatorio no está ya justificado, deberá suprimirse inmediatamente.

141. Analizamos por primera vez el párrafo 2 del artículo 21 en el asunto *Estados Unidos - Plomo y bismuto II*, en el que constatamos lo siguiente:

en un examen administrativo de conformidad con el párrafo 2 del artículo 21, deben presentarse a la autoridad investigadora "informaciones positivas" de las que se deduzca que la "contribución financiera" se ha devuelto o ha sido retirada y/o que ya no se otorga el "beneficio". *Sobre la base de la evaluación de las informaciones que le hayan presentado las partes interesadas, así como las demás pruebas de que disponga en relación con el período del examen, la autoridad investigadora debe determinar si sigue siendo necesario aplicar derechos compensatorios. La autoridad investigadora no puede prescindir de esas informaciones. Si pudiera hacerlo, el mecanismo de examen establecido en el párrafo 2 del artículo 21 no tendría ningún sentido.*²⁹⁴ (sin cursivas en el original)

Esta constatación deja claramente sentado que la autoridad investigadora que realice un examen administrativo está obligada en virtud del párrafo 2 del artículo 21 del *Acuerdo SMC* a determinar si sigue existiendo un "beneficio" cuando se le presente información indicando que ese beneficio ya no existe. Según los Estados Unidos, nuestra constatación en *Estados Unidos - Plomo y bismuto II* se circunscribía a las circunstancias concretas de ese asunto, que, según la interpretación de ese país, consistían en que la empresa estatal y la empresa privatizada eran dos personas jurídicas distintas. Los Estados Unidos tratan de encontrar una justificación para esa opinión en las referencias que se hacían en nuestro informe en el asunto *Estados Unidos - Plomo y bismuto II* a las "circunstancias" de ese caso concreto²⁹⁵, así como en el razonamiento que exponíamos en el párrafo 62 del informe de esa apelación, en el que, según los Estados Unidos, "el Órgano de Apelación [...] aceptó la conclusión del Grupo Especial de que UES era una nueva persona jurídica distinta a la que no podían imputarse las subvenciones concedidas a BSC [la empresa estatal privatizada]".²⁹⁶ (no se reproduce la nota de pie de página)

142. En lo que respecta a las referencias que hicimos en *Estados Unidos - Plomo y bismuto II* a las "circunstancias concretas" de ese caso²⁹⁷ observamos que, lo que hicimos con esas referencias era simplemente limitar el alcance de nuestras constataciones en esa apelación a las circunstancias concretas de la diferencia. Nos ocupamos de las condiciones en las que tuvo lugar esa privatización concreta ("pago del valor justo de mercado por todos los activos de producción, fondo de

²⁹⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Plomo y bismuto II*, párrafo 61.

²⁹⁵ *Ibid.*, párrafos 68 y 74.

²⁹⁶ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 16.

²⁹⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Plomo y bismuto II*, párrafos 68 y 74.

comercio, etc."²⁹⁸); y no nos referimos en absoluto a ningún tipo de distinción en función de la personalidad jurídica, como se hace patente si se lee en su contexto la expresión "en las circunstancias concretas del presente caso":

Así pues, el hecho de que una "contribución financiera" otorgue o no un "beneficio" depende de que el receptor haya recibido o no una "contribución financiera" en condiciones más favorables que las que hubiera podido obtener en el mercado. En el presente caso, el Grupo Especial ha formulado una constatación fáctica según la cual UES y BSplc/BSES *pagaron el valor justo de mercado por todos los activos de producción, fondo de comercio, etc.* que adquirieron de BSC y posteriormente emplearon en la producción de las barras plomosas importadas en los Estados Unidos en 1994, 1995 y 1996. *Por consiguiente*, no consideramos que el Grupo Especial haya incurrido en ningún error al llegar a la conclusión de que, *en las circunstancias concretas del presente caso*, no cabía considerar que con las "contribuciones financieras" concedidas a BSC entre 1977 y 1986 se hubiera otorgado un "beneficio" a UES y BSplc/BSES.²⁹⁹ (sin cursivas en el original)

Además, en la presente diferencia, los Estados Unidos admitieron expresamente esta interpretación de nuestro informe en el asunto *Estados Unidos - Plomo y bismuto II* en su primera comunicación al Grupo Especial. Los Estados Unidos afirmaron que "*como los nuevos propietarios de UES habían pagado su valor justo de mercado*, el Órgano de Apelación aceptó la conclusión del Grupo Especial de que no se podía considerar que las contribuciones financieras concedidas a BSC [la empresa estatal] otorgaran un beneficio a UES".³⁰⁰ (sin cursivas en el original)

143. La interpretación del párrafo 62 que proponen los Estados Unidos en la presente apelación carece asimismo de fundamento. En el párrafo 62 de nuestro informe en el asunto *Estados Unidos - Plomo y bismuto II* se dice lo siguiente:

En consecuencia, coincidimos con el Grupo Especial en que, aunque la autoridad investigadora puede presumir, en el contexto de un examen administrativo realizado de conformidad con el párrafo 2 del artículo 21, que sigue derivándose un "beneficio" de una "contribución financiera", no vinculada y no recurrente, una presunción de ese tipo nunca puede ser "irrefutable". En el presente caso, dados los *cambios de la propiedad* que condujeron a la creación de UES y BSplc/BSES, el USDOC estaba *obligado*, en virtud del párrafo 2 del artículo 21, a examinar, sobre la base de las informaciones que se le habían presentado en relación con esos cambios, si había un "beneficio" para UES y BSplc/BSES. Así pues, hacemos nuestra la constatación del Grupo Especial según la cual:

²⁹⁸ *Ibid.*, párrafo 68.

²⁹⁹ *Ibid.*, párrafo 68.

³⁰⁰ Primera comunicación de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafo 37.

[...] habida cuenta de los *traspasos de propiedad* conducentes a la creación de UES y BSplc/BSES, el USDOC habría debido examinar si estaba subvencionada la producción de barras plomosas de UES y BSplc/BSES, respectivamente, y no la de BSC. En particular, el Departamento debería haber examinado si continuaba existiendo el "beneficio" que ya se había considerado otorgado a BSC por las "contribuciones financieras" previas a 1985/86, y lo debería haber hecho desde la perspectiva de UES y BSplc/BSES, respectivamente, y no de BSC. (sin cursivas en el original; no se reproducen las notas de pie de página)

En contra de lo que afirman los Estados Unidos, no hay en esta constatación nada que indique que, en este párrafo de nuestro informe en *Estados Unidos - Plomo y bismuto II*, aceptáramos "la conclusión del Grupo Especial de que UES era una nueva persona jurídica distinta a la que no podían imputarse las subvenciones concedidas a BSC [la empresa estatal]".³⁰¹ (no se reproduce la nota de pie de pagina)

144. En síntesis, rechazamos la descripción que hacen los Estados Unidos de nuestro análisis en *Estados Unidos - Plomo y bismuto II*, y reafirmamos la constatación que formulamos en ese asunto³⁰² de que, en el contexto de un examen administrativo, la autoridad investigadora, cuando se le presente información encaminada a demostrar que ya no existe un "beneficio" después de una privatización, está *obligada* a determinar si el mantenimiento de los derechos compensatorios está justificado a la luz de esa información. Esta obligación se basa, *no* en la creación de una nueva persona jurídica, como pretenden los Estados Unidos, sino en la posibilidad de que el cambio en la propiedad haya afectado a la continuidad de la existencia del beneficio.

145. El Grupo Especial manifestó, y los Estados Unidos admitieron ante el Grupo Especial y en la presente apelación, que el método de la "misma persona" *obliga* al USDOC a considerar "que el beneficio atribuido al productor estatal puede ser atribuido automáticamente al productor privatizado, sin proceder a un examen de las condiciones de la transacción" cuando el organismo determine que la

³⁰¹ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 16. Observamos además, como hacen las Comunidades Europeas (en los párrafos 24 a 27 y en la nota 23 de su comunicación del apelado, así como en su respuesta a las preguntas formuladas en la audiencia), que la creación de una nueva persona jurídica no podía haber constituido la base de nuestra exigencia de que el USDOC realizara una nueva determinación de la existencia de un beneficio, porque la otra empresa privatizada en litigio en *Estados Unidos - Plomo y bismuto II*, British Steel plc, se convirtió en un entidad jurídica distinta *antes* de que tuviera lugar la privatización, y no se estableció una nueva entidad jurídica como consecuencia de la transacción de privatización. (Véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Plomo y bismuto II*, párrafo 2.) Al constatar que en tales circunstancias podía haberse extinguido el beneficio y que por tanto el USDOC debía haber formulado una nueva determinación en cuanto a la existencia de un beneficio, nos centramos necesariamente en el cambio en la propiedad de las empresas en litigio, y no en su personalidad jurídica.

³⁰² Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Plomo y bismuto II*, párrafo 62.

entidad posterior a la privatización no es una nueva persona jurídica.³⁰³ Sólo en caso de que el USDOC constate que se ha creado una nueva persona jurídica, el organismo formulará una determinación acerca de si existe un beneficio, y en tal caso, la investigación tendrá únicamente por objeto determinar si se ha concedido a los nuevos propietarios una *nueva* subvención.³⁰⁴

146. Así pues, con arreglo al método de la "misma persona", cuando determine que no se ha creado una nueva persona jurídica como consecuencia de la privatización, el USDOC deducirá de esa determinación, *sin un análisis ulterior*, y con independencia del precio pagado por los nuevos propietarios por la empresa privatizada³⁰⁵, que esta última sigue recibiendo el beneficio de una contribución financiera anterior. Este sistema está en contradicción con la obligación que impone en párrafo 2 del artículo 21 del *Acuerdo SMC* a la autoridad investigadora de tener en cuenta en los exámenes administrativos las "informaciones positivas probatorias de la necesidad del examen". Esas informaciones pueden referirse a la evolución de las circunstancias en lo que respecta a la subvención, a la privatización en condiciones de competencia y por el valor justo de mercado, o a cualesquiera otros hechos. El método de la "misma persona" impide al USDOC cumplir su obligación de examinar si sigue existiendo un "beneficio" sujeto a derechos compensatorios con respecto a una empresa con posterioridad al cambio en la propiedad de la misma. En consecuencia, constatamos que el método de la "misma persona", *en cuanto tal*, es incompatible con las obligaciones que impone el párrafo 2 del artículo 21 del *Acuerdo SMC* en relación con los exámenes administrativos.

147. En nuestra opinión, esta constatación, relativa a los exámenes administrativos, lleva forzosamente a la conclusión de que el método de la "misma persona", en cuanto tal, es asimismo incompatible con las obligaciones establecidas en el *Acuerdo SMC* en relación con las investigaciones iniciales. En una investigación inicial, la autoridad investigadora debe determinar que se cumplen todas las condiciones establecidas en el *Acuerdo SMC* para la imposición de derechos

³⁰³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.78. Véase también el párrafo 7.77:

En opinión del Grupo Especial, la metodología de la misma persona utilizada por los Estados Unidos prohíbe, en cuanto tal, si el productor privatizado no es una persona jurídica distinta, el examen de las condiciones de la transacción de privatización basándose para ello en criterios relacionados principalmente con las actividades industriales de los productores en cuestión. Al aplicar esta metodología, el Departamento de Comercio no analiza si el productor privatizado ha recibido un beneficio de las contribuciones financieras anteriores.

Los Estados Unidos confirmaron en sus respuestas a preguntas formuladas en la audiencia esta prescripción del método de la "misma persona".

³⁰⁴ Respuestas de los Estados Unidos a preguntas formuladas en la audiencia.

³⁰⁵ Véase *supra*, nota 182.

compensatorios.³⁰⁶ Las obligaciones de la autoridad investigadora, identificadas en el párrafo 1 del artículo 19 del *Acuerdo SMC*, en conexión con el artículo 1, incluyen la formulación de una determinación de la existencia de un "beneficio".³⁰⁷ Al igual que en el caso de los exámenes administrativos, el método de la "misma persona" impide necesariamente una determinación adecuada en cuanto a la existencia de un "beneficio" en el caso de las investigaciones iniciales cuando la entidad anterior a la privatización y la entidad posterior a la privatización son la misma persona jurídica. En vez de ello, en tal caso, el método de la "misma persona" establece una presunción irrefutable de que el "beneficio" anterior a la privatización sigue existiendo después del cambio en la propiedad. Al no permitir que la autoridad investigadora cumpla todas las condiciones previas establecidas en el *Acuerdo SMC* para la imposición de derechos compensatorios, y en especial la identificación de un "beneficio", constatamos que el método de la "misma persona", en cuanto tal, es incompatible con las obligaciones aplicables en el marco de la OMC a la realización de investigaciones iniciales.

148. Lo anterior nos lleva al tercer tipo de determinaciones en litigio, los exámenes por extinción. El Grupo Especial constató que, en virtud del párrafo 3 del artículo 21 del *Acuerdo SMC*³⁰⁸, y con independencia de que se hayan o no solicitado exámenes administrativos de conformidad con el párrafo 2 del artículo 21 después de la investigación inicial, el Miembro importador está obligado a considerar las pruebas que se le hayan presentado en relación con la subvención, y a *determinar* si después de la privatización de la empresa investigada sigue existiendo un "beneficio", antes de concluir "que existe una subvención y que es probable que continúe o se repita".³⁰⁹ Esta constatación

³⁰⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Plomo y bismuto II*, párrafo 63.

³⁰⁷ El párrafo 1 del artículo 19 sólo permite la imposición de un derecho compensatorio después de que la autoridad investigadora haya constatado la existencia de una subvención (tal como se define en el artículo 1), un daño, y una relación de causalidad entre una y otro.

³⁰⁸ El párrafo 3 del artículo 21 del *Acuerdo SMC* establece lo siguiente:

No obstante lo dispuesto en los párrafos 1 y 2, todo derecho compensatorio definitivo será suprimido, a más tardar, en un plazo de cinco años contados desde la fecha de su imposición (o desde la fecha del último examen, realizado de conformidad con el párrafo 2, si ese examen hubiera abarcado tanto la subvención como el daño, o del último realizado en virtud del presente párrafo), salvo que las autoridades, en un examen iniciado antes de esa fecha por propia iniciativa o a raíz de una petición debidamente fundamentada hecha por o en nombre de la rama de producción nacionales con una antelación prudencial a dicha fecha, determinen que la supresión del derecho daría lugar a la continuación o la repetición de la subvención y del daño. El derecho podrá seguir aplicándose a la espera del resultado del examen. (no se reproduce la nota de pie de página)

³⁰⁹ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.114 a 7.116. El Grupo Especial consideró que esta conclusión era compatible con la conclusión a que llegó el Tribunal de Comercio Internacional de los Estados Unidos cuando constató que las prácticas del USDOC en los exámenes por extinción son incompatibles con la legislación estadounidense, ya que "por su naturaleza, por consiguiente, un examen por caducidad está destinado

es inherente a la conclusión del Grupo Especial de que "las cuatro determinaciones formuladas a raíz de exámenes por caducidad y basadas en la metodología gamma son incompatibles con el Acuerdo SMC, puesto que el Departamento de Comercio no examinó si las privatizaciones que se llevaron a cabo después de la imposición original de los derechos compensatorios se hicieron en condiciones de competencia y por el valor justo de mercado".³¹⁰

149. Los Estados Unidos han apelado contra esta constatación³¹¹, pero no han expuesto argumentos en apoyo de su apelación. Hemos determinado ya, en *Estados Unidos - Plomo y bismuto II* que el método gamma es incompatible con la obligación que impone el párrafo 2 del artículo 21 del Acuerdo SMC, conforme a la cual la autoridad investigadora en un examen administrativo, cuando reciba información de que se ha producido una privatización que ha dado lugar a un cambio en la propiedad, debe determinar si sigue existiendo un "beneficio". A nuestro juicio, el Acuerdo SMC, en virtud del artículo 10, el párrafo 4 del artículo 19 y el párrafo 1 del artículo 21, impone también la obligación de formular una determinación al respecto a la autoridad investigadora que realice un examen por extinción. Como hemos observado antes³¹² el párrafo 3 del artículo VI del GATT en conexión con el artículo 10, el párrafo 4 del artículo 19 y el párrafo 1 del artículo 21 del Acuerdo SMC establece la obligación, aplicable tanto a las investigaciones iniciales como a los exámenes abarcados por el Acuerdo SMC, de limitar los derechos compensatorios en función de la cuantía y duración de la subvención que la autoridad investigadora haya constatado que existe. En consecuencia, no consideramos que el Grupo Especial haya incurrido en ningún error al constatar que, en los exámenes por extinción, la autoridad investigadora, antes de optar por seguir sujetando derechos compensatorios las subvenciones no recurrentes anteriores a la privatización está obligada a "[examinar] las condiciones de tales privatizaciones y [determinar] si los productores privatizados recibían un beneficio de las subvenciones anteriores otorgadas a los productores estatales".³¹³ Por

a tener en cuenta los cambios legislativos que influyan en si continuarán o se repetirán las subvenciones sujetas a derechos compensatorios". (Informe del Grupo Especial, nota 359 al párrafo 7.114, con referencia a *AG der Dillinger Hüttenwerke v. United States*, Court N° 00-09-00437, slip. op. 02-25, 32 (Court of International Trade, 28 de febrero de 2002).) Además, el Grupo Especial observó también que "el Tribunal estadounidense rechazó los argumentos del Departamento de Comercio en el sentido de que no era correcto plantear la cuestión de una privatización en un examen por caducidad o de que las partes interesadas que participen en un examen por caducidad tienen que haber solicitado y completado antes un examen administrativo". (*Ibid.*)

³¹⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.1 c).

³¹¹ Como hemos indicado antes en los párrafos 65 y 66 *supra* los Estados Unidos, en el documento que presentaron a raíz de su anuncio de apelación citaban el texto íntegro del párrafo 8.1 c). Ese párrafo incluye la constatación a que nos referimos.

³¹² Véase *supra*, párrafo 139.

³¹³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.116.

tanto, coincidimos con el Grupo Especial en que "las cuatro determinaciones formuladas a raíz de exámenes por caducidad y basadas en la metodología *gamma* son incompatibles con el Acuerdo SMC puesto que [...] los Estados Unidos no determinaron si los productores privatizados obtenían un beneficio de la contribución financiera otorgada previamente a los productores estatales".³¹⁴

150. Nos ocupamos ahora de la cuestión de si el método de la "misma persona" es incompatible con el párrafo 3 del artículo 21 del *Acuerdo SMC*, que es aplicable a los exámenes por extinción. Hemos constatado ya que ese método no garantiza que se formule una determinación acerca de si sigue existiendo un "beneficio" cuando el USDOC llega a la conclusión de que no se ha creado una nueva persona jurídica como consecuencia de la privatización. Hemos constatado asimismo que la autoridad investigadora está obligada a formular una determinación a ese respecto cuando lleva a cabo un examen por extinción. En consecuencia, constatamos también que el método de la "misma persona", en cuanto tal, es incompatible con el párrafo 3 del artículo 21 del *Acuerdo SMC*.

151. Por las razones expuestas, en cuanto éstas son aplicables a las investigaciones iniciales, los exámenes administrativos y los exámenes por extinción, confirmamos la conclusión del Grupo Especial de que "la metodología de la 'misma persona' es *en sí misma* incompatible con el Acuerdo SMC."³¹⁵ (sin cursivas en el original) Constatamos que el método de la misma persona *en cuanto tal* es incompatible con el *Acuerdo SMC*.

152. Se nos ha pedido también que examinemos la compatibilidad con el *Acuerdo SMC* de la aplicación del método de la "misma persona" en un solo caso, el examen administrativo *Electroacero de textura orientada procedente de Italia* (caso Nº 12). Dado que hemos llegado ya a la conclusión de que el método de la "misma persona" *en cuanto tal*, es incompatible con la obligación del USDOC de determinar si existe un "beneficio" cuando se le informa de un cambio en la propiedad en el curso de un examen administrativo, de ello se infiere que la aplicación del método por el USDOC en *Electroacero de textura orientada procedente de Italia*³¹⁶ fue asimismo incompatible con el

³¹⁴ *Ibid.*, párrafo 8.1 c).

³¹⁵ *Ibid.*, párrafo 7.90.

³¹⁶ En *Electroacero de textura orientada procedente de Italia*, el USDOC constató que la empresa anterior a la privatización y la empresa posterior a ella eran la misma persona jurídica. En consecuencia, como exigía el método de la "misma persona", el USDOC estableció la presunción irrefutable de que el "beneficio" de la contribución financiera recibida por la empresa cuando era una empresa estatal seguía existiendo. Véase Issues & Decision Memorandum to *GOES from Italy*, 66 Fed. Reg. 2885 (USDOC, 12 de enero de 2001), observación 1, CE - Prueba documental 7 anexa a la primera comunicación de las Comunidades Europeas al Grupo Especial:

[El USDOC] trata de determinar si la empresa privatizada [demandada] es la misma persona que recibió la contribución financiera anterior a la privatización y obtuvo los beneficios en

Acuerdo SMC. En consecuencia, confirmamos también la conclusión del Grupo Especial que figura en el párrafo 8.1 b) de su informe de que la *aplicación* del método de la "misma persona" en el caso N° 12 es incompatible con el *Acuerdo SMC*.

153. Por último, recordamos que, ante el Grupo Especial, los Estados Unidos admitieron³¹⁷ que, dado que las investigaciones y exámenes en los casos N°s 1 a 7 se llevaron a cabo utilizando el método *gamma*, las determinaciones formuladas en esos casos fueron incompatibles con el *Acuerdo SMC*. En consecuencia, el Grupo Especial constató que las determinaciones en materia de derechos compensatorios en los casos N°s 1 a 7 son incompatibles con las obligaciones de los Estados Unidos en virtud del *Acuerdo SMC*.³¹⁸ El Grupo Especial constató también, y nosotros hemos confirmado esa constatación, que en los exámenes por extinción (casos N°s 8 a 11), los Estados Unidos estaban obligados a examinar "si las privatizaciones que se llevaron a cabo después de la imposición original de los derechos compensatorios se hicieron en condiciones de competencia y por el valor justo de mercado" y, por ello, al utilizar el método *gamma*, no habían cumplido esta obligación de conformidad con el *Acuerdo SMC*.³¹⁹ En *Estados Unidos - Plomo y bismuto II*, constatamos que la presunción "irrefutable"³²⁰ del método *gamma* impedía al USDOC realizar la determinación exigida en cuanto a la continuación de la existencia de un "beneficio". Y, en la sección anterior del presente informe, hemos constatado que, después de una privatización realizada en condiciones de competencia y por el valor justo de mercado, no existe ya un "beneficio" para la empresa privada, salvo que la autoridad investigadora encuentre pruebas en contrario. Por consiguiente, en consonancia con esas constataciones, confirmamos las conclusiones del Grupo Especial que figuran en los párrafos 8.1 a), 8.1 b) y 8.1 c) de su informe.

litigio en el presente examen [...] *Sólo* entraríamos a examinar la alegación basada en el valor justo de mercado [de la demandada] en el caso de que constatáramos que la empresa privatizada [demandada] era una persona *distinta* del receptor inicial [...] Constatamos que la empresa privatizada [demandada] es, a todos los fines y efectos, la misma persona que existía antes de la privatización, y *en consecuencia*, recibió las contribuciones financieras anteriores a la privatización y obtuvo los beneficios de que se trata en el presente examen. (sin cursivas en el original)

³¹⁷ Véase *supra*, nota 273.

³¹⁸ Informe del Grupo Especial, párrafos 8.1 a) y 8.1 b).

³¹⁹ *Ibid.*, párrafo 8.1 c).

³²⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Plomo y bismuto II*, párrafo 62.

IX. Compatibilidad de 19 U.S.C. § 1677(5)(F), en cuanto tal, con las obligaciones en el marco de la OMC

154. Tras haber confirmado las conclusiones del Grupo Especial que figuran en los párrafos 8.1 a) a 8.1 c) de su informe, pasamos a evaluar la conclusión del Grupo Especial, que figura en el párrafo 8.1 d) relativa al texto legislativo estadounidense pertinente.

155. El Grupo Especial concluyó, en el párrafo 8.1 d) de su informe, que:

En la medida en que el artículo 1677(5)(F), tal como ha sido interpretado por el Tribunal Federal de Apelación de los Estados Unidos y en la DAA, obliga al Departamento de Comercio de Estados Unidos a aplicar una metodología en virtud de la cual no se constata sistemáticamente que el productor privatizado, por el mero hecho de que la privatización se ha llevado a cabo en condiciones de competencia y al valor justo de mercado, no obtiene beneficio de una contribución financiera previa, dicha disposición impide a los Estados Unidos ejercitar facultades discrecionales en forma compatible con la OMC. Por consiguiente, el artículo 1677(5)(F) es incompatible con los artículos 10, 14, 19 y 21 del Acuerdo SMC tal como han sido interpretados en los informes del Grupo Especial y el Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Plomo y bismuto II* y por este Grupo Especial. Al haberse constatado que el artículo 1677(5)(F) es incompatible con el *Acuerdo SMC*, los Estados Unidos no han actuado en conformidad con el párrafo 5 del artículo 32 del *Acuerdo SMC* y el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC, respectivamente.³²¹

156. El artículo 1677(5)(F), la denominada disposición sobre el "cambio en la propiedad", establece lo siguiente:

[un] cambio en la propiedad de la totalidad o una parte de una empresa extranjera, o de los activos de producción de una empresa extranjera no impone por sí mismo a la autoridad administrativa la obligación de determinar que una subvención anterior, que podía ser objeto de derechos compensatorios, ya recibida por la empresa, no puede seguir siendo objeto de éstos, incluso si el cambio en la propiedad se realiza mediante una transacción en condiciones de plena competencia.³²²

El Grupo Especial reconoció que este "texto legislativo por sí solo indica que la autoridad competente dispondrá de una capacidad discrecional para aplicar el artículo 1677(5)(F) de forma compatible con las normas de la OMC."³²³ Sin embargo, el Grupo Especial constató que si ese texto legal se examina a la luz de "otros instrumentos interpretativos internos tales como la historia legislativa, su

³²¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.1d).

³²² 19 U.S.C. § 1677(5)(F); CE - Prueba documental 4 anexa a la primera comunicación de las Comunidades Europeas al Grupo Especial.

³²³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.138.

interpretación por el Tribunal Federal de Apelación y el DAA³²⁴, "prohíbe a los Estados Unidos hacer uso del margen de capacidad discrecional que la ley atribuye a la Administración para concluir sistemáticamente que en caso de que se realice una privatización en condiciones de competencia y por el valor justo de mercado no puede atribuirse ningún beneficio al productor privatizado que derive de una contribución financiera anterior otorgada al productor estatal".³²⁵

157. En síntesis, el Grupo Especial constató que el artículo 1677(5)(F) impide al USDOC determinar automáticamente y en cada caso que, de conformidad con una norma "*per se*"³²⁶, a raíz de una privatización efectuada en condiciones de competencia y por el valor justo de mercado, la parte no constituida de un beneficio otorgado por una contribución financiera anterior a la antigua empresa estatal puede "atribuirse"³²⁷ al propietario privado. A juicio del Grupo Especial, el artículo 1677(5)(F), tal como se ha recogido en el DAA³²⁸ y ha sido interpretado por el Tribunal Federal de Apelación de los Estados Unidos, "obliga [al USDOC] a una aplicación del artículo 1677(5)(F) no compatible con la OMC".³²⁹ El Grupo Especial llegó a esta conclusión porque consideró que la norma legal *obliga* al USDOC a formular sus determinaciones en una forma que le impide aplicar la presunción irrefutable que el Grupo Especial consideró erróneamente que exigía el

³²⁴ *Ibid.*, párrafo 7.139.

³²⁵ *Ibid.*, párrafo 7.140. Observamos que los Estados Unidos impugnan esta interpretación, y especialmente la interpretación que hace el Grupo Especial de la "interpretación judicial" (en *Delverde III*), en su argumento en relación con el artículo 11 del ESD. No obstante, ya hemos constatado que esta cuestión no fue planteada adecuadamente en el anuncio de apelación de los Estados Unidos y por consiguiente no nos ha sido sometida. (Véanse *supra*, párrafos 71 a 75.)

³²⁶ En términos del Tribunal Federal de Apelación de los Estados Unidos:

[El artículo 1677(5)(F)] establece claramente que no se puede concluir que una subvención se ha extinguido exclusivamente porque se ha producido un cambio en la propiedad en condiciones de competencia. Sin embargo, también está claro que el Congreso no ha pretendido lo contrario, es decir, que un cambio en la propiedad obliga siempre a formular la determinación de que una subvención anterior sujeta a derechos compensatorios sigue pudiendo ser sometida a derechos compensatorios, con independencia de que el cambio en la propiedad se haya realizado a través de una transacción en condiciones de competencia o no, tal hubiera sido el propósito del Congreso, la disposición legal lo hubiera establecido así. Sin embargo, la disposición sobre el cambio en la propiedad prohíbe sencillamente una norma *per se* en cualquiera de los dos sentidos.

Delverde III, *supra*, nota 31, página 1366.

El Grupo Especial entendió por norma "*per se*" una norma "sistemática". (Informe del Grupo Especial, párrafo 7.147.)

³²⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.1 d).

³²⁸ Véase *supra*, nota 42.

³²⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.156.

Acuerdo SMC. Basándose en ello, el Grupo Especial constató que el artículo 1677(5)(F) obliga a los Estados Unidos a actuar en forma incompatible con el *Acuerdo SMC* y con el párrafo 4 del artículo XVI del *Acuerdo sobre la OMC*³³⁰, y, en cuanto tal, es incompatible con las obligaciones de los Estados Unidos en el marco de la OMC.

158. Como hemos manifestado antes, coincidimos con el Grupo Especial en que *normalmente* la privatización en condiciones de competencia y por el precio justo de mercado extinguirá la parte subsistente de un beneficio otorgado por medio de una contribución financiera anterior no recurrente.³³¹ En cambio, no coincidimos con el Grupo Especial en que toda privatización en condiciones de competencia y por el valor justo de mercado dé lugar *necesariamente y siempre* a ese resultado.³³² Por esa razón, revocamos la conclusión del Grupo Especial de que, de conformidad con el *Acuerdo SMC*, la *autoridad* investigadora "ha" de determinar, *automáticamente*, que la parte no amortizada de un beneficio otorgado mediante una contribución financiera anterior no sigue existiendo para una empresa privatizada a raíz de una transacción realizada en condiciones de competencia y por el valor justo de mercado. En consecuencia, hemos constatado también, que, en contra de lo que entiende el Grupo Especial, el *Acuerdo SMC* permite a una autoridad investigadora evaluar las pruebas destinadas a demostrar que, independientemente de la privatización efectuada en condiciones de competencia y por el valor justo de mercado, el nuevo propietario privado puede, a pesar de ello, disfrutar el beneficio de una contribución financiera anterior concedida a la empresa estatal.³³³ A la luz de esas conclusiones anteriores, discrepamos de la idea del Grupo Especial de que el artículo 1677(5)(F) es incompatible *per se* con las obligaciones de los Estados Unidos en el marco de la OMC. La base de esta constatación del Grupo Especial es incorrecta.

159. Sigue planteándose la cuestión de si el artículo 1677(5)(F) es incompatible *per se* con las obligaciones de los Estados Unidos en el marco de la OMC por imponer³³⁴ un método concreto, para determinar la existencia de un "beneficio" que es contrario a lo establecido en el *Acuerdo SMC*.

³³⁰ El párrafo 4 del artículo XVI del *Acuerdo sobre la OMC* establece lo siguiente:

Cada Miembro se asegurará de la conformidad de sus leyes, reglamentos y procedimientos administrativos con las obligaciones que le impongan los Acuerdos anexos.

³³¹ Véanse *supra*, párrafos 126 a 127.

³³² Véanse *supra*, párrafos 121 a 124.

³³³ Véase *supra*, párrafo 126.

³³⁴ De ello no debe deducirse que excluyamos la posibilidad de que un Miembro viole sus obligaciones en el marco de la OMC mediante la promulgación de normas legislativas que confieran a sus autoridades facultades discretionales para actuar de una manera que implique una infracción de sus obligaciones en el marco de la OMC. No formulamos ninguna constatación a este respecto.

Coincidimos con el apelante y el apelado en que "el artículo 1677(5)(F) no prescribe [...] ninguna metodología específica", y, en consecuencia, no obliga al USDOC a aplicar el método de la "misma persona".³³⁵ En consecuencia, el artículo 1677(5)(F), en cuanto tal, no impide al USDOC determinar si sigue existiendo un "beneficio", como exige el *Acuerdo SMC*. Además, no consideramos que en la interpretación del artículo 1677(5)(F) formulada por el Tribunal Federal de Apelación de los Estados Unidos³³⁶ haya nada que impida al USDOC cumplir sus obligaciones en virtud del *Acuerdo SMC*.

160. Por todas las razones expuestas, revocamos la conclusión del Grupo Especial de que:

En la medida en que el artículo 1677(5)(F), tal como ha sido interpretado por el Tribunal Federal de Apelación de los Estados Unidos y en la DAA, obliga al Departamento de Comercio de los Estados Unidos a aplicar una metodología en virtud de la cual no se constata sistemáticamente que el productor privatizado, por el mero hecho de que la privatización se ha llevado a cabo en condiciones de competencia y al valor justo de mercado, no obtiene un beneficio de una contribución financiera previa, dicha disposición impide a los Estados Unidos ejercitar facultades discrecionales en forma compatible con la OMC. Por consiguiente, el artículo 1677(5)(F) es incompatible con los artículos 10, 14, 19 y 21 del Acuerdo SMC tal como han sido interpretados en los informes del Grupo Especial y el Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Plomo y bismuto II* y por este Grupo Especial. Al haberse constatado que el artículo 1677(5)(F) es incompatible con el *Acuerdo SMC*, los Estados Unidos no han actuado en conformidad con el

³³⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.134; respuestas de los Estados Unidos y de las Comunidades Europeas a preguntas formuladas en la audiencia.

El Tribunal del Comercio Internacional de los Estados Unidos parece compartir también la opinión de que el artículo 1677(5)(F) no impone la utilización del método de la "misma persona". En varias decisiones recientes, el Tribunal ha aclarado que ese método es incompatible con el artículo 1677(5)(F), como se ha interpretado *Delverde III*. Véanse *Ilva Lamiere E Tubi S.r.L. v. United States*, 196 F. Supp. 2d 1347 (Court of International Trade, 29 de marzo de 2002); *Acciai Speciali Terni S.p.A. v. United States*, Nº 99-06-00364, slip op. 02-10 (Court of International Trade, 1º de febrero de 2002); *GTS Indus. v. United States*, 182 F. Supp. 2d 1369 (Court of International Trade, 4 de enero de 2002); *Allegheny Ludlum Corp. v. United States*, 182 F. Supp. 2d 1357 (Court of International Trade, 4 de enero de 2002).

Destacamos también una decisión del Tribunal del Comercio Internacional de los Estados Unidos que ha confirmado el método de la "misma persona", considerando que es compatible con *Delverde III* y que constituye por consiguiente un modo admisible de ejercitar las facultades discrecionales que la norma legal atribuye al USDOC. *Acciai Speciali Terni S.p.A. v. United States*, 206 F. Supp. 2d 1344 (Court of International Trade, 4 de junio de 2002). No obstante, en esta decisión, se reconoce expresamente que el artículo 1677(5)(F) no impide al USDOC elaborar cualquier metodología para determinar la subvención posterior a la privatización de una empresa extranjera objeto de investigación, siempre que no se aplique una norma *per se*. (*Ibid.*, 1349-50, 1354-55.) Estos asuntos fueron señalados a nuestra atención por los participantes y terceros participantes.

³³⁶ Véase *supra*, nota 326.

párrafo 5 del artículo 32 del *Acuerdo SMC* y el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC, respectivamente.³³⁷

X. Constataciones y conclusiones

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

- a) confirma las constataciones del Grupo Especial, que figuran en los párrafos 8.1 a), 8.1 b) y 8.1 c) de su informe, de que los Estados Unidos han actuado de forma incompatible con el artículo 10, el artículo 14, el párrafo 1 del artículo 19, el párrafo 4 del artículo 19, el párrafo 1 del artículo 21, el párrafo 2 del artículo 21 y el párrafo 3 del artículo 21 del *Acuerdo SMC*, al imponer y mantener derechos compensatorios sin determinar si sigue existiendo un "beneficio" en las siguientes determinaciones en materia de derechos compensatorios:
- *Hojas y tiras de acero inoxidable en rollos procedentes de Francia* (C-427-815) (caso N° 1);
 - *Determinados productos de acero al carbono cortados a medida procedentes de Francia* (C-427-817) (caso N° 2);
 - *Determinadas varillas de acero inoxidable procedentes de Italia* (C-475-821) (caso N° 3);
 - *Planchas de acero inoxidable en tiras procedentes de Italia* (C-475-823) (caso N° 4);
 - *Hojas y tiras de acero inoxidable en rollos procedentes de Italia* (C-475-825) (caso N° 5);
 - *Determinadas planchas de acero al carbono cortadas a medida procedentes de Italia* (C-475-827) (caso N° 6);
 - *Planchas de acero al carbono cortadas a medida procedentes de Suecia* (C-401-804) (caso N° 7);
 - *Planchas de acero al carbono cortadas a medida procedentes del Reino Unido* (C-412-815) (caso N° 8);

³³⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.1 d).

- *Determinados productos planos de acero al carbono resistente a la corrosión procedentes de Francia (C-427-810) (caso N° 9);*
 - *Planchas de acero al carbono cortadas a medida procedentes de Alemania (C-428-817) (caso N° 10);*
 - *Planchas de acero al carbono cortadas a medida procedentes de España (C-469-804) (caso N° 11); y*
 - *Electroacero de textura orientada procedente de Italia (C-475-812) (caso N° 12);*
- b) revoca la constatación del Grupo Especial que figura en la primera frase del párrafo 8.1 d) de su informe, según la cual "si un Miembro importador ha determinado que una privatización se ha llevado a cabo en condiciones de competencia y por el valor justo de mercado, ha de llegar a la conclusión de que no sigue pudiendo atribuirse al productor privatizado ningún beneficio derivado de la contribución financiera anterior (o subvención)"; y
- c) revoca la conclusión del Grupo Especial, que figura en la segunda frase del párrafo 8.1 d) de su informe, de que el artículo 771(5)(F) de la Ley Arancelaria de 1930, modificado, 19 U.S.C. § 1677(5)(F), es incompatible con el *Acuerdo SMC* y de que, por consiguiente, "los Estados Unidos no han actuado en conformidad con el párrafo 5 del artículo 32 del *Acuerdo SMC* y el párrafo 4 del artículo XVI del *Acuerdo sobre la OMC*, respectivamente";
- d) confirma la conclusión del Grupo Especial, que figura en el párrafo 8.2 de su informe de que, en la medida en que los Estados Unidos han infringido sus obligaciones en virtud del *Acuerdo SMC*, como se expone en los párrafos 8.1 a), 8.1 b) y 8.1 c) del informe del Grupo Especial, se presume *prima facie* que las acciones correspondientes de ese país anulan o menoscaban beneficios resultantes para las Comunidades Europeas, de conformidad con el párrafo 8 del artículo 3 de ESD; y de que dado que los Estados Unidos no han refutado esa presunción, los Estados Unidos han anulado o menoscabado de hecho beneficios resultantes para las Comunidades Europeas del *Acuerdo SMC*.

162. El Órgano de Apelación recomienda al Órgano de Solución de Diferencias que solicite a los Estados Unidos que pongan sus medidas y su práctica administrativa (el método de la "misma persona"), cuya incompatibilidad con el *Acuerdo SMC* se ha constatado en el presente informe y en el informe del Grupo Especial modificado por el presente informe, en conformidad con las obligaciones que les impone dicho Acuerdo.

Firmado en el original en Ginebra a 22 de noviembre de 2002 por:

John Lockhart
Presidente de la Sección

Georges Abi-Saab
Miembro

James Bacchus
Miembro

**ORGANIZACIÓN MUNDIAL
DEL COMERCIO**

WT/DS212/7

11 de septiembre de 2002

(02-4760)

Original: inglés

**ESTADOS UNIDOS - MEDIDAS COMPENSATORIAS QUE AFECTAN
A DETERMINADOS PRODUCTOS ORIGINARIOS DE
LAS COMUNIDADES EUROPEAS**

Notificación de la apelación de los Estados Unidos 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)

Se distribuye a los Miembros la siguiente notificación, de fecha 9 de septiembre de 2002, enviada por los Estados Unidos al Órgano de Solución de Diferencias (OSD). Esta notificación constituye también el anuncio de apelación, presentado en la misma fecha al Órgano de Apelación, con arreglo a los *Procedimientos de trabajo para el examen en apelación*.

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*, los Estados Unidos notifican por la presente su decisión de apelar ante el Órgano de Apelación con respecto a ciertas cuestiones de derecho tratadas en el informe del Grupo Especial que se ocupó del asunto *Estados Unidos - Medidas compensatorias que afectan a determinados productos originarios de las Comunidades Europeas* (WT/DS212/R) y a determinadas interpretaciones jurídicas formuladas por el Grupo Especial.

Los Estados Unidos solicitan que el Órgano de Apelación examine las conclusiones del Grupo Especial que figuran en los párrafos 8.1 a)-d) y 8.2 de su informe. Estas conclusiones son erróneas y se basan en constataciones erróneas sobre cuestiones de derecho e interpretaciones jurídicas conexas.
