

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

WT/DS46/AB/RW
21 de julio de 2000

(00-2990)

Original: inglés

BRASIL - PROGRAMA DE FINANCIACIÓN DE LAS EXPORTACIONES PARA AERONAVES

RECURSO DEL CANADÁ AL PÁRRAFO 5 DEL ARTÍCULO 21 DEL ESD

AB-2000-3

Informe del Órgano de Apelación

[ÍNDICE]

I.	Introducción.....	1
II.	Antecedentes	3
III.	Argumentos de los participantes y los terceros participantes.....	5
A.	<i>Alegaciones de error formuladas por el apelante - Brasil</i>	5
1.	Emisión de los bonos NTN-I en cumplimiento de las cartas de compromiso emitidas antes del 18 de noviembre de 1999.....	5
2.	¿Están "permitidas" las subvenciones a la exportación en el marco del PROEX en virtud del punto k) de la Lista ilustrativa?	6
B.	<i>Argumentación del apelado - Canadá</i>	8
1.	Emisión de los bonos NTN-I en cumplimiento de cartas de compromiso emitidas con anterioridad al 18 de noviembre de 1999.....	8
2.	¿Están "permitidas" las subvenciones a la exportación en el marco del PROEX en virtud del punto k) de la Lista ilustrativa?	8
C.	<i>Argumentos de los terceros participantes</i>	10
1.	Comunidades Europeas.....	10
2.	Estados Unidos	12
IV.	Cuestiones planteadas en esta apelación	13
V.	Emisión de bonos NTN-I en cumplimiento de cartas de compromiso emitidas con anterioridad al 18 de noviembre de 1999.....	14
VI.	¿Están "permitidas" las subvenciones a la exportación en el marco del PROEX con arreglo al punto k) de la Lista ilustrativa?.....	18
A.	<i>Introducción</i>	18
B.	<i>Las subvenciones a la exportación en el marco PROEX ¿"se [utilizan] para lograr una ventaja importante en las condiciones de los créditos a la exportación"?</i>	22
C.	<i>¿Constituyen las subvenciones a la exportación en el marco del PROEX "pagos" en el sentido del primer párrafo del punto k)?</i>	30
D.	<i>¿Puede interpretarse el primer párrafo del punto k) en el sentido de que establece que una subvención a la exportación está "permitida"?</i>	30
VII.	Constataciones y conclusiones.....	31

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO
ÓRGANO DE APELACIÓN

Brasil - Programa de financiación de las exportaciones para aeronaves

AB-2000-3

Recurso del Canadá al párrafo 5 del artículo 21 del ESD

Actuantes:

Apelante, Brasil
Apelado, Canadá

Bacchus, Presidente de la Sección
Ehlermann, Miembro
Lacarte-Muró, Miembro

Tercero participante, Comunidades Europeas
Tercero participante, Estados Unidos

I. Introducción

1. El Brasil apela contra determinadas cuestiones de derecho y de interpretación jurídica contenidas en el informe del Grupo Especial, *Brasil - Programa de financiación de las exportaciones para aeronaves, Recurso del Canadá al párrafo 5 del artículo 21 del ESD* (el "informe del Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21").¹ El Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 fue establecido de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del *Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias* (el "ESD") para considerar una reclamación presentada por el Canadá con respecto a la existencia o compatibilidad con el *Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias* (el "Acuerdo SMC") de las medidas adoptadas por el Brasil para cumplir las recomendaciones y resoluciones del Órgano de Solución de Diferencias (el "OSD") en el asunto *Brasil - Programa de financiación de las exportaciones para aeronaves* ("*Brasil - Aeronaves*").²

2. El Grupo Especial que entendió inicialmente en el asunto constató lo siguiente: "... constatamos que los pagos relativos a las exportaciones de aeronaves regionales en el marco del plan de equiparación de los tipos de interés del PROEX constituyen subvenciones a la exportación incompatibles con el artículo 3 del Acuerdo SMC".³ El Grupo Especial inicial recomendó en

¹ WT/DS46/RW, 9 de mayo de 2000.

² Las recomendaciones y resoluciones del OSD resultaron de la adopción, por el OSD, del informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Brasil - Aeronaves* y del informe del Grupo Especial que entendió inicialmente en esa diferencia, modificado por el informe del Órgano de Apelación (informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Aeronaves*, WT/DS46/AB/R, adoptado el 20 de agosto de 1999; informe del Grupo Especial inicial, *Brasil - Aeronaves*, WT/DS46/R, adoptado el 20 de agosto de 1999, modificado por el informe del Órgano de Apelación.) El OSD recomendó que el Brasil "retirara" sus subvenciones a la exportación prohibidas en un plazo de 90 días, es decir para el 18 de noviembre de 1999.

³ Informe del Grupo Especial inicial, *Brasil - Aeronaves*, *supra*, nota 2, párrafo 8.2.

consecuencia "que el Brasil retire sin demora las subvenciones identificadas *supra*"⁴, lo que en esta diferencia se constató que significaba un plazo de 90 días.⁵ En la apelación, el Órgano de Apelación confirmó esta recomendación.⁶

3. El Brasil adoptó medidas para aplicar las recomendaciones y resoluciones del OSD. Considerando que las medidas adoptadas por el Brasil para cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD no eran compatibles con el párrafo 1 a) del artículo 3 del *Acuerdo SMC*, el Canadá solicitó que este asunto se sometiera al Grupo Especial que entendió inicialmente en el asunto, de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD.⁷ El 9 de diciembre de 1999, el OSD sometió el asunto al Grupo Especial inicial.

4. El Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 examinó las alegaciones del Canadá de que el Brasil no había cumplido las recomendaciones y resoluciones del OSD. El Canadá alegó que el Brasil seguía emitiendo los bonos NTN-I en cumplimiento de cartas de compromiso emitidas antes del 18 de noviembre de 1999 en los términos y condiciones del PROEX antes de su modificación; y que las modificaciones del PROEX adoptadas por el Brasil no constituían el retiro de las subvenciones, dado que el PROEX seguía siendo incompatible con la prohibición de las subvenciones a la exportación establecida en el párrafo 1 a) del artículo 3 del *Acuerdo SMC*.

5. El informe del Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 se distribuyó a los Miembros de la Organización Mundial del Comercio (la "OMC") el 9 de mayo de 2000. Dicho Grupo Especial concluyó que, como consecuencia de la continuación de la emisión de los bonos NTN-I en cumplimiento de cartas de compromiso emitidas antes del 18 de noviembre de 1999, y como consecuencia de la incompatibilidad del PROEX modificado con el párrafo 1 a) del artículo 3 del *Acuerdo SMC*, las medidas del Brasil para cumplir la recomendación del OSD no existen o no son compatibles con el *Acuerdo SMC*. En consecuencia, el Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 concluyó que el Brasil no había aplicado la recomendación del OSD de que retirara las subvenciones a la exportación para las aeronaves regionales en el marco del PROEX en un plazo de 90 días.⁸

6. El 22 de mayo de 2000, el Brasil notificó al OSD su intención de apelar contra determinadas cuestiones de derecho comprendidas en el informe del Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 e

⁴ Informe del Grupo Especial inicial, *Brasil - Aeronaves*, *supra*, nota 2, párrafo 8.4.

⁵ *Ibid.*, párrafo 8.5.

⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Aeronaves*, *supra*, nota 2, párrafo 197.

⁷ WT/DS46/13 (26 de noviembre de 1999).

⁸ Informe del Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21, párrafo 7.1.

interpretaciones jurídicas formuladas por dicho Grupo Especial, de conformidad con el párrafo 8 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* y el párrafo 4 del artículo 16 del ESD, y presentó un anuncio de apelación de conformidad con la regla 20 y el párrafo 1 de la regla 31 de los *Procedimientos de trabajo para el examen en apelación* (los "*Procedimientos de trabajo*"). El 29 de mayo de 2000, el Brasil presentó su comunicación del apelante.⁹ El 5 de junio de 2000, el Canadá presentó su comunicación del apelado.¹⁰ El mismo día, las Comunidades Europeas y los Estados Unidos presentaron sendas comunicaciones en calidad de terceros participantes.¹¹

7. El 19 de junio de 2000 se celebró la audiencia en la apelación. Los participantes y los terceros participantes expusieron oralmente sus argumentos y respondieron a las preguntas que les formularon los Miembros de la Sección que conocía de esta apelación.

II. Antecedentes

8. Las medidas en litigio sometidas al Grupo Especial inicial eran determinadas subvenciones a la exportación concedidas en el marco del *Programa de Financiamento às Exportações* ("PROEX") del Brasil para las ventas de aeronaves a los compradores extranjeros de la Empresa Brasileira de Aeronáutica S.A. ("Embraer"), un fabricante brasileño de aeronaves regionales. El Grupo Especial inicial describió determinados aspectos fácticos del PROEX¹², tal como el PROEX existía en ese momento. Hicimos una reseña de estos aspectos.¹³ El Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 describió los aspectos fácticos del PROEX tal como fue revisado por el Brasil (el "PROEX revisado") a la luz de las recomendaciones y resoluciones del OSD.¹⁴ Más adelante hacemos una reseña de los

⁹ De conformidad con el párrafo 1 de la regla 21 de los *Procedimientos de trabajo*.

¹⁰ De conformidad con la regla 22 de los *Procedimientos de trabajo*.

¹¹ De conformidad con la regla 24 de los *Procedimientos de trabajo*.

¹² Informe del Grupo Especial inicial, *Brasil - Aeronaves*, *supra*, nota 2, párrafos 2.1 a 2.6.

¹³ Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Aeronaves*, *supra*, nota 2, párrafos 3 a 6.

¹⁴ Informe del Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21, párrafos 2.1 a 2.6. El Brasil comunicó al OSD que había aplicado las recomendaciones de éste mediante, además de la Resolución 2667, la Circular 2881. Esta última establece "los porcentajes máximos que pueden aplicarse en el marco de los sistemas de equiparación de los tipos de interés utilizados para las operaciones PROEX". Estos porcentajes máximos abarcan la financiación hasta 10 años, con el tipo de equiparación de los tipos de interés más alto fijado en el 2,5 por ciento para la financiación durante un plazo de "9 años y hasta 10 años". En la primera comunicación del Brasil al Grupo Especial, no obstante, el Brasil indicó que la Circular 2881 representa "una medida adicional que no afecta directamente al asunto que está examinando este Grupo Especial". Sobre la base de esta declaración, el Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 llegó a la conclusión de que el Brasil no afirmaba que la Circular 2881 fuese pertinente para el examen por dicho Grupo Especial de la compatibilidad del PROEX revisado con el *Acuerdo SMC*. Informe del Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21, nota 25. Esta conclusión no fue objeto de apelación.

aspectos fácticos del PROEX revisado, sobre la base de la reseña contenida en el informe del Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21.

9. El PROEX es administrado por el *Comitê de Crédito às Exportações* (el "Comité"), un grupo interorganismos dentro del Ministerio de Hacienda del Brasil. El Banco del Brasil se ocupa de las operaciones diarias del PROEX.¹⁵ En el marco del PROEX, el Gobierno del Brasil otorga subvenciones de equiparación de los tipos de interés para las ventas que efectúan los exportadores brasileños, incluida Embraer, como se describe *infra*.

10. Las condiciones de financiación para la cual se efectúan los pagos de equiparación de los tipos de interés son establecidas por decretos ministeriales. La duración de la financiación, que se determina según el producto que ha de ser exportado, varía normalmente de 1 año a 10 años. En el caso de las aeronaves regionales, no obstante, este plazo a menudo se ha extendido a 15 años, mediante una exención de las directrices pertinentes del PROEX. La duración del plazo de financiación, a su vez, determina el margen que ha de equipararse: el pago oscila entre 0,5 puntos porcentuales por año, por un plazo de hasta seis meses, y 2,5 puntos porcentuales por año, por un plazo de nueve años o más. La Resolución N° 2667, de 19 de noviembre de 1999, dispone que, con respecto a la financiación de las aeronaves regionales, "los tipos de equiparación se establecerán caso por caso y según niveles que pueden ser diferenciales, basados preferiblemente en el tipo aplicado al Bono del Tesoro a 10 años de los Estados Unidos, más un margen adicional del 0,2 por ciento anual, y que se revisarán periódicamente de conformidad con las prácticas del mercado."¹⁶ El banco prestamista cobra su tipo de interés normal por la transacción y recibe el pago de dos fuentes: el comprador y el Gobierno del Brasil. De esta forma, el PROEX reduce los costos de financiación del comprador y, en consecuencia, reduce el costo global para el comprador de la compra de una aeronave Embraer.

11. La participación del PROEX en las operaciones de financiación para aeronaves comienza cuando el fabricante -Embraer- solicita la aprobación de las subvenciones PROEX de equiparación de los tipos de interés antes de la conclusión de un contrato formal con el comprador. El Comité, si da su aprobación, expide una carta de compromiso al fabricante, en la que el Gobierno del Brasil se compromete a prestar ayuda en el marco del PROEX, a condición de que el comprador y el fabricante celebren el contrato correspondiente a la operación dentro de un plazo determinado, generalmente de 90 días (sujeto a renovación), y de conformidad con los términos y condiciones establecidos en la

¹⁵ *Ibid.*, párrafo 2.4.

¹⁶ Informe del Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21, párrafo 2.3.

solicitud inicial.¹⁷ La carta de compromiso, en general, establece que los pagos PROEX se efectuarán en 30 cuotas semestrales iguales y consecutivas durante un período de financiación de 15 años. Generalmente el primer pago ha de efectuarse seis meses después de la fecha de entrega de cada aeronave.¹⁸

12. Los pagos por concepto de equiparación de los tipos de interés en el marco del PROEX comienzan una vez que la aeronave ha sido exportada. Los pagos se efectúan en forma de bonos que el PROEX expide a la institución financiera. Después de confirmada cada operación de exportación, el Banco del Brasil solicita al Tesoro Nacional del Brasil la emisión de bonos denominados Notas del Tesoro Nacional - Serie I (bonos "NTN-I"). El Tesoro Nacional emite estos bonos y los transfiere al Banco del Brasil, que a su vez los transfiere al banco prestamista (o a su agente). El banco prestamista puede rescatar los bonos sobre una base semestral, durante la duración de la financiación, o venderlos en el mercado a una tasa de descuento en el momento mismo en que los recibe.¹⁹ Los bonos NTN-I se expresan en moneda brasileña, indexada al dólar en la fecha de emisión de los bonos. Estos solamente pueden rescatarse en el Brasil, y únicamente en moneda brasileña.²⁰

III. Argumentos de los participantes y los terceros participantes

A. Alegaciones de error formuladas por el apelante - Brasil

1. Emisión de los bonos NTN-I en cumplimiento de las cartas de compromiso emitidas antes del 18 de noviembre de 1999

13. El Brasil alega, en contra de las conclusiones del Grupo Especial establecido de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21, que la continuación de la emisión de los bonos NTN-I en cumplimiento de compromisos contraídos antes de la modificación del PROEX es compatible con el *Acuerdo SMC*. En particular, el Brasil sostiene que las subvenciones en cuestión ya han sido "concedidas" en el sentido del párrafo 2 del artículo 3 del *Acuerdo SMC* y, en consecuencia, no hay acción posible con respecto a estas subvenciones en virtud del artículo 3. El Brasil sostiene que el Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 incurrió en error al concluir que los pagos PROEX de equiparación de los tipos de interés para las aeronaves regionales se "conceden" en el momento de la emisión de los bonos NTN-I, independientemente de *cuándo* fue vendida la aeronave. El Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 se equivocó al constatar que el momento de la "concesión" de

¹⁷ *Ibid.*, párrafo 2.5.

¹⁸ *Ibid.*, párrafo 2.6.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ Informe del Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21, párrafo 2.6.

una subvención a la exportación a efectos del párrafo 2 del artículo 3 del *Acuerdo SMC* es diferente desde el punto de vista jurídico del momento en que la subvención se "otorga" en virtud del artículo 1 de dicho Acuerdo.

14. En opinión del Brasil, el Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 debería haber determinado que la subvención se "concede" cuando el Brasil hace una "contribución financiera" y con ello se "otorga" un beneficio. Esto sucede cuando se emite la carta de compromiso y la transacción queda perfeccionada mediante el contrato concluido en cumplimiento de ese compromiso. Por tanto, para los contratos que fueron firmados antes del 18 de noviembre de 1999, la subvención ya ha sido "concedida" en el sentido del párrafo 2 del artículo 3. Por consiguiente, estas subvenciones no están sujetas a la recomendación del OSD de "retirar" las subvenciones a la exportación prohibidas.

2. ¿Están "permitidas" las subvenciones a la exportación en el marco del PROEX en virtud del punto k) de la Lista ilustrativa?

15. El Brasil alega que las subvenciones en el marco del PROEX revisado están "permitidas" en virtud del punto k) de la Lista ilustrativa de subvenciones a la exportación contenida en el Anexo I del *Acuerdo SMC* (la "Lista ilustrativa"). El Brasil aduce que el Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 incurrió en error al concluir que el primer párrafo del punto k) no puede interpretarse "*a contrario sensu*" para demostrar que una subvención está "permitida". Según el Brasil, si las subvenciones del tipo definido en el primer párrafo del punto k) "se [utilizan] para lograr una ventaja importante en las condiciones de los créditos a la exportación", constituyen subvenciones a la exportación prohibidas. Si, por el contrario, no "se [utilizan] para lograr una ventaja importante en las condiciones de los créditos a la exportación", no constituyen subvenciones a la exportación prohibidas en virtud del *Acuerdo SMC*.

16. El Brasil considera que el Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 incurrió en error al concluir que la cláusula de la "ventaja importante" del primer párrafo del punto k) no puede utilizarse para establecer que una subvención a la exportación está "permitida". Dicho Grupo Especial, al apoyarse en la nota 5 del *Acuerdo SMC*, hizo caso omiso del sentido corriente del texto del punto k). El Grupo Especial debería haber interpretado la cláusula de la "ventaja importante" "*a contrario sensu*" y haber concluido que un pago que no "se [utiliza] para lograr una ventaja importante" no está *prohibido* en virtud del *Acuerdo SMC*; en otras palabras, que esa subvención es una subvención "permitida".

17. El Brasil observa que el primer párrafo del punto k) se aplica, entre otras cosas, al "pago [por los gobiernos] de la totalidad o parte de los costes en que incurran los exportadores o instituciones financieras para la obtención de créditos". El Brasil sostiene que el Grupo Especial del párrafo 5 del

artículo 21 incurrió en error al concluir que los pagos PROEX no son "pagos" en el sentido del primer párrafo del punto k). Según el Brasil, dicho Grupo Especial cometió dos errores con respecto a esta cuestión. Los términos del primer párrafo del punto k) no deberían interpretarse en sentido restringido, de modo que no se considere que las instituciones financieras incurren en costos al obtener créditos a la exportación. El hecho de que un exportador o una institución financiera *otorgue* créditos no significa que no los *obtenga* a determinado costo. Además, el Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 no efectuó ninguna distinción entre las situaciones en las que el prestamista es una institución financiera *fuera* del Brasil y las situaciones en las que el prestamista es una institución financiera *dentro* del Brasil.

18. Según el Brasil, el Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 incurrió en error al concluir que el Brasil no demostró que las subvenciones PROEX no "se [utilizan] para lograr una ventaja importante en las condiciones de los créditos a la exportación". En particular, dicho Grupo Especial sostuvo, incorrectamente, que un tipo de interés que resulta de una garantía del Gobierno, que el Brasil presentó como prueba del mercado de créditos a la exportación, nunca puede ser un tipo "comercial". Contradice esta conclusión la prueba no cuestionada que consta en el expediente del Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 de que los tipos apoyados por garantías gubernamentales son, muy claramente, una parte del mercado. Ni el Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 ni el Canadá señalaron ninguna prueba de ninguna financiación comercial de exportaciones de aeronaves que no estuviese apoyada, de alguna forma, por un gobierno. Dicho Grupo Especial debería haber constatado que el término "comercial" a efectos de la determinación de la ventaja importante significa cualquier tipo del mercado que no sea incompatible con el *Acuerdo SMC*. El Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 también incurrió en error al concluir que las transacciones a un tipo de interés flotante no eran pertinentes para evaluar la cuestión de si el PROEX se "[utilizaba] para lograr una ventaja importante en las condiciones de los créditos a la exportación".

19. Por otra parte, el Brasil afirma que el Grupo Especial establecido al amparo del párrafo 5 del artículo 21 incurrió en error al asignar al Brasil la carga de probar que su medida aplica las recomendaciones y resoluciones del OSD, en lugar de asignar al Canadá la carga de probar que esa medida no las aplica. La inversión de la carga de la prueba por parte del Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 es contraria a la tesis que sostuvo el Órgano de Apelación en *Chile - Impuestos a las bebidas alcohólicas* ("*Chile - Bebidas alcohólicas*")²¹, que atribuye una presunción de cumplimiento a las medidas adoptadas por los Miembros para aplicar las recomendaciones y resoluciones del OSD. Por último, el Brasil alega que el Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 aplicó una presunción

²¹ WT/DS87/AB/R/, WT/DS110/AB/R, adoptado el 12 de enero de 2000, párrafo 74.

errónea de corrección a las declaraciones no fundadas hechas por el Canadá con respecto a los tipos de interés que efectivamente aplicaba.

B. *Argumentación del apelado - Canadá*

1. Emisión de los bonos NTN-I en cumplimiento de cartas de compromiso emitidas con anterioridad al 18 de noviembre de 1999

20. Según el Canadá, es indiscutible que el Brasil no adoptó ninguna medida para modificar las cartas de compromiso en el marco del PROEX preexistente en relación con las aeronaves exportadas después del 18 de noviembre de 1999, y que el Brasil continúa la emisión de bonos NTN-I para efectuar pagos de equiparación de los tipos de interés para las aeronaves exportadas después del 18 de noviembre de 1999 en cumplimiento de los términos y condiciones de las cartas de compromiso emitidas antes de esa fecha. En consecuencia, el Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 procedió correctamente al constatar que el Brasil no ha "retirado" las subvenciones a la exportación prohibidas, dado que continúa "concediendo" estas subvenciones. Independientemente de los otros significados que pueda tener, el término "retirar", como mínimo, debe abarcar el hecho de cesar de "conceder o mantener" como continúa haciendo el Brasil- subvenciones prohibidas a tenor del párrafo 2 del artículo 3 del *Acuerdo SMC*.

21. En contra de la afirmación del Brasil, el Canadá alega que la letra clara y la estructura del *Acuerdo SMC* apoyan la conclusión del Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 de que la cuestión de si una subvención "existe" es distinta desde el punto de vista jurídico de la cuestión del momento en que una subvención se "concede" a efectos del párrafo 2 del artículo 3, y que las subvenciones PROEX se "conceden" en el momento en que se emiten los bonos NTN-I. Además, como observó el Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21, la aceptación de la alegación del Brasil permitiría a un Miembro de la OMC, hasta el último día del período de aplicación, comprometerse por contrato a "conceder" en el futuro subvenciones prohibidas durante años, y quedar al abrigo de toda acción significativa en el marco del sistema de solución de diferencias de la OMC.

2. ¿Están "permitidas" las subvenciones a la exportación en el marco del PROEX en virtud del punto k) de la Lista ilustrativa?

22. El Canadá alega que el Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 procedió correctamente al concluir que las subvenciones PROEX no están "permitidas" en virtud del punto k) de la Lista ilustrativa. El Canadá se remite al argumento del Brasil de que dicho Grupo Especial incurrió en error al concluir que el texto del primer párrafo del punto k) no puede utilizarse para demostrar que una subvención que está supeditada a los resultados de exportación en el sentido del párrafo 1 a) del

artículo 3 está "permitida". El Canadá observa que este argumento es un elemento central de la alegación del Brasil de que el PROEX revisado está en conformidad con el *Acuerdo SMC*.

23. El Canadá sostiene que el Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 determinó correctamente que el primer párrafo del punto k) no crea tal excepción "*a contrario sensu*". Si bien el Brasil insiste en que el Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 debería haber examinado solamente el texto mismo del propio punto k), el Canadá alega que dicho Grupo Especial comenzó acertadamente por interpretar el texto del artículo 3 y de la nota 5 del *Acuerdo SMC*, que contiene la prohibición de las subvenciones a la exportación, así como los parámetros de cualquier excepción a dicha prohibición. En particular, el Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 determinó que, en su sentido corriente, la nota 5 ofrece un texto que sirve como base para decidir cuándo la Lista ilustrativa puede utilizarse para demostrar que una práctica incluida en la misma no constituye una subvención a la exportación prohibida. El Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 determinó con acierto que solamente las disposiciones de la Lista ilustrativa que establecen en forma afirmativa que una práctica no es una subvención a la exportación quedan comprendidas en el ámbito de la nota 5, cuando se lee de acuerdo con su sentido corriente. El primer párrafo del punto k) no contiene tal enunciación afirmativa. Por consiguiente, en opinión del Canadá, no crea una excepción a la prohibición del artículo 3.

24. El Canadá señala que el Brasil alega que el Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 incurrió en error al concluir que los pagos PROEX no son "pagos" en el sentido del primer párrafo del punto k) de la Lista ilustrativa. El Brasil discrepa de la conclusión fáctica de dicho Grupo Especial de que no puede considerarse que las instituciones financieras involucradas en la financiación de las transacciones con apoyo del PROEX que proporcionan créditos a la exportación *obtienen* esos créditos. Sin embargo, según el Canadá, la conclusión del Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 se deriva del sentido corriente del texto del punto k) en tanto se aplica a los pagos PROEX que, como se constató en el procedimiento inicial, se efectúan para reducir los tipos de interés por debajo de los tipos del mercado y no para reembolsar los costos de los préstamos.

25. El Canadá también sostiene que el Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 no estaba convencido, como adujo el Brasil, de que los pagos PROEX sirven para reembolsar los costos incurridos por las instituciones financieras para obtener créditos. Dicho Grupo Especial constató, como un hecho indiscutible, que las instituciones financieras que reciben los pagos PROEX son, en muchos casos, instituciones internacionales de primera importancia que no incurren en los costos adicionales a que hacen frente las instituciones financieras brasileñas. Además, tanto el Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 como el Órgano de Apelación en el procedimiento inicial habían concluido que los pagos PROEX son pagos para reducir el tipo de interés pagado por los compradores

de las aeronaves. El Canadá alega que los pagos PROEX, en este contexto, no hacen nada para reducir el costo en que incurren las instituciones financieras brasileñas para obtener los créditos.

26. Según el Canadá, la alegación del Brasil de que el Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 incurrió en error en varios aspectos al constatar que los pagos en el marco del PROEX revisado "se [utilizan] para lograr una ventaja importante en las condiciones de los créditos a la exportación" es infundada. A la luz del análisis de la cláusula de la "ventaja importante" realizado anteriormente por el Órgano de Apelación, la labor que correspondía al Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 era calcular los tipos de interés que reciben apoyo del PROEX en relación con los tipos *comerciales* que podrían estar disponibles en el mercado. La negativa de dicho Grupo Especial a considerar una transacción apoyada por una garantía de préstamo proporcionada por el Banco de Exportación-Importación de los Estados Unidos como prueba de tales tipos de interés comercial fue correcta porque, por su propia naturaleza, un préstamo garantizado por un gobierno no puede considerarse efectuado a un tipo comercial.

27. Además, el Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 determinó correctamente que, dadas las circunstancias del presente caso, las transacciones a tipos de interés flotantes no eran pertinentes como prueba del mercado de los tipos de interés fijos. Según el Canadá, el Brasil no pudo explicar qué tipo mínimo aplicaría si proporcionara pagos PROEX en apoyo de tipos de interés flotantes. En estas circunstancias, el Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 no tuvo otra opción que desestimar el ejemplo de la transacción a un tipo de interés flotante proporcionado por el Brasil.

28. Además, en contra de lo alegado por el Brasil, el Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 asignó correctamente la carga de la prueba en cada una de las etapas del procedimiento. El argumento del Brasil hace una caracterización completamente equivocada de la conclusión del Órgano de Apelación en *Chile - Bebidas alcohólicas*. La cuestión que examinamos aquí nada tiene que ver con las medidas adoptadas anteriormente por el Brasil o con una presunción de que el Brasil esté actuando de mala fe; se refiere en cambio a que el Brasil no ha satisfecho la carga de la prueba respecto de una "defensa afirmativa". Correspondía al Brasil demostrar que el mercado ofrecía tipos de interés al mismo nivel de los resultantes de la aplicación de los pagos PROEX. El Brasil no probó que tales tipos existan.

C. Argumentos de los terceros participantes

1. Comunidades Europeas

29. Las Comunidades Europeas comienzan su comunicación con observaciones sobre el acuerdo al que llegaron el Brasil y el Canadá en la presente diferencia sobre, entre otras cosas, la sustanciación

del procedimiento previsto en el párrafo 5 del artículo 21 del ESD. Aunque las Comunidades Europeas aceptan que las partes pueden concluir acuerdos con respecto a cuestiones procesales en los procedimientos de solución de diferencias, tales acuerdos no pueden, en su opinión, afectar a los derechos de los terceros. Las Comunidades Europeas están preocupadas por el hecho de que, en algunas diferencias sustanciadas al amparo del párrafo 5 del artículo 21, las partes hayan acordado de forma bilateral prescindir de las consultas formales previstas en el artículo 4 del ESD. Las Comunidades Europeas consideran que esto es incompatible con el ESD y perjudica los derechos de los terceros. Reconocen que esta cuestión no se ha planteado ante el Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 y no es objeto de apelación. Sin embargo, consideran que sería útil para todos los Miembros contar con una resolución sobre esta cuestión y agradecerían que el Órgano de Apelación formulara una declaración en el sentido de que las "partes en una diferencia no podrán celebrar acuerdos con respecto a la sustanciación del procedimiento de solución de diferencias que perjudiquen los derechos e intereses de otros Miembros, en particular con respecto a su participación como terceros."²²

- a) Emisión de los bonos NTN-I en cumplimiento de cartas de compromiso expedidas con anterioridad al 18 de noviembre de 1999

30. Según las Comunidades Europeas, la constatación del Grupo Especial establecido de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 de que el Brasil no ha retirado las subvenciones PROEX otorgadas en cumplimiento de cartas de compromiso emitidas con anterioridad al 18 de noviembre de 1999 era correcta, pues el Brasil sigue "concediendo" esas subvenciones en el sentido del párrafo 2 del artículo 3 del *Acuerdo SMC*. Las subvenciones se "conceden" a los efectos de dicho párrafo cuando se emiten los bonos NTN-I, y no cuando se emiten las cartas de compromiso. El momento en que la subvención "existe" en virtud del artículo 1 no es pertinente a esta cuestión.

- b) ¿Están "permitidas" las subvenciones a la exportación en el marco del PROEX en virtud del punto k) de la Lista ilustrativa?

31. Las Comunidades Europeas están de acuerdo con la constatación del Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 de que la relación entre la prohibición contenida en el párrafo 1 a) del artículo 3 del *Acuerdo SMC* y la Lista ilustrativa se rige exclusivamente por la nota 5. La interpretación "*a contrario sensu*" de los puntos de la Lista ilustrativa, incluso en la forma condicionada propuesta por los Estados Unidos, daría a la nota 5 una lectura ajena al *Acuerdo SMC*. Además, el Brasil no explica por qué los redactores habrían limitado el alcance de la nota 5 a solamente algunas de las medidas de la Lista ilustrativa.

²² Comunicación de las Comunidades Europeas como tercero participante, párrafo 15.

32. Las Comunidades Europeas están de acuerdo con la constatación del Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 de que un Miembro puede demostrar, mediante pruebas positivas, que un tipo de interés neto inferior al Tipo de Interés Comercial de Referencia ("CIRR") pertinente establecido por el *Acuerdo de la OCDE relativo a las directrices para los créditos a la exportación concedidos con apoyo oficial* (el "*Acuerdo de la OCDE*"), no "se [utilizan] para lograr una ventaja importante en las condiciones de los créditos a la exportación". Sin embargo, las Comunidades Europeas consideran que el Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 no formuló ni aplicó el punto de referencia adecuado para determinar si un tipo de interés inferior al CIRR logra una "ventaja importante". Según dicho Grupo Especial, el punto de referencia pertinente sería el "tipo de interés comercial mínimo" que se pueda obtener en el mercado, del cual el Grupo Especial consideró que quedaban excluidos todos los tipos que recibían apoyo oficial. En opinión de las Comunidades Europeas, los puntos de referencia adecuados son los tipos de interés disponibles en el mercado, independientemente de que reciban o no apoyo oficial.

33. Sin embargo, las Comunidades Europeas están de acuerdo con la conclusión del Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 de que el Brasil no probó, como le correspondía, que el punto de referencia que estableció, el tipo de los Bonos del Tesoro de los Estados Unidos a 10 años más un margen de 20 puntos básicos, fue el adecuado. El ejemplo dado por el Brasil de una transacción a un tipo de interés flotante garantizada por el Banco de Exportación-Importación de los Estados Unidos no constituía, como concluyó correctamente el Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21, una prueba pertinente, dado que los tipos flotantes no son directamente comparables con los tipos fijos.

2. Estados Unidos

a) Emisión de bonos NTN-I en cumplimiento de cartas de compromiso emitidas con anterioridad al 18 de noviembre de 1999

34. Los Estados Unidos sostienen que en el contexto del presente asunto es correcta la conclusión del Grupo Especial establecido de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 en el sentido de que la continuación de la emisión de los bonos NTN-I en cumplimiento de cartas de compromiso emitidas antes del 18 de noviembre de 1999 no es compatible con la recomendación del OSD, con arreglo al párrafo 7 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*, de "retirar" las subvenciones. En consecuencia, los Estados Unidos estiman que el Órgano de Apelación debería confirmar la conclusión final del Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21. Sin embargo, los Estados Unidos consideran que la cuestión del momento en que la subvención "existe" en virtud del artículo 1 del *Acuerdo SMC* no es pertinente a la cuestión relativa a la obligación del Brasil de "retirar" las subvenciones declaradas prohibidas y de abstenerse de "conceder" o "mantener" esas subvenciones.

- b) ¿Están "permitidas" las subvenciones a la exportación en el marco del PROEX en virtud del punto k) de la Lista ilustrativa?

35. Como se alegó durante las primeras etapas de la presente diferencia, los Estados Unidos consideran que el Órgano de Apelación debería revocar la interpretación del Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 con respecto a la cuestión "*a contrario sensu*". Los Estados Unidos se remiten a sus argumentos anteriores sobre esta cuestión. Además, los Estados Unidos discrepan de la siguiente declaración del Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21: "Coincidimos con el Brasil en que el *Acuerdo SMC* no debe ser interpretado de forma que prevea para los países en desarrollo Miembros un trato especial y *menos* favorable en las condiciones de los créditos a la exportación si el texto del Acuerdo permite una interpretación alternativa."²³ Los Estados Unidos sostienen que no hay ningún fundamento para utilizar esta consideración como método de interpretación.

36. Los Estados Unidos alegan a continuación que el Brasil se equivoca cuando aduce que cualquier tipo ofrecido por un banco comercial que recibe apoyo de una garantía de préstamo proporcionada por un gobierno compatible con el *Acuerdo SMC* constituye un tipo "comercial". En opinión de los Estados Unidos, el hecho de que una garantía de préstamo proporcionada por un gobierno sea compatible con el punto j) de la Lista ilustrativa no significa que la financiación que se garantiza sea "comercial". Significa simplemente que la transacción no constituye una subvención a la exportación prohibida.

37. Además, el Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 incurrió en error al imponer al Brasil la carga de probar que el PROEX, tal como fue revisado, no "se [utiliza] para lograr una ventaja importante en las condiciones de los créditos a la exportación". Los Estados Unidos consideran que ni el punto k) ni ningún otro punto de la Lista ilustrativa constituye una "defensa afirmativa". En cambio, el punto k) describe la norma jurídica que el Canadá, como reclamante, debe demostrar que el Brasil ha violado.

IV. Cuestiones planteadas en esta apelación

38. En esta apelación se plantean las siguientes cuestiones:

- a) si la continuación de la emisión de los bonos NTN-I en cumplimiento de cartas de compromiso emitidas con anterioridad al 18 de noviembre de 1999, en los términos y condiciones del PROEX tal como existía antes de que fuese revisado, es compatible con la recomendación del OSD, formulada de conformidad con el párrafo 7 del

²³ Informe del Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21, párrafo 6.47.

artículo 4 del *Acuerdo SMC*, de retirar las medidas consideradas subvenciones a la exportación prohibidas incompatibles con el párrafo 1 a) del artículo 3 del *Acuerdo SMC*; y

- b) si los pagos efectuados en el marco del PROEX, tal como fue revisado por el Brasil, son pagos "permitidos" en virtud del punto k) de la Lista ilustrativa de subvenciones a la exportación contenida en el Anexo I del *Acuerdo SMC* (la "Lista ilustrativa").

V. Emisión de bonos NTN-I en cumplimiento de cartas de compromiso emitidas con anterioridad al 18 de noviembre de 1999

39. La reclamación del Canadá con respecto a esta cuestión se limita a la alegación de que el Brasil no ha "retirado" las subvenciones a la exportación prohibidas concedidas en el marco del PROEX que el Grupo Especial que entendió inicialmente en el asunto consideró incompatibles con el párrafo 1 a) del artículo 3 del *Acuerdo SMC*. El Canadá alega que el Brasil ha continuado, *después* del período de aplicación de 90 días que finalizaba el 18 de noviembre de 1999, la emisión de bonos NTN-I en cumplimiento de cartas de compromiso emitidas *antes* del 18 de noviembre de 1999, sobre la base de los términos y condiciones del PROEX tal como ese programa existía antes de que el Brasil lo revisara.

40. El Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 constató que la continuación de la emisión de los bonos NTN-I en cumplimiento de cartas de compromiso emitidas *antes* del 18 de noviembre de 1999 representa una "concesión" de subvenciones supeditadas a los resultados de exportación incompatible con las disposiciones del párrafo 2 del artículo 3 del *Acuerdo SMC*. El Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 señaló la constatación del Grupo Especial inicial de que las subvenciones a la exportación en el marco del PROEX se "conceden", en el sentido del párrafo 4 del artículo 27 del *Acuerdo SMC*, cuando se emiten los bonos NTN-I, y también observó que el Órgano de Apelación había confirmado esta constatación.²⁴ En opinión de dicho Grupo Especial, no había ningún motivo para atribuir al término "concederá" tal como se utiliza en el párrafo 2 del artículo 3 del *Acuerdo SMC* un significado diferente del atribuido al término "concedan" a efectos del párrafo 4 del artículo 27 de dicho Acuerdo. Por lo tanto, el Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 dedujo que la emisión de bonos NTN-I por el Brasil constituye la "concesión" de subvenciones a la exportación prohibidas en el sentido del párrafo 2 del artículo 3.²⁵ En consecuencia, dicho Grupo Especial llegó a la conclusión de que al continuar "concediendo" subvenciones a la exportación prohibidas mediante la continuación

²⁴ Informe del Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21, párrafo 6.10.

²⁵ *Ibid.*, párrafo 6.11.

de la emisión de los bonos NTN-I, el Brasil no ha cumplido la recomendación del OSD de que "retirara" estas subvenciones a la exportación para las aeronaves regionales en el marco del PROEX en un plazo de 90 días, es decir, para el 18 de noviembre de 1999.²⁶

41. En la apelación, el Brasil alega que el Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 incurrió en error al constatar que la continuación de la emisión de los bonos NTN-I en cumplimiento de cartas de compromiso emitidas *antes* del 18 de noviembre de 1999 representa la "concesión" de subvenciones supeditadas a los resultados de exportación. El Brasil alega que la *emisión* de los bonos NTN-I no entraña la "concesión" de "subvenciones PROEX" porque las "subvenciones PROEX" se "conceden" en una etapa anterior. El Brasil sostiene que las "subvenciones PROEX" se conceden cuando el Gobierno del Brasil hace una contribución financiera y "con ello se [otorga] un beneficio"²⁷; es decir, las subvenciones se "conceden" cuando se considera que "existen" conforme al artículo 1. Según el Brasil, "esto ocurre cuando se emite una carta de compromiso y la transacción se perfecciona mediante un contrato concertado en cumplimiento de ese compromiso".²⁸ En consecuencia, el Brasil sostiene que la continuación de la emisión de los bonos NTN-I después del 18 de noviembre de 1999, en cumplimiento de estos "compromisos anteriores en el marco del PROEX"²⁹, no entraña la "concesión" de subvenciones a la exportación prohibidas que el Brasil esté obligado a "retirar".

42. Recordamos la conclusión del Grupo Especial inicial de que "los pagos relativos a las exportaciones de aeronaves regionales en el marco del plan de equiparación de los tipos de interés del PROEX constituyen subvenciones a la exportación incompatibles con el artículo 3 del Acuerdo SMC".³⁰ En la apelación, confirmamos esta conclusión.³¹ Por lo tanto, el OSD recomendó que el Brasil retirara las subvenciones a la exportación prohibidas en el marco del PROEX en un plazo de 90 días, es decir, para el 18 de noviembre de 1999.

43. Con respecto a las cartas de compromiso emitidas antes del 18 de noviembre de 1999, la reclamación del Canadá se limita a la alegación de que el Brasil no ha "retirado" la medida que se ha constatado que entraña subvenciones a la exportación prohibidas porque ha continuado emitiendo

²⁶ *Ibid.*, párrafo 6.17.

²⁷ Comunicación del apelante presentada por el Brasil, párrafo 18.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Ibid.*, párrafo 4, epígrafe III.

³⁰ Informe del Grupo Especial inicial, *Brasil - Aeronaves*, *supra*, nota 2, párrafo 8.2.

³¹ Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Aeronaves*, *supra*, nota 2, párrafo 197.

bonos NTN-I *después* del 18 de noviembre de 1999.³² No se nos pide que en nuestro examen de esta cuestión abordemos cualquier otro aspecto de la obligación del Brasil de "retirar", en cumplimiento de la recomendación del OSD, las subvenciones a la exportación prohibidas.

44. No estimamos que los argumentos del Brasil con respecto al momento en que se considera que una subvención "existe" en virtud del párrafo 1 del artículo 1 del *Acuerdo SMC*, y al momento en que se considera que se "concede" en virtud del párrafo 2 del artículo 3 de ese Acuerdo, sean pertinentes a nuestro análisis de la cuestión que se nos ha sometido. Las subvenciones a la exportación en el marco del PROEX que están en cuestión en esta apelación fueron consideradas, por el Grupo Especial inicial y por nosotros mismos, subvenciones a la exportación prohibidas incompatibles con el párrafo 1 a) del artículo 3 del *Acuerdo SMC*. El Brasil no objetó la existencia de una "subvención" en el procedimiento sustanciado ante el Grupo Especial inicial³³; y el Brasil también admitió ante dicho Grupo Especial que las subvenciones en el marco del PROEX estaban supeditadas a los resultados de exportación.³⁴ La única cuestión que tenemos ante nosotros en este momento es si la continuación de la emisión de los bonos NTN-I por el Brasil *después* del 18 de noviembre de 1999, en cumplimiento de cartas de compromiso emitidas *antes* del 18 de noviembre de 1999, es compatible con la recomendación del OSD de "retirar" las subvenciones a la exportación prohibidas en un plazo de 90 días.

45. Examinando el sentido corriente de "retirar", ("withdraw") observamos, en primer lugar, que este término ha sido definido como "remove" (eliminar, suprimir, etc.) o "take away"³⁵ (quitar, llevarse), y como "to take away what has been enjoyed; to take from"³⁶ (quitar algo de lo que se ha disfrutado; sacar). Esta definición sugiere que la expresión "retirar" una subvención, a tenor del párrafo 7 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*, se refiere a "eliminar" o "quitar" esa subvención. Observamos también que el Brasil reconoce que no ha adoptado *ninguna medida* para aplicar la recomendación del OSD con respecto a las transacciones relacionadas con los bonos NTN-I emitidos en cumplimiento de cartas de compromiso emitidas con anterioridad al 18 de noviembre de 1999.³⁷ A este respecto, el Grupo Especial mencionado declaró que "el Brasil no niega que sigue emitiendo

³² *Supra*, párrafo 39.

³³ Grupo Especial inicial, *Brasil - Aeronaves*, *supra*, nota 2, párrafo 7.12.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Concise Oxford English Dictionary* (Clarendon Press, 1995), página 1609.

³⁶ *Black's Law Dictionary* (West Publishing, 1990), página 1602.

³⁷ Informe del Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21, párrafo 6.7.

bonos NTN-I con respecto a los compromisos asumidos antes del 18 de noviembre de 1999".³⁸ Por tanto, los bonos NTN-I siguen emitiéndose, después del 18 de noviembre de 1999, exactamente en los mismos términos y condiciones que antes. Estos bonos, en lo fundamental, representan desembolsos efectuados en el marco del PROEX. La institución financiera puede optar por vender los bonos en el mercado o simplemente recibir los pagos cuando sean exigibles.³⁹ Por tanto, el Brasil sigue efectuando pagos, después del 18 de noviembre de 1999, en el marco del programa de subvenciones del que se ha constatado que entraña subvenciones a la exportación prohibidas incompatibles con el párrafo 1 a) del artículo 3 del *Acuerdo SMC*, es decir el programa PROEX tal como estaba constituido anteriormente. En nuestra opinión, seguir efectuando pagos en virtud de una medida de subvención a la exportación declarada prohibida no es compatible con la obligación de "retirar" subvenciones a la exportación prohibidas, en el sentido de "eliminar" o "quitar". Por tanto, consideramos que la recomendación del OSD exige que el Brasil cese de emitir los bonos NTN-I a partir del 18 de noviembre de 1999 en cumplimiento de las cartas de compromiso emitidas antes de dicha fecha.⁴⁰

46. Tomamos nota del argumento del Brasil expuesto al Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 en el sentido de que el Brasil tiene la obligación contractual, con arreglo a su legislación nacional, de emitir bonos PROEX en cumplimiento de compromisos que ya había contraído, y que tendría que pagar daños y perjuicios por incumplimiento de contrato si no respetara esas obligaciones contractuales.⁴¹ No obstante, en respuesta a una pregunta que le formulamos en la audiencia, el Brasil admitió que la legislación interna de un Miembro de la OMC no excusa a ese Miembro de cumplir sus obligaciones internacionales. Al igual que el Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21⁴², no consideramos que cualquier obligación contractual privada, que el Brasil pueda tener con arreglo a su legislación nacional, sea pertinente a la cuestión de si la recomendación del OSD de "retirar" las subvenciones a la exportación prohibidas permite que continúe la emisión de bonos NTN-I en virtud de cartas de compromisos emitidas antes del 18 de noviembre de 1999.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Véase *supra*, párrafo 12.

⁴⁰ Recordamos que, en el párrafo 18 de su comunicación del apelante, el Brasil se refirió al "perfeccionamiento" del contrato concertado en cumplimiento de una carta de compromiso, así como a la emisión de la carta de compromiso misma (véase, *supra*, párrafo 41). Observamos que nuestra conclusión, contenida en el párrafo 45, se basa en la fecha en la que se emiten los bonos NTN-I y no en la fecha en que se emite la carta de compromiso o en que se "perfecciona" el contrato. Para nuestro razonamiento, no tiene importancia saber si la carta de compromiso fue o no "perfeccionada" mediante un contrato firmado antes del 18 de noviembre de 1999.

⁴¹ Informe del Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21, párrafo 6.16.

⁴² *Ibid.*

47. Por todas estas razones, confirmamos la conclusión del Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 de que el Brasil no ha cumplido la recomendación del OSD de que retirara las subvenciones a la exportación con respecto a las ventas de aeronaves regionales en el marco del PROEX en cumplimiento de cartas de compromisos emitidas con anterioridad al 18 de noviembre de 1999.

VI. ¿Están "permitidas" las subvenciones a la exportación en el marco del PROEX con arreglo al punto k) de la Lista ilustrativa?

A. Introducción

48. El Grupo Especial inicial constató que las subvenciones a la exportación en el marco del PROEX están prohibidas en virtud del párrafo 1 a) del artículo 3 del *Acuerdo SMC*, y nosotros confirmamos esta constatación. El OSD recomendó al Brasil, con arreglo al párrafo 7 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*, que "retirara" estas subvenciones prohibidas para el 18 de noviembre de 1999. El Brasil optó por aplicar la recomendación del OSD revisando el PROEX. El Canadá alega, en este aspecto de estas actuaciones al amparo del párrafo 5 del artículo 21, que el Brasil no ha "retirado" las subvenciones a la exportación prohibidas, tal como lo ha recomendado el OSD, porque el PROEX revisado no es compatible con las obligaciones que impone al Brasil el párrafo 1 a) del artículo 3 del *Acuerdo SMC*.⁴³ El Brasil sostiene, en respuesta, que el PROEX revisado está justificado en virtud del punto k) de la Lista ilustrativa.⁴⁴

49. El Grupo Especial inicial constató -y el Brasil no lo objetó- que el PROEX entraña "subvenciones", en el sentido del artículo 1 del *Acuerdo SMC*, que están "supeditadas a los resultados de exportación", en el sentido del párrafo 1 a) del artículo 3 de ese Acuerdo.⁴⁵ El Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 observó que el Brasil no sugirió que las modificaciones que el Brasil ha introducido hasta ahora en el PROEX signifiquen que el PROEX revisado no entrañe subvenciones a la exportación en los términos del párrafo 1 a) del artículo 3.⁴⁶ En cambio, el Brasil sostiene en estas actuaciones de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21, que las subvenciones a la exportación en el marco del PROEX revisado están justificadas por el punto k) de la Lista ilustrativa.⁴⁷ A este respecto, el Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 también declaró que el Brasil ha reconocido

⁴³ Informe del Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21, párrafo 6.3.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ Informe del Grupo Especial inicial, *Brasil – Aeronaves*, *supra*, nota 2, párrafos 7.12 y 7.15.

⁴⁶ Informe del Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21, párrafo 6.21.

⁴⁷ *Ibid.*, párrafo 6.22.

que está haciendo valer, al apoyarse en el punto k), una presunta "defensa afirmativa" y que, en consecuencia, le corresponde al Brasil la carga de demostrar su derecho a ella.⁴⁸

50. Para determinar si el Brasil tenía derecho a ampararse en esa "defensa", el Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 consideró las cuestiones siguientes. En primer lugar, dicho Grupo Especial declaró que la "defensa" del Brasil depende de la tesis de que el primer párrafo del punto k) puede utilizarse para establecer que una subvención a la exportación en el sentido del punto k) está permitida por el *Acuerdo SMC*. A continuación, el mismo Grupo Especial declaró que la "defensa" del Brasil depende de que el Brasil demuestre: a) que los pagos PROEX constituyen "el pago [por los gobiernos] de la totalidad o parte de los costes en que incurran los exportadores o instituciones financieras para la obtención de créditos" en el sentido del primer párrafo 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"⁴⁹.

51. El Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 afirmó que el argumento del Brasil "depende" de que el Brasil pueda esgrimir con éxito sus argumentos jurídicos y fácticos con respecto a *cada una de las tres cuestiones*.⁵⁰ Por lo tanto, si el Brasil no hubiera satisfecho su carga de la prueba con respecto a *cualquiera* de estas cuestiones, dicho Grupo Especial podría haber rechazado solamente por ello el argumento del Brasil. El Grupo Especial declaró que "[s]in embargo, en esta diferencia sustanciada al amparo del párrafo 5 del artículo 21, hemos decidido ocuparnos de todos estos tres elementos de la defensa del Brasil. En nuestra opinión, este enfoque más completo proporcionará un mayor grado de claridad y orientación a las partes con respecto a la aplicación".⁵¹ Por consiguiente, el Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 examinó cada una de estas tres cuestiones y constató que el Brasil no había satisfecho su carga de la prueba con respecto a ninguna de ellas. En consecuencia, concluyó que el PROEX revisado no estaba justificado por el punto k) y que, por lo tanto, el Brasil no había aplicado la recomendación del OSD de que "retirara" sus subvenciones a la exportación en el marco del PROEX en el plazo de 90 días.

52. Habiendo indicado las conclusiones del Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21, consideramos útil resumir el razonamiento de dicho Grupo Especial sobre cada una de estas tres cuestiones.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ Informe del Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21, párrafo 6.23.

53. Como hemos observado, la primera cuestión es si el primer párrafo del punto k) de la Lista ilustrativa puede interpretarse de modo tal que los pagos que *no* "se utilicen para lograr una ventaja importante en las condiciones de los créditos a la exportación" estén "permitidos" en virtud del *Acuerdo SMC*. Al examinar esta cuestión, el Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 destacó la importancia de la nota 5 al párrafo 1 a) del artículo 3. El texto de la nota 5 es el siguiente: "Las medidas *mencionadas en el Anexo 1, como medidas que no constituyen subvenciones a la exportación* no estarán prohibidas en virtud de ésta ni de ninguna otra disposición del presente Acuerdo" (itálicas añadidas). El Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 dijo que: "En su sentido corriente, la nota 5 se relaciona con situaciones en las que se hace referencia a una medida que *no* constituye una subvención a la exportación".⁵² Dicho Grupo Especial constató lo siguiente:

El primer párrafo del punto k), ... no contiene ninguna declaración afirmativa de que una medida *no* constituya una subvención a la exportación ni que las medidas que no reúnen las condiciones establecidas en ese punto de la Lista ilustrativa *no* están prohibidas. Al contrario, el primer párrafo del punto k), al parecer, sólo identifica medidas que *son* subvenciones a la exportación prohibidas. Por lo tanto, en nuestra opinión, el primer párrafo del punto k), a primera vista, no queda comprendido en la nota 5, leída conforme a su sentido corriente.⁵³

El Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 concluyó que el primer párrafo del punto k) no puede ser utilizado para establecer que una subvención que está supeditada a los resultados de exportación en el sentido del párrafo 1 a) del artículo 3 está "permitida".⁵⁴

54. La segunda cuestión considerada por el Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 es si las subvenciones a la exportación con arreglo al PROEX revisado constituyen el "pago" por el Brasil "de la totalidad o parte de los costes en que incurran los exportadores o instituciones financieras para la obtención de créditos" en el sentido del primer párrafo del punto k). El Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 constató lo siguiente:

Si bien las instituciones financieras que se ocupan de financiar las transacciones con apoyo del PROEX ... por cierto *proporcionan* créditos a la exportación, no puede considerarse que *obtienen* esos créditos En pocas palabras, no estamos de acuerdo en que los pagos a un prestamista que equivalen a un apoyo a los tipos de interés puedan razonablemente considerarse pagos de la totalidad o parte de los costes para la obtención de créditos a la exportación.⁵⁵

⁵² *Ibid.*, párrafo 6.36.

⁵³ *Ibid.*, párrafo 6.37.

⁵⁴ *Ibid.*, párrafo 6.67. El Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 repitió esta conclusión en el párrafo 6.106 ii).

⁵⁵ Informe del Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21, párrafo 6.72.

55. La tercera cuestión considerada por el Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 fue si las subvenciones a la exportación en el marco del PROEX revisado "se [utilizan] 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 ilustrativa. Dicho Grupo Especial dijo lo siguiente:

... en virtud del primer párrafo del punto k), tal como fue interpretado por el Órgano de Apelación, un Miembro podría demostrar que un pago no fue utilizado para lograr una ventaja importante en las condiciones de los créditos a la exportación, incluso si dio lugar a un tipo de interés inferior al CIRR, en caso de que pudiera demostrar que el tipo de interés neto resultante de ese pago no fue inferior al tipo de interés *comercial* mínimo con respecto a esa moneda.⁵⁶

56. En su razonamiento sobre esta tercera cuestión, el mencionado Grupo Especial consideró las pruebas presentadas por el Brasil en apoyo de su argumento.⁵⁷ El Grupo Especial examinó las pruebas y llegó a la conclusión de que "el Brasil no ha demostrado que los pagos PROEX no se 'utilicen para lograr una ventaja importante en las condiciones de los créditos a la exportación' en el sentido del primer párrafo del punto k)".⁵⁸

57. En la apelación, el Brasil alega que el Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 incurrió en error en sus constataciones con respecto a cada una de estas tres cuestiones, y también en su constatación de que la carga de la prueba con respecto al primer párrafo del punto k) corresponde al Brasil. En primer lugar, con respecto a si el primer párrafo del punto k) puede utilizarse como base para alegar que determinadas subvenciones a la exportación están "permitidas", el Brasil sostiene que el Grupo Especial se equivocó al apoyarse en la nota 5. El Brasil pone de relieve, ante todo, que su argumento de que las subvenciones en el marco del PROEX revisado están "permitidas" no se basó en la nota 5 sino en una interpretación "*a contrario sensu*" del texto del primer párrafo del punto k).⁵⁹ En segundo lugar, el Brasil alega que el Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 incurrió en error en su constatación de que el Brasil no demostró que las subvenciones en el marco del PROEX revisado constituyen el "pago" por los gobiernos "de la totalidad o parte de los costes en que incurran los exportadores o instituciones financieras para la obtención de créditos", a tenor del primer párrafo del punto k).⁶⁰ Y en tercer lugar, el Brasil alega que el Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21

⁵⁶ *Ibid.*, párrafo 6.92.

⁵⁷ *Ibid.*, párrafos 6.94 a 6.105.

⁵⁸ *Ibid.*, párrafo 6.106.

⁵⁹ Comunicación del apelante presentada por el Brasil, párrafo 26.

⁶⁰ Comunicación del apelante presentada por el Brasil, párrafos 35 a 48.

incurrió en error al constatar que el Brasil no demostró que las subvenciones en el marco del PROEX revisado *no* "se [utilizan] para lograr una ventaja importante en las condiciones de los créditos a la exportación". Con respecto a esta tercera cuestión, el Brasil afirma que dicho Grupo Especial incurrió en error al concluir que un tipo de interés neto que "resulte de una garantía del gobierno" no es un tipo "comercial".⁶¹ Con respecto a esta cuestión, además, el Brasil alega que ese Grupo Especial incurrió en error al rechazar la prueba de una transacción con un tipo de interés flotante por considerarla no pertinente a una transacción con un tipo de interés fijo.⁶² Además, el Brasil sostiene que el Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 invirtió la carga de la prueba al exigir al Brasil que demostrara que las subvenciones en el marco del PROEX revisado *no* "se [utilizan] para lograr una ventaja importante en las condiciones de los créditos a la exportación".⁶³

58. Habiendo expuesto las conclusiones del Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 y habiendo resumido el razonamiento que siguió dicho Grupo Especial para llegar a dichas conclusiones, así como los argumentos presentados por el Brasil en la apelación con respecto a éstas, pasamos ahora a realizar nuestro propio análisis de estas tres cuestiones. En primer lugar, observamos que 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. Por lo tanto, si el Brasil no logra demostrar *cualquiera* de estas tres cuestiones, fracasará la presunta "defensa afirmativa" del Brasil en virtud del punto k). Teniendo esto presente, comenzamos nuestro análisis abordando la última cuestión examinada por el Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21, es decir, si las subvenciones en el marco del PROEX revisado "se [utilizan] para lograr una ventaja importante en las condiciones de los créditos a la exportación".

B. *Las subvenciones a la exportación en el marco PROEX ¿"se [utilizan] para lograr una ventaja importante en las condiciones de los créditos a la exportación"?*

59. Al abordar esta cuestión, comenzamos recordando que, en este aspecto de su reclamación, el Canadá alega que el Brasil no ha "retirado" las subvenciones a la exportación prohibidas, como lo exige la recomendación del OSD, formulada en virtud del párrafo 7 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*, porque el PROEX revisado no es compatible con las obligaciones que impone al Brasil el párrafo 1 a) del artículo 3 del *Acuerdo SMC*. Por tanto, se deduce que este aspecto de las actuaciones al amparo del párrafo 5 del artículo 21 abarca solamente las medidas adoptadas por el Brasil con el propósito de

⁶¹ *Ibid.*, párrafo 51.

⁶² *Ibid.*, párrafo 58.

⁶³ *Ibid.*, párrafos 60 y 61.

"retirar" la medida de subvenciones a la exportación prohibidas mediante la revisión del programa PROEX.

60. El primer párrafo del punto k) de la Lista ilustrativa dice lo siguiente:

La concesión por los gobiernos (u organismos especializados sujetos a su control y/o que actúen bajo su autoridad) de créditos a los exportadores a tipos inferiores a aquellos que tienen que pagar realmente para obtener los fondos empleados con este fin (o a aquellos que tendrían que pagar si acudiesen a los mercados internacionales de capital para obtener fondos al mismo plazo, con las mismas condiciones de crédito y en la misma moneda que los créditos a la exportación), o *el pago de la totalidad o parte de los costes en que incurran los exportadores o instituciones financieras para la obtención de créditos, en la medida en que se utilicen para lograr una ventaja importante en las condiciones de los créditos a la exportación.* (Itálicas añadidas)

61. El primer párrafo del punto k) contiene ejemplos -ilustraciones- de determinados tipos de prácticas de crédito a la exportación que constituyen subvenciones a la exportación prohibidas con arreglo al párrafo 1 a) del artículo 3 del *Acuerdo SMC*. Uno de estos ejemplos, o ilustraciones, se relaciona con el "pago [por los gobiernos] de la totalidad o parte de los costes en que incurran los exportadores o instituciones financieras para la obtención créditos". Esos "pagos" se consideran subvenciones a la exportación con arreglo al punto k) "en la medida en que se utilicen para lograr una ventaja importante en las condiciones de los créditos a la exportación". En nuestro informe sobre *Brasil - Aeronaves*, examinamos el sentido de esta cláusula de la "ventaja importante" contenida en el punto k). En dicho informe resolvimos que para determinar si un pago "se [utiliza] para lograr una ventaja importante" hay que comparar las condiciones de los créditos a la exportación disponibles en el marco de la medida en cuestión y algún otro "punto de referencia comercial".⁶⁴ Declaramos que "consideramos que el segundo párrafo del punto k) es un contexto útil para interpretar la cláusula de la 'ventaja importante' contenida en el texto del primer párrafo".⁶⁵ Y, a este respecto, identificamos el Tipo de Interés Comercial de Referencia (el "CIRR"), definido en el *Acuerdo relativo a las directrices para los créditos a la exportación con apoyo oficial* (el "*Acuerdo de la OCDE*"), como un "punto de referencia comercial" adecuado.⁶⁶ Explicamos que:

... tal vez sea adecuado considerar el *Acuerdo de la OCDE* como *ejemplo* de un compromiso internacional que establece *determinado punto de referencia comercial* para determinar si los pagos efectuados por los gobiernos, comprendidos en las

⁶⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Aeronaves*, *supra*, nota 2, párrafo 181.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ *Ibid.*

disposiciones del punto k), "se [utilizan] para lograr una ventaja importante en las condiciones de los créditos a la exportación".⁶⁷ (Itálicas añadidas)

62. También indicamos, en ese informe, que el CIRR representa el tipo de interés *mínimo* autorizado que, en virtud del *Acuerdo de la OCDE*, se puede ofrecer a los prestatarios en las transacciones de créditos a la exportación con apoyo oficial.⁶⁸ Observamos entonces que:

El hecho de que determinado tipo de interés *neto* esté por debajo del CIRR pertinente es una *indicación positiva* de que en ese caso el pago por el gobierno se ha utilizado "para lograr una ventaja importante en las condiciones de los créditos a la exportación".⁶⁹ (Itálicas añadidas)

63. El Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21, a partir de nuestro informe sobre *Brasil - Aeronaves*, llegó correctamente a la conclusión de que "el CIRR no fue establecido como criterio exclusivo o inmutable aplicable en todos los casos".⁷⁰ Dicho Grupo Especial declaró entonces que:

... consideramos que, en virtud del primer párrafo del punto k), tal como fue interpretado por el Órgano de Apelación, un Miembro podría demostrar que un pago no fue utilizado para lograr una ventaja importante en las condiciones de los créditos a la exportación, *incluso si dio lugar a un tipo de interés inferior al CIRR*, ...⁷¹ (Itálicas añadidas)

64. Coincidimos con esta interpretación jurídica de la cláusula de la "ventaja importante" contenida en el punto k) que ha formulado el Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21. Una vez más, como dijimos en nuestro informe sobre *Brasil - Aeronaves*, el CIRR constituye "*un ejemplo*" de un "punto de referencia comercial" que puede utilizarse para determinar si un "pago" se utiliza para "lograr una ventaja importante" (itálicas añadidas). El CIRR es un tipo de interés calculado para una moneda determinada en un momento determinado, que no siempre refleja necesariamente el estado real de los mercados crediticios.⁷² Consideramos que cuando el CIRR no refleje efectivamente los tipos disponibles en el mercado, un Miembro debería poder, en principio, apoyarse en pruebas del mercado mismo a fin de establecer un "punto de referencia comercial" alternativo, sobre el que podría

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ Observamos que un participante en el *Acuerdo de la OCDE* siempre puede ofrecer a los prestatarios créditos a la exportación con apoyo oficial si, además de respetar el CIRR, también respeta las otras "condiciones de reembolso" del *Acuerdo de la OCDE* (véase Introducción, *Acuerdo de la OCDE*).

⁶⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Aeronaves*, *supra*, nota 2, párrafo 182.

⁷⁰ Informe del Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21, párrafo 6.84.

⁷¹ *Ibid.*, párrafo 6.92.

⁷² El CIRR se calcula sobre la base de las normas y principios establecidos en los artículos 15 y 16 del *Acuerdo de la OCDE*.

basarse en una o varias transacciones.⁷³ Por tanto, el CIRR no constituye, necesariamente, el *único* "punto de referencia comercial" que puede utilizarse para determinar si un pago "se [utiliza] para lograr una ventaja importante en las condiciones de los créditos a la exportación", en el sentido del punto k) de la Lista ilustrativa.

65. Sin embargo, antes de examinar la cuestión de la aplicación de la cláusula de la "ventaja importante" en este caso debemos examinar la cuestión de la carga de la prueba en relación con el punto k). El Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 constató que el argumento del Brasil al amparo del punto k) constituía una presunta "defensa afirmativa" respecto de la cual correspondía al Brasil la carga de la prueba.⁷⁴ El Brasil apela contra esta constatación.⁷⁵

66. Recordamos que, ante el Grupo Especial que entendió inicialmente en el asunto *Brasil - Aeronaves*, el Brasil reconoció que tenía la carga de demostrar su presunta "defensa" al amparo del punto k).⁷⁶ Sin embargo, en estas actuaciones en virtud del párrafo 5 del artículo 21, el Brasil alega que esta carga de la prueba, en relación con el punto k), corresponde al Canadá.⁷⁷ En nuestra opinión, el hecho de que la medida en cuestión fue "adoptada para cumplir" "las recomendaciones y resoluciones" del OSD no modifica la asignación de la carga de probar la "defensa" del Brasil al amparo del punto k). A este respecto, observamos que el Brasil admite que la medida en el marco del PROEX revisado está, en principio, prohibida en virtud del párrafo 1 a) del artículo 3 del *Acuerdo SMC*; sin embargo, el Brasil afirma que la medida del PROEX está justificada en virtud del primer párrafo del punto k). Por tanto, en nuestra opinión, el Brasil está claramente utilizando el punto k) para hacer una alegación afirmativa en su defensa. En el asunto *Estados Unidos - Medida que afecta a las importaciones de camisas y blusas de tejidos de lana procedentes de la India*, dijimos: "Por lo tanto, es razonable que la carga de fundar esa defensa [afirmativa] incumba a la parte que la invoca."⁷⁸ Como en estas actuaciones es el Brasil quien invoca esta "defensa" utilizando el punto k), coincidimos con el Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 en que corresponde al Brasil la carga de probar que

⁷³ Véase, para más información, el párrafo 73 *infra*. Observamos que no es necesario que investiguemos, en nuestras actuaciones, si las transacciones que entrañan la intervención del gobierno, tales como garantías de préstamos de los gobiernos, pueden proporcionar pruebas de un "punto de referencia comercial" adecuado, *inferior* al CIRR, para determinar si los "pagos", con arreglo al punto k), "se [utilizan] para lograr una ventaja importante en las condiciones de los créditos a la exportación".

⁷⁴ Informe del Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21, párrafo 6.22.

⁷⁵ Comunicación del apelante presentada por el Brasil, párrafos 60 y 61. Los argumentos del Brasil se resumen en el párrafo 19 *supra*.

⁷⁶ Informe del Grupo Especial inicial, *Brasil - Aeronaves*, *supra*, nota 2, párrafo 7.17.

⁷⁷ Comunicación del apelante presentada por el Brasil, párrafos 60 y 61.

⁷⁸ WT/DS33/AB/R, adoptado el 23 de mayo de 1997, página 18.

el PROEX revisado está justificado en virtud del primer párrafo del punto k), incluida la carga de probar que los pagos efectuados en el marco del PROEX revisado *no* "se [utilizan] para lograr una ventaja importante en las condiciones de los créditos a la exportación".

67. Para demostrar que las subvenciones en el marco del PROEX revisado no "se [utilizan] para lograr una ventaja importante en las condiciones de los créditos a la exportación", el Brasil debe probar: *o bien* que los tipos de interés netos en el marco del PROEX revisado se encuentran a un nivel igual o superior al del CIRR pertinente, el "punto de referencia comercial" específico que en la diferencia inicial identificamos como una base de comparación "adecuada"⁷⁹; *o bien*, que es apropiado un "punto de referencia comercial" alternativo, distinto del CIRR, y que los tipos de interés netos en el marco del PROEX revisado se encuentran al mismo nivel o por encima del nivel de este "punto de referencia comercial" alternativo.

68. El Brasil no alega que los tipos de interés netos en el marco del PROEX revisado estén al mismo nivel o por encima del CIRR pertinente. De hecho, el Brasil no niega que los tipos de interés netos en el marco del PROEX revisado estén normalmente *por debajo* del CIRR pertinente.⁸⁰ En cambio, el Brasil alega que existe un "punto de referencia comercial" alternativo que es "adecuado", y que los tipos de interés netos en el marco del PROEX revisado se encuentran al mismo nivel o por encima de este "punto de referencia comercial" alternativo. En la Resolución 2667, el Brasil identifica el tipo de los Bonos del Tesoro de los Estados Unidos más 20 puntos básicos (0,2 por ciento) como el "punto de referencia comercial" "adecuado".⁸¹ El Brasil adujo ante el Grupo Especial mencionado que la sanción de la Resolución 2667:

... significa en la práctica ... que las solicitudes de apoyo para la equiparación de los tipos de interés del PROEX para aeronaves de transporte regional sólo recibirán una consideración favorable si indican un tipo de interés neto para el prestatario igual o superior al de los Bonos del Tesoro a 10 años de los Estados Unidos ("T-Bill") más un 0,2 por ciento anual.⁸²

⁷⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Aeronaves*, *supra*, nota 2, párrafo 181.

⁸⁰ Respuesta del Brasil a la pregunta 1 del Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21, (informe del Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21, página 150. Observamos que el 12 de julio de 2000, el CIRR para las transacciones de créditos a la exportación por un plazo superior a ocho años y medio, en dólares de los Estados Unidos, fue del 7,69 por ciento, mientras que el tipo correspondiente a los Bonos del Tesoro de los Estados Unidos a diez años más 20 puntos básicos fue del 6,29 por ciento.

⁸¹ Informe del Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21, párrafo 6.19.

⁸² Primera comunicación del Brasil al Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21, párrafo 6 (informe del Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21, página 116).

El Brasil sostiene, sobre esta base, que el PROEX revisado *no* "se [utiliza] 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 ilustrativa.

69. Para probar este argumento, el Brasil debe establecer los *dos* elementos siguientes: en primer lugar, debe probar que ha identificado un "punto de referencia comercial" adecuado; y, en segundo lugar, debe probar que los tipos de interés netos en el marco del PROEX revisado están al mismo nivel o por encima de ese punto de referencia.

70. Consideramos, en primer lugar, si el Brasil ha establecido un "punto de referencia comercial" adecuado, diferente del CIRR. En un esfuerzo por hacerlo, el Brasil presentó al Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 pruebas relacionadas con dos ejemplos.

71. Como primer ejemplo, el Brasil presentó documentación relativa a las condiciones de una transacción de financiación de exportaciones, a un tipo de interés flotante, para grandes aeronaves civiles, apoyada por las garantías de crédito a la exportación del Banco de Exportación-Importación de los Estados Unidos. El Brasil adujo ante el Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 que el tipo de interés de esta transacción⁸³, más una cantidad que refleja una comisión única de garantía que el Brasil calculó que podría haber sido cobrada por el prestamista, debería compararse con el tipo de interés neto "mínimo" de los créditos a la exportación que se benefician de los pagos en el marco del PROEX revisado, es decir, el tipo de los Bonos del Tesoro de los Estados Unidos a 10 años más 20 puntos básicos (un 0,2 por ciento). En opinión del Brasil, el tipo de interés neto "mínimo" de los créditos a la exportación con apoyo del PROEX es superior al tipo de interés neto de esa transacción concreta del Banco de Exportación-Importación.⁸⁴ Además, como segundo ejemplo, el Brasil alegó que el Canadá, por conducto de la Corporación de Fomento de las Exportaciones (la "EDC"), ha otorgado créditos a la exportación para las aeronaves regionales a tipos que son inferiores al CIRR pertinente.⁸⁵

72. El Brasil sostuvo ante el Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 que, habida cuenta de estos dos ejemplos, el Brasil debería también estar facultado a apoyar los créditos a la exportación a tipos de interés netos inferiores al CIRR, en particular el tipo aplicable a los Bonos del Tesoro de los Estados Unidos a 10 años más 20 puntos básicos. En esta apelación, el Brasil sostiene que dicho

⁸³ LIBOR más 3 puntos básicos, es decir el 0,03 por ciento.

⁸⁴ Informe del Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21, párrafo 6.94.

⁸⁵ *Ibid.*, párrafo 6.97; véase la respuesta del Canadá a la pregunta 4 a) del Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21, (informe del Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21, página 94).

Grupo Especial incurrió en error al constatar que la prueba de estos dos ejemplos no demostraba la existencia de un "punto de referencia comercial" adecuado para el PROEX revisado. Por lo tanto, nos corresponde examinar ambos ejemplos citados por el Brasil.

73. Con respecto al primero -el contrato de garantía concluido con el Banco de Exportación-Importación de los Estados Unidos- observamos que el Brasil ha presentado pruebas en relación con una transacción de créditos a la exportación efectiva de este tipo. Sobre la base de esta *única* transacción, el Brasil intentó establecer un "punto de referencia comercial" *generalizado*, aplicable a *todas* las transacciones de crédito a la exportación; este punto de referencia era el tipo de los Bonos del Tesoro de los Estados Unidos a 10 años más 20 puntos básicos. Observamos que los términos y condiciones de las transacciones de los créditos a la exportación en el mercado varían considerablemente según las circunstancias de cada transacción de crédito a la exportación, tales como el producto de que se trate⁸⁶, la magnitud o el volumen de la transacción, la clase de práctica seguida en materia de crédito a la exportación, la duración del plazo de reembolso, el tipo de interés (fijo o flotante) utilizado y el momento en que se concluye la transacción. En nuestra opinión, el Brasil no ha demostrado que la prueba que presentó, referida a una *única* transacción de crédito a la exportación del Banco de Exportación-Importación, sea suficiente, por sí sola, para justificar el "tipo de referencia comercial" *generalizado* en el que se basa el Brasil en *todas* las transacciones relativas a las aeronaves regionales en el marco del PROEX revisado.

74. Además, observamos también que plantearía, en cualquier caso, otras dificultades tomar como base la transacción del Banco de Exportación-Importación para establecer un "punto de referencia comercial" para el PROEX. Como hemos observado, los términos y condiciones de las transacciones de los créditos a la exportación en el mercado varían considerablemente. Al identificar un "punto de referencia comercial" "adecuado" por debajo del CIRR, un Miembro de la OMC debe demostrar que el "punto de referencia" sobre el que se apoya se basa en pruebas de transacciones pertinentes y comparables en el mercado. A este respecto, observamos que la transacción del Banco de Exportación-Importación se relaciona con *grandes aeronaves civiles*, mientras que los pagos PROEX se relacionan con *aeronaves a reacción para transporte regional*. Además, la transacción del Banco implica la financiación a un tipo de interés *flotante*, mientras que la del PROEX implica la financiación a un tipo de interés *fijo*. Por último, la transacción del Banco implica una *garantía de préstamo* del gobierno, en lugar de los *pagos de equiparación de los tipos de interés* efectuados en el marco del PROEX.⁸⁷ Por lo tanto, tenemos reservas sobre las cuales no necesitamos formular

⁸⁶ Observamos que, en estas actuaciones, nos referimos a aeronaves regionales. Por supuesto, el punto k) se aplica en el contexto de las transacciones de créditos a la exportación relativas a otros productos.

⁸⁷ Recordamos que no es necesario que decidamos en este caso si las transacciones que implican garantías de préstamo del gobierno pueden proporcionar un "punto de referencia comercial" adecuado, por

opiniones- con respecto a la pertinencia de la transacción del Banco de Exportación-Importación, en la que se apoya el Brasil para intentar establecer un "punto de referencia comercial" para el PROEX.

75. En lo que respecta al segundo ejemplo -las afirmaciones del Brasil relativas a la financiación de la EDC por debajo del CIRR pertinente- observamos que el Canadá ha admitido que la financiación de la EDC, en algunos casos, ha sido ofrecida a cierto tipo de interés no especificado, inferior al CIRR pertinente.⁸⁸ Sin embargo, el Brasil no ha proporcionado *ninguna prueba* de ninguna transacción específica en la que la EDC haya ofrecido financiación a tipos inferiores al CIRR pertinente, y tampoco ha ofrecido ninguna prueba del tipo específico efectivamente ofrecido por la EDC en estas transacciones. En nuestra opinión, la admisión por parte del Canadá de que la EDC ha ofrecido, en determinadas transacciones, un tipo de interés no especificado *algo* inferior al CIRR aplicable no identifica, en modo alguno, un "tipo de referencia comercial" *generalizado* alternativo inferior al CIRR. En pocas palabras, la admisión por parte del Canadá no explica por qué el tipo de interés específico elegido para el PROEX revisado -el tipo aplicable a los Bonos del Tesoro de los Estados Unidos a 10 años, más 20 puntos básicos (es decir, el 0,2 por ciento)- debería considerarse como un "punto de referencia comercial" adecuado.

76. Por lo tanto, constatamos que el Brasil no ha establecido un "punto de referencia comercial" adecuado para el PROEX revisado en relación con la cláusula "de la ventaja importante" del primer párrafo del punto k) de la Lista ilustrativa. Dijimos que el Brasil debía probar *tanto* que había identificado un "punto de referencia comercial" adecuado por debajo del CIRR *como* que sus tipos de interés netos en el marco del PROEX revisado se encuentran al mismo nivel o por encima de ese punto de referencia.⁸⁹ Dado que el Brasil no ha identificado un "punto de referencia comercial" "adecuado" inferior al CIRR, no es posible determinar si los tipos de interés netos en el marco del PROEX revisado se encuentran al mismo nivel o por encima de tal "punto de referencia comercial".

77. Por estos motivos, estamos de acuerdo con la conclusión del Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 de que "el Brasil no ha demostrado que los pagos PROEX no 'se utilicen para lograr una

debajo del CIRR, para determinar si un "pago", en virtud del punto k), "se [utiliza] para lograr una ventaja importante en las condiciones de los créditos a la exportación". (*Supra*, párrafo 64, nota 73)

⁸⁸ El Canadá admite que hubo "casos en que determinadas transacciones financieras de la EDC se realizaron con arreglo a un tipo de interés inferior al CIRR aplicable en la fecha en que se cerró la transacción". No obstante, el Canadá alega que con la excepción de una transacción de Cuenta del Canadá, el tipo de interés aplicado respecto de las aeronaves regionales ha sido un tipo de interés "basado en el mercado". Según el Canadá esto se debe a que el CIRR va a la zaga del mercado porque se fija una vez al mes, mientras que los tipos del mercado fluctúan en forma más regular. (Véase la respuesta del Canadá a la pregunta 4 a) del Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21, (informe del Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21, páginas 94 y 95).)

⁸⁹ Véase, *supra*, párrafo 69.

ventaja importante en las condiciones de los créditos a la exportación' en el sentido del primer párrafo del punto k)" de la Lista ilustrativa.⁹⁰

C. *¿Constituyen las subvenciones a la exportación en el marco del PROEX "pagos" en el sentido del primer párrafo del punto k)?*

78. El Brasil también apela contra la constatación del Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 de que las subvenciones a la exportación en el marco del PROEX revisado no son "pagos" en el sentido del primer párrafo del punto k). Hemos constatado que el Brasil no ha demostrado que las subvenciones a la exportación del PROEX revisado no "se [utilizan] para lograr una ventaja importante en las condiciones de los créditos a la exportación" en el sentido del primer párrafo del punto k). Como observamos antes, a fin de establecer una justificación en virtud del punto k), el Brasil debe probar cada una de las tres cuestiones que alegó ante el Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21.⁹¹ Como el Brasil no ha probado uno de los elementos necesarios para demostrar que los pagos efectuados en el marco del PROEX revisado están justificados por el punto k), no estimamos necesario examinar la cuestión de si las subvenciones a la exportación del PROEX revisado son "el pago [por los gobiernos] de la totalidad parte de los costes en que incurran los exportadores o instituciones financieras para la obtención de créditos" en el sentido del primer párrafo del punto k). En consecuencia, no examinamos las conclusiones formuladas por el Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 con respecto a esta cuestión⁹². Estas conclusiones de dicho Grupo Especial son superfluas y, por lo tanto, no tienen ningún efecto jurídico.

D. *¿Puede interpretarse el primer párrafo del punto k) en el sentido de que establece que una subvención a la exportación está "permitida"?*

79. El Brasil también apela contra la conclusión del Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 de que "el primer párrafo del punto k) no puede utilizarse para determinar que una subvención que está supeditada a los resultados de exportación en el sentido del párrafo 1 a) del artículo 3, está 'permitida'".⁹³

80. 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",

⁹⁰ Informe del Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21, párrafo 6.106.

⁹¹ Véase, *supra*, párrafo 58.

⁹² Informe del Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21, párrafo 6.72.

⁹³ *Ibid.*, párrafo 6.67. Véase también el informe del Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21, párrafo 6.106 ii).

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. Sin embargo, el Brasil no ha demostrado que esas condiciones del punto k) estén reunidas en este caso. Al formular esta observación, deseamos hacer hincapié en que no estamos interpretando la nota 5 del *Acuerdo SMC*, y que no opinamos sobre el alcance de dicha nota ni sobre el significado de cualquier otro de los puntos de la Lista ilustrativa.

81. Sin embargo, no consideramos necesario pronunciarnos sobre estas cuestiones generales a fin de solucionar esta diferencia. Por consiguiente, sostenemos que la conclusión del Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 de que "el primer párrafo del punto k) no puede utilizarse para determinar que una subvención que está supeditada a los resultados de exportación en el sentido del párrafo 1 a) del artículo 3 está 'permitida'"⁹⁴ es superflua y, por lo tanto, no tienen ningún efecto jurídico.

VII. Constataciones y conclusiones

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

- a) 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; y
- b) 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, y por lo tanto confirma la conclusión del Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 de que el Brasil no ha aplicado la recomendación del OSD de que retire las subvenciones a la exportación para las aeronaves regionales en el marco del PROEX en un plazo de 90 días.

⁹⁴ Informe del Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21, párrafo 6.67. Véase también el párrafo 6.106 ii) de dicho informe.

Firmado en el original en Ginebra el 12 de julio de 2000 por:

James Bacchus
Presidente

Claus-Dieter Ehlermann
Miembro

Julio Lacarte-Muró
Miembro