

**BRASIL - PROGRAMA DE FINANCIACIÓN DE LAS
EXPORTACIONES PARA AERONAVES**

**RECURSO DEL BRASIL AL ARBITRAJE PREVISTO
EN EL PÁRRAFO 6 DEL ARTÍCULO 22 DEL ESD
Y EL PÁRRAFO 11 DEL ARTÍCULO 4
DEL ACUERDO SMC**

DECISIÓN DE LOS ÁRBITROS

La decisión de los Árbitros sobre *Brasil - Programa de financiación de las exportaciones para aeronaves - Recurso del Brasil al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD) y el párrafo 11 del artículo 4 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (SMC)* se distribuye a todos los Miembros de conformidad con el ESD. El informe se distribuye como documento de distribución general a partir del 28 de agosto de 2000 de conformidad con los Procedimientos para la distribución y supresión del carácter reservado de los documentos de la OMC (WT/L/160/Rev.1).

ÍNDICE

	<u>Página</u>
I. INTRODUCCIÓN	1
A. SOLICITUD DE ARBITRAJE Y ELECCIÓN DE LOS ÁRBITROS.....	1
B. PRESENTACIÓN DEL INFORME.....	1
II. CUESTIONES PRELIMINARES	2
A. CALENDARIO DEL ARBITRAJE	2
B. SOLICITUD DE RECONOCIMIENTO DE DERECHOS EN CALIDAD DE TERCERO.....	4
C. CARGA DE LA PRUEBA.....	4
III. DETERMINACIÓN DE LAS "CONTRAMEDIDAS APROPIADAS"	6
A. ÁMBITO DEL MANDATO DE LOS ÁRBITROS	6
1. Disposiciones aplicables	6
a) Disposiciones de la OMC	6
b) Condición jurídica del Acuerdo Bilateral	7
2. Alegaciones y argumentos específicos formulados por el Brasil	9
3. Función de los Árbitros.....	10
B. ¿SON LAS CONTRAMEDIDAS PROPUESTAS POR EL CANADÁ UNAS "CONTRAMEDIDAS APROPIADAS"?	10
1. Resumen de la metodología aplicada por el Canadá y del planteamiento de la réplica del Brasil.....	10
a) Metodología del Canadá.....	10
b) Planteamiento de la réplica del Brasil	11
c) Observaciones preliminares sobre las consecuencias de estos planteamientos para la función de los Árbitros	12
2. ¿El término "contramedidas" que figura en los párrafos 10 y 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC es aplicable al tipo de contramedidas que el Canadá tiene previsto adoptar?	12
3. Significado de "apropiadas"	12
a) Cuestiones sometidas a los Árbitros	12
b) ¿La "subvención" que se utilizará como base para el cálculo del nivel de las contramedidas apropiadas será la parte de los pagos del PROEX que reducen el tipo de interés neto por debajo del tipo de referencia apropiado o la suma total de los pagos realizados a cargo del PROEX?	13
c) ¿Debe responder el nivel de las contramedidas a la cuantía de las subvenciones otorgadas por el Brasil o debe ser equivalente al nivel de la anulación o el menoscabo sufridos por el Canadá?.....	16
i) <i>Análisis de las disposiciones pertinentes.....</i>	<i>16</i>
ii) <i>Efectos por lo que respecta al número de ventas de aeronaves que han de tenerse en cuenta para el cálculo de las contramedidas apropiadas.....</i>	<i>21</i>

Tratamiento de las ventas de determinados modelos de aeronaves	21
Tratamiento de los contratos anteriores al 18 de noviembre de 1999	21
4. Metodología aplicada por los Árbitros	22
C. CÁLCULO DEL NIVEL APROPIADO DE LAS CONTRAMEDIDAS	23
1. Precio unitario medio por modelo	23
a) Elementos básicos	23
i) <i>Precio de venta</i>	23
ii) <i>Piezas de repuesto</i>	23
b) Resultados.....	24
2. Proyección de la producción anual de aeronaves, por modelo.....	24
3. Cálculo del valor actual de la subvención	27
a) Cálculo del valor actual de la subvención	27
i) <i>Cuadros pertinentes</i>	27
ii) <i>Método de financiación</i>	27
iii) <i>Tasa de financiación</i>	27
iv) <i>Comisión del agente</i>	27
v) <i>Tipo de descuento</i>	28
vi) <i>Valor actual de la subvención por modelo de aeronave</i>	29
b) Cálculo del valor actual total de la subvención	30
IV. LAUDO ARBITRAL.....	30
ANEXO	32

I. INTRODUCCIÓN

A. SOLICITUD DE ARBITRAJE Y ELECCIÓN DE LOS ÁRBITROS

1.1 El 10 de mayo de 2000 el Canadá, de conformidad con el párrafo 10 del artículo 4 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias ("Acuerdo SMC") y el párrafo del artículo 22 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias ("ESD") solicitó la celebración de una reunión especial del Órgano de Solución de Diferencias ("OSD"), para que éste autorizara al Canadá a adoptar contramedidas apropiadas por una cuantía de 700 millones de dólares canadienses ("Can") por año (WT/DS46/16). En la reunión que celebró el OSD el 22 de mayo de 2000, el Brasil solicitó que, de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del ESD, se sometiera la cuestión a arbitraje.¹

1.2 En respuesta a la solicitud del Brasil, el OSD decidió someter la cuestión al arbitraje del Grupo Especial que había entendido inicialmente en el asunto, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD y el párrafo 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC. Los Árbitros debían determinar si las contramedidas solicitadas por el Canadá en el documento WT/DS46/16 eran apropiadas; quedó entendido que no se adoptaría ninguna contramedida en espera del informe del Órgano de Apelación y hasta que se hubiera distribuido el informe de los Árbitros en el presente asunto.²

1.3 El arbitraje estuvo a cargo del Grupo Especial que había entendido inicialmente en el asunto ("los Árbitros"), integrado por las siguientes personas:

Presidente: Dr. Dariusz Rosati
Miembros: Profesor Akio Shimizu
Dr. Kajit Sukhum

B. PRESENTACIÓN DEL INFORME

1.4 La estructura del presente informe es la siguiente: nos ocupamos en primer lugar de varias cuestiones debatidas en el curso de este procedimiento y que considerábamos que debían ser adecuadamente analizadas en nuestro informe para información de los Miembros y en beneficio de la transparencia del procedimiento. Se trata del calendario concreto seguido por los Árbitros en el presente caso y de la solicitud de reconocimiento de derechos en calidad de tercero presentada por Australia. Se incluye además una sección sobre la carga de la prueba, en la que describimos la forma en que hemos tratado de examinar los diversos datos aportados por las partes, teniendo presente que este asunto se refiere a las exportaciones de una sola empresa, el fabricante brasileño de aeronaves *Empresa Brasileira de Aeronáutica S.A.* ("Embraer").

1.5 En segundo lugar, procedemos a la determinación de las "contramedidas apropiadas" en el presente caso, en el sentido de los párrafos 10 y 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC. A este respecto, delimitamos en primer lugar el ámbito de nuestra tarea. Seguidamente, pasamos a determinar si la suspensión de concesiones u otras obligaciones propuestas por el Canadá³ está comprendida en la

¹ Véase el documento WT/DSB/M/81, párrafo 10. El Brasil confirmó posteriormente su solicitud en una comunicación de fecha 7 de junio de 2000 (WT/DS46/18). En la reunión de 22 de mayo de 2000 del OSD, el Brasil notificó además al OSD su decisión de apelar ante el Órgano de Apelación con respecto a determinadas cuestiones de derecho tratadas en el informe del Grupo Especial, establecido de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD.

² Véase el documento WT/DSB/M/81, párrafo 31.

³ Véase el documento WT/DS46/16.

definición del término "contramedidas". A continuación, nos ocupamos de la cuestión de si las contramedidas propuesta por el Canadá son "apropiadas". A tal fin, determinamos en primer lugar el significado de la palabra "apropiadas" en relación con el *nivel* de las contramedidas que puede considerarse "apropiado". Para ello, abordamos las cuestiones del retiro de la "subvención prohibida" en su cuantía efectiva, de conformidad con el párrafo 7 del artículo 4 del Acuerdo SMC y de si las medidas del Canadá deben basarse en el nivel de anulación o menoscabo sufrido o en el importe total de las subvenciones en el marco de los pagos de equiparación de los tipos de interés del *Programa de Financiamento às Exportações* ("PROEX") del Brasil. A continuación aplicamos los criterios identificados y realizamos nuestros propios cálculos para determinar si el nivel de las contramedidas propuestas por el Canadá es apropiado.

1.6 En tercer lugar, establecemos en nuestra conclusión el nivel de las contramedidas que consideramos apropiado en el presente asunto.

II. CUESTIONES PRELIMINARES

A. CALENDARIO DEL ARBITRAJE

2.1 Los Árbitros se reunieron con las partes el 30 de mayo de 2000 para establecer sus procedimientos de trabajo y su calendario. El Canadá y el Brasil, por razones diferentes, formularon objeciones al calendario propuesto inicialmente por los Árbitros. Los Árbitros tuvieron en cuenta las observaciones de las partes y tomaron asimismo en consideración la complejidad de la situación jurídica y fáctica, que era consecuencia fundamentalmente de dos elementos:

- a) la existencia de un acuerdo bilateral entre las partes sobre el recurso a los artículos 21 y 22 del ESD y el artículo 4 del Acuerdo SMC ("Acuerdo Bilateral"), en el que se establecían plazos en relación con el recurso al artículo 22⁴; y
- b) el hecho de que el Brasil había apelado ante el Órgano de Apelación contra determinadas constataciones del informe del Grupo Especial establecido de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD al tiempo que solicitaba que la cuestión fuera sometida a arbitraje de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del ESD, y de que estaba previsto que el informe del Órgano de Apelación en relación con el procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 se distribuyera el 21 de julio de 2000.

Los plazos mencionados en el Acuerdo Bilateral resultaban difíciles de conciliar con la situación creada por la apelación del Brasil.⁵ También había de tenerse en cuenta el grado en que el Acuerdo Bilateral podía haber afectado a los derechos y obligaciones de las partes en el marco del ESD. La decisión del Órgano de Apelación podía tener influencia en la determinación de la medida en que podía considerarse que el Brasil había puesto su legislación en conformidad con sus obligaciones en virtud de la OMC. Las debidas garantías de procedimiento exigían que las partes estuvieran en

⁴ Véase el documento WT/DS46/13. Los Árbitros señalan a este respecto que el Acuerdo Bilateral no hace referencia expresamente a la posibilidad de que una parte apele contra el informe del Grupo Especial establecido de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD y observan además que el Brasil, en la reunión de 9 de diciembre de 1999, se reservó su derecho a apelar contra el informe de ese Grupo Especial, publicado de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 (WT/DSB/M/72, página 2).

⁵ En la audiencia con los Árbitros, celebrada el 14 de julio de 2000, el Brasil declaró que el recurso por el Canadá al párrafo 2 del artículo 22 del ESD antes de que hubiera finalizado el procedimiento de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 constituía una violación grave del Acuerdo Bilateral. El Brasil, remitiéndose al artículo 60 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) (U.N. Doc. A/CONF. 39/27 (1969)) ("Convención de Viena"), declaró que daba por terminado el Acuerdo Bilateral. Nos ocupamos de esta cuestión en la sección III.A.1 *infra*.

condiciones de poder formular observaciones significativas sobre el contenido del informe del Órgano de Apelación.⁶ En consecuencia, los Árbitros adoptaron un calendario que, a su juicio, respetaba el espíritu de los artículos 21 y 22 del ESD y la finalidad del arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD y el artículo 4 del Acuerdo SMC⁷, sin retrasar indebidamente la publicación del laudo.

2.2 Los Árbitros establecieron un calendario en el que se preveían dos fechas alternativas para la distribución de su informe. En caso de que el Órgano de Apelación se declarara incompetente para entender en el procedimiento sustanciado de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD o confirmara plenamente las conclusiones del Grupo Especial establecido de conformidad con ese párrafo, el informe se distribuiría el 26 de julio de 2000. En caso de que alguna de las partes considerara que las conclusiones del Órgano de Apelación requerían comunicaciones adicionales de las partes, se organizaría una segunda serie de comunicaciones y, posiblemente, una segunda audiencia, en cuyo caso el laudo de los Árbitros se emitiría el 23 de agosto de 2000.⁸

2.3 Con arreglo al calendario mencionado, se invitó al Canadá a que el 5 de junio de 2000 a más tardar, presentara una comunicación en la que se explicara la metodología utilizada para calcular el nivel de las suspensiones propuesto. El Brasil formuló observaciones sobre la metodología del Canadá el 13 de junio de 2000. Las partes presentaron sus comunicaciones escritas iniciales el 26 de junio de 2000. Los Árbitros celebraron una reunión con las partes el 14 de julio de 2000. El 17 de julio de 2000 los Árbitros formularon preguntas a ambas partes y el Canadá formuló preguntas al Brasil. Ambas partes contestaron a las preguntas el 24 de julio. En esa misma fecha, el Brasil, tras examinar el informe del Órgano de Apelación distribuido el 21 de julio, presentó observaciones adicionales a los Árbitros. El Canadá formuló observaciones el 28 de julio. Los Árbitros, sobre la base de las respuestas dadas el 24 de julio por las partes a sus preguntas, formularon preguntas

⁶ Coincidimos a este respecto con la declaración formulada por los Árbitros en *Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos - Recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD*, 9 de abril de 1999, WT/DS27/ARB ("CE - Banano (1999)"), párrafo 2.12:

"[...] dado que no cabe apelación contra nuestras decisiones, consideramos imprescindible conseguir el mayor grado posible de claridad con el fin de evitar futuras discrepancias entre las partes. Para alcanzar ese objetivo era preciso que las partes dispusieran de más tiempo para facilitarnos la información que necesitábamos para llevar a cabo nuestras tareas." (Véase también la nota 7 de pie de página a este párrafo.)

⁷ Los Árbitros tienen también presente la cuestión de la "secuencia" de los recursos al párrafo 5 del artículo 21 y el párrafo 6 del artículo 22 del ESD y observaron que uno de los efectos del Acuerdo Bilateral era el establecimiento de esa "secuencia". Los Árbitros consideran que, al emitir su informe con posterioridad al informe del Órgano de Apelación, han respetado la intención de las partes. La cuestión de si el ESD requiere efectivamente esa secuencia no forma parte del mandato de los Árbitros. Los Árbitros han tomado nota además de la declaración hecha por el Canadá en la reunión de 22 de mayo de 2000 del OSD de que no aplicaría contramedidas antes de que se hubiera distribuido el informe del Órgano de Apelación.

⁸ Los Árbitros desean recordar que el calendario adoptado en el presente caso, que difiere sustancialmente de los calendarios de arbitrajes anteriores realizados de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del ESD, venía impuesto por las circunstancias concretas del caso. Cabe aducir que, a consecuencia del informe del Órgano de Apelación en el presente asunto, ha quedado resuelta la cuestión de si una decisión de un grupo especial establecido de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 puede o no ser objeto de apelación. De ser así, es poco probable que en circunstancias similares se dé la inseguridad jurídica que llevó a los Árbitros a actuar de forma prudente y que el enfoque adoptado sienta un precedente. No obstante, los Árbitros entienden que el Órgano de Apelación no examinó la cuestión de su competencia en los procedimientos sustanciados de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD, porque las partes no plantearon esa cuestión. Los Árbitros han de suponer que el Órgano de Apelación consideró que su competencia era evidente, por cuanto según un principio de derecho internacional público generalmente admitido, los tribunales deben examinar la cuestión de la competencia con independencia de que las partes la hayan planteado o no.

adicionales a las partes el 4 de agosto de 2000. Las partes dieron contestación a esas preguntas el 14 de agosto de 2000. Por las razones indicadas en el párrafo 2.14 *infra*, no se dio traslado del informe a las partes hasta el 21 de agosto de 2000. Posteriormente, el informe fue distribuido a los Miembros el 28 de agosto de 2000.

B. SOLICITUD DE RECONOCIMIENTO DE DERECHOS EN CALIDAD DE TERCERO

2.4 El 5 de junio de 2000, Australia pidió a los Árbitros que, dada su participación en calidad de tercero en el procedimiento iniciado de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD y su interés sustancial y permanente en la diferencia, le reconocieran la condición de tercero.

2.5 A petición nuestra, las partes, dieron a conocer sus opiniones el 8 de junio de 2000. En esa misma fecha, informamos a Australia de que rechazábamos su petición. En nuestra decisión tuvimos en cuenta las opiniones expuestas por las partes, la inexistencia en el ESD de disposiciones relativas a la condición de tercero en el marco del artículo 22, y el hecho de que no consideramos que el presente procedimiento pueda afectar a los derechos de Australia.

2.6 Observamos a este respecto que, dentro de los arbitrajes previstos en el párrafo 6 del artículo 22, se reconocieron derechos en calidad de tercero en el arbitraje *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*⁹ y no se reconocieron en el arbitraje *CE - Banano (1999)*.¹⁰ No consideramos que, en el presente caso, Australia se halle, no ya en la misma situación que el Canadá y los Estados Unidos en los arbitrajes *CE - Hormonas*, sino ni siquiera en la misma situación que el Ecuador en los arbitrajes *CE - Banano (1999)*. De hecho, Australia no inició un procedimiento de solución de diferencias contra el Brasil con respecto al programa de financiación de las exportaciones en litigio. Tampoco señaló a la atención de los Árbitros ventajas resultantes para Australia o derechos de Australia en el marco del Acuerdo sobre la OMC a los que pudiera afectar su decisión.¹¹

C. CARGA DE LA PRUEBA

2.7 Las partes se han ocupado en sus comunicaciones de la cuestión de la carga de la prueba. La necesidad de que los Árbitros se basen en datos que están sólo al alcance de una de las partes justifica asimismo que recordemos en este momento el trato que hemos dado a esos aspectos en el presente caso.

2.8 Conforme a la práctica establecida en la OMC en lo que respecta a la carga de la prueba en la solución de diferencias, incumbe al Miembro que alega que otro ha actuado de forma incompatible con las normas de la OMC la carga de probar esa incompatibilidad.¹² En el presente caso, la medida en litigio es la propuesta del Canadá de suspender concesiones y otras obligaciones por una cuantía

⁹Véase *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*, reclamación inicial del Canadá, Recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD, 12 de julio de 1999, WT/DS48/ARB, párrafo 7; *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*, reclamación inicial de los Estados Unidos, Recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD, 12 de julio de 1999, WT/DS26/ARB, párrafo 7. En adelante denominaremos estas decisiones "*CE - Hormonas*".

¹⁰ *Op. cit.*, párrafo 2.8.

¹¹ Nuestra decisión tal vez hubiera sido distinto si Australia hubiera demostrado que las contramedidas que el Canadá proyecta adoptar pueden afectar a los derechos o ventajas derivados para Australia del Acuerdo sobre la OMC.

¹² Véase también la forma en que se trata esta cuestión en la decisión de los Árbitros en *CE - Hormonas*, *op. cit.*, párrafos 8 a 11.

de 700 millones de dólares canadienses como "contramedidas apropiadas" en el sentido del párrafo 10 del artículo 4 del Acuerdo SMC.¹³ El Brasil impugna la conformidad de esta propuesta con el artículo 22 del ESD y el párrafo 10 del artículo 4 del Acuerdo SMC. En consecuencia, corresponde al Brasil presentar pruebas suficientes para demostrar *prima facie* o establecer una "presunción" de que las contramedidas que el Canadá se propone adoptar no son "apropiadas". Una vez que el Brasil lo haya hecho, corresponde al Canadá presentar pruebas suficientes para refutar esa "presunción". En caso de que las pruebas concernientes a una alegación determinada tengan igual peso, los Árbitros concluirían que la alegación no ha sido demostrada. En caso de que todas las pruebas tengan igual peso, el Brasil, en su calidad de parte a la que incumbe inicialmente la carga de la prueba, será la parte vencida.

2.9 Una cuestión distinta de la cuestión de a quién incumbe la carga de la prueba es la relativa a la obligación de ambas partes de aportar pruebas y colaborar en la presentación de pruebas a los Árbitros. Por esa razón, a pesar de que incumbe inicialmente al Brasil la carga de la prueba, podríamos pedir al Canadá que aportara pruebas que aclararan las razones por las que su propuesta representaba contramedidas apropiadas, y solicitamos a ese país que presentara un "documento de metodología" en el que se explicara la forma en que ha establecido el nivel de las contramedidas que propone.¹⁴

2.10 Un problema conexo al que se enfrentaron los Árbitros en el presente caso consistía en que, en muchos casos, los datos iniciales necesarios para los cálculos o las evaluaciones obraban sólo en poder del Brasil. En los casos en que la fuente de esa información era el Gobierno brasileño, hemos dado por supuesta su buena fe y hemos aceptado la información y los datos justificativos facilitados por ese país, en la medida en que el Canadá también los ha aceptado o no ha aportado pruebas suficientes para poner en duda la exactitud de las declaraciones y/o los datos del Brasil.

2.11 No obstante, dado que el presente caso se refiere a subvenciones concedidas para la compra de aeronaves producidas por el fabricante brasileño de aeronaves Embraer, gran número de los datos esenciales para llevar a cabo nuestra tarea están únicamente al alcance de esa empresa. Hemos partido del supuesto de que Embraer era independiente del Gobierno del Brasil y, de que por esta razón, no podíamos dar a las declaraciones de esta empresa el mismo trato que habríamos dado a esas declaraciones si su fuente fuera un sujeto de derecho internacional.¹⁵ En los casos en que el Brasil se limita a aportar declaraciones relativas a información que obraba únicamente en poder de Embraer, solicitamos que el Brasil apoyara esas declaraciones con documentos considerados habitualmente como pruebas, como artículos de la prensa especializada o declaraciones reproducidas en ella, informes anuales de la empresa o cualquier otra información certificada procedente de Embraer o de otras fuentes fiables. En los casos en que el Brasil no estaba en condiciones de aportar pruebas documentales, hemos solicitado una explicación detallada de las razones por las que no se disponía de esas pruebas y hemos manifestado que estábamos dispuestos a tener en cuenta las declaraciones escritas de directivos autorizados de Embraer, debidamente certificadas. Seguidamente hemos sopesado esas pruebas y las presentadas por el Canadá.

¹³ Véase el documento WT/DS46/16.

¹⁴ Este planteamiento es similar al adoptado por los Árbitros en los casos *CE – Banano (1999)* y *CE - Hormonas, op .cit.*

¹⁵ Véase el párrafo anterior, en el que aplicamos una presunción de buena fe a las declaraciones y pruebas cuya fuente sea un sujeto de derecho internacional (sobre la presentación y evaluación de las pruebas, véanse, entre otros, los fallos de la Corte Internacional de Justicia de 9 de abril de 1949 en *Corfu Channel Case*, ICJ Reports 1949, página 32; de 11 de septiembre de 1992 en *Land, Island and Maritime Frontier Dispute* (El Salvador v. Honduras, Nicaragua *intervening*), ICJ Reports 1992, página 399, párrafo 63; y sobre el fondo del asunto *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua* (*Nicaragua v. United States of America*), ICJ Reports 1986, página 40, párrafo 60.

2.12 Con respecto a algunos puntos, como en el del precio unitario de cada uno de los modelos de aviones de transporte regional de Embraer, el Brasil manifestó que no estaba en condiciones de facilitar la información en cuestión o pruebas que la fundamentaran, pero que aceptaba los datos aportados por el Canadá. En esas circunstancias, aceptamos la información y las pruebas facilitadas por el Canadá.

2.13 Por último, en el curso del procedimiento el Brasil ha insistido en el carácter confidencial de determinados documentos que ha facilitado a los Árbitros. Éramos conscientes de los graves problemas que podía provocar la divulgación de determinada información comercial o financiera. Éramos asimismo conscientes del hecho de que la plena cooperación de los Miembros y de los particulares en el mecanismo de solución de diferencias de la OMC, que es imprescindible para evaluar objetivamente los hechos, depende en muchos casos de la protección adecuada de la información confidencial.

2.14 Por esta razón, decidimos preparar dos versiones del presente informe. De la primera, en la que se incluyen los detalles de nuestros cálculos y toda la información en la que se han basado, se ha dado traslado exclusivamente a las partes, de forma confidencial. La segunda, de la que se han eliminado la mayoría de los datos sensibles desde el punto de vista comercial, se ha distribuido a los Miembros¹⁶. Aunque esta última versión no incluye algunos datos, es suficientemente detallada para que todos los Miembros puedan entender el razonamiento de los Árbitros y la metodología aplicada para determinar si las contramedidas propuestas por el Canadá son apropiadas. Los Árbitros consideran que, de esta forma, han respetado las obligaciones que les impone el ESD sin perjuicio de proteger adecuadamente el carácter confidencial de determinada información que las partes han solicitado que se considere como tal.

III. DETERMINACIÓN DE LAS "CONTRAMEDIDAS APROPIADAS"

A. ÁMBITO DEL MANDATO DE LOS ÁRBITROS

1. Disposiciones aplicables

a) Disposiciones de la OMC

3.1 Los Árbitros señalan que las disposiciones que establecen su mandato se examinan también en varias de las secciones siguientes. En consecuencia, en lugar de citarlas cada vez que se hace referencia a ellas, las reproducen a continuación, y se remiten a estos párrafos en caso necesario.

3.2 El párrafo 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC establece lo siguiente:

"En caso de que una parte en la diferencia solicite un arbitraje al amparo de lo dispuesto en el párrafo 6 del artículo 22 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias ("ESD"), el Árbitro determinará si las contramedidas son apropiadas."
[Nota 10 de pie de página.]

El texto de la nota 10 de pie de página es el siguiente:

"Este término no permite la aplicación de contramedidas que sean desproporcionadas sobre la base de que las subvenciones a que se refieren las disposiciones del presente artículo están prohibidas."

¹⁶ El texto de la versión distribuida a los Miembros es idéntico al texto de la versión confidencial entregada a las partes, con la salvedad de que la información que los Árbitros han considerado confidencial, habida cuenta de las observaciones de las partes, ha sido sustituida por la anotación "xxx".

3.3 El párrafo 11 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* se refiere a un arbitraje solicitado al amparo de lo dispuesto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD. El texto de la parte pertinente de ese párrafo, es el siguiente:

"[...] No obstante, si el Miembro afectado impugna el nivel de la suspensión propuesta, o sostiene que no se han seguido los principios y procedimientos establecidos en el párrafo 3, en el caso de que una parte reclamante haya solicitado autorización para suspender concesiones u otras obligaciones al amparo de lo dispuesto en los párrafos 3b) o 3c), la cuestión se someterá a arbitraje [...]."

3.4 El texto de la parte pertinente del párrafo 7 del artículo 22, que describe la función de los Árbitros que actúen en cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo 7 del artículo 22, es el siguiente:

"El Árbitro [...] determinará si el nivel de esa suspensión es equivalente al nivel de la anulación o el menoscabo. El Árbitro podrá también determinar si la suspensión de concesiones u otras obligaciones propuestas está permitida en virtud del acuerdo abarcado. Sin embargo, si el asunto sometido a arbitraje incluye la reclamación de que no se han seguido los principios y procedimientos establecidos en el párrafo 3, el Árbitro examinará la reclamación. En el caso de que determine que no se han seguido dichos principios y procedimientos, la parte reclamante los aplicará de conformidad con las disposiciones del párrafo 3 [...]."

3.5 Los Árbitros son conscientes de que los párrafos 10 y 11 del artículo 4 tienen la naturaleza de "normas y procedimientos especiales o adicionales" en el sentido del párrafo 2 del artículo 1 del ESD. Tras examinar las opiniones expuestas por las partes, seguimos la práctica del Órgano de Apelación que se precisa en su informe sobre *Guatemala - Investigación antidumping sobre el cemento Portland procedente de México*.¹⁷

b) Condición jurídica del Acuerdo Bilateral

3.6 Tanto el Canadá como el Brasil se han remitido al Acuerdo Bilateral, concluido el 23 de noviembre de 1999 y notificado al OSD en un anexo a una comunicación presentada por el Canadá.¹⁸ En la audiencia con los Árbitros que se celebró el 14 de julio de 2000, el Brasil declaró que había dado por terminado el Acuerdo Bilateral por razón de la violación grave del mismo por el Canadá. El Brasil se remitió al artículo 60 de la Convención de Viena y manifestó que, de conformidad con el párrafo 7 del artículo 22 del ESD, los Árbitros deben determinar que las contramedidas propuestas no están permitidas en virtud del Acuerdo SMC debido a que ha expirado el período en el que podían ser autorizadas. El Canadá consideraba que los Árbitros no tenían facultades para interpretar el Acuerdo Bilateral. Añadió que ninguna disposición del Acuerdo SMC prevé que un Miembro haya de solicitar

¹⁷ Adoptado el 25 de noviembre de 1998, WT/DS60/AB/R ("*Guatemala - Cemento*"). Véanse, especialmente, los párrafos 65 y 66, en los que el Órgano de Apelación declaró que las normas y procedimientos especiales o adicionales a que se hace referencia en el párrafo 2 del artículo 1 del ESD se ensamblan con las normas y procedimientos de aplicación general del ESD en un sistema global, integrado, de solución de las diferencias (párrafo 66). Las normas y procedimientos especiales o adicionales prevalecerán sobre las disposiciones del ESD en la medida en que exista una discrepancia entre las dos series de disposiciones. Si no hay ninguna "discrepancia", se aplicarán conjuntamente las normas y procedimientos del ESD y las disposiciones especiales o adicionales de los acuerdos abarcados. Sólo podrá llegarse a la conclusión de que una norma o procedimiento especial o adicional prevalece sobre una disposición del ESD en el supuesto en que el cumplimiento de una disposición lleve aparejada la vulneración de la otra, es decir en caso de conflicto entre ellas (párrafo 65); véase también el informe del Órgano de Apelación en *Brasil - Medidas que afectan al coco desecado*, adoptado el 20 de marzo de 1997, WT/DS22/AB/R, página 14. En consecuencia, interpretamos globalmente esas disposiciones, dando a todas ellas un significado, en aplicación del principio de interpretación efectiva (*ut res magis valeat quam pereat*).

¹⁸ WT/DS46/13.

u obtener la autorización para adoptar contramedidas dentro de un plazo determinado. Además, el párrafo 6 del artículo 22 del ESD no prevé que un Miembro esté obligado a adoptar medidas dentro de un plazo determinado.

3.7 Con respecto al Acuerdo Bilateral, los Árbitros consideran que la primera cuestión que es preciso analizar es si el Acuerdo afecta a sus tareas. Sin entrar a interpretarlo, los Árbitros observan que la única disposición que podría considerarse que afecta a su labor es su párrafo 5¹⁹, que establece un plazo para la adopción de medidas por el OSD a tenor de la primera frase del párrafo 6 del artículo 22 del ESD y un plazo de 30 días para la conclusión del arbitraje.

3.8 Los Árbitros observan que hay discrepancia entre las partes en cuanto al significado de la expresión "informe previsto en el párrafo 5 del artículo 21 del ESD" del párrafo 5 del Acuerdo Bilateral. No obstante, recordamos que, en la reunión de 22 de mayo de 2000 del OSD, quedó convenido que no se trataría de adoptar contramedidas en espera del informe del Órgano de Apelación y hasta que se hubiera distribuido el informe del arbitraje en el presente caso.²⁰ Consideramos que, de esa forma, las partes modificaron los términos del párrafo 5 del Acuerdo Bilateral. Puesto que las partes no han formulado objeciones a la fecha de distribución del informe propuesta por los Árbitros, consideramos que hemos actuado de conformidad con las obligaciones que nos imponen las normas aplicables a nuestra tarea. En consecuencia, no consideramos necesario examinar la cuestión de si podíamos interpretar el Acuerdo Bilateral o de si ese Acuerdo dejó de aplicarse a las tareas de los Árbitros tras la supuesta aplicación por el Brasil del artículo 60 de la Convención de Viena²¹ el 14 de julio de 2000.

3.9 El Brasil ha alegado, además que, como consecuencia de la terminación del Acuerdo Bilateral, los Árbitros, de conformidad con el párrafo 7 del artículo 22 del ESD, debían determinar que las contramedidas propuestas no estaban permitidas en virtud del Acuerdo SMC, debido a que había expirado el período en el que podrían ser autorizadas.

3.10 Observamos que el artículo 60 de la Convención de Viena prevé la "terminación" de un tratado por una parte en respuesta a una "violación grave" de la otra parte. El artículo 70 de la Convención de Viena establece, no obstante, que la terminación de un tratado no afectará a ningún derecho, obligación o situación jurídica de las partes creados por la ejecución del tratado antes de su terminación. Concluimos que, aun suponiendo que el Brasil hubiera dado por terminado el Acuerdo Bilateral el 14 de julio de 2000, la solicitud formulada por el Canadá al amparo del párrafo 10 del artículo 4 del Acuerdo SMC, en la medida en que se haya presentado de conformidad con las cláusulas del Acuerdo Bilateral no ha quedado afectada por la terminación.²² En consecuencia, no consideramos necesario seguir analizando esta cuestión.

¹⁹ El texto del párrafo 5 del Acuerdo Bilateral es el siguiente:

"De conformidad con la nota 6 del artículo 4 del Acuerdo SMC, el Brasil y el Canadá convienen en que el plazo máximo para que el OSD adopte medidas a tenor de la primera frase del párrafo 6 del artículo 22 del ESD será de 15 días a contar desde la distribución del informe previsto en el párrafo 5 del artículo 21 del ESD, y que el plazo máximo establecido en la tercera frase del párrafo 6 del artículo 22 del ESD para la conclusión del arbitraje será de 30 días a contar desde la fecha en que se sometió el asunto a arbitraje."

²⁰ WT/DSB/M/81, párrafo 31.

²¹ Véase *supra*, párrafo 3.6.

²² Además, señalamos que el OSD no ha seguido hasta el momento la interpretación de la primera frase del párrafo 6 del artículo 22 del ESD sugerida por el Brasil. Por ejemplo, la petición del Ecuador de suspender concesiones y otras obligaciones al amparo del párrafo 6 del artículo 22 del ESD en el asunto *Comunidades Europeas – Régimen para la importación, venta y distribución de bananos ("CE – Banano")*, informe adoptado

2. Alegaciones y argumentos específicos formulados por el Brasil

3.11 Las partes coinciden en que los Árbitros han de determinar si el *nivel* de las contramedidas es apropiado. Teniendo presente los términos del párrafo 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC y del párrafo 7 del artículo 22 del ESD, coincidimos con ellas en que, de conformidad con esas disposiciones, tenemos competencia para determinar si el *nivel* o la *cuantía* de las contramedidas propuestas por el Canadá son apropiados.

3.12 Más concretamente, observamos que el Brasil, en la reunión que celebró el OSD el 22 de mayo de 2000, en la que solicitó que se sometiera la cuestión a arbitraje de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del ESD y el párrafo 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC, se opuso al nivel de la suspensión de concesiones y obligaciones propuesto por el Canadá. No obstante, observamos que, en el curso del procedimiento, el Brasil ha formulado determinadas alegaciones o argumentos cuya admisibilidad es preciso examinar en este momento.

3.13 En primer lugar, en una comunicación distribuida con la signatura WT/DS46/18, el Brasil ha sostenido que el Canadá no había seguido los principios y procedimientos establecidos en el párrafo 3 del artículo 22 del ESD. El Canadá ha objetado que esta alegación no está comprendida en el mandato de los Árbitros. En la audiencia de los Árbitros, el Brasil manifestó que "dado que la propuesta actual de retorsión del Canadá parece estar comprendida en el ámbito de las disposiciones del párrafo 3 a) del artículo 22, el Brasil no plantea en este momento ninguna cuestión en el marco de dicho párrafo. El Brasil se reserva su derecho a hacerlo en caso de que el Canadá modifique o amplíe las contramedidas solicitadas".

3.14 Tenemos competencia para determinar el ámbito de nuestro mandato. Consideramos que si la alegación del Brasil estuviera comprendida en él, el Brasil podría formularla en cualquier momento del procedimiento.²³ No obstante, deseáramos precisar, ante todo, que tenemos dudas de que el Canadá pudiera modificar o ampliar las contramedidas solicitadas en el curso del presente procedimiento. Observamos que, en el momento en que se publica el presente informe, el Canadá no ha hecho ninguna notificación en ese sentido.

3.15 Además, si examinamos el acta de la reunión de 22 de mayo de 2000 del OSD, en la que el OSD adoptó nuestro mandato, observamos que, en esa reunión, el Brasil declaró que tenía que:

"... objetar el nivel de suspensión de concesiones propuesto por el Canadá, que era completamente arbitrario"²⁴.

No obstante, no consideramos que haya pruebas claras de que, en esa reunión, el Brasil formulara efectivamente la alegación de que no se habían seguido los principios y procedimientos establecidos en el párrafo 3 del artículo 22 del ESD. En consecuencia, la declaración del Brasil concerniente a esa alegación que se hace en el documento WT/DS46/18 no se refiere a una alegación que forme parte de nuestro mandato, tal como se estableció en la reunión de 22 de mayo de 2000 del OSD. En consecuencia, no consideramos necesario seguir ocupándonos de este punto.

3.16 En segundo lugar, el Brasil ha aducido también en su exposición oral que determinadas medidas que el Canadá se propone adoptar en relación con determinadas obligaciones en el marco del párrafo 6 a) del artículo VI del GATT de 1994 y con determinadas obligaciones en el marco del

el 25 de septiembre de 1997, WT/DS27/AB/R, se formuló el 8 de noviembre de 1999, varios meses después de la adopción (en la reunión de 6 de mayo de 1999 del OSD) del informe del Grupo Especial establecido de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21.

²³ Véase el informe del Órgano de Apelación *CE – Banano*, *op. cit.* párrafos 145 a 147.

²⁴ WT/DSB/M/81, párrafo 10.

Acuerdo sobre los Textiles y el Vestido y del Acuerdo sobre los Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación no eran apropiadas.²⁵

3.17 Aunque la alegación formulada por el Brasil parecería referirse a la naturaleza de las medidas en litigio, consideramos que está estrechamente relacionada con el *nivel* de las contramedidas. De hecho, según el Brasil, no está claro cómo se evaluará la repercusión de esas medidas en función del valor del comercio brasileño afectado por ellas. Dado que, como hemos indicado antes, las partes coinciden en que tenemos competencia para determinar si el nivel de las contramedidas es apropiado, consideramos que, en caso necesario, podríamos adoptar una decisión sobre la pertinencia de la aplicación de esas medidas por el Canadá.

3. Función de los Árbitros

3.18 En cuanto a nuestra función, seguimos el planteamiento adoptado por los Árbitros designados anteriormente de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del ESD.²⁶ Tendremos no sólo que determinar si la propuesta del Canadá representa unas "contramedidas apropiadas", sino también qué nivel de contramedidas consideraremos apropiado en caso de que constatemos que el nivel de las contramedidas propuestas por el Canadá no es apropiado, aplicando en caso necesario nuestra propia metodología.

B. ¿SON LAS CONTRAMEDIDAS PROPUESTAS POR EL CANADÁ UNAS "CONTRAMEDIDAS APROPIADAS"?

1. Resumen de la metodología aplicada por el Canadá y del planteamiento de la réplica del Brasil

a) Metodología del Canadá

3.19 A continuación se resume la metodología del Canadá, según ha sido interpretada por los Árbitros.²⁷ Según los cálculos del Canadá, el nivel de las contramedidas es directamente proporcional, tanto en su base anual como en su base total, al volumen de las subvenciones prohibidas con las que el Brasil presta apoyo a sus exportaciones de aeronaves para el transporte regional. El Canadá estima el monto de la subvención multiplicando la subvención media por aeronave exportada, por la tasa anual de producción de estas aeronaves anunciada por el Brasil. Las subvenciones totales acumuladas por el Brasil, en función de la cartera de pedidos de Embraer suman 4.100 millones de dólares canadienses, con un valor actual de 3.200 millones en función del gráfico anual de entregas de aeronaves para el transporte regional. Para realizar este cálculo, el Canadá ha tenido en cuenta lo siguiente:

- a) el nivel medio de las subvenciones prohibidas que se ha constatado que el Brasil destina a las exportaciones de aeronaves para el transporte regional que se efectúen en cumplimiento de contratos concluidos antes del 18 de noviembre de 1999 que prevean la entrega de aeronaves después de esa fecha, de conformidad con el régimen PROEX aplicable a tales contratos;

²⁵ Exposición oral del Brasil, 14 de julio de 2000, párrafo 3.

²⁶ Véanse los arbitrajes de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 sobre el caso *CE – Hormonas*, *op. cit.*, párrafo 12.

²⁷ Véase la explicación ofrecida por el Canadá de su metodología en el documento sometido a los Árbitros el 5 de junio de 2000. Esta metodología es explicada más detalladamente en el Anexo I de su comunicación escrita de 26 de junio de 2000.

- b) el nivel medio de las subvenciones prohibidas a las aeronaves destinadas al transporte regional que se entregarán en virtud de contratos concluidos después del 18 de noviembre de 1999 de conformidad con el régimen PROEX modificado; y
- c) las tasas de producción anunciadas por el Brasil de aeronaves ERJ-135/140/145 y ERJ 170/190.

3.20 Según el cálculo llevado a cabo por el Canadá, el resultado representa unas subvenciones anuales prohibidas equivalentes a 480 millones de dólares de los Estados Unidos (en adelante "dólares EE.UU."). A un tipo de cambio de 1,47 dólares canadienses por 1 dólar EE.UU., esta cifra equivale a 705,6 millones de dólares canadienses anuales.

3.21 Como alternativa, el Canadá presenta también un cálculo basado en el valor del daño causado a la rama de producción canadiense por la subvención. En ese cálculo, el Canadá estima que el valor actual del daño causado a la rama de producción canadiense de aeronaves para el transporte regional se eleva a 4.700 millones de dólares canadienses.

3.22 Sin embargo, el Canadá subraya que prefiere utilizar la opción basada en el monto de la subvención concedida por el Brasil.

- b) Planteamiento de la réplica del Brasil

3.23 Según interpretan los Árbitros, la postura del Brasil puede resumirse del siguiente modo. El Brasil considera que los Árbitros han de determinar qué perspectivas anuales tendrían las exportaciones canadienses de aeronaves para el transporte regional si el Brasil hubiera excluido del PROEX las aeronaves no entregadas el 18 de noviembre de 1999 y las transacciones convenidas después del 18 de noviembre de 1999.²⁸

3.24 El Brasil diferencia las ventas de aeronaves efectuadas antes del 18 de noviembre de 1999 (fecha a partir de la cual se suponía que había cumplido las recomendaciones del OSD) y las ventas efectuadas después de esa fecha. El Brasil presenta cálculos diferenciados del nivel de menoscabo del comercio del Canadá a causa de las ventas de aeronaves que se produjeron antes del 18 de noviembre de 1999 pero que todavía no habían dado lugar a la entrega de la aeronave en esa fecha y a causa de las ventas efectuadas después del 18 de noviembre de 1999. En el caso de las ventas efectuadas después del 18 de noviembre de 1999, el Brasil basa las contramedidas apropiadas en tres elementos: el número de entregas de aeronaves realizadas por el Brasil cada año, el número de esas ventas que hubiera podido obtener el Canadá si se hubiera cancelado el PROEX el 18 de noviembre de 1999 y el monto probable de la subvención otorgada a cada aeronave.

3.25 En primer lugar, el Brasil parte del número previsto de entregas de aeronaves cada año, a saber, 168. A continuación, el Brasil considera cuántas de estas ventas hubiera podido obtener el Canadá si se hubiera cancelado el PROEX el 18 de noviembre de 1999. Al analizar la situación de las aeronaves no entregadas, el Brasil explicó que el Canadá no podía competir por la venta de varios tipos de aeronaves. Así pues, como el Canadá no producía aeronaves a reacción para el transporte regional de 37 asientos (y aparentemente no tenía previsto hacerlo), las ventas del modelo ERJ-135 no competían con la rama de producción canadiense y debían ser excluidas del cálculo. Igualmente, había una serie de contratos por los que no podían competir las aeronaves canadienses por varios motivos técnicos y operativos. El Brasil constataba que, de un total de 942 aeronaves no entregadas, el Canadá sólo hubiera competido por conseguir la venta de 44 de ellas, caso de que se hubiera

²⁸ El planteamiento del Brasil y las cifras a que se hace referencia a continuación pueden encontrarse fundamentalmente en los párrafos 66 a 72 de su comunicación escrita de 26 de junio de 2000 y en su respuesta de 24 de julio a la pregunta 21 de los Árbitros.

cancelado el PROEX el 18 de noviembre de 1999. El Brasil suponía que las condiciones de la competencia y de carácter técnico serían las mismas en el caso de las ventas que se realizaran a partir del 18 de noviembre de 1999. Por consiguiente, multiplicó la producción anual de 168 aeronaves por el cociente entre las ventas de aeronaves no entregadas que el Canadá hubiera podido conseguir y el número total de ventas no entregadas (44/942). El resultado era que el Canadá hubiera podido obtener la venta de 8 aeronaves anuales en caso de que el PROEX hubiera sido cancelado el 18 de noviembre de 1999.

3.26 En segundo lugar, había que multiplicar este número de aeronaves por la cuantía media de la parte prohibida de la subvención por aeronave. El Brasil cifró esta cuantía en xxx dólares EE.UU. por aeronave. Multiplicando esta cuantía por 8 (el número de aeronaves que resulta de las explicaciones antes expuestas) el resultado es un nivel de menoscabo anual del comercio del Canadá de xxx dólares EE.UU. motivado por las ventas realizadas por el Brasil después del 18 de noviembre de 1999.

c) Observaciones preliminares sobre las consecuencias de estos planteamientos para la función de los Árbitros

3.27 Los Árbitros observan que el Canadá no pide la aplicación de contramedidas conmensuradas con el nivel de la anulación o menoscabo que padece. Los Árbitros observan también que ambas partes han sugerido, aunque estuvieran en desacuerdo sobre las etapas posteriores, que el cálculo del nivel de las contramedidas apropiadas podía basarse en el monto de la subvención. En consecuencia, consideramos que el planteamiento del Canadá es un punto de partida y procedemos a determinar si este planteamiento da por resultado unas "contramedidas apropiadas", teniendo en cuenta los argumentos del Brasil, y en qué medida.

2. ¿El término "contramedidas" que figura en los párrafos 10 y 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC es aplicable al tipo de contramedidas que el Canadá tiene previsto adoptar?

3.28 El Canadá, mediante comunicación de fecha 10 de mayo de 2000, informó al OSD de que solicitaría su autorización para adoptar contramedidas, que adoptarían la forma de una suspensión de concesiones y otras obligaciones dimanantes del GATT de 1994 y otros acuerdos del Anexo 1A. El Canadá notificó también una lista de los productos cuyas exportaciones podrían ser objeto de una suspensión de las concesiones.²⁹ Con la salvedad de las alegaciones a que se ha hecho referencia en la sección anterior, el Brasil no ha presentado ninguna observación en el curso de las presentes actuaciones sobre las medidas previstas por el Canadá.

3.29 No creemos que tengamos que desarrollar más la cuestión. En particular, no necesitamos establecer una definición de "contramedidas" que sea de aplicación general. Por consiguiente, observamos que ambas partes están de acuerdo en que el término "contramedidas", utilizado en el artículo 4 del Acuerdo SMC, puede incluir la suspensión de concesiones u otras obligaciones. Hemos constatado que no hay ningún motivo para que debamos diferir de las partes.

3. Significado de "apropiadas"

a) Cuestiones sometidas a los Árbitros

3.30 El punto central de los argumentos aducidos por las partes consiste en establecer qué debe considerarse un *nivel apropiado* de las contramedidas. El Canadá considera que las contramedidas son apropiadas si se corresponden con el monto de la subvención prohibida a las exportaciones que se haya concedido. El Brasil alega que el punto de partida para el cálculo del nivel apropiado de las

²⁹ WT/DS46/16.

contramedidas debe ser la subvención otorgada. Sin embargo, el Brasil considera que esta cantidad no equivale a la suma de los pagos realizados en el marco del programa de equiparación de los tipos de interés del PROEX. El Brasil considera que sólo es una subvención prohibida la parte de los pagos que se utilizó para "lograr una ventaja importante en las condiciones de los créditos a la exportación", según el significado dado a estos términos en el punto k) de la Lista ilustrativa de Subvenciones a la Exportación.³⁰ El Brasil considera además que como el Canadá decidió adoptar contramedidas bajo la forma de una suspensión de concesiones u otras obligaciones, las contramedidas adoptadas por el Canadá han de equivaler al nivel de la anulación o menoscabo, según establece el párrafo 4 del artículo 22 del ESD.

3.31 Los Árbitros consideran que los dos puntos principales que han de abordarse con respecto a esta cuestión en el presente caso son los siguientes:

- a) puesto que ambas partes están de acuerdo en que la determinación del nivel apropiado de las contramedidas puede basarse en la cuantía de la subvención otorgada, tenemos que determinar primero qué contenido tiene la subvención cuya retirada se ha recomendado;
- b) la segunda cuestión es determinar si el nivel de las contramedidas debe responder a la cuantía de la subvención que ha de suprimirse o ser equivalente al nivel de la anulación o menoscabo causados al Canadá, lo que tiene consecuencias sobre el número de ventas de aeronaves que deben tenerse en cuenta.

Procedemos a abordar estos dos puntos principales y, a continuación, las cuestiones conexas.

- b) ¿La "subvención" que se utilizará como base para el cálculo del nivel de las contramedidas apropiadas será la parte de los pagos del PROEX que reducen el tipo de interés neto por debajo del tipo de referencia apropiado o la suma total de los pagos realizados a cargo del PROEX?

3.32 Observamos que el Brasil ha alegado en su comunicación escrita de 26 de junio de 2000 que en el presente caso la determinación de las contramedidas apropiadas en función de la cuantía de la subvención prohibida debe limitarse a la diferencia entre el monto de las ayudas a cargo del PROEX recibidas en cada transacción y la referencia adecuada, es decir, el tipo de interés de los bonos del Tesoro de los Estados Unidos a 10 años más 20 puntos básicos ("bonos del Tesoro más 20"), que se utilizó en el programa PROEX revisado, o los tipos de interés comercial de referencia ("CIRR") establecidos de conformidad con el Acuerdo de la OCDE relativo a las directrices para los créditos a la exportación concedidos con apoyo oficial. El Brasil recordó en la audiencia con los Árbitros que esta cuestión estaba sometida a la decisión del Órgano de Apelación al formar parte de su apelación contra las constataciones del Grupo Especial que actuó de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD. El 24 de junio, tras la distribución del informe del Órgano de Apelación sobre el procedimiento seguido de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD³¹, el Brasil presentó unas observaciones en las que alegaba que el Órgano de Apelación había concluido que sólo la parte de los pagos del PROEX que reducían el tipo de interés neto por debajo del tipo de interés de referencia adecuado representaban una subvención prohibida. El Canadá se opuso a la interpretación del Brasil mediante unas observaciones que presentó el 28 de julio de 2000.

³⁰ Anexo I del Acuerdo SMC (denominado en adelante "Lista ilustrativa").

³¹ Informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Brasil - Programa de financiación de las exportaciones para aeronaves - Recurso del Canadá al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*, adoptado el 4 de agosto de 2000, WT/DS46/AB/RW.

3.33 Recordamos que el primer grupo especial establecido en el presente caso (denominado en adelante, el "Grupo Especial inicial") concluyó que los *pagos PROEX* para las exportaciones de aeronaves brasileñas regionales constituían subvenciones en el sentido del artículo 1 del Acuerdo SMC que estaban supeditadas al resultado de exportación en el sentido del párrafo 1 a) del artículo 3 de dicho Acuerdo.³² Esta conclusión no fue modificada por el Órgano de Apelación en su informe sobre el caso inicial. También recordamos que el Grupo Especial inicial no diferenció en sus constataciones entre la parte de los "pagos" que no se utiliza "para lograr una ventaja importante en las condiciones de los créditos a la exportación", según los términos del punto k) de la Lista ilustrativa, y la parte que es o puede ser utilizada con ese fin. El Órgano de Apelación, en su informe inicial, no resolvió sobre ninguna de las dos cuestiones. Uno de los motivos para ello fue que la cuestión de si tales "pagos" estarían "permitidos" *a contrario* por el Acuerdo SMC no dio lugar a ninguna constatación del Grupo Especial inicial y no se apeló contra la ausencia de constataciones.³³

3.34 Sin embargo, el Grupo Especial, en las actuaciones iniciadas de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD (en adelante, el "Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21"), se enfrentó con una alegación específica del Brasil de que, a resultas de la Resolución 2667, de 19 de noviembre de 1999, los pagos PROEX ya no se utilizaban para lograr una ventaja importante en las condiciones de los créditos a la exportación y estaban, por consiguiente, "permitidos" por el primer párrafo del punto k) de la Lista ilustrativa.³⁴ El Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 consideró lo siguiente:

"[...] La defensa del Brasil en esta diferencia depende de la tesis de que el primer párrafo del punto k) pueda utilizarse para demostrar que una subvención a la exportación en el sentido del punto k) está 'permitida' por el *Acuerdo SMC*. Además, incumbe al Brasil demostrar a) que los pagos PROEX son 'pagos' en el sentido del punto k); y b) que los pagos PROEX no se 'utilizan para lograr una ventaja importante en las condiciones de los créditos a la exportación'³⁵."

3.35 En apelación, el Órgano de Apelación estableció lo siguiente:

"[...] estamos de acuerdo con el Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 en que, para que el Brasil demuestre su presunta 'defensa afirmativa', debe esgrimir con éxito sus argumentos jurídicos y fácticos con respecto *a cada una* de las tres cuestiones examinadas por el Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21."³⁶

3.36 El Órgano de Apelación procedió a continuación a examinar la última cuestión que había abordado el Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21, es decir, si las subvenciones a cargo del PROEX se utilizan "para lograr una ventaja importante en las condiciones de los créditos a la exportación". Tras haber constatado que el Brasil no había demostrado que los pagos PROEX no se

³² Informe del Grupo Especial *Brasil - Programa de financiación de las exportaciones para aeronaves*, adoptado el 20 de agosto de 1999, WT/DS46/R, párrafo 7.14.

³³ *Ibid.*, párrafos 7.18 y 7.37; Informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Brasil - Programa de financiación de las exportaciones para aeronaves*, adoptado el 20 de agosto de 1999, WT/DS46/AB/R, párrafo 187.

³⁴ Informe del Grupo Especial *Brasil - Programa de financiación de las exportaciones para aeronaves - Recurso del Canadá al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*, adoptado el 4 de agosto de 2000, WT/DS46/RW, párrafo 6.20.

³⁵ *Ibid.*, párrafo 6.22.

³⁶ Informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Brasil - Programa de financiación de las exportaciones para aeronaves - Recurso del Canadá al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*, *op. cit.* párrafo 58.

utilizaban "para lograr una ventaja importante en las condiciones de los créditos a la exportación", en el sentido del primer párrafo del punto k) de la Lista ilustrativa³⁷, el Órgano de Apelación indicó que no creía necesario examinar las otras dos cuestiones identificadas por el Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21. El Órgano de Apelación declaró que las constataciones del Grupo Especial sobre estas dos cuestiones "son superfluas y, por lo tanto, no tienen ningún efecto jurídico".³⁸

3.37 Consideramos que, para llegar a una conclusión compatible con las diversas decisiones adoptadas en el curso del presente caso, hemos de empezar por las constataciones y conclusiones que formuló el Órgano de Apelación en su informe sobre el procedimiento iniciado de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21. Observamos que el Órgano de Apelación, en el párrafo 82 b) de su informe, "confirma las conclusiones del Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 de que los pagos efectuados en el marco del PROEX revisado están prohibidos por el artículo 3 del *Acuerdo SMC* y no están justificados en virtud del punto k) de la Lista ilustrativa".³⁹ El Grupo Especial inicial y el Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 dejaron claro en todo momento que cuando se referían a los "pagos PROEX" hacían referencia a los pagos PROEX para la equiparación de los tipos de interés en general, y no sólo a una parte de los pagos realizados en el marco del PROEX.⁴⁰

3.38 Si, como sugiere el Brasil, el Órgano de Apelación hubiera querido indicar en su informe sobre el procedimiento iniciado de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 que la subvención prohibida sólo era aquella parte que superaba el interés de referencia adecuado de conformidad con el punto k) de la Lista ilustrativa, lo hubiera tenido que hacer expresamente, ya que no se opuso en el procedimiento inicial a que los "pagos PROEX", entendiéndolos por ellos los pagos para la equiparación de los tipos de interés en su totalidad, se consideraran una subvención prohibida. Cabría alegar que el Órgano de Apelación no tenía que detallar si la prohibición se aplicaba a todos los pagos PROEX o sólo a una parte de ellos. Puesto que había constatado que el Brasil no había aportado pruebas de que la subvención no se utilizaba para lograr "una ventaja importante", era una subvención prohibida incluso la parte de los pagos PROEX que excedía del CIRR. Sin embargo, como antes se indicó, el significado atribuido por el Grupo Especial inicial y por el Grupo Especial del párrafo 5 del

³⁷ *Ibid.*, párrafo 77.

³⁸ *Ibid.*, párrafos 78 y 81. Además, observamos que el Órgano de Apelación indicó, en el párrafo 80 de su informe que:

"Si el Brasil hubiese demostrado que los pagos efectuados en el marco del PROEX revisado no 'se [utilizaban] para lograr una ventaja importante en las condiciones de los créditos a la exportación', y que tales pagos eran 'pagos' efectuados por el Brasil de 'la totalidad o parte de los costes en que [incurren] los exportadores o instituciones financieras para la obtención de créditos', entonces podríamos haber estado dispuestos a considerar que los pagos efectuados en el marco del PROEX revisado están *justificados* en virtud del punto k) de la Lista ilustrativa." (Cursivas añadidas.)

Esto parece traer como consecuencia que, a pesar de la declaración que formula en el párrafo 58 de que "para que el Brasil demuestre su presunta 'defensa afirmativa', debe esgrimir con éxito sus argumentos jurídicos y fácticos con respecto a cada una de las tres cuestiones examinadas por el Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21", el Órgano de Apelación habría estado dispuesto a constatar que los pagos realizados en el marco del PROEX revisado están justificados en virtud del punto k) de la Lista ilustrativa si el Brasil hubiera demostrado dos de las tres cuestiones. El Órgano de Apelación también indicó que no interpretaba la nota 5 del Acuerdo SMC ni opinaba sobre el alcance de dicha nota ni sobre el significado de cualquier otro de los puntos de la Lista ilustrativa.

³⁹ Subrayado añadido. Cursivas del original.

⁴⁰ Véase por ejemplo, el informe del Grupo Especial, *op. cit.*, párrafos 7.14; 7.74; 8.1 y 8.2; informe del Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21, *op. cit.*, sección VI.C.2 c), "Conclusiones y observaciones finales".

artículo 21 a los términos "los pagos PROEX" está claro. Si el Órgano de Apelación hubiera estado en desacuerdo con esa interpretación habría tenido que dar una explicación en su informe de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD. En ausencia de tal aclaración, sólo podemos concluir que cuando el Órgano de Apelación confirmó "las conclusiones del Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 2 de que los pagos efectuados en el marco del PROEX revisado están prohibidos por el artículo 3 del Acuerdo SMC y no están justificados en virtud del punto k) de la Lista ilustrativa", entendía que el término "pagos" significaba todos los pagos para la equiparación de tipos de interés realizados en el marco del PROEX.

3.39 Además, la argumentación presentada por el Brasil en sus observaciones adicionales de 24 de julio de 2000 parece basarse en una confusión entre la noción de "beneficio" a que se hace referencia en el artículo 1 del Acuerdo de SMC y la noción de "ventaja importante" a que se hace referencia en el punto k) de la Lista ilustrativa, confusión contra la que previno cuidadosamente el Órgano de Apelación en su informe inicial.⁴¹ Aun en caso de que una subvención a la exportación esté "justificada" en virtud del punto k) porque no se utiliza para lograr una ventaja importante en las condiciones de los créditos a la exportación, seguirá no obstante atribuyendo un beneficio y no dejará de ser una subvención a la exportación.⁴² La existencia de una posible *justificación* al amparo del punto k), por ejemplo, una justificación al amparo del artículo XX del GATT de 1994, no modifica el carácter jurídico de la medida. Si no existiera la justificación, la subvención prohibida sería de la misma cuantía que la subvención para la que se buscó una justificación, ya que el hecho de que una subvención esté justificada no quiere decir que deje de ser una subvención. Simplemente quiere decir que no es una subvención *prohibida*.

3.40 Observamos también que el párrafo 7 del artículo 4 del Acuerdo SMC establece que "[s]i se llega a la conclusión de que la medida de que se trate es una subvención prohibida, el Grupo Especial recomendará que el Miembro que concede esa subvención la retire sin demora". Por consiguiente, opinamos que la subvención que ha de retirarse en términos del artículo 4 del Acuerdo SMC, y por consiguiente la subvención sobre la que tenemos que basar nuestros cálculos, es la suma total de los pagos PROEX para la equiparación de los tipos de interés respecto de las exportaciones de aeronaves brasileñas para el transporte regional, no la parte de esos pagos que sobrepasa el CIRR o cualquier otro tipo de referencia adecuado de conformidad con el punto k) de la Lista ilustrativa.

c) ¿Debe responder el nivel de las contramedidas a la cuantía de las subvenciones otorgadas por el Brasil o debe ser equivalente al nivel de la anulación o el menoscabo sufridos por el Canadá?

i) *Análisis de las disposiciones pertinentes*

3.41 El Canadá considera que, como podía haber propuesto más contramedidas basadas en el nivel de la anulación o el menoscabo sufridos, las medidas que proponía, basadas en la cuantía de la subvención por aeronave, eran *a fortiori* "apropiadas", puesto que su monto era mucho menor.⁴³ El Brasil ha alegado en sustancia que la anulación o menoscabo ha sido siempre el criterio utilizado en el GATT de 1947, y que se ha trasladado al Acuerdo sobre la OMC. El Brasil acepta que el Canadá pudo haber solicitado autorización para otorgar una subvención compensatoria. Sin embargo, como el Canadá ha decidido imponer contramedidas bajo la forma de una suspensión de concesiones u otras obligaciones, ha de cumplir los requisitos que establece el párrafo 4 del artículo 22 del ESD.

3.42 De conformidad con el párrafo 2 del artículo 3 del ESD, procedemos a analizar el significado del término "apropiadas" sobre la base del artículo 31 de la Convención de Viena.

⁴¹ *Op. Cit.*, párrafo 179.

⁴² *Ibid.* Véase también el párrafo 180.

⁴³ Véase el párrafo 3.21 *supra*.

3.43 Si sólo examinamos el sentido corriente del término "apropiadas" no podremos responder a la cuestión que se nos ha sometido ya que las definiciones de los diccionarios no son suficientemente específicas. En efecto, las definiciones pertinentes de los diccionarios del término "*appropriate*" (apropiadas) son "*specially suitable; proper*" (especialmente aptas; adecuadas).⁴⁴ Sin embargo, todas tienen un sentido de cumplir un objetivo concreto.

3.44 El primer contexto en que hay que situar el término "apropiadas" es el constituido por el término "contramedidas", al que adjetiva. Aunque las partes hayan hecho referencia a las definiciones de los diccionarios del término "contramedidas", consideramos que es más adecuado referirnos a su significado en el derecho internacional general⁴⁵ y a la labor de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) sobre la responsabilidad de los Estados, en que se aborda la noción de contramedida.⁴⁶ Observamos que la CDI basa su trabajo en la práctica pertinente de los Estados así como en las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas, que son fuentes reconocidas del derecho internacional.⁴⁷ Si se considera la definición de "contramedidas" que contiene el artículo 47 de los Proyectos de artículos⁴⁸, observamos que el objetivo de las contramedidas es "inducir [al Estado que haya cometido un hecho internacional ilícito] al cumplir las obligaciones que le incumben con arreglo a los artículos 41 a 46". Observamos a este respecto que en el arbitraje de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 sobre el asunto *CE - Banano (1999)*, los Árbitros hicieron una declaración similar.⁴⁹ Nuestra conclusión es que una contramedida es "apropiada", entre otras cosas, si *efectivamente* induce al cumplimiento.

⁴⁴ The New Shorter Oxford English Dictionary (1993), página 103; Webster's New Encyclopedic Dictionary (1994), página 48.

⁴⁵ Véase, por ejemplo, el laudo arbitral *Naulilaa* (1928), UN Reports of International Arbitral Awards, volumen II, página 1.028 y el *Case Concerning the Air Services Agreement of 27 March 1946 (France v. United States of America)* (1978), International Law Reports, volumen 54 (1979), página 338. Véase también, *inter alia*, Draft Articles on State Responsibility With Commentaries Thereto Adopted by the International Law Commission on First Reading (enero de 1997), en adelante "Proyectos de artículos" y el Proyecto de artículos aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción en segunda lectura, A/CN.4/L 600, de 11 de agosto de 2000. Aunque estos últimos modifican una serie de disposiciones de los Proyectos de artículos, no afectan a los términos a que se hace referencia en el presente informe.

⁴⁶ Observamos también que, partiendo de la definición de "contramedidas" que contienen los Proyectos de artículos, la noción de "contramedidas apropiadas" sería más general que la de "equivalente al nivel de la anulación o el menoscabo". Básicamente incluiría a esta última. Limitar su significado al delimitado por los términos "equivalente al nivel de la anulación o el menoscabo" es contradictorio con el principio de efectividad en la interpretación de los tratados.

⁴⁷ Véase el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

⁴⁸ Observamos que el Canadá se opone a que utilicemos los Proyectos de artículos en este proceso de interpretación. El Canadá alega que los Proyectos de artículos no son ninguna "norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes", según los términos del párrafo 3 c) del artículo 31 de la Convención de Viena. Como ya se ha indicado, utilizamos los Proyectos de artículos como indicio del significado convenido de ciertos términos en el derecho internacional general.

⁴⁹ *Op. cit.*, párrafo 6.3. En aquel caso, los Árbitros tenían que determinar el nivel de la anulación o el menoscabo. Teniendo en cuenta que en el arbitraje de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 sobre el asunto *CE - Banano* los Árbitros consideraron que unas medidas equivalentes al nivel de la anulación o el menoscabo podían inducir al cumplimiento, cabe alegar que también en el presente caso unas contramedidas equivalentes al nivel de la anulación o el menoscabo deben bastar para inducir al cumplimiento. Sin embargo, los Árbitros que examinaron el caso *CE - Banano* estaban obligados por el párrafo 7 del artículo 22 a determinar si las medidas propuestas eran equivalentes al nivel de la anulación o el menoscabo.

3.45 Recordamos a este respecto que la medida en relación con la cual se ha solicitado el reconocimiento del derecho a adoptar contramedidas es una subvención a la exportación prohibida, incluida en el ámbito del párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC. El párrafo 7 del artículo 4 del Acuerdo SMC establece al respecto que si se llega a la conclusión de que una medida es una subvención prohibida, será retirada sin demora. En tal caso, "inducir al cumplimiento" efectivamente significa inducir la retirada de la subvención prohibida.

3.46 En cambio, no es necesario retirar sin demora otras medidas ilegales. Como especifica el párrafo 8 del artículo 3 del ESD, si una medida infringe una disposición de un acuerdo abarcado, se presumirá que dicha medida causa anulación o menoscabo. Sin embargo, si el demandado logra refutar la acusación, no se constatará que existe anulación o menoscabo a pesar de la infracción. En algunos casos puede ser imposible esta refutación. No obstante, esto no modifica el hecho de que no se encuentra en los artículos 3 y 4 del Acuerdo SMC el concepto de anulación o menoscabo. Los Árbitros opinan que ha de atribuirse significado al hecho de que los negociadores no incluyeran el concepto de anulación o menoscabo en esos artículos, mientras que está expresamente mencionado en el artículo 5 de dicho Acuerdo, referente a los efectos desfavorables de las subvenciones recurribles.

3.47 Un primer planteamiento posible sería considerar que el concepto de anulación o menoscabo no es aplicable al artículo 4 del Acuerdo SMC. Observamos a este respecto que, en lo que atañe a las subvenciones recurribles, el artículo 5 sólo hace referencia a la anulación o menoscabo como una de las tres categorías de efectos desfavorables. Esto podría significar que también cabría aplicar en el contexto del artículo 4 del Acuerdo SMC un criterio distinto del de la anulación o el menoscabo.

3.48 Dicho esto, observamos que el Grupo Especial inicial concluyó que, como se había constatado la existencia de una infracción, se había planteado un caso de presunción de anulación o menoscabo según los términos del párrafo 8 del artículo 3 del ESD, que el Brasil no había refutado. En este contexto, nos sentimos hoy más inclinados a considerar que en el artículo 4 del Acuerdo SMC no se hizo ninguna referencia expresa a la anulación o el menoscabo por los siguientes motivos:

- a) una infracción del artículo 3 del Acuerdo SMC lleva consigo la presunción irrefutable de anulación o menoscabo. Por consiguiente, no era necesario hacer referencia a ello;
- b) el objetivo del artículo 4 es lograr la *retirada* de la subvención prohibida. En este sentido, consideramos que la obligación de retirar una subvención prohibida tiene un carácter distinto de la de suprimir la anulación o el menoscabo causado a un Miembro por la medida.⁵⁰ La primera tiene por objetivo suprimir una medida que se presume, en virtud del Acuerdo sobre la OMC, que tiene efectos desfavorables para el comercio, con independencia de quién sufra esos efectos comerciales y en qué medida. La segunda tiene por objetivo eliminar los efectos de una medida sobre el comercio de un Miembro concreto;
- c) el hecho de que se haya establecido la existencia de anulación o menoscabo con respecto a una medida no quiere decir necesariamente que, si existe la obligación de retirar esa medida, el nivel de las contramedidas apropiadas deba basarse sólo en el nivel de la anulación o el menoscabo sufrido por el Miembro que haya solicitado autorización para adoptar contramedidas.

⁵⁰ Observamos que el párrafo 7 del artículo 3 del ESD hace referencia a "la supresión de las medidas de que se trate" como primer objetivo. Sin embargo, observamos también que, en contradicción con el párrafo 7 del artículo 3 del ESD, el párrafo 7 del artículo 4 del Acuerdo SMC no prevé ninguna alternativa a la retirada de la medida una vez que se haya constatado que se trata de una subvención prohibida.

3.49 También observamos que, cuando los negociadores tuvieron el propósito de limitar las contramedidas al efecto causado por la subvención en el comercio de un Miembro, utilizaron términos distintos de "contramedidas apropiadas". En los párrafos 9 y 10 del artículo 7, que son unas disposiciones equivalentes a los párrafos 9 y 10 del artículo 4, referentes a las subvenciones prohibidas, sólo que referentes ahora a las subvenciones recurribles, se utilizan los términos "proporcionadas al grado y naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado". En este contexto, no consideramos que los argumentos presentados por el Brasil en su exposición oral, basados en la importancia fundamental de la noción de anulación en el GATT sean convincentes. Como hemos visto anteriormente, los términos "contramedidas apropiadas" no imponen semejantes límites.

3.50 Las partes han debatido también el significado de las notas 9 y 10 a los párrafos 10 y 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC, respectivamente. El contenido de estas notas es casi idéntico; las dos dicen lo siguiente:

"Este término no permite la aplicación de contramedidas [que sean] desproporcionadas sobre la base de que las subvenciones a que se refieren las disposiciones del presente artículo están prohibidas.

3.51 Estamos de acuerdo en que, tal y como están redactadas las notas, parece difícil establecer claramente cómo se relaciona la segunda parte de la oración ("sobre la base de que las subvenciones a que se refieren las disposiciones del presente artículo están prohibidas") con la primera parte ("Este término no permite la aplicación de contramedidas desproporcionadas"). Probablemente se deba a que se utilizan los términos "sobre la base de que". Sin embargo, como se supone que el texto del tratado es la expresión más lograda del propósito de las partes, nos abstendremos de sustituir a los negociadores en este punto. No obstante, cabe observar que la referencia al hecho de que las subvenciones en cuestión estén prohibidas, con mucha probabilidad se hace más a un factor agravante que a un factor atenuante. También consideramos interesante el uso del término "desproporcionada", (en inglés, "disproportionate") si se tiene en cuenta que en el artículo 49 de los Proyectos de artículos, en versión inglesa, se utilizan los términos "out of proportion" (sin proporción). No llegamos a ninguna conclusión firme sobre el significado de las notas 9 y 10. Sin embargo, observamos que las notas 9 y 10 confirman por lo menos que no debe darse al término "apropiadas" que figura en los párrafos 10 y 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC el mismo significado que al término "equivalente" que figura en el artículo 22 del ESD.⁵¹

3.52 El Brasil ha presentado en apoyo de su postura una serie de argumentos no basados en los textos jurídicos. Consideramos que nuestro análisis, que se basa en el texto del Acuerdo SMC, es suficientemente convincente. No obstante, para evitar lagunas, pasamos a debatir estos argumentos.

3.53 El Brasil convino con el Canadá en que las contramedidas debían guardar relación con la cuantía de la subvención.⁵² Con todo, alegó que unas contramedidas basadas en la cuantía total de los pagos de equiparación de los tipos de interés efectuados por el PROEX que no se circunscribieran

⁵¹ Somos conscientes del hecho de que, desde el punto de vista de una interpretación textual, no debe atribuirse el mismo significado a "equivalente" que a "apropiadas". Los intérpretes no están autorizados a suponer tal cosa. Lo que queremos decir es que el término "apropiadas" interpretado en función de las notas 9 y 10, puede permitir un margen de discrecionalidad mayor que el término "equivalente" cuando se trate de evaluar el nivel apropiado de las contramedidas. Las contramedidas seguirán siendo "apropiadas" en la medida en que no sean *desproporcionadas*, teniendo en cuenta también el hecho de que la medida en cuestión es una subvención prohibida.

⁵² Observaciones del Brasil sobre el documento de metodología presentado por el Canadá, 13 de junio de 2000, párrafo 2.

exclusivamente al número de ventas de aeronaves con respecto al cual el Canadá sufre anulación o menoscabo serían desproporcionadas.

3.54 Nuestra interpretación del alcance de la expresión "contramedidas apropiadas" en el artículo 4 del Acuerdo SMC expuesta más arriba demuestra que no ocurrirá tal cosa. En efecto, el nivel de las contramedidas corresponde simplemente a la cuantía de la subvención que ha de retirarse. De hecho, dado que normalmente las subvenciones a la exportación tienen un efecto multiplicador (una cantidad dada permite a una empresa hacer una serie de ventas, que a su vez le permiten introducirse en un mercado específico, con la posibilidad de expandirse y capturar cuotas de mercado), opinamos que un cálculo basado en el nivel de la anulación o el menoscabo arrojaría, como sugiere el cálculo del Canadá basado en el perjuicio causado a su rama de producción, cifras más altas que un cálculo basado exclusivamente en la cuantía de la subvención. Por otro lado, si el nivel real de la anulación o el menoscabo es sustancialmente inferior a la subvención, una contramedida basada en el nivel real de la anulación o el menoscabo tendrá un efecto de estimulación menor o nulo, por lo que el país que concede la subvención tal vez no retire la medida impugnada.⁵³

3.55 El Brasil alegó asimismo que unas contramedidas basadas en la cuantía total de la subvención serían excesivamente punitivas. Entendemos la palabra "punitiva" en el sentido que se le da en los Proyectos de artículos.⁵⁴ Una contramedida es punitiva cuando no sólo tiene por objeto velar por que el Estado que haya incumplido sus obligaciones ponga su conducta en conformidad con sus obligaciones internacionales, sino que contiene un elemento adicional cuya finalidad es sancionar la actuación de ese Estado. Como no estimamos que un cálculo de las contramedidas apropiadas basado en la cuantía de la subvención otorgada sea desproporcionado, concluimos que, *a fortiori*, no puede ser punitivo.⁵⁵

3.56 Observamos que el Brasil alegó también que el Canadá no podía invocar el derecho a adoptar contramedidas por la cuantía de la subvención porque había decidido adoptar contramedidas en forma de suspensión de concesiones u otras obligaciones, y, de conformidad con el párrafo 4 del artículo 22 del ESD, esas medidas deben ser equivalentes al nivel de la anulación o el menoscabo.

3.57 Entendemos que las disposiciones del párrafo 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC son normas especiales o adicionales. De conformidad con el razonamiento del Órgano de Apelación en el asunto *Guatemala - Cemento*⁵⁶, debemos entender las disposiciones del ESD y las normas especiales o adicionales del Acuerdo SMC de modo que todas ellas tengan sentido, salvo que haya discrepancia y diferencias entre ellas. Aunque convenimos en que en la práctica pueden producirse situaciones en las que contramedidas equivalentes al nivel de la anulación o el menoscabo serían apropiadas, recordamos que el concepto de anulación o menoscabo brilla por su ausencia en los artículos 3 y 4 del Acuerdo SMC. Habida cuenta de ello, no hay obligación jurídica de que las contramedidas en forma de suspensión de concesiones u otras obligaciones sean equivalentes al nivel de la anulación o el menoscabo.

⁵³ Además, el enfoque del Brasil parece contradictorio en la medida en que combina el nivel de la subvención con sus efectos comerciales. Al utilizar el nivel de la subvención como punto de partida de su análisis, el Brasil pasa por alto el hecho de que los efectos comerciales pueden no guardar relación directa con la cuantía misma de la subvención.

⁵⁴ Véanse los Proyectos de artículos, página 307 de la versión inglesa.

⁵⁵ A este respecto recordamos nuestra observación, en la nota 43 *supra*, de que no debe darse a la palabra "apropiada" el mismo significado que a la palabra "equivalente", sino que debe entenderse en el sentido de que ofrece más libertad para evaluar el nivel de las contramedidas adoptadas en compensación de subvenciones prohibidas.

⁵⁶ *Op. cit.*, párrafo 65.

3.58 Por el contrario, requerir que las contramedidas en forma de suspensión de concesiones u otras obligaciones sean equivalentes al nivel de la anulación o el menoscabo sería contrario al principio de eficacia en tanto que limitaría significativamente la de las contramedidas en el caso de las subvenciones prohibidas. En efecto, como demuestra el presente asunto⁵⁷, la aplicación de medidas distintas de la suspensión de concesiones u obligaciones puede no ser siempre viable, debido a sus posibles efectos para otros Miembros. Tal sería el caso de una contrasubvención otorgada en un sector donde Miembros distintos de las partes compiten con los productos de éstas. En un caso así, el Miembro que adopta la contramedida puede no estar en condiciones de inducir el cumplimiento.

3.59 Somos conscientes de que nuestra interpretación puede, a primera vista, ocasionar algún riesgo de desproporcionalidad cuando hay varios demandantes. Sin embargo, en un caso así el Árbitro podría distribuir el valor de las contramedidas apropiadas entre los demandantes en proporción a su comercio del producto de que se trate. Es muy probable que el efecto de "estimulación" fuera muy parecido.

3.60 Por las razones arriba expuestas, concluimos que, para hacer frente a una subvención a la exportación prohibida, un valor de las contramedidas que corresponda a la cuantía total de la subvención es "apropiado".⁵⁸

ii) *Efectos por lo que respecta al número de ventas de aeronaves que han de tenerse en cuenta para el cálculo de las contramedidas apropiadas*

Tratamiento de las ventas de determinados modelos de aeronaves

3.61 En sus comunicaciones, el Brasil excluyó algunas ventas alegando que no conllevaban pagos en el marco del PROEX. Tal es el caso de las ventas del xxx xxxxxxxx a xxxxxxxx y xx xxxxxxxx. El Brasil excluyó también algunas ventas en las que la competencia se basaba en factores distintos del precio (como el peso o los costos de mantenimiento de la aeronave, la capacidad de pasaje y de carga y los certificados aeroportuarios). Por último, el Brasil excluyó las ventas del ERJ-135 alegando que no competían con los modelos turbohélice producidos por Bombardier.

3.62 Dado que como base de las contramedidas escogimos la cuantía de la subvención y no el nivel de la anulación o el menoscabo sufridos por el Canadá, es lógico y adecuado incluir en nuestro cálculo todas las ventas de aeronaves subvencionadas, tanto si competían con la producción de Bombardier como si no lo hacían. Sin embargo, en aplicación de nuestro criterio sobre la carga de la prueba, excluimos todas las ventas en las que el Brasil demostró que no se habían efectuado pagos de equiparación de los tipos de interés en el marco del PROEX, y dimos por supuesto que las futuras ventas de los xxx xxxxxxxx y xxx no se beneficiarían de esos pagos.

Tratamiento de los contratos anteriores al 18 de noviembre de 1999

3.63 El Brasil ha alegado que las entregas de aeronaves para las que se habían expedido cartas de compromiso del PROEX antes del 18 de noviembre de 1999 debían excluirse del cálculo de las

⁵⁷ El Canadá indicó que, aunque podía haber aplicado una contrasubvención, se abstuvo de hacerlo por varias razones.

⁵⁸ Los Árbitros examinaron también los argumentos y las pruebas presentados por las partes en relación con el enfoque basado en el nivel de la anulación o el menoscabo sufridos por el Canadá. Observan que ese enfoque entrañaba -como cualquier hipótesis distinta- muchas más presuposiciones que el basado en la cuantía de la subvención. A juicio de los Árbitros, si el cálculo de las contramedidas apropiadas basado en la cuantía de la subvención es compatible con el párrafo 10 del artículo 4 del Acuerdo SMC, resulta preferible aplicar ese enfoque, ya que puede arrojar un resultado más objetivo.

contramedidas apropiadas, y que sólo debían tenerse en cuenta las ventas posteriores al período de aplicación de 90 días.

3.64 Observamos que el Órgano de Apelación, en su informe sobre los procedimientos en virtud del párrafo 5 del artículo 21 del ESD, hizo la siguiente constatación:

"[el Órgano de Apelación] confirma la conclusión del Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 de que, como consecuencia de la continuación de la emisión por el Brasil de bonos NTN-I después del 18 de noviembre de 1999 en cumplimiento de cartas de compromiso emitidas antes de dicha fecha, el Brasil no ha aplicado la recomendación del OSD de que retire las subvenciones a la exportación prohibidas en el marco del PROEX en un plazo de 90 días".⁵⁹

3.65 Estimamos, por consiguiente, que en el cálculo de las contramedidas apropiadas debemos incluir las ventas en firme para las que se emitieron cartas de compromiso en el marco del PROEX antes del 18 de noviembre de 1999 y en las que aún no se había producido la entrega (dado que los bonos NTN-I se emiten en el momento de entrega de la aeronave).⁶⁰ Los argumentos basados en las obligaciones contractuales del Brasil no nos parecen convincentes. Las obligaciones establecidas por el derecho interno no justifican el incumplimiento de las obligaciones internacionales.⁶¹

4. Metodología aplicada por los Árbitros

3.66 Observamos en primer lugar que las partes están de acuerdo en distinguir entre las ventas de aeronaves que tuvieron lugar antes y después del 18 de noviembre de 1999 en relación con el porcentaje de equiparación de los tipos de interés aplicado en el marco del PROEX. Basándonos en las consideraciones expuestas más arriba, hemos decidido calcular la cuantía apropiada de las contramedidas sobre la siguiente base:

- a) Empezamos por la identificación del precio de venta medio de los modelos de aeronaves cuyas ventas están subvencionadas. Tenemos asimismo en cuenta el hecho de que las ventas de piezas de repuesto también han dado lugar a pagos en el marco del PROEX. Consideramos que la financiación PROEX de piezas de repuesto debe incluirse en nuestro cálculo de la subvención.
- b) Hacemos seguidamente una proyección de la producción anual de aeronaves, por modelo, en el período 2000-2005 (seis años). Escogimos este período sobre todo porque corresponde al período en el que puede suponerse que las evaluaciones de la capacidad de producción de Embraer son razonablemente exactas. Observamos asimismo, basándonos en la información disponible, que Embraer no podrá satisfacer totalmente hasta 2005 los pedidos acumulados relacionados con ventas anteriores al 18 de noviembre de 1999 que no se habían entregado en esa fecha y con las ventas del ERJ-135 efectuadas entre el 19 de noviembre de 1999 y el 30 de junio de 2000.⁶²

⁵⁹ *Op. cit.*, párrafo 82 a).

⁶⁰ Esta aclaración se hace en relación con el uso por los Árbitros de los datos sobre entrega facilitados por el Brasil en lugar de la información específicamente relacionada con la emisión de los bonos NTN-I. Nuestra decisión es coherente con la constatación fáctica del Grupo Especial original (*op. cit.*, párrafo 7.71) y con el informe del Órgano de Apelación sobre el procedimiento original (*op. cit.*, párrafo 154).

⁶¹ Véase el artículo 27 de la Convención de Viena:
"Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado ..."

⁶² Véanse el cuadro 1 y las explicaciones conexas, *infra*.

- c) El siguiente paso consiste en calcular el valor actual de la subvención por modelo de aeronave, utilizando el precio de venta de cada modelo, un tipo de financiación del xxx por ciento (para una financiación correspondiente al xxx por ciento del precio), la equiparación de los tipos de interés en el marco del PROEX aplicable (3,8 por ciento o 2,8 por ciento de la financiación, dependiendo de la venta o de la fecha en que tuvo lugar), la comisión del agente que nos pareció representativa de esos tipos de transacciones en el Brasil y un tipo de descuento igual al LIBOR.⁶³
- d) Por último, para cada modelo multiplicamos la cantidad total de aeronaves vendidas con un tipo de equiparación de los tipos de interés del 3,8 por ciento por el valor actual de la subvención por modelo, y la cantidad total de aeronaves vendidas con un tipo de equiparación de los tipos de interés del 2,5 por ciento por el valor actual de la subvención por modelo. El total se distribuye en un período de seis años para que arroje el valor actual medio anual de la subvención para cada uno de los modelos subvencionados (ERJ-135 y ERJ-145). El total corresponde al nivel apropiado de las contramedidas basado en las premisas arriba expuestas.

C. CÁLCULO DEL NIVEL APROPIADO DE LAS CONTRAMEDIDAS

1. Precio unitario medio por modelo

a) Elementos básicos

i) *Precio de venta*

3.67 Utilizamos el precio de venta medio para los modelos ERJ-135 y ERJ-145. Por las razones arriba citadas, se han excluido las ventas de los modelos ERJ-170 y 190. Entre las transacciones consideradas no hubo ventas de ERJ-140. El Brasil no pudo facilitar a los Árbitros información sobre el precio de cada una de las ventas. Por consiguiente, teniendo en cuenta los argumentos de las partes, utilizamos los precios de venta medios indicados por el Canadá para cada uno de los modelos de que se trata. El Canadá establece el precio del ERJ-135 en xxx millones de dólares EE.UU., y el del ERJ-145 en xxx millones de dólares EE.UU.⁶⁴

ii) *Piezas de repuesto*

3.68 El precio neto de cada aeronave indicado por el Canadá se ha ajustado para tener en cuenta la financiación de piezas de repuesto en el marco del PROEX. El Brasil estima que el valor total de las piezas de repuesto financiadas en el marco del PROEX que no se habían entregado al 18 de noviembre de 1999 se cifra en xxx dólares EE.UU.⁶⁵ Según los datos proporcionados por el Brasil⁶⁶, en el marco del PROEX no se financian piezas de repuesto para el modelo ERJ-135. El Canadá no proporcionó información específica contraria a esa declaración. Aceptamos, en consecuencia, la

⁶³ LIBOR significa "London Interbank Offer Rate" (Tipo de oferta interbancaria de Londres).

⁶⁴ Información sobre el precio de venta medio de los modelos ERJ-135 y ERJ-145 facilitada en el cuadro 8 del Anexo I de la comunicación escrita del Canadá fechada el 26 de junio de 2000. En la página 23 de su respuesta a la pregunta 9 de los Árbitros, de fecha 17 de julio de 2000, el Brasil "xxxxxxxx xxx xxxxx xxxxxxxxxxx, y acepta el uso de las cifras proporcionadas por el Canadá xxx xxx xxxxxxx xxxxxxx xxx xxxxx xx xxxxx x a efectos de calcular la cuantía de la subvención PROEX".

⁶⁵ Respuesta escrita del Brasil, fechada el 24 de julio de 2000, a la pregunta N° 18 de los Árbitros, páginas 32-33.

⁶⁶ Declaración del Banco do Brasil contenida en el documento probatorio Br-A-33.

indicación del Brasil de que en el marco del PROEX sólo se financian piezas de repuesto para el modelo ERJ-145. Aceptamos asimismo que la financiación para piezas de repuesto prevista en el marco del PROEX para la totalidad de las aeronaves ERJ-145 por entregar después del 18 de noviembre de 1999 se cifra en xxx dólares EE.UU. Después del 18 de noviembre de 1999 no hubo nuevas solicitudes de financiación de piezas de repuesto en el marco del PROEX.

3.69 Observamos que no es probable que todas las aeronaves ERJ-145 se beneficien de financiación PROEX por lo que respecta a las piezas de repuesto, pero la información facilitada no nos permite determinar qué ventas se beneficiarán y cuáles no. Por consiguiente, con objeto de tener en cuenta la subvención relativa a las piezas de repuesto no entregadas al 18 de noviembre de 1999, decidimos dividir la cifra de xxx dólares EE.UU. por el número total de aeronaves ERJ-145 por entregar entre 2000 y 2005 (es decir, 780 aeronaves). Ello arroja una cifra media aproximada de xxx dólares EE.UU. para piezas de repuesto por cada ERJ-145.

b) Resultados

3.70 Utilizamos, por tanto, el precio de venta indicado por el Canadá para cada aeronave ERJ-135/145, y asignamos el valor total del aprovisionamiento de piezas de repuesto no entregadas que se beneficiaron de apoyo en el marco del PROEX al número total de aeronaves ERJ-145 por entregar entre 2000 y 2005. Como se ha indicado más arriba, no hay financiación para piezas de repuesto del modelo ERJ-135. Por consiguiente, añadimos, únicamente para el modelo ERJ-145, xxx dólares EE.UU. por aeronave en concepto de piezas de repuesto financiadas en el marco del PROEX.

3.71 En consecuencia, el precio unitario medio por modelo de aeronave es, a efectos de nuestros cálculos, el siguiente:

- a) el precio medio de un ERJ-135 es xxx millones de dólares EE.UU.;
- b) el precio medio de un ERJ-145 es xxx millones de dólares EE.UU. (xxx millones de dólares EE.UU. más xxx dólares EE.UU. para piezas de repuesto financiadas en el marco del PROEX).

3.72 Teniendo en cuenta los argumentos de las partes, estimamos procedente a efectos de calcular las contramedidas apropiadas, considerar que la financiación externa o bancaria sobre la base de la cual se calculan los pagos para equiparación de los tipos de interés efectuados por el PROEX cubre el xxx por ciento del precio de cada modelo de aeronave. Estimamos, por consiguiente, que la financiación para el ERJ-135 es un xxx por ciento del precio de xxx millones de dólares EE.UU. de la aeronave, lo que significa xxx dólares EE.UU. La financiación PROEX para el ERJ-145 es un xxx por ciento del precio de xxx millones de dólares EE.UU. de la aeronave, lo que significa xxx dólares EE.UU.

2. Proyección de la producción anual de aeronaves, por modelo

3.73 De conformidad con la metodología arriba descrita, hemos hecho una proyección de la producción anual de aeronaves, por modelo, en el período 2000-2005. Esa proyección figura en el cuadro 1. Seguidamente se explican los parámetros utilizados en ese cuadro y las fuentes en las que nos basamos para prepararlo.

3.74 En el cuadro 1 se comparan la capacidad de producción prevista y las entregas previstas de aeronaves ERJ-135 y ERJ-145 en el período 2000-2005. Como se ha puesto de relieve más arriba, tenemos en cuenta un período de seis años, es decir, 2000-2005, para analizar la estructura de producción por modelo de aeronave. Al elegir ese período tuvimos presente que las cifras sobre capacidad de producción facilitadas por el Brasil sólo llegan hasta 2004. Sin embargo, ese período de

seis años corresponde al plazo que con arreglo a las cifras sobre capacidad de producción facilitadas a los Árbitros será necesario para satisfacer los pedidos acumulados de aeronaves ERJ-135/145. Esto debe suceder, según nuestra proyección, en 2004 en el caso del ERJ-145 y en 2005 en el caso del ERJ-135. Nos pareció, por consiguiente, que debíamos utilizar un período de tiempo que abarcara la producción previsible basada en pedidos en firme existentes y en conversiones de opciones existentes al 30 de junio de 2000.⁶⁷ No nos pareció razonable utilizar un período más largo porque sería demasiado especulativo en un sector en evolución tan rápida como el de la aviación comercial.

3.75 El cuadro 1 engloba tres categorías. La categoría A representa la capacidad de producción total por año de aeronaves ERJ-135 y ERJ-145 en el período 2000-2005. La categoría B representa la estructura de producción del modelo ERJ-135. La categoría C representa la estructura de producción del modelo ERJ-145. Se indica el total de entregas en cada una de esas categorías.⁶⁸

3.76 En la categoría A del cuadro 1 seleccionamos la previsión de producción anual de aeronaves, por modelo, hecha por el Brasil para los años 2000-2002⁶⁹ y por el Canadá para 2003-2005.⁷⁰ De otro modo, si se aceptan las cifras de producción previstas por el Brasil para después de 2002, sería imposible satisfacer los pedidos acumulados de aeronaves en un período de tiempo prudencial. En condiciones de plena producción prevemos que los pedidos acumulados del modelo ERJ-135 quedarán satisfechos en 2005, y los del modelo ERJ-145 en 2004. Por consiguiente, la cifra de producción total a plena capacidad para las aeronaves ERJ-135 y ERJ-145 en el período 2000 a 2005 es 1.118 aeronaves.

3.77 Observamos que el Brasil no pudo facilitar un desglose detallado de la producción de los modelos ERJ-135 y ERJ-145.⁷¹ El Canadá presupuso un porcentaje del 20 por ciento para el ERJ-135, el 10 por ciento para el ERJ-140 y el 70 por ciento para el ERJ-145.⁷² No encontramos pruebas fehacientes en apoyo de ese desglose de la producción. Decidimos, en consecuencia, aplicar la proporción 30/70 derivada de la estructura de la acumulación existente de pedidos de aeronaves ERJ-135 y ERJ-145, respectivamente, sobre la base de los datos facilitados por el Brasil.⁷³

3.78 El número de aeronaves que se benefician del tipo de equiparación del 3,8 o el 2,5 por ciento aplicados en el marco del PROEX se desglosa por modelos en las categorías B y C. Esa estructura se basa en la comunicación del Brasil.⁷⁴ Además, en nuestra previsión de las entregas de aeronaves

⁶⁷ Observamos que el Brasil, en su respuesta a la pregunta 16 de los Árbitros, fechada el 24 de julio de 2000, indica que la producción de ERJ-135 y 145 debe irse abandonando gradualmente. En el documento probatorio Br-A-30, Embraer declara que su actual acumulación de pedidos debería reducirse sustancialmente para el año 2002, xxx xxxx xxxx cxxxxxxxxxxxx xxxxxxx xxxxx xxxxx xx xxxxx xxxxxx xxxx xxx xxxx xx xxxxxxx. Tuvimos en cuenta esa información y la facilitada por el Canadá y llegamos a la conclusión de que era preferible basarnos en las opciones y pedidos actuales xxxx xx xxxxxxx xxxxxxxxxxx xxxxxxx xx xxxxxx xx xxxxxx xx xxxxxxx.

⁶⁸ Los Árbitros se basaron en el documento probatorio Br-A-21.

⁶⁹ Comunicación escrita del Brasil, fechada el 24 de julio de 2000, página 32.

⁷⁰ Anexo I de la comunicación escrita del Canadá, fechada el 26 de junio de 2000.

⁷¹ Documento probatorio Br-A-30, párrafo 7.

⁷² Cuadro 9 de la comunicación escrita del Canadá, fechada el 26 de junio de 2000.

⁷³ Documento probatorio del Brasil BR-A-21.

⁷⁴ Documento probatorio del Brasil BR-A-15. Los Árbitros dieron por supuesto que el tipo PROEX aplicado después del 18 de noviembre de 1999 es un 2,5 por ciento.

supusimos probable que las beneficiarias del tipo PROEX de equiparación de los tipos de interés del 3,8 por ciento se ejecutarían antes. Por consiguiente, el número total de aeronaves ERJ-135 que se entregarán entre 2000 y 2005 con un tipo de equiparación del 3,8 por ciento es xxx, y el número total que se entregará con un tipo de equiparación del 2,5 por ciento es xxx. El número total de aeronaves ERJ-145 que se entregará entre 2000 y 2005 con un tipo de equiparación del 3,8 por ciento es xxx, y el número total que se entregará con un tipo de equiparación del 2,5 por ciento es xxx.

3.79 Para las categorías B y C, en el cuadro 1 se expone la conversión de las opciones en pedidos en firme para los modelos ERJ-135 y ERJ-145. Para los pedidos anteriores al 18 de noviembre de 1999 y los del período 18 de noviembre 1999-30 de junio de 2000 se presupone que las opciones existentes se convertirán en pedidos en firme en un 85 por ciento. El Canadá sugirió una tasa de conversión del 100 por ciento, debido a la gran demanda. Sugirió también una tasa de conversión del 80 por ciento a medida que madure el mercado para aviones a reacción regionales.⁷⁵ El Brasil facilitó datos sobre cancelaciones de opciones, y afirma que la tasa de conversión no será superior al 84 por ciento.⁷⁶ Habida cuenta de los datos facilitados por las partes, presupusimos una tasa de conversión de opciones en pedidos en firme del 85 por ciento en el período 2000-2005. Sin embargo, ese supuesto sólo es pertinente para determinar cuántas transacciones de aeronaves se benefician del tipo PROEX al 3,8 por ciento y cuántas se benefician del tipo PROEX al 2,5 por ciento, porque, en el contexto previsto de producción a plena capacidad, la tasa de conversión de opciones no afecta a la cantidad de entregas.

Cuadro 1: Proyección de la producción anual de aeronaves, por modelo, 2000-2005

Modelo	Enero-junio 2000	Julio-dic. 2000	2001	2002	2003	2004	2005	Total
A. Capacidad total de producción de los modelos ERJ-135/145								
	151		188	203	192	192	192	1118
(Cifras proporcionadas por el Brasil)	(151)		(188)	(203)	(148)	(122)	(122)	(812)
(Cifras proporcionadas por el Canadá)	(168)		(192)	(192)	(192)	(192)	(192)	(936)
B. Total de entregas del modelo ERJ-135	25	22	56	61	58	58	77	338
Pedidos anteriores al 18.11.99 (tasa de conversión del 85%)	25	22	56	61	58	31	-	253
Pedidos 18.11.99-30.6.00 (tasa de conversión del 85%)	-	-	-	-	-	27	6	33
Nuevos pedidos	-	-	-	-	-	-	52	52
Total ERJ-135 al 3,8%	xxx	xxx	xxx	xxx	xxx	xxx	xxx	xxx
Total ERJ-135 al 2,5%	xxx	xxx	xxx	xxx	xxx	xxx	xxx	xxx

⁷⁵ Anexo I, párrafos 18 a 20 de la comunicación escrita del Canadá.

⁷⁶ Declaración verbal del Brasil, 14 de julio de 2000, párrafo 60.

C. Total de entregas del modelo ERJ-145	54	50	132	142	134	134	134	780
Pedidos anteriores al 18.11.99 (tasa de conversión del 85%)	54	50	132	81	-	-	-	317
Pedidos 18.11.99–30.6.00 (tasa de conversión del 85%)	-	-	-	61	134	129	-	324
Nuevos pedidos	-	-	-	-	-	5	134	139
Total ERJ-145 al 3,8%	xxx	xxx						
Total ERJ-145 al 2,5%	xxx	xxx						

3. Cálculo del valor actual de la subvención

a) Cálculo del valor actual de la subvención

i) Cuadros pertinentes

3.80 En el anexo del presente informe figura, para cada modelo de aeronave (ERJ-135 y ERJ-145), el cálculo del valor actual de la subvención por aeronave y por tipo de equiparación. Los resultados se exponen en el cuadro 2 *infra*. El cálculo se basa en los siguientes parámetros.

ii) Método de financiación

3.81 Observamos que las partes han basado sus cálculos en distintas formas de reembolso del préstamo. Presupusimos que el interés se pagaba sobre el saldo pendiente. Acordamos que en teoría podía ser posible aplicar un método de reembolso anual (es decir, cuotas iguales, incluidos pagos del principal y de los intereses, como hace el Canadá). Sin embargo, dimos por supuesto que el método sugerido por el Brasil correspondía a la forma de reembolso realmente utilizada cuando el PROEX efectúa pagos para la equiparación de los tipos de interés. Por consiguiente, en nuestros cálculos aplicamos cuotas constantes para el reembolso del capital.

3.82 Presuponemos, además, cuotas semestrales constantes para el reembolso del capital. Por consiguiente, se hacen 30 pagos en un período de 15 años, de conformidad con el período de vencimiento de los bonos MTN-I utilizados por el Brasil para financiar los pagos del PROEX para la equiparación de los tipos de interés.⁷⁷ Esas cuotas se basan en la financiación PROEX del xxx por ciento del precio de las aeronaves (véase la sección C.1 *supra* por lo que respecta a los precios de las aeronaves).

iii) Tasa de financiación

3.83 Hemos tomado nota de que en la metodología propuesta por el Canadá se utilizaba una tasa de financiación del 7,79 por ciento. No necesitamos, sin embargo, tomar posición sobre la exactitud de esa tasa. En efecto, la tasa de financiación no afecta al nivel de la subvención, ya que se expresa como porcentaje de la porción financiada del precio de la aeronave, que no depende del nivel del tipo de interés. Nos abstenemos, por consiguiente, de abordar este aspecto de la financiación.

iv) Comisión del agente

3.84 El Canadá dio por sentado que los bancos comerciales participantes en la financiación de ventas de aeronaves en el contexto de los pagos del PROEX cobraban una comisión inferior al 1 por

⁷⁷ En la sección II del informe del Grupo Especial original, *op. cit.*, se describe el funcionamiento del programa PROEX.

ciento. En contraste, el Brasil alegó que los bancos comerciales involucrados como agentes en los pagos PROEX cobraban comisiones xxxx xxxx. En apoyo de su alegación, el Brasil presentó información sobre las condiciones de financiación de transacciones específicas en el marco del PROEX en un período de 15 años.⁷⁸

3.85 Aunque los datos presentados por el Brasil se referían a un número limitado de aeronaves, los consideramos suficientemente representativos, porque correspondían a transacciones reales. Por consiguiente, aceptamos la alegación del Brasil. Entendemos que la comisión del xxx por ciento del valor de los bonos NTN-I a que se hace referencia en la información presentada por el Brasil refleja el denominado "riesgo Brasil" inherente en los pagos PROEX a lo largo de un período de 15 años. Aunque esta comisión es muy elevada, aceptamos utilizarla por las siguientes razones:

- a) la liquidez de los bonos NTN-I es menor que la de otros bonos gubernamentales denominados en moneda convertible. Así lo demuestra el hecho de que, según el Brasil, sólo tres bancos participen en pagos PROEX;
- b) los bonos NTN-I se pagan en moneda nacional y están sujetos a los riesgos derivados de la convertibilidad; y
- c) el Brasil presentó dos ejemplos concretos de los xxx bancos que manejan el xxx por ciento de los bonos utilizados para financiación PROEX, ejemplos que demuestran que recientemente esos bancos han cobrado una comisión del xxx por ciento o más del valor de los bonos NTN-I.⁷⁹

3.86 Utilizamos, en consecuencia, las cifras que figuran en la información presentada por el Brasil en las que se estipula una comisión del xxx por ciento del pago para equiparación de los tipos de interés (PROEX) en los primeros diez años y del xxx por ciento en los restantes cinco años a lo largo de un período total de financiación de 15 años. Al tipo PROEX del 3,8 por ciento, una comisión del xxx por ciento equivale a xxx puntos porcentuales del 3,8 por ciento de la financiación en los primeros diez años, y a xxx puntos porcentuales en los siguientes cinco años (es decir, $3,8\% \times xxx\% = xxx$ puntos porcentuales; $3,8\% \times xxx\% = xxx$ puntos porcentuales). Al tipo PROEX del 2,5 por ciento, una comisión del xxx por ciento equivale a xxx puntos porcentuales en los primeros diez años y a xxx puntos porcentuales en los cinco años restantes.

v) *Tipo de descuento*

3.87 Observamos que en la metodología aplicada por el Canadá se utilizaba un tipo de descuento del 12 por ciento y una comisión del 0,15 por ciento. Entendemos que el Brasil ha incluido la comisión del xxx por ciento en su cálculo del tipo de descuento, como parte de su alegación de que la cantidad total percibida por el banco equivale a un tipo de descuento del xxx por ciento. Por consiguiente, el Brasil añade la comisión del xxx por ciento al tipo xxxx del xxx por ciento para llegar

⁷⁸ Documentos probatorios del Brasil Br-A-14, Br-A-22 y Br-A-30.

⁷⁹ En la página 18 de la comunicación escrita del Brasil de 26 de junio de 2000, el Brasil hace referencia a una carta de un banco que propone una comisión del xxx por ciento. El Brasil afirma que: "esta cuota de descuento representa xx xxxxxx xxxxxxxxxxxx xx xxxx xxxxxxxx xxxxx xxxxxxxx xx xxx xxxxxxxx xxxxxxxx xx xxxxx xxxxx x xxxxxxxx xxxxxx, y es coherente con las operaciones comerciales normales en el Brasil. xxxx xxxxx xx xxx xxxxxxx xxx xxxxxxxx xx xx xxxxxxxxxxx xxxxxxxxxxx xxxxx xx xxxxxxxx. El cálculo de este tipo figura en las hojas de cálculo adjuntas como documento probatorio Br-A-13."

a lo que considera equivalente a un tipo de descuento del xxx por ciento.⁸⁰ Como se ha indicado más arriba, preferimos calcular el factor de riesgo específico, en su totalidad, como parte de la comisión del agente, ya que ésa parece ser la práctica habitual de los principales bancos involucrados en la financiación PROEX.

3.88 En consecuencia, para el tipo de descuento nos pareció adecuado utilizar un tipo xxxx para dólares de los Estados Unidos del xxx por ciento, como había sugerido el Brasil. Utilizamos un tipo xxxx para dólares de los Estados Unidos porque las transacciones se efectúan en dólares de los Estados Unidos. No utilizamos un tipo de descuento más elevado, como el sugerido por el Canadá, porque dimos por sentado que todos los factores de riesgo se reflejaban totalmente en la comisión del agente, como se explica más arriba.

vi) *Valor actual de la subvención por modelo de aeronave*

3.89 Como se expone en el cuadro 2, definimos la subvención PROEX neta por aeronave como una cifra independiente de la comisión del agente (es decir, total de financiación PROEX menos la comisión del agente). Esto es, a nuestro juicio, coherente con la definición de subvención en el artículo 1 del Acuerdo SMC.⁸¹

3.90 Hemos calculado el valor actual de la subvención para un ERJ-135 y un ERJ-145 con financiación PROEX para equiparación de los tipos de interés al 3,8 por ciento y con financiación PROEX para equiparación de los tipos al 2,5 por ciento. En consecuencia, el valor actual de un pago PROEX para equiparación de los tipos de interés al 3,8 por ciento del xxx por ciento del precio de venta de un ERJ-135 (xxx millones de dólares EE.UU.) es xxx dólares EE.UU.; y con un pago PROEX para equiparación al 2,5 por ciento es xxx dólares EE.UU. El valor actual de un pago PROEX para equiparación al 3,8 por ciento del xxx por ciento del precio de venta de un ERJ-145 (xxx millones de dólares EE.UU.) es xxx dólares EE.UU.; y con un pago PROEX para equiparación de los tipos de interés al 2,5 por ciento es xxx dólares EE.UU.

3.91 Los elementos arriba indicados se exponen en el cuadro 2 *infra*:

**Cuadro 2: Cálculo del valor actual de la subvención:
 Reembolso en cuotas constantes (método utilizado por el Brasil)**

	Precio de venta (\$EE.UU.)	Tipo PROEX (puntos porcentuales)	Comisión del agente (%)	Tasa de subvención PROEX neta (tras deducción de la comisión del agente) (puntos porcentuales)	Valor actual de la subvención por modelo de aeronave (\$EE.UU.)
ERJ 135	xxx	3,8	xxx/xxx	3,8-xxx = xxx	xxx
	xxx	2,5	xxx/xxx	2,5-xxx = xxx	xxx
					xxx
ERJ 145	xxx	3,8	xxx/xxx	3,8-xxx = xxx	xxx
	xxx	2,5	xxx/xxx	2,5-xxx = xxx	xxx

⁸⁰ Nuestros cálculos revelan que este tipo de descuento implícito es algo más bajo que el xxx por ciento utilizado por el Brasil. El tipo oscila entre el xxx y el xxx por ciento, dependiendo de los supuestos de los que se parta.

⁸¹ Véase también la Lista ilustrativa de subvenciones a la exportación, Anexo I del Acuerdo SMC.

b) Cálculo del valor actual total de la subvención

3.92 Sobre la base de la información expuesta en los cuadros 1 y 2 *supra*, el valor actual medio de la subvención por aeronave se calcula multiplicando el número total de aeronaves, por modelo, al 3,8 por ciento PROEX y al 2,5 por ciento PROEX, producidas en el período 2000-2005 (véase el cuadro 1) por la subvención anual media por modelo (véase el cuadro 2). El cálculo es como sigue:

<u>ERJ-135:</u>	xxx aeronaves @ 3,8% x xxx \$EE.UU.	= xxx \$EE.UU.
	MÁS:	
	xxx aeronaves @ 2,5% x xxx \$EE.UU.	= xxx \$EE.UU.
	IGUAL A:	
		405.046.838 \$EE.UU
<u>ERJ-145:</u>	xxx aeronaves @ 3,8% x xxx \$EE.UU.	=
	MÁS:	
	xxx aeronaves @ 2,5% x xxx \$EE.UU.	= xxx \$EE.UU.
	IGUAL A:	
		996.266.316 \$EE.UU.

3.93 La cuantía total de la subvención por año se calcula seguidamente sumando las cifras *supra* para todas las aeronaves ERJ-135 y ERJ-145, es decir, 405.046.838 dólares EE.UU. más 996.266.316 dólares EE.UU., lo que arroja un total de 1.401.313.154 dólares EE.UU. en el período 2000-2005. Esa cifra se divide a continuación por seis (para el período de seis años) con objeto de determinar el valor actual medio de la subvención por año. Ese promedio en dólares de los Estados Unidos se convierte a continuación en dólares canadienses. Para ello utilizamos el tipo de cambio más reciente entre el dólar EE.UU. y el dólar canadiense.⁸² Aplicamos, por tanto, un tipo de cambio de 1,474 dólares canadienses por dólar EE.UU. El resultado final es el siguiente: 233.552.192,3 dólares EE.UU. multiplicados por 1,474 es igual a 344.255.931,4502 dólares canadienses. Esta cifra puede redondearse a 344,2 millones de dólares canadienses.

IV. LAUDO ARBITRAL

4.1 Por las razones arriba expuestas, los Árbitros deciden que, en el asunto *Brasil - Programa de financiación de las exportaciones para aeronaves*, la suspensión por el Canadá de la aplicación al Brasil de concesiones arancelarias u otras obligaciones contraídas en virtud del GATT de 1994, el Acuerdo sobre los Textiles y el Vestido y el Acuerdo sobre Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación que abarquen transacciones comerciales por una cantidad máxima de 344,2 millones de dólares canadienses anuales constituiría un caso de contramedidas apropiadas en el sentido del párrafo 10 del artículo 4 del Acuerdo SMC.

4.2 A ese respecto, los Árbitros instan al Canadá a que se asegure de que, si decide proceder, como se indica en el documento WT/DS46/16, a la suspensión de algunas de sus obligaciones para con el Brasil en lugar de aplicar el recargo del 100 por ciento, ello se haga en forma que respete la cuantía máxima de las contramedidas a que se hace referencia en el párrafo anterior.

⁸² Tipos de cambio cruzados, 18 de agosto de 2000, *Financial Times*, lunes 21 de agosto de 2000, página 22.

4.3 Por último, los Árbitros subrayan que el párrafo 8 del artículo 22 del ESD estipula que:

"La suspensión de concesiones u otras obligaciones será temporal y sólo se aplicará hasta que se haya suprimido la medida declarada incompatible con un acuerdo abarcado, hasta que el Miembro que deba cumplir las recomendaciones o resoluciones ofrezca una solución a la anulación o menoscabo de ventajas, o hasta que se llegue a una solución mutuamente satisfactoria. [...]"

ANEXO

ERJ-135, financiación PROEX al 2,5%

Precio de la aeronave		
Pago inicial	Tipo de equiparación PROEX	2,50%
Parte aplicable a la equiparación	Comisión del agente años	
Valor del pago inicial	Comisión del agente años	
Financiación total	Período de financiación - años	15
Tipo de descuento	Pagos semestrales	30

Año	Porción capital	Principal pendiente	Total equip.	Comisión agente	EQ neto	EQ/Año	VNA
1							
2							
3							
4							
5							
6							
7							
8							
9							
10							
11							
12							
13							
14							
15							
		Comisión del agente					
		Valor nominal de la EQ					
		VNA de la EQ					

ERJ-135, financiación PROEX al 3,8%

Precio de la aeronave		
Pago inicial	Tipo de equiparación PROEX	3,80%
Parte aplicable a la equiparación	Comisión del agente años	
Valor del pago inicial	Comisión del agente años	
Financiación total	Período de financiación - años	15
Tipo de descuento	Pagos semestrales	30

Año	Porción capital	Principal pendiente	Total equip.	Comisión agente	EQ neto	EQ/Año	VNA
-----	-----------------	---------------------	--------------	-----------------	---------	--------	-----

1							
2							
3							
4							
5							
6							
7							
8							
9							
10							
11							
12							
13							
14							
15							
		Comisión del agente					
		Valor nominal de la EQ					
		VNA de la EQ					

ERJ-145, financiación PROEX al 2,5%

Precio de la aeronave		
Pago inicial	Tipo de equiparación PROEX	2,50%
Parte aplicable a la equiparación	Comisión del agente años	
Valor del pago inicial	Comisión del agente años	
Financiación total	Período de financiación - años	15
Tipo de descuento	Pagos semestrales	30

Año	Porción capital	Principal pendiente	Total equip.	Comisión agente	EQ neto	EQ/Año	VNA
-----	-----------------	---------------------	--------------	-----------------	---------	--------	-----

1							
2							
3							
4							
5							
6							
7							
8							
9							
10							
11							
12							
13							
14							
15							
		Comisión del agente					
		Valor nominal de la EQ					
		VNA de la EQ					

ERJ-145, financiación PROEX al 3,8%

Precio de la aeronave		
Pago inicial	Tipo de equiparación PROEX	3,80%
Parte aplicable a la equiparación	Comisión del agente años	
Valor del pago inicial	Comisión del agente años	
Financiación total	Período de financiación - años	15
Tipo de descuento	Pagos semestrales	30

Año	Porción capital	Principal pendiente	Total equip.	Comisión agente	EQ neto	EQ/Año	VNA
-----	-----------------	---------------------	--------------	-----------------	---------	--------	-----

1							
2							
3							
4							
5							
6							
7							
8							
9							
10							
11							
12							
13							
14							
15							
	Comisión del agente						
	Valor nominal de la EQ						
	VNA de la EQ						