

y prospectiva, o ambas cosas, es de esperar que los efectos de dicha decisión se limiten a los elementos particulares del presente asunto.²³⁷

5.3.3 Conclusión

5.94. No examino las constataciones del Grupo Especial y de la mayoría relativas al párrafo 7 del artículo 12 del Acuerdo SMC porque, en mi opinión, esas constataciones deberían haber sido declaradas superfluas, bien porque la Sección hubiese considerado superfluas las constataciones del Grupo Especial en su conjunto debido a la revocación de la investigación subyacente en materia de derechos compensatorios, o bien en virtud de las constataciones relativas al supuesto "comportamiento constante" que he señalado anteriormente.

5.95. Expongo estos argumentos con la esperanza de que, en alguna futura consideración de estas cuestiones, se tenga en cuenta esta opinión separada, así como la de la mayoría.

6 CONSTATAIONES Y CONCLUSIONES

6.1. Por las razones expuestas en el presente informe, el Órgano de Apelación formula las siguientes constataciones y conclusiones:

6.1 Medida "otras formas de asistencia-AFA"

6.2. La compatibilidad o incompatibilidad de un hecho dado o serie de hechos con los requisitos de una determinada disposición de un tratado, o la aplicación de las normas a los hechos, son tipificaciones jurídicas, sujetas al examen en apelación con arreglo al párrafo 6 del artículo 17 del ESD. La alegación de error formulada por los Estados Unidos en apelación se refiere a la interpretación y aplicación por el Grupo Especial del criterio jurídico relativo al "comportamiento constante" como medida que puede ser impugnada en el marco de la solución de diferencias de la OMC en virtud del ESD. En nuestra opinión, la alegación de los Estados Unidos se refiere a cuestiones de derecho abarcadas en el informe del Grupo Especial e interpretaciones jurídicas elaboradas por el Grupo Especial y, en consecuencia, está comprendida en el ámbito del examen en apelación. Por esas razones, desestimamos el argumento del Canadá de que la alegación formulada por los Estados Unidos en apelación queda fuera del ámbito del examen en apelación.

6.3. Para probar la existencia de una medida de "comportamiento constante", el reclamante deberá establecer claramente: i) que la supuesta medida es atribuible al Miembro demandado; ii) su contenido exacto; iii) su aplicación repetida; y iv) la probabilidad de que siga aplicándose. Observamos que, al igual que ante el Grupo Especial, los Estados Unidos no impugnan la atribución de la supuesta medida en apelación. Consideramos que el Grupo Especial estuvo acertado al centrarse en el fondo del comportamiento del USDOC en relación con cada elemento de la medida "otras formas de asistencia-AFA", como prueban los ejemplos que el Grupo Especial tuvo ante sí. Estamos de acuerdo con el Grupo Especial en que las variaciones a las que los Estados Unidos hicieron referencia en esos ejemplos no restan valor al hecho de que el fondo del comportamiento del USDOC siguió siendo el mismo en relación con los elementos de la medida impugnada por el Canadá.

- a. Por estas razones, constatamos que el Grupo Especial no incurrió en error al constatar que el Canadá había establecido el contenido exacto de la medida "otras formas de asistencia-AFA", que consiste en que el USDOC formula la pregunta relativa a las "otras formas de asistencia" y cuando descubre información durante la verificación que, a su juicio, debería haberse facilitado en respuesta a esa pregunta, aplica los AFA para determinar que esa información equivale a subvenciones susceptibles de derechos compensatorios.

²³⁷ "Dado que el objetivo expreso de resolver las diferencias informa todo el ESD, no consideramos que el sentido del párrafo 2 del artículo 3 del ESD consista en alentar a los grupos especiales o al Órgano de Apelación a 'legislar' mediante la aclaración de las disposiciones vigentes del *Acuerdo sobre la OMC*, fuera del contexto de la solución de una determinada diferencia". (Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Algodón americano (upland)*, párrafo 509, donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camisas y blusas de lana*, página 22).

6.4. En lo que respecta a la aplicación repetida, consideramos que el análisis del Grupo Especial refleja adecuadamente la caracterización realizada por el Canadá de la medida "otras formas de asistencia-AFA", al centrarse en la repetición de los elementos identificados por el Canadá que forman parte de dicha medida. Por ello, consideramos que el Grupo Especial no incurrió en error en su examen de la "aplicación repetida" en referencia a los elementos de la medida que es objeto de esta diferencia. Tampoco nos convence la afirmación de los Estados Unidos de que ciertos ejemplos obrantes en el expediente del Grupo Especial muestran que el USDOC no aplicó la medida "otras formas de asistencia-AFA".

- a. Por esas razones, constatamos que el Grupo Especial no incurrió en error al constatar que el Canadá había establecido la aplicación repetida de la medida "otras formas de asistencia-AFA".

6.5. En relación con la probabilidad de que la medida siga aplicándose, no es necesario que un Miembro reclamante se base en una decisión formal del Miembro demandado para demostrar la existencia del "comportamiento constante". Más bien, consideramos que la probabilidad de que la aplicación se mantenga puede demostrarse a través de varios factores. Estamos de acuerdo con el Grupo Especial en que la manera constante en que el USDOC hace referencia a la medida "otras formas de asistencia-AFA", la frecuente referencia a anteriores aplicaciones de la medida en las determinaciones del USDOC, el hecho de que el USDOC se refiera a la medida como su "práctica", y la caracterización por el USDOC de una desviación de la medida como "error involuntario" respaldan en conjunto la conclusión de que es probable que se siga aplicando la medida.

- a. Por estas razones, constatamos que el Grupo Especial no incurrió en error al constatar que el Canadá había establecido que es probable que la medida "otras formas de asistencia-AFA" siga aplicándose en el futuro.
- b. Por consiguiente, confirmamos la constatación formulada por el Grupo Especial que figura en los párrafos 7.332 y 8.4.a de su informe de que el Canadá estableció la existencia de la medida "otras formas de asistencia-AFA" como "comportamiento constante".

6.2 Párrafo 7 del artículo 12 del Acuerdo SMC

6.6. De conformidad con el requisito de exponer las "razones" de las conclusiones y recomendaciones previsto en el párrafo 7 del artículo 12 del ESD, los grupos especiales han de facilitar explicaciones y razones suficientes para revelar la justificación esencial de esas conclusiones y recomendaciones. En nuestra opinión, el Grupo Especial incorporó adecuadamente a su examen de la medida "otras formas de asistencia-AFA" (en el párrafo 7.333 del informe del Grupo Especial) las partes pertinentes de su anterior análisis relativo al párrafo 7 del artículo 12 del Acuerdo SMC (expuesto en la sección 7.4.1.4 del informe del Grupo Especial). A través de esos párrafos, el Grupo Especial expuso una interpretación del párrafo 7 del artículo 12 del Acuerdo SMC, abordó aspectos fácticos pertinentes de la medida "otras formas de asistencia-AFA" y facilitó una explicación suficiente para presentar la justificación esencial de su constatación.

- a. Por estas razones, constatamos que el Grupo Especial no incurrió en error en el marco del párrafo 7 del artículo 12 del ESD por no haber expuesto las "razones" en que se basa su constatación de que la medida "otras formas de asistencia-AFA" es incompatible con el párrafo 7 del artículo 12 del Acuerdo SMC.

6.7. En relación con el análisis de la medida "otras formas de asistencia-AFA" realizado por el Grupo Especial en el marco del párrafo 7 del artículo 12 del Acuerdo SMC, consideramos que la medida "otras formas de asistencia-AFA", establecida por el Grupo Especial, se limita a las circunstancias en las que el USDOC utiliza "los hechos de que se tenga conocimiento" sobre la base de que una parte no facilitó la "información necesaria".

6.8. Además, entendemos que el Grupo Especial consideró en falta al USDOC por concluir mecánicamente y sin más trámites que no se había facilitado la información necesaria y que la asistencia descubierta equivalía a una subvención susceptible de derechos compensatorios cuando descubre la asistencia no declarada durante las verificaciones. Como ese proceso refleja el contenido exacto de la medida "otras formas de asistencia-AFA", consideramos que el comportamiento

examinado por el Grupo Especial en el párrafo 7.333 es parte de la medida "otras formas de asistencia-AFA". También estamos de acuerdo con el Grupo Especial en que el USDOC no puede limitarse a formular conclusiones sin analizar y considerar más a fondo los hechos de que se tenga conocimiento que obren en el expediente y las debidas garantías procesales de las partes interesadas.

6.9. Por último, no estamos de acuerdo con la opinión de los Estados Unidos según la cual el Grupo Especial constató que la pregunta relativa a las "otras formas de asistencia" nunca puede ser una solicitud de "información necesaria" con arreglo al párrafo 7 del artículo 12 del Acuerdo SMC. Más bien, el Grupo Especial observó expresamente que la pregunta relativa a las "otras formas de asistencia" podría guardar relación con la información necesaria sobre las subvenciones adicionales del producto objeto de investigación.

- a. Por estas razones, constatamos que los Estados Unidos no han demostrado que el Grupo Especial incurriera en error al formular su constatación en el marco del párrafo 7 del artículo 12 del Acuerdo SMC.
- b. En consecuencia, confirmamos la constatación del Grupo Especial, formulada en el párrafo 7.333 de su informe, de que la medida "otras formas de asistencia-AFA" es incompatible con el párrafo 7 del artículo 12 del Acuerdo SMC.

6.3 Recomendación

6.10. El Órgano de Apelación recomienda que el OSD pida a los Estados Unidos que pongan las medidas que en el presente informe y en el informe del Grupo Especial confirmado por el presente informe se han declarado incompatibles con el Acuerdo SMC y el GATT de 1994 en conformidad con las obligaciones que les corresponden en virtud de esos Acuerdos.

Firmado en el original en Ginebra el 10 de diciembre de 2019 por:

Ujal Singh Bhatia
Presidente de la Sección

Hong Zhao
Miembro

Thomas R. Graham
Miembro
