

**Distr.
RESTRINGIDA**

**LC/R.2079
31 de diciembre de 2001**

ORIGINAL: ESPAÑOL

CEPAL
Comisión Económica para América Latina y el Caribe

LAS REGLAS MULTILATERALES SOBRE SUBSIDIOS A LA LUZ DE ALGUNOS FALLOS DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (OMC)

Este documento ha sido preparado por la División de Comercio Internacional e Integración. No ha sido sometido a revisión editorial.

02-1-18

ÍNDICE

RESUMEN.....	1
1. INTRODUCCION.....	2
2. LA EVOLUCIÓN DE LAS REGLAS MULTILATERALES SOBRE SUBVENCIONES FISCALES.....	2
3. EL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DE LA OMC: LOS LÍMITES DE SU ACCIÓN JURÍDICA.....	6
4. EL CASO DE EMBRAER VERSUS BOMBARDIER (BRASIL VERSUS CANADÁ) Y VICEVERSA.....	7
5. CONSIDERACIONES FINALES.....	13
BIBLIOGRAFÍA.....	15

RESUMEN

La subvención directa o indirecta de actividades económicas por el sector público es una práctica tan antigua cuanto la propia existencia de los Estados naciones. Los aportes del erario público tienen el propósito de reducir los costos de producción, de comercialización, de transporte, o de consumo de productos específicos, y por lo tanto inciden sobre las condiciones de competencia en estos mercados. Sin embargo, hasta la última ronda de negociaciones comerciales multilaterales (1986-1993), los subsidios no estaban cubiertos por reglas multilaterales precisas. La Ronda Uruguay definió por primera vez conceptos y limitaciones para el empleo tanto de los subsidios a la exportación como de los subsidios a la producción, así como reglas y procedimientos para la aplicación de medidas compensatorias.

Este documento tiene como objetivo presentar las reglas multilaterales sobre subsidios, a partir de la interpretación de las mismas por el sistema de solución de controversias de la OMC en sus fallos de los casos de Brasil contra Canadá y Canadá contra Brasil. Está dividido en cinco partes. La segunda, subsecuente a esta introducción, describe la evolución de la normativa multilateral sobre subvenciones. La tercera examina someramente el órgano de solución de controversias de la OMC con vistas a exponer los procedimientos, sus propósitos y los límites de su acción. La sección cuarta proporciona información sobre los dos fallos de la OMC referidos anteriormente. Finalmente, la última sección presenta algunas cuestiones planteadas por la normativa multilateral a la acción de los gobiernos.

1. INTRODUCCIÓN

Vale notar que los negociadores lograron que los subsidios a los productos y a los productores agropecuarios fueron incluidos en el Acuerdo sobre la Agricultura y tuvieron un trato diferente de los subsidios a la producción y exportación de manufacturados cuyas reglas están definidas en el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (SMC). Las disciplinas sobre subvenciones a la producción y exportación de los servicios aún no han sido objeto de negociaciones.¹

Es importante destacar que en lo relativo a los subsidios no agrícolas, las disciplinas sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias tienen un doble propósito. Por una parte, restringir el uso de ciertas subvenciones por sus efectos negativos sobre el comercio de los demás signatarios de los acuerdos; y por otra, restringir la introducción unilateral y arbitraria de medidas de compensación por daños debidos a importaciones sospechas de haber recibido subsidios.

Durante los seis años de operación de la OMC, solamente cinco de los cerca de 55 informes emitidos por el organismo de solución de controversia de esta institución se refirieron a quejas por subvenciones. Los casos más recientes y también los más complejos se refieren a las quejas cruzadas de los gobiernos de Brasil y Canadá por subvenciones a la exportación de aviones civiles producidos respectivamente por la empresa brasileña Embraer y la canadiense Bombardier, y la querrela de la Unión Europea por los subsidios otorgados por el gobierno de los Estados Unidos a ciertas operaciones de sus empresas transnacionales, las exenciones de impuestos a las Empresas de Ventas Externas (*Foreign Sales Corporations*) de los Estados Unidos.²

2. LA EVOLUCIÓN DE LAS REGLAS MULTILATERALES SOBRE SUBVENCIONES FISCALES

Es solamente a partir de una revisión del Acuerdo General sobre Aranceles y el Comercio (GATT), procesada a mediados de los años 1950, que las subvenciones empezaron a ser tema de política comercial, en contraste con los derechos de aduana, que tenían una larga tradición ya sea en el ámbito bilateral o multilateral (UNCTAD, 1994, pág. 71). En el acuerdo original del GATT de 1947 existían pocas disciplinas internacionales correspondientes a los subsidios. Las subvenciones eran objeto de los artículos VI y XVI del GATT. El primero se refería a la imposición de derechos antidumping y compensatorios, mientras que el artículo XVI trataba los subsidios como interferencias indeseables al libre flujo de bienes. Además, el gobierno signatario del Acuerdo General (Parte Contratante) que mantuviera una subvención debería, como obligación general, consultar con los demás signatarios acerca de la "posibilidad de limitar la

¹ El Artículo XV (Subvenciones) del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios define "Los miembros reconocen que, en determinadas circunstancias, las subvenciones pueden tener efectos de distorsión del comercio de servicios. Los Miembros entablarán negociaciones con miras a elaborar las disciplinas multilaterales necesarios para evitar esos efectos de distorsión..." (GATT, 1994, pág. 357).

² Dos otros casos abarcan una reclamación de los Estados Unidos contra subsidios otorgados por Australia a productores y exportadores de cuero utilizados en autos (documento de la OMC WT/DS126/1) y una queja conjunta de los Estados Unidos, la Unión Europea y Japón en contra de la política automotiva de Indonesia (documento de la OMC WT/DS54, 55, 59 & 64) (véase la página web de la OMC <http://www.wto.org>).

subvención" si se determinara que esta última causaba o amenazaba causar "un perjuicio grave a los intereses de otra parte contratante".

En 1955, los dispositivos del Artículo XVI fueron revisados, siendo añadida una sección B (sobre subsidios a la exportación) a los conceptos ya existentes, los que a su vez pasaron a componer la sección A (subvenciones en general). Es decir, se hacía una distinción entre los subsidios a la producción y los orientados hacia la exportación, siendo que los últimos permitían la imposición de derechos compensatorios, mientras que los primeros determinaban obligaciones vagas de consultas e intercambio de información (Dam, 1970, pág. 132).³

Por otra parte, es necesario destacar que hasta mediados de los años sesenta, la baja capacidad de financiamiento interno de los países en desarrollo y la estructura de los mercados internacionales de capital, convertían los subsidios en instrumentos de los países industrializados. Los productos subvencionados, que eran posteriormente exportados, pasaban a competir en condiciones ventajosas tanto con la producción local, en los países en desarrollo, como con sus exportaciones en terceros países. Como resultado de las negociaciones multilaterales, varios dispositivos fueron introducidos en la sección B del artículo XVI, con vistas a limitar el uso de las subvenciones, especialmente a la exportación de los "productos primarios". A partir de enero de 1958 fue introducida una obligación para los países industrializados de no conceder subvenciones a la exportación de "cualquier producto que no sea un producto primario...". En 1960, un grupo de trabajo preparó una lista ilustrativa de esas subvenciones prohibidas.⁴

Asimismo, poco a poco se formó una jurisprudencia aceptada en el GATT de que una concesión arancelaria quedaría "anulada o menoscabada" por una subvención a productores nacionales del país que hiciese la concesión, en los términos del Artículo XXIII del GATT (UNCTAD, 1994, pág. 73).

Estos elementos de la diplomacia comercial reflejan también que ante el impacto de los subsidios en la eficiencia del uso de los recursos internacionales los economistas no mantenían el mismo consenso que lo que tenían en relación a la eficiencia económica de los subsidios al interior de cada país. Al contrario, la mayoría de los autores consideraba que los subsidios introducían menos distorsiones en el comercio internacional que los aranceles. En efecto, aunque los subsidios a la exportación fueran en general criticados, los subsidios a la producción eran considerados legítimos, en términos del desarrollo de la producción local, y lícitos ante los principios del GATT, desde que no hubieran trabas a la libre importación, dado que permitirían a

³ Artículo XVI, párrafo 1 (Sección A – Subvenciones en general) "Si una parte contratante concede o mantiene una subvención, incluida toda forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios, que tenga directa o indirectamente por efecto aumentar las exportaciones de un producto cualquiera del territorio de dicha parte contratante o reducir las importaciones de este producto en su territorio, esta parte contratante notificará por escrito a las Partes contratantes la importancia y la naturaleza de la subvención, los efectos que estime ha de ocasionar en las cantidades del producto o de los productos de referencia importados o exportados por ella y las circunstancias que hagan necesaria la subvención. En todos los casos en que se determine que dicha subvención causa o amenaza causar un perjuicio grave a los intereses de otra parte contratante, la parte contratante que la haya concedido examinará, previa invitación en este sentido, con la otra parte contratante o las otras partes contratantes interesadas, o con las partes contratantes, la posibilidad de limitar la subvención." (GATT, 1994, 529).

⁴ Los países en desarrollo no firmaron la Declaración sobre Subsidios a la Exportación de 1960 (Winham, 1986, pág. 221).

la industria local adquirir escala y competir con las importaciones, lográndose así un aumento de la eficiencia global (Dam, 1970/1977, págs. 133-141).⁵

Por otra parte, en la ausencia de reglas claras hasta la Ronda Uruguay, los Estados pasaron a desarrollar su legislación interna con el propósito de “remediar” los efectos de las prácticas de los otros Estados. Como se dijo anteriormente, cuando se considere que han tenido lugar algún tipo de subvención que ha causado o amenaza causar un perjuicio importante a la industria nacional, la subvención puede ser contrarrestada con un derecho compensatorio equivalente.

Desde 1897, los Estados Unidos mantienen leyes internas para “remediar” los efectos de las prácticas de los otros Estados (derechos compensatorios).⁶ Inicialmente aplicada para compensar los productores domésticos de donaciones públicas a las exportaciones que eran gravadas en aquél país, la ley fue ampliada en 1922 para incluir subsidios domésticos. Además, las Leyes de Comercio de 1974 y de 1979 ampliaron considerablemente la autoridad federal para imponer derechos compensatorios. El mayor problema residía en que los derechos compensatorios eran aplicados sin que la existencia de un “daño importante”, llamada “prueba de daño”, fuera demostrada con rigor.⁷

Durante la Ronda Tokio (1973-1979) no fue posible llegar a un acuerdo generalizado relativo a “la interpretación y aplicación de los artículos VI, XVI y XXIII del GATT”.⁸ El principal escollo fue la inclusión de los subsidios a la producción, que era deseada por los Estados Unidos, pero no por los países de Comunidad Europea. Por otra parte, los países en desarrollo defendían su derecho de seguir utilizando subvenciones gubernamentales para diversificar su estructura productiva sin la imposición de derechos compensatorios por los países industrializados. Finalmente, estos países decidieron no suscribir el Código de Subsidios (Winham, 1986).

De toda manera, el Código de Subsidios, que resultó de la Ronda Tokio se constituyó el primer texto abarcante de disciplinas multilaterales sobre el uso de subsidios en el comercio internacional (Jackson, 1989/1992). Según Maciel (1994, pág. 256) la metodología del acuerdo era defectuosa, el propio acuerdo era vago en muchos puntos y el lenguaje jurídico era muy impreciso. Estos problemas deberían ser solucionados en el nuevo texto a ser negociado en la Ronda Uruguay.

⁵ La literatura económica reconoce que los subsidios afectan los patrones de producción de productos específicos mientras que los aranceles tienden a distorcionar tanto los patrones de producción como los de consumo.

⁶ En el espíritu de sus leyes y en su práctica, siempre existió un amplio consenso en los Estados Unidos acerca de la legitimidad de la protección de las industrias locales afectadas por el comercio. En virtud de la ley de 1897, el secretario del Tesoro debería imponer un gravámen especial a los productos que se concluyeran que habían sido subvencionados en el país de origen, en un monto análogo al del subsidio. La misma ley abarcaba también los bienes vendidos a precios inferiores a su real valor (*dumping*) (Destler, 1992, pág. 139).

⁷ Entre 1934 y 1968 se hicieron 191 investigaciones de subvenciones de las cuales solamente 30 casos concluyeron con la imposición de derechos compensatorios. Sin embargo, entre 1980 y 1984 se iniciaron cerca de 258 casos de medidas compensatorias, de las cuales, 135 se concluyeron con la imposición de derechos o bien la suspensión de las subvenciones alegadas (Destler, 1992, págs. 141 y 154).

⁸ El Artículo XXIII se refiere a acciones de las Partes Contratantes ante el no cumplimiento de las obligaciones por otra parte contratante (anulación o menoscabo).

El Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (SMC) que resultó de la Ronda Uruguay consta de 32 artículos y siete anexos que extendieron de forma significativa los 18 artículos del Código de 1979. Por la primera vez define con rigor y abundancia de detalles el término subvención, como una medida costeadada por el erario público, que otorga un beneficio a empresa(s) o rama(s) de producción específicas, y que se aplica en una de dos situaciones:

1. la primera es por medio de una contribución financiera de un gobierno o de cualquier organismo público establecido en el territorio del país miembro a través de: transferencia directa de fondos (por ejemplo, donaciones, préstamos y aportaciones de capital) o transferencia directa potencial de fondos o de pasivos (por ejemplo, garantías de préstamos); ingresos públicos no recaudados (por ejemplo, incentivos tales como bonificaciones fiscales); provisión de bienes o servicios excluidos los de infraestructura general, o la compra de bienes; pagos a un mecanismo de financiación, o encomienda a una entidad privada de una o varias de las funciones descritas anteriormente (GATT, 1994, pág. 275);⁹
2. la segunda, cuando haya alguna forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios (en el sentido del Artículo XVI del GATT).¹⁰

Cabe notar que el término beneficio no es definido con precisión (Artículo 1.1(b)).¹¹

A seguir, el Artículo 2 del Acuerdo SMC introduce el concepto de “especificidad”, y los principios para determinar si una subvención es específica para una empresa o rama de producción o un grupo de empresas o ramas de producción. Finalmente se definen las subvenciones prohibidas (parte II), aquellas que son recurribles y aquellas que no son recurribles (partes III y IV). La parte V del Acuerdo establece normas complejas sobre el procedimiento de investigación, pruebas, determinación de la existencia de daño y establecimiento y percepción de derechos compensatorios.

Son subvenciones prohibidas (a reserva de lo dispuesto en el Acuerdo sobre la Agricultura):

- a) las subvenciones supeditadas *de jure* o *de facto* a los resultados de exportación, como condición única o entre otras varias condiciones, con inclusión de las citadas a título de ejemplo en el anexo I;¹²

⁹ Artículo 1:1: “A los efectos del presente Acuerdo, se considerará que existe subvención: a)1) cuando haya una contribución financiera de un gobierno o de cualquier organismo público en el territorio de un Miembro (denominado en el presente Acuerdo “gobierno”)... a)2) cuando haya alguna forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios en el sentido del artículo XVI del GATT de 1994; y b) con ello se otorgue un beneficio (GATT, 1994, págs. 275-276).

¹⁰ Según Sajjanhar (2000, pág. 262) la siguiente cláusula debería ser incluida en la definición de subsidio: “toda práctica pública que no se ajuste a los criterios expuestos no pueden ser considerados subvenciones para efectos del Acuerdo.”

¹¹ El grupo especial establecido para analizar la queja de Brasil contra Canadá sugirió un concepto más detallado de “obligación”. El grupo consideró que “una contribución financiera por un gobierno o un organismo público otorga un beneficio, y por lo tanto se constituye un subsidio en el sentido del Artículo 1 del Acuerdo SMC, cuando ella otorga una ventaja a quién recibe en comparación con alternativas comerciales, es decir, cuando es otorgado en términos que son más ventajosos a quién la recibe, que los que están disponibles en el mercado (OMC, 1999a, pág. 176-178).

¹² El SMC explicita que: “Si hay razones para creer que la subvención puede en realidad ser específica aun cuando de la aplicación de los principios enunciados en los apartados a) y b) resulte una apariencia de no especificidad, podrán considerarse otros factores. Esos factores son los siguientes – la utilización de un programa de subvenciones por un número limitado de determinadas empresas, la utilización predominante por determinadas

- b) las subvenciones supeditadas al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados, como condición única o entre otras varias condiciones.

Cabe señalar que solamente los subsidios a la exportación eran considerados subsidios prohibidos en el Código de la Ronda Tokio, mientras que el Acuerdo SMC extendió la cobertura de los subsidios prohibidos para incluir los subsidios a la sustitución de importaciones. Sajjanhar (2000, págs. 264-265) llama la atención para los nuevos compromisos asumidos por los países en desarrollo, dado que en el Código de la Ronda Tokio, ellos tenían derecho a mantener subsidios a la exportación y los subsidios a la sustitución de importaciones no eran objeto de medidas compensatorias por otros países. Además, el lenguaje del Acuerdo SMC permite suponer que un subsidio a la sustitución de importaciones puede ser recurrible independientemente de ser *de jure* o *de facto* específico o de otorgar un beneficio.

Todas las subvenciones que no sean claramente definidas como “no-recurribles”, que cumplan con las condiciones de la definición de subsidio (artículo 1); que no sean “prohibidas”, y que no se refieran a “productos agropecuarios” pueden ser “recurribles” ante el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC. Las subvenciones “no recurribles” son las siguientes (artículo 8):

- a) la asistencia para actividades de investigación realizadas por empresas, o por instituciones de enseñanza superior o investigación contratadas por empresas, bajo ciertas condiciones;
- b) asistencia para regiones desfavorecidas situadas en el territorio de un Miembro, prestada con arreglo a un marco general de desarrollo regional y no específica, bajo ciertas condiciones;
- c) asistencia para promover la adaptación de instalaciones existentes a nuevas exigencias ambientales impuestas mediante leyes y/o reglamentos que supongan mayores obligaciones o una mayor carga financiera para las empresas, bajo ciertas condiciones.

3. EL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DE LA OMC: LOS LÍMITES DE SU ACCIÓN JURÍDICA

El Órgano de Solución de Controversias de la OMC no es ni tiene el propósito de ser un tribunal comercial internacional. Las partes contratantes buscan imponer una solución de consenso negociada a un diferendo de naturaleza comercial que mantenga el equilibrio de derechos y obligaciones entre los países miembros. El Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por el que se rige la solución de diferencias, que es parte del conjunto de acuerdos, decisiones, declaraciones y entendimientos que resultaron de la Ronda Uruguay, otorgó más automaticidad en la adopción de decisiones, plazos precisos, el establecimiento de un

empresas, la concesión de cantidades desproporcionadamente elevadas de subvenciones a determinadas empresas, y la forma en que la autoridad otorgante haya ejercido facultades discrecionales en la decisión de conceder una subvención. Al aplicar este apartado, se tendrá en cuenta el grado de diversificación de las actividades económicas dentro de la jurisdicción de la autoridad otorgante, así como el período durante el que se haya aplicado el programa de subvenciones” (Artículo 2.1:c) (GATT, 1994, págs. 276-277) La última frase, diferentemente de la legislación de los Estados Unidos limita la aplicación del análisis *de facto* de la especificidad del subsidio (Sajjanhar, 2000, pág. 263).

Órgano de Apelación, un mecanismo de retorsión cruzada, y reglas especiales para los casos en que no se alegue infracción de obligaciones (Millán, 1994, pág. 347).¹³

El Artículo 3:2 define el sistema de solución de diferencias de la OMC como “un elemento esencial para aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio.” Además, que “sirve para preservar los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de los acuerdos abarcados y para aclarar las disposiciones vigentes de dichos acuerdos de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público.” Por otra parte, “las recomendaciones del OSD (Órgano de Solución de Diferencias) no pueden entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados” (GATT, 1994, pág. 421-422).

A su vez, el párrafo 3 del mismo artículo dispone que “el mantenimiento de un equilibrio adecuado entre los derechos y obligaciones de los Miembros” depende de una “pronta solución de las situaciones en las cuales un Miembro considere que cualesquiera ventajas resultantes para él directa o indirectamente de los acuerdos abarcados se hallan menoscabadas por medidas adoptadas por otro Miembro”. La definición de anulación está clara en el párrafo 8: “El incumplimiento de las obligaciones que fueron contraídas en función de un acuerdo determina un caso de anulación o menoscabo” (Artículo 3, párrafo 8). Por lo tanto, el objetivo del mecanismo de solución de diferencias es “conseguir la supresión de las medidas de que se trate si se constata que éstas son incompatibles con las disposiciones de cualquiera de los acuerdos abarcados” (Artículo 3, párrafo 7).

Es importante destacar que el mecanismo no tiene como objetivo sancionar un determinado gobierno a través de compensaciones comerciales “sino en el caso de que no sea factible suprimir inmediatamente las medidas incompatibles con el acuerdo abarcado y como **solución provisional** (énfasis nuestra) hasta su supresión.” Además, la suspensión de concesiones fue propuesta como último recurso, y solo puede ser implementado “siempre que el OSD autorice la adopción de estas medidas” (Artículo 3, párrafo 7).

El sistema de solución de controversias comprende varias etapas aunque no sean todas necesarias, que comprende la solicitud de celebración de consultas, buenos oficios, conciliación y mediación, la formación de un grupo especial que deberá “examinar, a la luz de las disposiciones pertinentes (del acuerdo abarcado o de los acuerdos abarcados) que hayan invocado las partes en la diferencia, el asunto sometido al OSD ... y formular conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en dicho acuerdo o dichos acuerdos.” Posteriormente, una vez adoptado el informe del grupo especial, si las partes no estuvieran conformes con ello, podrán solicitar que el informe del grupo especial sea revisado por el Órgano de Apelación. Si el grupo especial o el Órgano de Apelación llega a la conclusión de que una medida es incompatible con un acuerdo abarcado, debe recomendar que las medidas cuestionadas sean reformuladas de forma a estar en conformidad con el acuerdo.

¹³ Sáenz (1999, pág. 328) se refiere al Entendimiento como una codificación de las prácticas desarrolladas por el GATT desde su creación en 1947. Los Artículos XXII y XXIII son las únicas disposiciones sobre solución de controversias del GATT de 1947, pero no contienen aspectos precisos de procedimientos.

El Acuerdo SMC contiene plazos y procedimientos para la solución de diferencias concernientes a subvenciones consideradas prohibidas en el Artículo 4 y sobre las subvenciones recurribles en el Artículo 7. Es importante señalar que según el Artículo 4:2, cabe al querellante presentar evidencias de la existencia y naturaleza de la subvención de que se trate, cuando solicite consultas con el país Miembro que supone que concede o mantiene una subvención prohibida.¹⁴ Es decir, al querellante debe demostrar primero, que existe un subsidio, en el sentido de que cumple con las definiciones dadas por Artículo 1 del SMC, y, después, que este subsidio es contingente a un desempeño exportador, en el sentido del Artículo 3. Sin embargo, las consultas son confidenciales y no tienen registro documental.

4. EL CASO DE EMBRAER VERSUS BOMBARDIER (BRASIL VERSUS CANADÁ) Y VICE-VERSA

El caso reciente de las quejas cruzadas de Canadá y Brasil ante el sistema de solución de controversias de la OMC es ejemplar porque es uno de los pocos casos en que dos gobiernos están concretamente defendiendo los intereses de dos empresas privadas, la empresa Bombardier canadiense y Embraer, brasileña, ambas empresas rivales en la producción y exportación de aeronaves civiles de porte medio para vuelos regionales.

En junio de 1996, Canada solicitó consultas con Brasil con relación a los subsidios a la exportación otorgados a la empresa EMBRAER bajo el Programa de Financiamiento a las Exportaciones (PROEX), para la compra de aeronaves. A su vez, en marzo de 1997, Brasil solicitó consultas con el gobierno de Canadá con referencia a subsidios que el gobierno del Canadá o sus provincias otorgan para la exportación de aeronaves civil de Canadá. Aunque Canadá haya manifestado su intención de solicitar el establecimiento de un grupo especial desde septiembre de 1996, solamente el 10 de julio de 1998, tanto Canadá como Brasil solicitaron la formación de un grupo especial para analizar las reclamaciones respectivas.¹⁵ Las dos querellas avanzaron con los mismos plazos. El 14 de abril de 1999 circularon los informes de los dos grupos especiales (WT/DS70/R y WT/DS46/R), y el 2 de agosto de 1999 circularon los dos fallos del Órgano de Apelación (WT/DS70/AB/R y WT/DS46/AB/R).¹⁶

El caso de Brasil contra Canadá

Brasil solicitó al grupo especial que verificara que ciertos subsidios empleados por Canada eran *de jure* o *de facto* contingentes a un desempeño exportador, y por lo tanto eran inconsistentes con el Artículo 3 del Acuerdo SMC, respectivamente:

¹⁴ (4:1) "Cuando un Miembro tenga razones para creer que otro Miembro concede o mantiene una subvención prohibida, el primero podrá pedir al segundo la celebración de consultar." (4:2) "En la solicitud de celebración de consultas al amparo del párrafo 1 figurará una relación de las pruebas de que se disponga respecto de la existencia y la naturaleza de la subvención de que se trate" (GATT, 1994, pág. 278).

¹⁵ En la querrela cruzada, los Estados Unidos y la Comunidad Europea reservaron sus derechos de participar en los procedimientos del grupo especial como terceras partes.

¹⁶ Los informes de los dos grupos especiales fueron distribuidos a las partes el 12 de marzo de 1999.

1. garantías de financiamiento y préstamo por EDC (Export Development Corporation) incluyendo aportación de capital a empresas establecidas para facilitar las exportaciones de aeronaves civiles;
2. Apoyo a la industria de aeronaves civiles por Canada Account;
3. Fondos suministrados a la industria de aeronaves civiles por Technnology Partnerships Canada (TPC) y los programas que la precedieron, específicamente el Defence Industry Productivity Programme (DIPP);
4. la venta por Ontario Aerospace Corporation, una agencia del gobierno de la provincia de Ontario, de 49% de participación en una empresa de aeronaves civiles (de Havilland, Inc.) en términos favorables;
5. beneficios otorgados por el Canada-Québec Subsidiary Agreement on Industrial Development; y
6. beneficios otorgados por el Gobierno de Québec por la Societé de Développement Industriel (SDI) du Québec (OMC 1999a), págs. 2 y 3).

Brasil enfrentó una misión doblemente difícil: por una parte, defender el PROEX de las acusaciones de ser subsidio prohibido, y por otra, de encontrar evidencias amplias de los subsidios generalizados canadienses, para las cuales, sería necesario obtener información confidencial y no disponible. Además, mientras Canadá tenía una queja muy específica, la de Brasil, al contrario, abarcaba una vasta gama de instrumentos e instituciones.¹⁷

La defensa de Canadá fue muy enfática en negar información que describiera los detalles de las operaciones financieras de las instituciones acusadas por Brasil de promover las exportaciones de aeronaves civiles del país. Según Canadá, Brasil tenía la responsabilidad de presentar su caso ante el grupo especial. Por lo tanto, el gobierno brasileño debería encontrar suficiente evidencia para que se formara la sospecha de que sus afirmaciones acerca de la práctica de subsidios prohibidos en Canadá eran verdaderas. Es decir, según la percepción canadiense, y que fue posteriormente respaldada por el grupo especial, si Brasil no disponía de tales pruebas, Canadá no tenía la obligación de suministrar información adicional, y consecuentemente, la querrela de Brasil no debería ser aceptada. En el caso en que Brasil dispusiera de tal información, entonces la otra parte debería aceptar el costo de desacreditar la sospecha con fuerte evidencia.¹⁸

El gobierno brasileño tuvo que basarse en la información disponible acerca de los varios programas canadienses, y en información circunstancial sobre el impacto de estos programas en las exportaciones del Bombardier.¹⁹ El grupo especial decidió que no era compatible con sus operaciones buscar información detallada con respecto a transacciones específicas aunque aceptó que esta falta de información debilitaba las quejas de un país contra subsidios a la exportación prohibidos.²⁰

¹⁷ Para Canadá, entregar las informaciones confidenciales *transaction-specific* solicitadas por Brasil transformaría el proceso de los grupos especiales de la OMC en comisiones de inquérito (OMC 1999a, pág. 22).

¹⁸ OMC, 1999b, págs. 23 y 24, párrafo 4.94).

¹⁹ El gobierno brasileño presentó más de 1.600 páginas de evidencia, en tres volúmenes de anexos, con base en fuentes públicas (OMC, 1999b, pág. 27).

²⁰ "In cases involving alleged prohibited export subsidies, we appreciate that a complaining party may have difficulty in obtaining information necessary to support its case, especially where details of the alleged subsidy has not been notified under Article 25 of the SCM Agreement, and where the respondent Member chooses not to divulge relevant information during dispute settlement proceedings. This raise obvious systemic issues regarding the effectiveness of the SCM Agreement notification procedures, and of the WTO dispute settlement procedures generally. However, we consider that such systemic issues are a matter for serious consideration by the WTO

El grupo especial respaldó la jurisprudencia del sistema de resolución de diferencias de la OMC que impone la carga de la prueba a la parte querellante, que debe establecer un caso de inconsistencia *prima facie* con una disposición específica de un acuerdo de la OMC. Consecuentemente, el grupo especial no aceptó las pruebas presentadas por Brasil acerca de que el programa de EDC, como un todo, se caracterizaba como un programa de subsidios. Asimismo, para que la queja de Brasil contra el financiamiento por la EDC al sector de aviación regional de Canadá fuera exitosa, el país debería producir evidencia de que este financiamiento constituía un subsidio. El grupo especial aceptó la proposición de que EDC es un organismo público y que el financiamiento otorgado constituía una transferencia directa de fondos. Sin embargo, Brasil no suministró evidencia de que existiera un “beneficio” en el sentido de que el financiamiento fuera otorgado en condiciones más ventajosas que las que estarían disponibles en el mercado. Esta queja de Brasil y todas las demás en relación a EDC fueron así rechazada por falta de pruebas. También fueron desestimadas las quejas relativas a la venta por Ontario Aerospace Corporation, de 49% de participación en una empresa de aeronaves civiles (de Havilland, Inc.) en términos favorables; los beneficios otorgados por el Canada-Québec Subsidiary Agreement on Industrial Development; y los beneficios otorgados por el Gobierno de Québec por la Société de Développement Industriel (SDI) du Québec.

Por otra parte, el grupo especial encontró evidencia de que el financiamiento por Canada Account y los fondos suministrados por Technology Partnerships Canada (TPC) a la aviación regional constituían subsidios a la exportación inconsistentes con el Acuerdo SMC y recomendó su eliminación.

Las conclusiones del grupo especial fueron posteriormente ratificadas por el Órgano de Apelación.

El caso de Canadá contra Brasil

En su queja, el gobierno de Canadá debería probar que los pagos realizados por el gobierno brasileño bajo el componente de ecualización de tasas de interés del PROEX otorgaba subsidios a la exportación de las aeronaves regionales producidas por Embraer.

Básicamente, a través del PROEX, el gobierno brasileño aporta contribuciones financieras que reducen el costo de los productos exportados. En la práctica, esto se realiza de dos maneras. (i) los pagos de PROEX pueden ser utilizados para bajar la tasa de interés para el comprador en hasta 3.8 puntos porcentuales por año; (ii) el comprador puede también elegir recibir un único pago (*lump sum*).

La información sobre el programa PROEX es pública y accesible, dado que los términos del financiamiento son definidos por decretos ministeriales. El plazo del financiamiento que varía de uno a diez años, depende del producto a ser exportado. En el caso de las aeronaves regionales, el plazo puede ser extendido hasta 15 años. La extensión del tiempo, a su vez, determina el

spread a ser ecualizado, que varía entre 2 a 3.8 puntos porcentuales por año. El PROEX es administrado por una agencia interministerial (Comité de Crédito a las Exportaciones) y las operaciones son coordinadas por el Banco do Brasil, que tiene autoridad para autorizar operaciones que no excedan 15 millones de dólares. Operaciones con valores superiores deben ser autorizadas por el Comité (OMC, 1999a, págs. 2-3).

En primero lugar, Canadá solicitó al grupo especial respaldar su percepción de que:

1. los pagos de ecualización de intereses por el PROEX constituyen subsidios en el sentido del artículo 3 del Acuerdo de SMC;
2. la ecualización de intereses otorgada a las transacciones de Embraer constituyen subsidios prohibidos;
3. estos pagos no se constituyen excepciones al Artículo 3;
4. Brasil no había satisfecho las condiciones del Artículo 27.4, y que, por lo tanto, no podía beneficiarse de los ocho años del periodo de gracia permitido para los países en desarrollo bajo el Artículo 27.2(b).

Canadá solicitó que el grupo especial formulara las siguientes recomendaciones:

1. Brasil no debería otorgar nuevos subsidios bajo PROEX incluyendo subsidios prometidos o obligados, pero que no hayan sido ejecutados, y que afectan aeronaves regionales que no fueran entregadas;
2. Brasil debería terminar con los subsidios de ecualización de tasas de intereses bajo el PROEX, antes de los tres meses posteriores a la adopción del informe del grupo especial por el Órgano de Solución de Controversias (OSC);
3. Brasil deberá retirar los subsidios PROEX otorgados a transacciones posteriores a la formación del grupo especial, el 22 de octubre de 1998;
4. que los pagos parcelados se terminen antes de tres meses después de la adopción del informe del grupo especial, en lo que se refiere a aeronaves que no hayan sido entregadas o de aeronaves entregadas después de esa fecha;
5. si el grupo especial decide que los subsidios PROEX son otorgados en el momento de entregar la aeronave, que el grupo recomiende que tales subsidios no sean otorgados a ninguna aeronave entregada después de la fecha de adopción del informe del grupo especial por el OSC; y
6. que sean eliminados los subsidios a la ecualización de intereses a todos los pedidos de aeronaves realizados entre la fecha de establecimiento del grupo especial y la adopción de su informe por el OSC.

La línea de defensa del gobierno brasileño se centró en admitir que los pagos de ecualización de intereses para aeronaves constituían subsidios a la exportación, (una transferencia potencial directa de fondos) pero que estaban exentos de las prohibiciones del Artículo 3.1(a) en virtud del Artículo 27 y del ítem (k) de la lista ilustrativa de subsidios prohibidos. El ítem (k) incluye "...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." El planteamiento de Brasil consistía en argumentar que el contrario de la disposición era que tales pagos son

permitidos desde que no sean utilizados para asegurar una ventaja material en las condiciones de los créditos a la exportación.

Entre las condiciones que determinaban que la ecualización de las tasas de intereses no aseguraban una ventaja material a Brasil, la defensa argumentó sobre el riesgo soberano de Brasil que justificaría la adopción del instrumento de PROEX. Entre los varios datos, Brasil indicó que las tasas sobre los títulos canadienses (10 años) en el tercer trimestre de 1998 era 5.25% mientras que las de los títulos brasileños eran 15.75%. Los 10.5 puntos porcentuales representan la diferencia entre el riesgo Brasil y el riesgo Canadá. Este “riesgo Brasil” tiene un impacto dramático y profundo en todos los términos financieros y transacciones que atañen a Brasil, incluyendo los términos de crédito a la exportación. El impacto adverso para la exportación de aeronaves regionales es particularmente severa, dada la práctica establecida por los países industrializados de que sea el productor que es responsable por el financiamiento de su aeronave”(OMC, 1999a, págs. 26-33).

Por lo tanto, según la percepción de Brasil, la forma de determinar si los pagos por PROEX eran utilizados para asegurar una ventaja material en las condiciones de créditos a la exportación, era comparar los términos de los créditos de exportación con base en los pagos de PROEX con los términos de crédito a la exportación que estaban disponibles a los compradores de las aeronaves regionales canadienses.

Por otra parte, el Artículo 27 se refiere al trato especial y diferenciado para los países en desarrollo Miembros. En el párrafo 2 dispone que “La prohibición establecida en el párrafo 1a) del artículo 3 no será aplicable a: a) los países en desarrollo Miembros a que se refiere el Anexo VII; b) otros países en desarrollo Miembros por un período de ocho años a partir de la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC, a reserva del cumplimiento de las disposiciones del párrafo 4.” (GATT, 1994, págs. 312-313).

A su vez, el párrafo 4 define que “Los países en desarrollo Miembros a que se refiere el párrafo 2b) eliminarán sus subvenciones a la exportación dentro del mencionado período de ocho años, preferentemente de manera progresiva. No obstante, los países en desarrollo Miembros no aumentarán el nivel de sus subvenciones a la exportación, y las eliminarán en un plazo más breve que el previsto en el presente párrafo cuando la utilización de dichas subvenciones a la exportación no esté en consonancia con sus necesidades de desarrollo...”(GATT, 1994, pág. 313).

El grupo especial no aceptó los argumentos de Brasil. En su informe, el grupo especial argumentó que el enfoque brasileño en relación a “ventajas materiales significaba que un subsidio a la exportación, admitido como tal, no debería ser prohibido si puede ser demostrado que lo mismo estaría meramente compensando una ventaja o ventajas disponibles a productos competidores de otro Miembro. El grupo especial consideró que tal planteamiento era totalmente contrario a los objetivos del Acuerdo SMC (OMC, 1999b, págs. 79-88).

Finalmente, el grupo especial consideró que las disposiciones del Artículo 27:4 son vinculantes, y que si el país no cumple con el párrafo 4, las disposiciones del Artículo 3.1(a) sobre subsidios prohibidos se aplican también a los países en desarrollo, como Brasil. Para

Canadá, el Artículo 27:4 contiene tres condiciones relevantes: 1) los subsidios a la exportación deben ser eliminados en el periodo de 8 años; 2) el nivel de los subsidios a la exportación no deben crecer en este periodo; 3) los subsidios a la exportación deben ser eliminados en un periodo inferior a ocho años si el uso de estos subsidios no es consistente con las necesidades de desarrollo del país miembro (OMC, 1999b, pág. 89).

El grupo especial concluyó que: 1) Brasil había aumentado el nivel de sus subsidios a la exportación en el sentido del Artículo 27:4; 2) por el compromiso de ventas de aeronaves, no parecía tener intención de cumplir con la eliminación de los subsidios para 2002; y 3) no había evidencia para determinar si el uso de los subsidios eran inconsistentes con las necesidades de desarrollo de Brasil. Por lo tanto, los subsidios otorgados bajo el programa PROEX fueron considerados subsidios prohibidos, y que deberían ser eliminados en los 90 días subsecuentes a la adopción de su informe por el OSC.

Posteriormente, el Órgano de Apelación, con pequeñas modificaciones, mantuvo el fallo del grupo especial, deliberando que Brasil debería eliminar los subsidios del PROEX en los 90 días siguientes a la adopción del fallo.

5. CONSIDERACIONES FINALES

La presentación concisa de los resultados de los dos casos sobre subsidios ante la OMC no hace justicia a los elegantes y detallados planteamientos jurídicos que componen los informes de los grupos especiales y del Órgano de Apelación. Conceptos, reglas y procedimientos de los Acuerdos respectivos son revisados continuamente por el sistema de solución de controversias generando una jurisprudencia que amplía los compromisos iniciales.

Los dos fallos representaron una doble derrota para Brasil. La primera, por no poder demostrar con precisión, por falta de pruebas conclusivas, la extensión de los subsidios canadienses. La segunda, por verificar que su situación de país en desarrollo no le facultaba mantener subsidios claramente comprobados como prohibidos, dado que no había cumplido con otras condiciones del acuerdo.

El Acuerdo sobre Subsidios y Medidas Compensatorias representó una gran concesión de los países en desarrollo a la normativa de comercio internacional, por dos razones: porque estos países aceptaron disciplinas multilaterales a los subsidios a la exportación, y la inclusión de disciplinas a los subsidios orientados hacia las industrias sustitutivas de importación. Por un lado, lo hicieron, porque necesitaban de mayor protección multilateral contra las prácticas de economías más poderosas, que aplicaban medidas compensatorias unilaterales y arbitrarias, sin un proceso justo de identificación de pruebas de daño. Asimismo, porque suponían que el trato especial y diferenciado les permitiría mantener sus instrumentos de promoción de exportaciones por un cierto periodo de transición.

A su vez, el Órgano de Solución de Controversias de la OMC no es un Tribunal de Comercio Internacional. El OSC opera bajo las restricciones de su mandato específico dictado por las reglas de la OMC, ampliada y especificada por la jurisprudencia de su práctica legal. Pero,

también opera bajo las restricciones del derecho público internacional, es decir, enfrenta las dificultades de imponer sanciones a Estados soberanos y de efectividad de los fallos. El OSC recomienda la eliminación de una determinada medida que fue juzgada incompatible con las obligaciones del Miembro ante la OMC, y cuya ejecución disminuye o menoscaba los derechos de otro o otros Miembros. El propósito de la acción del OSC es la eliminación de la medida, a través de la persuasión y negociación entre las partes. En la ausencia de un entendimiento, posteriormente a la adopción del informe del Órgano de Apelación, el país querellante puede imponer derechos compensatorios.

BIBLIOGRAFÍA

Dam, K. W. (1970 (1977)) Chapter 8: Subsidies, in K. W. Dam, *The GATT: Law and the International Economic Organization*, pp. 132-147 (Chicago, The University of Chicago Press).

Destler, I. M. (1992) *American Trade Politics* (Washington, DC, Institute for International Economics).

GATT (1994) *Los Resultados de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales: Los Textos Jurídicos* (Ginebra, GATT).

Jackson, J. (1989/1992) *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations* (Cambridge, Massachusetts, The MIT Press).

Maciel, G. A. (1994) Protección y proteccionismo, in P. Leiva (Ed) *La Ronda Uruguay y el Desarrollo de América Latina*, pp. 249-275 (Santiago de Chile, Centro Latinoamericano de Economía y Política Internacional).

Millán, H. (1994) Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias, in: P. Leiva (Ed) *La Ronda Uruguay y el Desarrollo de América Latina*, pp. 347-374 (Santiago de Chile, CLEPI).

OMC (1999a) *Canada - Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft - Report of the Panel*. WT/DS70/R. 14 de abril (Ginebra, OMC).

OMC (1999b) *Brazil - Export Financing Programme for Aircraft, Report of the Panel*. WT/DS46/R. 14 de abril (Ginebra, OMC).

Sajjanhar, A. (2000) Subsidies, in UNCTAD, *Positive Agenda and Future Trade Negotiations*, pp. 255-285 (Ginebra, United Nations).

Sáenz, S. (1999) *Estrategia y Negociación en el Sistema Multilateral de Comercio* (Santiago de Chile, Dolmen).

UNCTAD (1994) La evolución de las normas sobre subvenciones en la política comercial multilateral, in: UNCTAD (Ed) *Los Resultados de la Ronda Uruguay: Una Evaluación Inicial. Documentos de Apoyo al Informe Sobre el Comercio y el Desarrollo, 1994, Vol. II*, pp. 71-96 (Ginebra, UNCTAD).

Winham, G. R. (1986) *International Trade and the Tokyo Round Negotiation* (Princeton, Nueva Jersey, Princeton University Press).