

LAS SUBVENCIONES PROHIBIDAS EN EL ACUERDO
SOBRE SUBVENCIONES Y MEDIDAS
COMPENSATORIAS DE LA OMC.
UN ANÁLISIS DESDE LA JURISPRUDENCIA
DE LA OMC*

*Fecha de recepción: 9 de marzo de 2007
Fecha de aceptación: 30 de marzo de 2007*

JUAN DAVID BARBOSA MARIÑO**
Godoy & Hoyos Abogados***
DIEGO BERNAL CORREDOR****
Figuroa Sierra & Asociados*****

-
- * Este documento tiene origen en la consultoría por el co-autor para USAID: “Diseño de mecanismos legales sobre zonas francas de conformidad con las regulaciones de la OMC”, República Dominicana, (publicado en físico y en la pag *web* www.usaid.gov/dr) junto con MARTIN GUSTAVO IBARRA PARDO, sin embargo el desarrollo de este artículo y el contenido del mismo es independiente del resultado del documento publicado por USAID. Cualquier comentario porfavor dirigirlo a juan.david.barbosa@gmail.com.
- ** Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana con especialización en Derecho Tributario de la misma universidad y en el Entorprise and investment Lawyers Course, IDLO, Roma, Italia . En materia de consultorías ha trabajado en la asesoría a varios gobiernos, entre ellos el de República Dominicana (CNZFE), el de Nicaragua (MIFIC) y el de Panamá en materia de reconversión de su legislación de zonas francas de conformidad con el ASMC de la OMC.
- *** Carrera 11 # 82-01 piso 2°, Bogotá, Colombia.
- **** Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana, profesor de la Facultad de Ciencia Política de la Universidad Javeriana, profesor auxiliar de la Facultad de Ciencias Jurídicas

RESUMEN

A lo largo de este trabajo se identificará el concepto de las subvenciones prohibidas en el marco del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (de aquí en adelante ASMC). En este sentido nos detendremos en explicar las subvenciones prohibidas a la exportación de bienes y su desarrollo jurisprudencial y doctrinal en la Organización Mundial del Comercio (de aquí en adelante OMC), con el objetivo de plantear posibles alternativas para transformar las mismas en subvenciones viables de acuerdo con las normas del ASMC.

Palabras clave. Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, Organización Mundial del Comercio, subvenciones prohibidas a las exportaciones.

*LAW OF FORBIDDEN SUBSIDIES UNDER THE WTO
SUBSIDIES AND COUNTERVAILING MEASURES
AGREEMENT.
AN ANALYSIS OF WTO JURISPRUDENCE*

ABSTRACT

This paper identifies the concept of forbidden subsidies under the Agreement on Subsidies and Countervailing Measures (here in after ASMC). Also it explains the forbidden subsidies attached to exports and the judicial and doctrinal path of the World Trade Organization (from here and after WTO), with the purpose of presenting several choices to modify forbidden subsidies, into those permitted by the agreement.

Key Words: Agreement on Subsidies and Countervailing Measures, World Trade Organization, forbidden Export Subsidies.

de la Universidad Javeriana en la cátedra de Derecho Internacional Público, profesor del seminario de preparación para el concurso de derecho internacional Phillip Jessup, actualmente cursando la maestría en derecho económico de la Pontificia Universidad Javeriana. diegobernalcorredor@gmail.com.

*****Carrera 11 # 82-01 oficina 1002, Contro de Negocios Andino Bogotá, Colombia.

SUMARIO

Introducción

- I. Las subvenciones prohibidas en el ASMC
 - A. El concepto de subvención
 1. Una contribución financiera de un gobierno
 2. Se otorgue un beneficio
 - B. El concepto de especificidad
 - C. ¿Cuándo una subvención se puede clasificar como prohibida?
- II. Alcance de los compromisos adquiridos por Colombia en materia de subvenciones prohibidas
- III. Los países en vías de desarrollo y menos desarrollados en el ASMC
- IV. Alternativas para la implementación de subvenciones acordes con las disposiciones del ASMC

Conclusiones

Bibliografía

INTRODUCCIÓN

Desde hace unos años en buena parte de los países de Latinoamérica y Centroamérica ha surgido la necesidad de buscar alternativas que permitan adaptar las distintas legislaciones en materia de promoción a las exportaciones a los compromisos de cada país respecto del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (de aquí

en adelante ASCM) y las subvenciones prohibidas consagradas en éste¹.

En virtud de lo anterior, el concepto de subvención prohibida en el marco del ASCM gradualmente ha venido adquiriendo mayor relevancia en razón de la competitividad que impera en el comercio internacional y en virtud, de que muchos países todavía utilizan esta clase de subvenciones para efectos de atraer inversión extranjera².

Este artículo identifica el marco conceptual y jurisprudencial de las subvenciones prohibidas a las exportaciones de bienes en el ASCM de la OMC. Para esto, el análisis del tema se divide en cuatro partes. La primera expone el alcance de las subvenciones prohibidas en el ASCM. La segunda analiza el alcance de los compromisos adquiridos por Colombia en la OMC en materia de subvenciones prohibidas en el marco del ASCM. La tercera desarrolla los aspectos relativos al artículo 27 del ASCM sobre países en desarrollo y menos desarrollados, y la cuarta y última parte, presenta algunas alternativas que pueden tener aquellos países miembros de la OMC que deben ir desmontando sus subvenciones prohibidas de conformidad con las disposiciones contempladas por el ASCM de la OMC³.

-
- 1 El cumplimiento de estos compromisos es un tema de interés nacional para muchos estados y sus economías. La economía por ejemplo de República Dominicana gira en torno a las zonas francas y a las inversiones que residen en ellas, siendo en muchos casos uno de los elementos que permite competir a estas economías con otros países en el difícil escenario del comercio internacional y la atracción de inversión extranjera. Para una mejor apreciación de este fenómeno se puede consultar la página de la Asociación Dominicana de Zonas Franca www.adozona.org
 - 2 A la fecha de realización de este artículo el estado del arte en materia de subvenciones en la OMC es el siguiente: Se han presentado 113 reportes. Véase http://www.wto.org/english/tratop_e/scm_e/scm_stattab7_e.xls y se han iniciado 182 investigaciones por medidas subsidiarias. Véase http://www.wto.org/english/tratop_e/scm_e/scm_stattab3_e.xls
 - 3 El Acuerdo de la OMC/GATT aprobado mediante Ley 170 del 15 de diciembre de 1994 tiene plena aplicación en Colombia.

I. LAS SUBVENCIONES PROHIBIDAS EN EL ACUERDO SOBRE SUBVENCIONES Y MEDIDAS COMPENSATORIAS

El ASCM es uno de los acuerdos multilaterales anexos al acuerdo por el que se establece la OMC⁴. Uno de sus objetivos o finalidades principales es eliminar cualquier intervención del Estado que se dé a través de la concesión de subvenciones en materia de exportaciones, buscando de esa forma minimizar e incluso eliminar las distorsiones en los mercados internacionales⁵.

Aquí es necesario hacer una serie de precisiones. La primera es que las subvenciones no se encuentran prohibidas por el ASMC de la OMC, únicamente están prohibidas aquellas subvenciones que estén supeditadas a los resultados de la exportación o al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados⁶.

-
- 4 Las obligaciones originales del GATT DE 1946 en materia de subsidios fueron enmendadas en 1955 y fueron expandidas en la ronda Tokio a través del código realizado en 1979. El GATT en su artículo XVI contiene las obligaciones generales en materia de subsidios, las cuales consistían básicamente en reportar todos los subsidios que tuvieran por objeto aumentar las exportaciones o disminuir las importaciones. Este artículo fue enmendado durante la reunión del GATT de 1954-1955. En esta sesión, por primera vez se incluyó en las negociaciones la posibilidad de incluir unas restricciones más amplias para los subsidios que distorsionaran el mercado internacional, sin embargo a pesar de todos los esfuerzos que se hicieron este intento fracasó. En esa ocasión sólo fue posible añadirle 4 párrafos al artículo, de los cuales solo 2 fueron realmente relevantes en el tema de subsidios: En el párrafo 3 se prohibían los subsidios a productos primarios, y en el párrafo 4 se prohibían los subsidios a la exportación de los productos que si bien no fueran primarios, su precio resultara inferior al del mercado del lugar a donde llegaran los productos.
 - 5 En el asunto Brasil – Aeronaves- WT/DS46/RW/2-, el Órgano de Apelación declaró que el objeto del ASMC es generar una disciplina multilateral entre los países con la finalidad de erradicar las subvenciones que distorsionan el comercio internacional; esta es la razón por la que existan dos categorías de subvenciones prohibidas: aquellas que afectan a la exportación y aquellas que afectan al uso de bienes domésticos sobre bienes importados.
 - 6 “Artículo 3 Prohibición 3.1. A reserva de lo dispuesto en el Acuerdo sobre la Agricultura, las siguientes subvenciones, en el sentido del artículo 1, se considerarán prohibidas: 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 I5; b) las subvenciones supeditadas al

La segunda, es que el ASMC es un acuerdo sobre bienes y no sobre servicios sobre subsidios agrícolas⁷, lo que significa que únicamente las subvenciones sobre bienes se rigen por el ASMC⁸. Esto es importante, en virtud que el tema de las subvenciones en servicios y en el tema agrícola todavía se encuentra en discusión en la OMC, y adoptan un enfoque muy distinto al referente en mercancías. Bien lo señala el último *Informe sobre el comercio mundial 2006* al establecer como:

“Las disposiciones relativas a las subvenciones en el sector de la agricultura se diferencia de las aplicables a los productos no agrícolas en dos aspectos importantes. En primer lugar, el Acuerdo sobre la agricultura prevé compromisos de reducción de las medidas de ayuda interna y de las subvenciones a la exportación. Estos compromisos son conceptualmente comparables a los que se conciertan tradicionalmente en las rondas de negociación sobre los aranceles a la importación y no tienen una contrapartida en el sector no agrícola ni tampoco, por cierto, en el sector de los servicios. En segundo lugar, en lo relativo a los compromisos para la reducción de las subvenciones a la exportación debe tenerse en cuenta que, a diferencia de las subvenciones para las manufacturas, los intentos iniciales

empleo de productos nacionales con preferencia a los importados, como condición única o entre otras varias condiciones. 3.2 Ningún Miembro concederá ni mantendrá las subvenciones a que se refiere el párrafo 1”.

- 7 Para más información sobre los subsidios en materia agrícola, véase Sugar – upland cotton, última decisión 3 de marzo de 2005 WT/DS267/R, WT/DS267/R/Add.1, WT/DS267/AB/R, y Comunidades europeas – azúcar, WT/DS266/R, WT/DS265/AB/R, WT/DS266/AB/R, WT/DS283/AB/R, WT/DS265/33, WT/DS266/33, WT/DS283/14. Las anteriores decisiones si bien no están relacionadas de forma directa con los subsidios prohibidos a la exportación de bienes, sí contienen elementos importantes, en el tema de los subsidios en materia agrícola, que pueden contribuir en el estudio de los subsidios.
- 8 Sin embargo, existe un caso de servicios sobre los cuales podría decirse que están prohibidas las subvenciones en virtud del ASMC, y sería en razón de uno de los ejemplos señalados de forma ilustrativa en el anexo 1 del ASMC (literal d) el cual señala el caso de un servicio utilizado como “insumo” en la producción de un bien que se consideraría una subvención y se le aplicaría el ASMC, en la medida en que éste se preste en condiciones más favorables que las que aplicarían para la producción de mercancías destinadas al consumo interno, en virtud del beneficio directo o indirecto del gobierno o de los organismos públicos. Esto puede tener futuras consecuencias importantes en el tema de los incentivos a la logística.

de disciplinar la protección de la agricultura no contemplan la posibilidad de eliminar las subvenciones a la exportación”⁹.

La tercera precisión, es que el ASMC clasifica las subvenciones a las que se les aplica en prohibidas y en recurribles. Las primeras —las prohibidas— en la medida que van en contravía de todo el sistema deseado por la OMC fueron objetos de desmonte o deben ser desmontadas por los países miembros en desarrollo del artículo 27 del ASMC y en caso que algún Estado adopte nuevamente alguna de éstas, violará sus compromisos en el ASMC y en general en el marco de la OMC.

Para entender mejor la diferencia entre unas y otras, la doctrina ha clasificado estas subvenciones bajo la doctrina del “semáforo”; donde las subvenciones prohibidas se asimilan al color rojo; las subvenciones recurribles al color “amarillo”¹⁰ y en su momento, cuando estuvieron vigentes, las subvenciones no recurribles que se asimilaban al color “verde”¹¹.

9 Organización Mundial del Comercio, *Informe de comercio mundial 2006*, pág. XIV.

10 Las subvenciones recurribles se encuentran consagradas en el artículo 5 del ASMC y tienen como finalidad brindar una alternativa al comercio internacional en un futuro en que la concesión de una subvención frente a las importaciones de un producto en el país que concede la subvención, afectando así la producción nacional del otro país miembro, o altere la competitividad de las empresas de un Estado en el exterior, en detrimento de la producción de otro país miembro. En los artículos 7 y 8 del ASMC se establece el mecanismo y las acciones que proceden frente a la existencia de una subvención recurrible.

11 El artículo 8 del ASMC disponía que los países miembros podían aplicar, bajo ciertas condiciones especificadas en dicho acuerdo, una serie de subvenciones orientadas hacia la asistencia para actividades de investigación realizadas por empresas, o por instituciones de enseñanza superior o investigación; asistencia para regiones desfavorecidas y asistencia para promover la adaptación de instalaciones existentes a nuevas exigencias ambientales impuestas mediante leyes y reglamentos. (TN/RL/W/41 17 de diciembre de 2002) y como tal estas subvenciones, se considerarían como no recurribles, sin embargo, esta disposición ya fue desmontada. Algunos ejemplos de medidas que podían ser tomadas como no recurribles, podían ser las siguientes: medidas tomadas para promover las capacidades de manufactura domésticas en sectores de alto valor agregado o sectores en los cuales se utilice la tecnología de manera intensiva. Medidas tomadas para estimular la aplicación, transferencia y desarrollo de tecnología e innovación locales. Medidas tomadas para promover la

A continuación, para efectos de poder entender el concepto de subvención prohibida se expondrá el concepto de subvención y los elementos de contribución financiera y de beneficio que la componen, así como la noción de especificidad; esto en la medida que todas las subvenciones prohibidas deben ser específicas.

A. EL CONCEPTO DE SUBVENCIÓN

El ASCM define expresamente subvención o subsidio en el artículo primero:

“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 (denominados en el presente acuerdo “gobierno”), es decir:

i) cuando la práctica de un gobierno implique una transferencia directa de fondos (por ejemplo, donaciones, préstamos y aportaciones de capital) o posibles transferencias directas de fondos o de pasivos (por ejemplo, garantías de préstamos);

ii) cuando se condonen o no se recauden ingresos públicos que en otro caso se percibirían (por ejemplo, incentivos tales como bonificaciones fiscales);

iii) cuando un gobierno proporcione bienes o servicios —que no sean de infraestructura general— o compre bienes;

iv) cuando un gobierno realice pagos a un mecanismo de financiación, o encomiende a una entidad privada una o varias de las funciones descritas en los incisos i) a iii) *supra* que normalmente incumbirían al gobierno, o le ordene que las lleve a cabo, y la práctica no difiera, en ningún sentido real, de las prácticas normalmente seguidas por los gobiernos; o

pequeña y mediana empresa, en tanto éstas contribuyan a la generación de empleo. Medidas tomadas para apoyar y promover una mayor coordinación y vinculaciones entre los productores, los demandantes y los centros académicos. Esta disposición ya no es aplicable.

- 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*”, (bastardilla fuera de texto).

La jurisprudencia de la OMC ha señalado que el criterio apropiado para determinar si la medida es o no una subvención, es el de aplicar el texto del párrafo anterior en su contexto, es decir teniendo siempre en cuenta el objeto y fin del acuerdo¹².

A continuación, se analiza el concepto de subvención a partir de los dos elementos que componen el artículo primero: (i) *el de que haya una contribución financiera de un gobierno* y, (ii) *que con ello se otorgue un beneficio*.

1. UNA CONTRIBUCIÓN FINANCIERA DE UN GOBIERNO

Existirá una contribución financiera de un gobierno, cuando:

“éste o alguna de sus entidades provean a una empresa bienes o servicios en cualquiera de sus formas o cuando a través de incentivos tributarios se condone o no se recauden ingresos públicos. Es decir, existen contribuciones financieras de acción y contribuciones financieras por omisión”¹³.

En principio, pareciera que la definición de contribución del gobierno es limitada, sin embargo la jurisprudencia de los paneles de la OMC ha señalado nuevamente que más allá de la normativa, este concepto igualmente debe interpretarse siempre desde la finalidad del ASMC, la cual, como se dijo anteriormente, es evitar las distorsiones del mercado. Bajo ese parámetro, se puede encontrar como la jurisprudencia ha señalado que *la contribución financiera*

12 En el asunto *Canadá - Medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles*, el grupo especial señaló que “... sería más adecuado resumir el objeto y fin del ASMC como el establecimiento de disciplinas multilaterales basado en la premisa de que algunos tipos de intervención del gobierno distorsionan [o] pueden distorsionar el comercio [internacional]”, (véase WT/DS70/R, adoptado el 20 de agosto de 1999, párrafo 9.119).

13 WT/DS236/R *Panel Report on US - Softwood Lumber III*, párr. 7.24.

de un gobierno no sólo comprende la mera transferencia activa de fondos, sino que también se puede dar, por ejemplo, por medio de una compra estatal¹⁴, una posible transferencia de bonos¹⁵ o cuando un gobierno ofrezca un servicio para una empresa¹⁶.

Es importante señalar cómo el hecho de que se otorgue una contribución financiera *no necesariamente significa que se constituya per se en una subvención prohibida o recurrible*¹⁷.

2. QUE CON ELLO SE OTORQUE UN BENEFICIO

El segundo elemento que conforma la definición de subvención es que “con ello se otorgue un beneficio”. Esta expresión deja en claro la necesidad de que exista un vínculo causal entre la “contribución financiera del gobierno” y el “beneficio”. Sólo podrá considerarse que constituyen una subvención, la contribución financiera que da lugar a un “beneficio”. Correlativamente, únicamente la parte que se “beneficia” de una contribución financiera es la que podrá ser denominada como subvención. La propia jurisprudencia de la OMC ha señalado cómo:

14 WT/DS46/RW/2 *Appellate Body Report on Brazil - Aircraft*, párr. 157.

15 WT/DS46/RW/2 *Panel Report on Brazil - Aircraft (Article 21.5 - Canada II)*, párr. 5.22

16 WT/DS236/R *Panel Report on US - Softwood Lumber III*, párr. 7.24 *Agreement provides that a financial contribution can exist not only when there is an act or an omission involving the transfer of money, but also in case goods or certain services are provided by the government.*

17 En el asunto Canadá / Aeronaves el Órgano de apelación se señaló como: “el trato aplicado por el grupo especial a la orientación a la exportación en la presente diferencia, no significa que haya que considerar automáticamente que cualquier receptor de una contribución financiera cuyas ventas se orienten a la exportación recibe una subvención prohibida a la exportación. El Brasil destaca que, al analizar las medidas del Canadá en la presente diferencia, el grupo especial ha tenido en cuenta, además de la orientación a las exportaciones, una serie de hechos, específicos de este caso en particular”, .

“los conceptos de contribución financiera y “beneficio” se confieren recíprocamente significado”¹⁸.

Sin embargo, en el ASMC no existe una definición de lo que se entiende por beneficio. Frente a esta realidad, la jurisprudencia de la OMC ha utilizado el sentido común de beneficio asociándolo con una mera ventaja¹⁹. No obstante, esta definición deja una cuestión inconclusa que los órganos de apelación y los grupos especiales han tenido a bien resolver: *¿una ventaja frente a quién?* El asunto que ha tenido más profundidad en el estudio de este tema fue el caso Brasil – Aeronaves, donde después de analizar varias propuestas de criterios de comparación (v.gr. los demás países del mundo, otros países que atiendan al mismo mercado, entre otros), se llegó a la conclusión que la mejor medida era el propio mercado²⁰. Es decir:

“Cualquier gobierno que entregue una contribución financiera en condiciones más ventajosas de las que se encuentran en el mercado, estará otorgando un beneficio”.

Sin embargo, a partir de esta afirmación igualmente surge necesariamente otra pregunta: *¿cuáles son las condiciones del*

18 Canadá - medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles. WT/DS70/AB/R, 2 de agosto de 1999, para 96.

19 Ya al interpretar el término “beneficio” del párrafo 1 b) del artículo 1 del ASMC, el grupo especial en el caso Canadá - Aeronaves señaló que: “es evidente que el sentido corriente de “beneficio” supone algún tipo de ventaja. [...] Para determinar si una contribución financiera (en el sentido del inciso i) del párrafo 1 a) del artículo 1) confiere un “beneficio”, es decir, una ventaja, es necesario determinar si coloca al receptor en una *posición más ventajosa que la que habría tenido de no ser por ella*. A nuestro parecer, la única base lógica para determinar la posición que habría tenido el receptor de no ser por la contribución financiera es el mercado. En consecuencia, sólo se conferirá un “beneficio”, es decir, una ventaja, con una contribución financiera, si ésta *se realiza en condiciones más ventajosas que las que habrían estado a disposición del receptor en el mercado*”, (bastardilla fuera de texto). Canadá - medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles. WT/DS70/AB/R, 2 de agosto de 1999, para 149.

20 WT/DS46/RW/2 Panel Report on *Brazil – Aircraft*, para 4.4.

mercado? La jurisprudencia de la OMC igualmente ha dado respuesta a esta pregunta adoptando parámetros de referencia comunes en el nivel internacional²¹. (V.gr. el valor de referencia del mercado en el caso del valor de los intereses en los créditos a la tasa CIRR que expide la OCDE mensualmente²²).

B. EL CONCEPTO DE ESPECIFICIDAD

El concepto de subvención en el marco del ASMC sólo tiene sentido en los casos de que se trate de una subvención “específica”. El concepto de “especificidad” es la piedra angular del ASMC en que se basan tanto el hecho de que una subvención sea recurrible como el que pueda dar lugar a medidas compensatorias²³.

El texto del ASMC señala en el artículo 1 como:

“1.2. Una subvención, tal como se define en el párrafo 1 sólo estará sujeta a las disposiciones de la parte II o a las disposiciones de la parte III ó V *cuando sea específica* con arreglo a las disposiciones del artículo 2”, (bastardilla fuera de texto).

-
- 21 WT/DS46/RW/2 Panel Report on *Brazil – Aircraft*, para 2.5 No nos parece que este sea el escenario para explicar en qué consiste el marco CIRR de la OCDE, sin embargo, sí es importante resaltar el hecho que el panel apoyado por el Órgano de Apelación, acepte la delegación de un estándar de la OMC a otro organismo internacional. Frente a esta posición, muchos países argumentan que este es un estándar injusto debido a que no todos los países miembros de la OMC son miembros de la OCDE y en ese sentido, unos cuantos países de la OMC estarían tomando la decisión por los demás.
- 22 El tema de la regulación sobre los estándares del mercado por parte de un organismo internacional ajeno a la OMC, abre las puertas a una nueva discusión al interior de la misma. Esto en razón de que dichas remisiones responden a la existencia de vacíos en la normatividad de la OMC.
- 23 Varios países, incluyendo a Canadá han señalado reiteradamente la conveniencia de aclarar determinados aspectos de las disposiciones actuales sobre “especificidad” (por ejemplo, el significado de la frase “empresa o rama de producción o un grupo de empresas o ramas de producción”)²³. Más si se tiene en cuenta, que con arreglo al párrafo 3 del artículo 2 del *Acuerdo SMC*, toda subvención comprendida en las disposiciones del artículo 3 “se considerará específica”.

Asimismo, el artículo 2 del ASMC contempla cuatro casos de especificidad:

- 1) *Especificidad a empresas*. Es decir, cuando la subvención está diseñada para concentrarse en determinadas empresas de forma explícitamente limitada y/o cuando se conceda cantidades desproporcionadamente elevadas de subvenciones a determinadas empresas²⁴.

- 2) *Especificidad a empresas de un sector o industria*. Es decir cuando la subvención está diseñada para un número limitado de empresas en un sector o industria sin que se establezcan criterios o condiciones objetivos, constituyéndose tal como señala el artículo dos en “un número limitado de determinadas empresas” —o— “la utilización predominante por determinadas empresas”²⁵.

- 3) *Especificidad regional a determinadas empresas*. Se origina ante la concentración de subvenciones en determinadas subregiones a determinadas empresas bajo la jurisdicción de la autoridad otorgante (por ejemplo, concentración de subvenciones por una autoridad nacional en determinado departamento o municipio)²⁶.

24 Un ejemplo de este tipo de especificidad, es el caso anteriormente citado de Brasil - aeronaves. En este caso el Gobierno brasileño, subsidiaba los créditos para la compra de las aeronaves producidas por EMBRAER.

25 Un ejemplo de este tipo de subvención es el asunto Australia – cuero para automóviles, donde se le acusó al Gobierno de Australia de estar subsidiando una industria, como lo es la de los cueros para automóviles.

26 Este tipo de subsidios, se realizan con base en planes de los estados por medio de los cuales pretenden traer el desarrollo a una zona, mediante la concesión de gabelas a los empresarios que se sitúen en dichas regiones.

4) *Especificidad de forma general y residual*. El artículo 2 del ASMC señala en su tercer párrafo que,

“toda subvención comprendida en las disposiciones del artículo 3 se considera específica”, es decir toda subvención prohibida es específica, por el simple hecho de estar supeditada a los resultados de exportación o al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados.

Dentro del tratamiento jurisprudencial que se le ha dado al tema de la *especificidad*, es importante señalar la posición del Órgano de Apelación en el caso Estados Unidos - Trato fiscal aplicado a las “empresas de ventas en el extranjero”, en donde éste señaló en relación con el concepto de *especificidad* lo siguiente:

“Una subvención específica es, por definición, una subvención que se otorga únicamente a una empresa o rama de producción o grupo de empresas o ramas de producción específicas. Al “ampliar” el otorgamiento de la subvención a un grupo tan amplio de usuarios o beneficiarios como para que la subvención alcance la categoría de no específica, al mismo tiempo el miembro cesa necesariamente de otorgarla como subvención específica. La especificidad y la no especificidad no pueden coexistir objetivamente de ninguna manera. El acto de otorgar una subvención no específica por sí solo excluye la especificidad. La especificidad simplemente queda eliminada”²⁷, (bastardilla fuera de texto).

Con todo, se tiene que la especificidad, es un tema de dirección y determinación de las contribuciones financieras, donde se dispone que una subvención será específica, *de jure o de facto*, sólo en la medida en que esté dirigida hacia un rama específica de la producción, un grupo de empresas, o únicamente a una empresa. Esto resulta esencial en la medida que la especificidad, como ya se ha mencionado, es una condición *sine qua non* para poder definir una subvención como prohibida²⁸.

27 Estados Unidos - Trato fiscal aplicado a las “empresas de ventas en el extranjero”, WT/DS108/RW, 20 de agosto de 2001, párr. 8.66.

28 WT/DS54/R Panel Report on Indonesia - autos, párr. 14.155.

C. ¿CUÁNDO UNA SUBVENCIÓN SE PUEDE CLASIFICAR COMO PROHIBIDA?

Las subvenciones prohibidas se encuentran expresamente consagradas en el artículo 3 del ASMC, y se clasifican solamente en dos tipos, son a saber:

- i) Las *supeditadas* a los resultados de exportación, y
- ii) Las *supeditadas* al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados.

Las *supeditadas* a la exportación, las cuales son objeto de análisis en este documento, son aquellas contribuciones financieras de un gobierno que otorgan un beneficio, las cuales están condicionadas a que sean utilizadas en la producción de bienes que tengan por destino el comercio internacional, concretamente que se exporten, entendiendo por este concepto el envío de mercancías de un país para su venta en otro país²⁹. A continuación se señalan algunos elementos que ayudan a entender mejor el concepto de subvención prohibida *supeditada* a la exportación:

i) Implicaciones del término “supeditada a”

La jurisprudencia de la OMC indica que en el artículo 3 del ASMC la palabra “*supeditada*” significa *condicionada a* o “dependiente para su existencia de algo”³⁰. El alcance jurídico expresado por la palabra “*supeditada*” es el mismo cuando la *supeditación* es *de jure* o cuando es *de facto*³¹.

29 *Diccionario de comercio internacional*, HINKELMAN, EDWARD, (ed.), CECSA, Ciudad de México, 2004.

30 *Informe del Órgano de Apelación sobre el asunto Canadá - Aeronaves*, *supra*, nota 113, párr. 166.

31 *Informe del Órgano de Apelación sobre el asunto Canadá - Aeronaves*, *supra*, nota 113, párr. 167.

(ii) *Test de jure y de facto*

Dentro de las subvenciones prohibidas expresamente encontramos las subvenciones supeditadas *de jure* y las supeditadas *de facto* a los resultados de exportación o al empleo de productos nacionales. Valga la pena aclarar nuevamente que frente a estos dos tipos de análisis [*de jure* y *de facto*], el primero es el análisis que se le hace a una norma jurídica, para determinar la existencia de una situación jurídica, mientras que el segundo, es el análisis que se le hace a una situación fáctica para determinar una situación jurídica³².

Un subsidio se encuentra *de jure* supeditado a la exportación cuando:

“se demuestra a partir del texto de la ley, reglamento u otro instrumento legal pertinente”³³,

que el subsidio está determinado por la existencia de la exportación³⁴. Por ejemplo, es común encontrar en el marco normativo de muchas legislaciones en materia de zonas francas que se incluya la palabra

32 *De jure o de facto* es un test que utiliza el acuerdo en diferentes partes y que ha sido suficientemente desarrollado por la jurisprudencia. Éste consiste en que la autoridad para determinar una situación jurídica, puede atender a dos criterios: *de jure* cuando la situación jurídica se encuentre explícita en la norma que la regula (véase *inter alia* Appellate Body Report on *Canadá - autos*, párr. 100.); o, *de facto*: cuando la situación jurídica se puede evidenciar a partir del análisis de la situación fáctica (véase *inter alia*: Panel Report on *Australia - Automotive Leather II*, párr. 9.55, Appellate Body Report on *Canada - Aircraft*, párr. 171, footnote 102).

33 *Informe del Órgano de Apelación sobre el asunto Canadá – Aeronaves, supra*, nota 113, párr. 167.

34 El Órgano de Apelación ha afirmado recientemente en el caso *Canadá - automóviles*: “que cabe también considerar adecuadamente que una subvención está supeditada *de jure* a las exportaciones cuando la condición de exportar está contenida de forma clara, aunque tácita, en el instrumento que regula la medida. En consecuencia, para que una subvención esté supeditada *de jure* a las exportaciones, no siempre es necesario que el instrumento legal en que se basa establezca *expressis verbis* que sólo puede obtenerse la subvención si se cumple la condición relativa a los resultados de exportación, sino que cabe que esa relación de supeditación se desprenda necesariamente de los términos empleados en la medida” (bastardilla fuera de texto).

“exportación” como requisito para poder acceder a cualquiera de los beneficios consagrados; este sería un típico caso de una subvención supeditada *de jure* a la exportación.

Dicho lo anterior, no es difícil concluir que las subvenciones *de jure*, serán aquellas que están contenidas en la norma que regula dicha transferencia financiera, que de manera clara y expresa condiciona la transferencia a los resultados de la exportación o a la utilización de productos nacionales.

Por otro lado, una subvención está supeditada *de facto* cuando cumple con los actuales criterios que en materia de subvenciones *de facto* ha establecido la OMC³⁵. El grupo especial en el caso Canadá - aeronaves sostuvo que una subvención está “supeditada [...] *de facto* a los resultados de exportación” con arreglo al párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC si existe una relación de condicionalidad o dependencia:

“entre la concesión de la subvención y las exportaciones o los ingresos de exportación previstos”³⁶.

El objeto y fin de la prohibición a la supeditación *de facto*, es evitar que se eluda la prohibición de la supeditación *de jure*, mediante el desarrollo de conductas prácticas, que no atiendan a normas oficiales y que distorsionen los mercados internacionales. Por ejemplo, en el caso de Canadá en las medidas que afectaban la exportación de aeronaves civiles, el grupo especial buscó pruebas de la existencia de condiciones impuestas en el contrato que

35 En ese mismo caso el grupo especial declaró que podía: “[...] proceder a examinar con mayor eficacia si existe la condicionalidad, entre la concesión de asistencia en el marco del TPC a la rama de producción canadiense de aeronaves de transporte regional y las exportaciones o los ingresos de exportación previstos, estableciendo si los hechos demuestran que esa asistencia del TPC no se habría otorgado a la rama de producción de aeronaves regionales a no ser por las exportaciones o los ingresos de exportación previstos” (el subrayado figura en el original)” (véase Canadá – automóviles, párr. 9.332).

36 *Informe del grupo especial*, párr. 9.331. Canadá - medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles. WT/DS70/AB/R, 2 de agosto de 1999 párr. 150.

requirieran *en la práctica* la exportación, sin que la supeditación a la exportación fuera una condición expresa. Un ejemplo de lo anterior, sería cuando en un contrato celebrado por un empresario para que éste obtenga una subvención, se exija al mismo que alcance una determinada producción mínima y objetivos de ventas que sólo puedan cumplirse mediante un aumento de las actividades de exportación y no mediante las ventas internas. Ello podría indicar la existencia de supeditación *de facto* a la exportación³⁷.

El grupo especial en otro ejemplo en la misma jurisprudencia, señaló como un caso de subvención supeditada *de facto* a los resultados de exportación, es el caso en el que:

“Un gobierno podría intentar también eludir la prohibición de la supeditación *de jure* obligando contractualmente a una empresa a producir el doble de lo que vendiera en el país. Una condición de ese tipo requeriría un aumento de las actividades de exportación”³⁸, esto también se podría considerar si la libertad del receptor para dirigir sus esfuerzos en materia de ventas hacia el mercado interno o el mercado de exportación queda restringido de alguna manera³⁹.

Sin embargo, y esto es importante para el análisis que se presentará en la cuarta parte de este documento, la orientación a la exportación o la exigencia de utilizar productos nacionales *no basta por sí sola* para convertir una subvención en una subvención prohibida supeditada *de facto*, es necesario que exista una relación de condicionalidad entre una y otra, sea *de jure* o *de facto*. El grupo especial en el caso Canadá - aeronaves expresamente señaló cómo se:

37 Canadá - medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles. WT/DS70/AB/R, 2 agosto de 1999 párr. 104.

38 Canadá - medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles. WT/DS70/AB/R, 2 de agosto de 1999, párr. 104.

39 CFR. Canadá - medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles. WT/DS70/AB/R, 2 de agosto de 1999, párr. 104.

“ha constatado acertadamente que el párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC *requiere la existencia de una relación de condicionalidad entre la subvención y la exportación, con independencia de que la subvención esté supeditada a los resultados de exportación de facto o de jure*. La nota 4 de pie de página del Acuerdo SMC confirma que el grupo especial ha estado en lo cierto al constatar que, en el caso de una subvención supeditada *de facto* a las exportaciones, la relación de condicionalidad puede darse entre la subvención y la exportación “prevista”⁴⁰, (bastardilla fuera de texto).

II. ALCANCE DE LOS COMPROMISOS ADQUIRIDOS POR COLOMBIA EN MATERIA DE SUBVENCIONES PROHIBIDAS

En desarrollo del artículo 27 del ASMC a Colombia se le estableció un período de transición para desmontar las subvenciones prohibidas hasta el 31 de diciembre de 2006, incluyendo el plazo final de dos años previsto en el párrafo 4 del artículo 27 del ASMC⁴¹. Los programas que fueron incluidos en la solicitud fueron:

- i) el Sistema especial de importación – Exportación de bienes de capital y repuestos o Plan Vallejo de bienes de capital y repuestos⁴²,
- ii) el Régimen de zonas francas para usuarios industriales⁴³,

40 Canadá - medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles. WT/DS70/AB/R, 2 de agosto de 1999, párr. 33.

41 Véase G/SCM/N/123/COL y G/SCM/N/3/COL del 3 de agosto de 1995.

42 Mediante el mecanismo del Sistema especial de importación – Exportación de bienes de capital y repuestos SIEX, también conocido en Colombia como Plan Vallejo de bienes de capital y de repuestos, se otorga una exención total de los derechos de aduana que cause la importación de estos bienes, cuando se destinen a la instalación, ensanche o reposición de las respectivas unidades productivas que vayan a ser utilizadas en el proceso de producción de bienes de exportación.

43 En el caso de los usuarios industriales de zonas francas se notificó como una subvención prohibida en la medida que constituía renta exenta del impuesto sobre la renta y complementarios a la parte proporcional de los ingresos obtenidos por sus ventas a mercados externos. Por esta razón, en virtud de dar cumplimiento a su desmonte para el 31 de diciembre de 2006, de conformidad con la Decisión G/SCM/93 del Comité de

- iii) el Certificado de reembolso tributario (CERT), este último desmontado el 13 de enero de 2001 mediante la expedición del decreto 033⁴⁴, y
- iv) el Mecanismo de compensación al transporte –MCT, el cual fue desmontado completamente en el 2003 y que incentivaba aquellas exportaciones hacia países que no contaban con servicios de transporte directo, mediante el pago de una porción del flete hasta el país de destino⁴⁵.

Es importante señalar que los plazos de transición que se han otorgado a los diferentes países miembros de la OMC para desmontar las subvenciones prohibidas en sus legislaciones son distintos. Por ejemplo, Colombia argumentando un similar contexto de desarrollo, solicitó en su momento que el país se incluyera en el mismo periodo de transición junto con los países centroamericanos y del Caribe⁴⁶. Sin embargo, el Comité de Subvenciones y Medidas Compensatorias estableció un tratamiento diferente entre estos países⁴⁷, otorgándoles a los países centroamericanos y del Caribe un periodo de transición mayor que a Colombia —hasta el final del año 2007—, permitiendo de esta forma que estos países mantengan los incentivos otorgados por la legislación local para la promoción de las exportaciones hasta

Subvenciones y Medidas Compensatorias, dentro de la Ley 863 de 2003, reforma tributaria del año 2003 exactamente en el artículo 69, se derogó el artículo 213 y el literal m) del artículo 322 del Estatuto Tributario, así como el artículo 15 de la Ley 109 de 1985 en lo referente a los usuarios industriales de bienes de las zonas francas.

- 44 Certificado de reembolso tributario - CERT como instrumento flexible de apoyo a las exportaciones fue creado según la Ley 48 de diciembre 20 de 1983, en su artículo 2º, con el propósito de promover las exportaciones de bienes y servicios, su diversificación y estimular la industria y los sectores productivos nacionales.
- 45 OMC, G/SCM/N/3/COL/Suppl.2,G/SCM/N/16/COL/Suppl.1, G/SCM/N/25/COL/Suppl.1, 25 de julio de 1997.
- 46 Véase G/SCM/N/123/COL y G/SCM/N/128/COL
- 47 Igualmente, en relación con las notificaciones presentadas ante el Comité del SMC, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala y Honduras ya han notificado sus respectivas subvenciones.

el 31 de diciembre de 2009, si incluimos los dos años de período de desmonte de conformidad con el artículo 27.4 del ASCM⁴⁸, el cual se explicará en su totalidad a continuación.

III. LOS PAÍSES EN VÍAS DE DESARROLLO Y MENOS DESARROLLADOS EN EL ACUERDO SOBRE SUBVENCIONES Y MEDIDAS COMPENSATORIAS

Dentro de la conciencia del mundo sobre los países en desarrollo y los países menos desarrollados, existe en la OMC y más específicamente, en el ASMC, un artículo especial —artículo 27— que reconoce las condiciones particulares de estos países.

Este tratamiento especial tiene razones tanto económicas como políticas. Se podría decir que el mismo, fue lo que permitió a los países menos desarrollados y en desarrollo firmar el ASMC; al permitirles con estas prerrogativas, aunque temporales, no tener que desmontar algunas estructuras que éstos habían implementado para lograr aumentar su oferta exportable y atraer mayor inversión extranjera.

El artículo 27, tiene muchas variaciones y aristas, que han sido objeto de discusión frecuente a lo largo de la aplicación del ASMC. Por esta razón, a continuación se analizará cada uno de los párrafos que componen este artículo.

48 Por ejemplo, con motivo de la adhesión de República Dominicana a la Organización Mundial de Comercio (9 de marzo de 2005, www.wto.org), ésta notificó como único subsidio la exoneración que reciben las empresas de zona franca por el impuesto sobre la renta (artículo 24 literal a Ley 8 de 1990) al estar éstas supeditadas prioritariamente hacia la exportación en un 80%, en la medida en que tan sólo se permite el 20% de venta local ante presencia de producción nacional, de conformidad con el artículo 17 literal e) de la Ley 8 de 1990. Véase, G/SCM/N/123/DOM y G/SCM/N/128/DOM de 7 de junio de 2005.

A. PRIMER PÁRRAFO

El artículo 27 establece:

“Parte VIII. Países en desarrollo miembros

Artículo 27. Trato especial y diferenciado para los países en desarrollo miembros

27.1. Los miembros reconocen que las subvenciones pueden desempeñar una función importante en los programas de desarrollo económico de los miembros que son países en desarrollo”.

Frente a esta declaración normativa no existe un pronunciamiento real del Órgano de Solución de Diferencias (de aquí en adelante OSD), esto debido a que la configuración de esta norma representa más un principio rector que una norma que imponga derechos y obligaciones. Esta norma es el faro que ilumina la aplicación de resto del ordenamiento para estos países, dentro de los parámetros que este artículo presenta.

En este sentido, los países miembros de la OMC declararon el reconocimiento de la necesidad de los países en desarrollo y menos desarrollados de poder aplicar las subvenciones para generar medios de desarrollo comercial y económico. Precisamente, en la IV Conferencia Ministerial, los ministros convinieron en celebrar negociaciones encaminadas a aclarar y mejorar las disciplinas previstas en el ASMC, poniendo de presente la intención de preservar los conceptos, principios básicos y la eficacia del acuerdo, pero teniendo en cuenta las necesidades de los países en desarrollo y menos desarrollados⁴⁹.

49 WT/MIN(01)/DEC/W/1 (párr. 28).

B. SEGUNDO PÁRRAFO

El artículo 27.2 establece:

“27.2 La prohibición establecida en el párrafo 1 a) 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”.

Las discusiones que se han presentado frente a este párrafo son innumerables, y las tesis que los países presentan frente al OSD nunca dejan de sorprender por su creatividad y su capacidad para sostener posiciones⁵⁰. Sin embargo, es imperativo tener en cuenta

50 En el asunto Brasil – aeronaves, Brasil propuso que el artículo 27.2, era *lex specialis*, frente al artículo 3 del SMC. Hay que recordar que el artículo 3 del SMC, es el que define cuáles son las subvenciones prohibidas en el marco de la OMC. De aceptarse esta posición, se tendría que aceptar que las subvenciones prohibidas en lo que se refiere a los países en desarrollo y menos desarrollados, no se rigen, como los demás países, por el artículo 3, sino por el artículo 27. Lo anterior se debe a que de acuerdo con el principio general de derecho, ley especial, prima sobre ley general. Frente a lo anterior el panel dispuso lo siguiente: “*It is evident to us from this language that Article 27 does not ‘displace’ Article 3.1(a) of the SCM Agreement unconditionally ... Rather, the prohibition of Article 3.1(a) shall not apply ‘subject to compliance with the provisions of paragraph 4’.* The exemption for developing country Members other than those referred to in Annex VII from the application of the Article 3.1(a) prohibition on export subsidies is clearly conditional on compliance with the provision in paragraph 4 of Article 27. Thus, we consider that, where the provisions in Article 27.4 have not been complied with, the Article 3.1(a) prohibition applies to such developing country Members. En este sentido se puede ver cómo el grupo especial negó esta relación, argumentando que lo que existe en el artículo 27, no es una ley especial, frente al artículo 3.1 a) que sería una ley general. Lo que existe es una relación excepcional, es decir, el artículo 27, es una excepción al cumplimiento con las obligaciones que promueve el artículo 3.1.a), siempre y cuando se cumpla con la obligaciones del artículo 27.4, de cual se hablará más adelante. Dicho de otra manera, el artículo 27, se constituye en una excepción condicionada al artículo 27.4, frente a la prohibición de ciertas subvenciones del artículo 3.1.a).

que la relación que guarda el artículo 3 del ASMC y el artículo 27 del mismo acuerdo es de excepción de uno frente al otro, es decir, el artículo 27 se constituye en una excepción a la prohibición consignada en el artículo 3 del ASMC, con la condición que se cumplan con las condiciones del numeral 4° del artículo 27 del ASMC.

C. TERCER PÁRRAFO

El artículo 27.3 establece:

“27.3. La prohibición establecida en el párrafo 1 b) del artículo 3 no será aplicable a los países en desarrollo miembros por un período de cinco años, y a los países menos adelantados miembros por un período de ocho años, a partir de la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC”.

Respecto de este párrafo de acuerdo con lo convenido en la ronda Uruguay, se le permitió a los países en desarrollo y menos desarrollados que siguieran adelante con ciertas subvenciones que se encuentran prohibidas para los demás miembros de la OMC⁵¹. Esta excepción temporal, requiere de notificaciones ante el Consejo de Subvenciones de la OMC, indicando todas las características de la subvención que se va a ofrecer.

Hay que tener presente por otra parte, que este artículo no les permite a los países llevar a cabo conductas contrarias a los fines del ASMC, ni generarle perjuicios a los demás países miembros⁵².

51 Este tipo de mecanismo, se ha utilizado en repetidas ocasiones por países suramericanos y centroamericanos. De hecho en este momento existen proyectos de peticiones por parte de algunos países centroamericanos para extender sus preferencias, hasta el 2019.

52 En palabras del grupo especial en el Asunto Indonesia – autos, párrafo 14.97: *“Assuming that such ‘explicit authorization’ is the correct conflict test in the WTO context, we find that, whether or not the SCM Agreement is considered generally to ‘authorize’ Members to provide actionable subsidies so long as they do not cause adverse effects to the interests of another member, the SCM Agreement clearly does not authorize Members to impose discriminatory product taxes. Nor does a focus on Article 27.3 suggest a different approach. Whether or not Article 27.3 of the SCM Agreement can be reasonably interpreted to ‘authorize’, explicitly or implicitly, the*

En este sentido, si bien el artículo 27 expone un trato especial y diferenciado para los países miembros en desarrollo y menos desarrollados, esto no significa que ninguna parte del ASMC les aplique. Dicho en otras palabras, los países miembros en desarrollo y menos desarrollados, bajo el artículo 27 tienen unas ventajas, pero estas ventajas no llegan hasta el punto de permitirles a estos países llevar a cabo medidas contrarias a los mismos fines del ASMC y de la OMC⁵³.

D. CUARTO PÁRRAFO

El artículo 27.4 señala:

“27.4 Los países en desarrollo miembros a que se refiere el párrafo 2 b) *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. Si un país en desarrollo miembro considera necesario aplicar tales subvenciones más allá del período de ocho años, no más tarde de un año antes de la expiración de ese período entablará consultas con el comité, que determinará, después de examinar todas *las necesidades económicas, financieras y de desarrollo pertinentes del país* en desarrollo miembro en cuestión, si se justifica una prórroga de dicho período. Si el Comité determina que la prórroga se justifica, el país en desarrollo miembro interesado celebrará consultas anuales con el comité para determinar la necesidad de mantener las subvenciones. Si el comité no formula una determinación en ese sentido, el país en desarrollo miembro eliminará las subvenciones a la exportación restantes en un plazo de dos años a partir del final del último período autorizado”.

provision of subsidies contingent on the use of domestic over imported goods (an issue we do not here decide), Article 27.3 is unrelated to, and cannot reasonably be considered to ‘authorize’, the imposition of discriminatory product taxes”.

- 53 Hay que tener en cuenta que el periodo de tiempo durante el cual este tratamiento diferenciado duró, ya acabó el 31 de diciembre de 1999 y el 31 de diciembre de 2002, y mediante propuesta varios países en desarrollo han logrado extender este plazo de manera diferenciada, de acuerdo con las condiciones de cada país peticionario.

Son múltiples los análisis e inquietudes que surgen de los términos contenidos en este numeral, algunos a saber son:

1) LA PALABRA “ELIMINARÁN”

Este término ha sido bastante debatido en el OSD en la medida que se discute si el artículo 27 impone la manera en que tienen que ser eliminados los subsidios. Su traducción en inglés es *phase out*, y muchas personas piensan que esta traducción no le hace justicia, por cuanto existen unas diferencias en los usos de ambas expresiones que no permiten que sean equiparables. Sin embargo, al interior del artículo, de acuerdo con la traducción oficial, una palabra corresponde a la otra.

De acuerdo con la definición de *phase out* del *diccionario Espasa* (Madrid, 2001), ésta corresponde a “un retiro paulatino”. En este sentido ese retiro paulatino es en referencia con las subvenciones y corresponde al término de ocho años, el cual además la norma recomienda hacerlo de manera progresiva⁵⁴.

Por lo anterior, se puede concluir que la eliminación progresiva de los subsidios prohibidos puede ser llevada a cabo en la manera en que mejor le parezca a los países, siempre que tenga en consideración estas prerrogativas.

54 En el caso Brasil – aeronaves párrafo 7.79, Canadá quería interpretar que Brasil no estaba cumpliendo con esta obligación debido a que no lo estaba haciendo de manera progresiva, si acaso es que lo estaba haciendo. Sin embargo, el panel determinó que el artículo en ningún momento expone en cuantas fases debe hacerse el desmonte, o cuál es la manera progresiva de hacerlo. En este sentido, el panel concluyó, que por el simple hecho de que Brasil no había empezado a hacer el desmonte de sus subvenciones prohibidas durante los primeros 4 años, no significa que éste no lo va a hacer en los siguientes 4. En este sentido, el panel se expresó en los siguientes términos: “*We can’t conclude on the basis of Brazil’s actions in the first four years since the date of entry into force of the WTO Agreement that Brazil has failed to comply with the phase-out requirement of Article 27.4 by reason of a failure to undertake phased reductions within the eight-year transition period.*”

II) EL CONCEPTO DE NO AUMENTAR EL NIVEL DE SUS SUBVENCIONES A LAS EXPORTACIONES

Ésta se constituye en una de las obligaciones para los países en desarrollo o menos desarrollados necesarias poder obtener las ventajas especiales y el tratamiento diferenciado del artículo 27. Si bien, en realidad no se debe entender más allá de su tenor literal, en la práctica debe ser cuidadosamente considerado respecto de cualquier modificación a una norma que consagre cualquier subvención prohibida en el respectivo país, por ejemplo sería discutible si disminuir más la tarifa del impuesto sobre la renta consagrada de forma preferencial únicamente a las empresas que exporten, podría considerarse como un aumento en el nivel de la subvención.

III) EL CONCEPTO DE “EXISTENCIA”

Relacionado con lo anterior, los países en desarrollo o menos desarrollados no pueden aumentar el nivel de sus subvenciones prohibidas y como señal de buena fe deben estar encaminados a eliminar por completo las subvenciones prohibidas de sus prácticas comerciales. Aquí es importante señalar que para determinar si un país ha aumentado o disminuido sus subsidios, primero es necesario determinar cuándo es que estos existen⁵⁵.

A través de una interpretación analógica de la jurisprudencia del órgano de apelación, se podría concluir que un subsidio existe a partir del momento en que nace la obligación para el Estado de conferir una contribución ya sea de manera directa o indirecta.

55 En el Asunto Brasil – aeronaves párrafo 139, el Órgano de apelación dijo lo siguiente: *“We agree with the Panel that ‘PROEX payments may be ‘granted’ where the unconditional legal right of the beneficiary to receive the payments has arisen, even if the payments themselves have not yet occurred. We also agree with the Panel that the export subsidies for regional aircraft under PROEX have not yet been ‘granted’ when the letter of commitment is issued, because, at that point, the export sales contract has not yet been concluded and the export shipments have not yet occurred. For the purposes of Article 27.4, we conclude that the export subsidies for regional aircraft under PROEX are ‘granted’ when all the legal conditions have been fulfilled that entitle the beneficiary to receive the subsidies*

IV) VALORES NOMINALES O VALORES CONSTANTES

Otro problema para determinar si un país en realidad está eliminando o no las subvenciones prohibidas, es determinar si el cálculo de las subvenciones se tiene que hacer en valores nominales o en valores constantes. Los valores nominales son aquellos que se dieron en un momento determinado. Por otra parte los valores constantes, es el valor que tuvo algo, traído a valor presente. Sin embargo, esto aún no resulta claro. Por ejemplo, en el caso de Brasil – aeronaves, que es el caso que ha tratado de manera más profunda el tema, no se decidió de manera tajante sobre el mismo. En ese caso se utilizaron valores constantes. Sin embargo el panel hizo la precisión que no necesariamente en todos los casos se debe usar este mismo método. En este sentido se deduce que la decisión sobre si utilizar valores presentes o valores nominales, estará a cargo del grupo especial que esté al frente del asunto.

V) PUNTOS DE REFERENCIA

De acuerdo con el asunto Brasil – aeronaves, el punto de referencia sobre el cual se debe hacer el análisis sobre si un país ha aumentado o no su nivel de subvenciones, es el periodo inmediatamente anterior a la entrada en vigor del ASMC⁵⁶. Asimismo, el cálculo se tiene que hacer sobre los montos efectivamente entregados y no sobre aquellos que han sido presupuestados. Lo anterior, en razón de que el ASMC busca evitar la distorsión efectiva del comercio internacional. En este

56 Brasil - aeronaves, párrafo 7.61. El panel lo expresó en los siguientes términos: “[Footnote 55] offers for such Members a ceiling level of export subsidies based on their 1986 level. Implicit in this explanation is that, absent footnote 55, a developing country Member which granted no export subsidies as of the date of entry into force of the WTO Agreement would be prohibited from providing any export subsidies during the eight-year transition period. Thus, footnote 55 indicates that the relevant benchmark period against which the obligation not to increase the level of export subsidies should be measured is a period immediately preceding the date of entry into force of the WTO Agreement.”

sentido, los montos presupuestados no afectan el comercio internacional. Mientras que son los montos efectivamente entregados como subsidios, los que en realidad generan la distorsión del comercio internacional.

VI) USAR LOS SUBSIDIOS DE MANERA CONSISTENTE CON SUS
NECESIDADES DE DESARROLLO

Este es un punto que fácilmente puede resultar ambiguo, en el sentido en que es muy difícil probar cuándo unas subvenciones están de acuerdo o no con las necesidades de desarrollo de un país. Existe en esta materia una presunción de buena fe para los países, al presumir que todo subsidio concedido por un país en desarrollo, atiende las necesidades de desarrollo del mismo; esto tiene como consecuencia que se traslade la carga de la prueba hacia la contraparte, obligándola a probar que el país en desarrollo o menos desarrollado, no está otorgando subsidios de acuerdo a sus necesidades de desarrollo⁵⁷.

57 En el tema procesal, la carga de la prueba es un punto muy álgido. Al país en desarrollo o menos desarrollado o la contraparte que argumenta que el país miembro en desarrollo o menos desarrollado no ha cumplido con las obligaciones del artículo 27.4. Respecto de este tema, el panel fue muy claro en el asunto Brasil – aeronaves en los siguientes términos: “*On reading paragraphs 2(b) and 4 of Article 27 together, it is clear that the conditions set forth in paragraph 4 are positive obligations for developing country Members, not affirmative defences. If a developing country Member complies with the obligations in Article 27.4, the prohibition on export subsidies in Article 3.1(a) simply does not apply. However, if that developing country Member does not comply with those obligations, Article 3.1(a) does apply. For these reasons, we agree with the Panel that the burden is on the complaining party (in casu Canada) to demonstrate that the developing country Member (in casu Brazil) is not in compliance with at least one of the elements set forth in Article 27.4. If such non-compliance is demonstrated, then, and only then, does the prohibition of Article 3.1(a) apply to that developing country Member.*” En este sentido se puede ver cómo el grupo especial dijo de manera muy clara que corresponde a la contraparte demostrar que el país miembro en desarrollo no ha cumplido con las obligaciones dispuestas en el artículo 27.4, para que le sea aplicable las regulaciones del artículo 3.1.a).

E. PÁRRAFOS CINCO Y SEIS

El párrafo 27.5 reza:

“27.5 Todo país en desarrollo miembro que haya alcanzado una situación de competitividad en las exportaciones de cualquier producto dado eliminará sus subvenciones a la exportación de ese producto o productos en un plazo de dos años. No obstante, en el caso de un país en desarrollo miembro de los mencionados en el anexo VII que haya alcanzado una situación de competitividad en las exportaciones de uno o más productos, las subvenciones a la exportación de esos productos se eliminarán gradualmente a lo largo de un período de ocho años”.

Y el párrafo 6 señala:

“27.6 Existe una situación de competitividad de las exportaciones de un producto si las exportaciones de ese producto realizadas por un país en desarrollo miembro han alcanzado una cifra que represente como mínimo el 3,25 por ciento del comercio mundial de dicho producto por dos años civiles consecutivos. Se considerará que existe esa situación de competitividad de las exportaciones: a) sobre la base de una notificación del país en desarrollo miembro que haya alcanzado tal situación de competitividad, o b) sobre la base de una computación realizada por la Secretaría a solicitud de cualquier miembro. A los efectos del presente párrafo, por producto se entiende una partida de la Nomenclatura del Sistema Armonizado. El comité examinará el funcionamiento de esta disposición cinco años después de la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC”.

Esta situación está controlada por el Comité para Subsidios y Medidas Compensatorias. Este comité revisará los casos en los cuales se piensa que se está cumpliendo con las características de este artículo. Por otra parte, se ha dicho que el período del que se habla en los artículos 27.5 y 27.6, empieza desde el momento en que se determine que los países se vuelven competitivos en el mercado internacional, en los términos del artículo 27.5 y 27.6⁵⁸.

58 Párrafo 10.5 de la decisión ministerial de DOHA, relativo a la implementación de problemas y preocupaciones.

F. EL PÁRRAFO SIETE Y OCHO

El párrafo 27.7 dice:

“27.7 Las disposiciones del artículo 4 no serán aplicables a un país en desarrollo miembro en el caso de las subvenciones a la exportación que sean conformes a las disposiciones de los párrafos 2 a 5. Las disposiciones pertinentes en ese caso serán las del artículo 7”.

El párrafo 27.8 señala como:

“27.8 No existirá presunción en el sentido del párrafo 1 del artículo 6 de que una subvención concedida por un miembro que sea un país en desarrollo da lugar a un perjuicio grave, según se define en el presente acuerdo. Cuando sea procedente en virtud del párrafo 9, dicho perjuicio grave se demostrará mediante pruebas positivas, de conformidad con las disposiciones de los párrafos 3 a 8 del artículo 6”.

De acuerdo con este aparte, por ejemplo el grupo especial en el asunto Indonesia – autos se expresó de la siguiente manera:

“We do not agree, however, that the complainants bear a heavier than usual burden of proof in this dispute or that the concept of ‘like product’ should be interpreted more narrowly than usual because Indonesia is a developing country Member. ... [B]ecause Indonesia is a developing country Member, Article 27.8 requires complainants to demonstrate serious prejudice by positive evidence ‘in accordance with the provisions of paragraphs 3 through 8 of Article 6’ rather than taking advantage of the rebuttable presumption of serious prejudice that otherwise would have applied under Article 6.1(a). Article 27 does not, however, impose a higher burden of proof on complainants than that normally applicable under Article 6, nor does it provide that the term ‘like product’ is to be defined differently in the case of subsidization provided by a developing country Member,” (subraya fuera del texto).

En este sentido se puede ver que este numeral no busca que se imponga una carga de la prueba mayor a los países reclamantes, en relación con los países en desarrollo y los países menos desarrollados; lo que busca el numeral y en sí el artículo es poner muy en claro que es posible demostrar que una subvención de un país en desarrollo o

menos desarrollado puede ser recurrible y que la carga de la prueba está en el país reclamante.

G. PÁRRAFO NOVENO

“27.9 Por lo que respecta a las subvenciones recurribles otorgadas o mantenidas por un país en desarrollo miembro distintas de las mencionadas en el párrafo 1 del artículo 6, no se podrá autorizar ni emprender una acción al amparo del artículo 7 a menos que se constate que, como consecuencia de una subvención de esa índole, existe anulación o menoscabo de concesiones arancelarias u otras obligaciones derivadas del GATT de 1994 de modo tal que desplace u obstaculice las importaciones de un producto similar de otro Miembro en el mercado del país en desarrollo miembro que concede la subvención, o a menos que se produzca daño a una rama de producción nacional en el mercado de un miembro importador”.

Este numeral establece que las subvenciones realizadas por los países en desarrollo y los países menos desarrollados no son demandables cuando estén encuadradas dentro de las características de las subvenciones recurribles a menos que exista una de dos situaciones:

1. Anulación o menoscabo de concesiones arancelarias u otras obligaciones derivadas del GATT de 1994 de modo tal que desplace u obstaculice las importaciones de un producto similar de otro miembro en el mercado del país en desarrollo miembro que concede la subvención, o;
2. Que se produzca daño a una rama de producción nacional en el mercado de un miembro importador.

H. PÁRRAFO DÉCIMO

El mismo señala lo referente a la terminación de la investigación:

“27.10 Se dará por terminada toda investigación en materia de derechos compensatorios sobre un producto originario de un país en desarrollo miembro tan pronto como las autoridades competentes determinen que:

a) el nivel global de las subvenciones concedidas por el producto en cuestión no excede del 2 por ciento de su valor, calculado sobre una base unitaria; o

b) el volumen de las importaciones subvencionadas representa menos del 4 por ciento de las importaciones totales del producto similar en el miembro importador, a menos que las importaciones procedentes de países en desarrollo miembros cuya proporción individual de las importaciones totales represente menos del 4 por ciento constituyan en conjunto más del 9 por ciento de las importaciones totales del producto similar en el miembro importador”

El órgano de apelación en el caso Estados Unidos – acero carbón, en el párrafo 82 estableció que de acuerdo con las normas de las subvenciones recurribles, es necesario que exista una recomendación sobre estas subvenciones para adelantar un proceso de subvenciones prohibidas⁵⁹. Dicho de otra manera, primero es necesario demostrar que una subvención recurrible está afectando la industria interna de un país, para después entrar a demostrar aquellos elementos que posibilitan que un país miembro en desarrollo o menos desarrollado tenga que eliminar dicha subvención.

Finalmente, en virtud de lo anterior es posible encontrar como de conformidad con el artículo 27 el tema de las subvenciones prohibidas entre los distintos países en vía de desarrollo se ha manejado de una forma diversa. Tan solo en el continente americano el tema de la exención del impuesto sobre la renta supeditada a las exportaciones consagrada en la mayoría de los regímenes de zonas francas se ha manejado en tres escenarios completamente distintos:

1. Colombia desmontó esta subvención, estableciendo por ejemplo nuevos criterios —Ley 1004 de 2005— para otorgar el incentivo: generar empleo, captar nuevas inversiones, actuar como polo de desarrollo regional, desarrollar procesos industriales productivos, simplificar procedimientos de comercio; convirtiendo en contribuyentes del impuesto sobre la renta a los

59 WT/DS213/AB/R, 28 November, 2002.

usuarios de zonas francas a partir del 1° de enero de 2007 con una tasa única del 15 por ciento, independiente de a dónde destinen éstos su producción⁶⁰.

2. Los países de Centroamérica y el Caribe a los que se les otorgó un periodo de transición hasta el 2007, han solicitado el otorgamiento de nuevas prórrogas hasta el año 2018 para efectos de continuar supeditando la exención de renta a los usuarios de zonas francas para las exportaciones:

“7. Los patrocinadores de esta propuesta presentan la siguiente enmienda al procedimiento establecido en el documento G/SCM/39 y solicitan la elaboración de un *addendum* en el que se detalle el “Procedimiento para la concesión de las prórrogas previstas en el párrafo 4 del artículo 27 a determinados países en desarrollo miembros”, que modificaría el apartado e) del párrafo 1 del documento G/SCM/39 en los siguientes términos:

A. “Hasta el final del año civil 2018, y a reserva de que se lleven a cabo reexámenes anuales durante ese período para verificar que se cumplen las prescripciones en materia de transparencia y *statu quo* establecidas en los párrafos 3 y 4, los miembros del comité acordarán continuar las prórrogas concedidas de conformidad con el apartado c) del párrafo 1”⁶¹.

3. Finalmente, países como Nicaragua continuarán con sus subvenciones a las exportaciones indefinidamente, en razón de que hace parte del apartado b) del anexo VII del ASMC, que así se los permite por su menor desarrollo económico, hasta que su PIB por habitante alcance la cifra de 1 000 dólares EE.UU. de 1990⁶².

60 Véase, *Trade Policy Review Body - Trade Policy Review - Report by the Secretariat - Colombia*. WT/TPR/S/172.

61 Véase, G/SCM/W/535.

62 *Informe (2004) del Comité de Subvenciones y Medidas Compensatorias (G/L/71)* del 19 de noviembre de 2004.

IV. ALTERNATIVAS PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE SUBVENCIONES ACORDES CON EL ASMC

Esta última parte presenta distintas alternativas para diseñar subvenciones acordes con las disposiciones del ASMC, estableciendo pautas generales para:

1. Crear subvenciones que no estén en contravía con el ASMC.
2. Transformar subvenciones prohibidas en subvenciones que si bien pueden ser recurribles, le den un mayor margen de acción a los estados.
3. Diseñar e implementar subvenciones conforme con el segundo párrafo del punto K) de la lista ilustrativa.

Las alternativas que se exponen a continuación en detalle toman en consideración la teoría económica de los incentivos y beneficios tributarios y la influencia que el desmonte de muchas subvenciones a las exportaciones tendrá en el contexto del comercio internacional en los próximos años. Es la opinión de los autores, que los incentivos otorgados a las inversiones y a las exportaciones todavía influyen significativamente en la posición competitiva de los países que los otorgan frente a otros de similar desarrollo relativo y de similar magnitud de participación en el comercio mundial y en ausencia de estas subvenciones y en virtud de la amplia movilidad del capital, los inversionistas optarán por trasladarse a otros países donde la presencia de estas subvenciones —considerándolas como beneficios— se encuentre garantizada⁶³.

63 Véanse entre otros autores se puede consultar a MORISTE JACQUES, *Tax Incentives, Private Sector and Infrastructure Network*, The World Bank Group, febrero 2003 o el brillante trabajo en proceso de edición de J. BERGSMAN y V. MERCER-BLACKMAN, *Impuestos, incentivos y competitividad de los negocios en Colombia para el programa Colombia productiva*.

I) CREAR SUBVENCIONES QUE NO ESTÉN EN CONTRAVÍA CON EL ASMC

Para diseñar subvenciones que no estén en contravía con el ASMC es necesario tener en cuenta los elementos que establece el mismo ASMC y adaptarlos dentro del marco que el propio ASMC y la jurisprudencia de la OMC han establecido.

Es el caso, por ejemplo, del tema de las contribuciones financieras, donde no toda subvención que consagre una exención tributaria que beneficie la incursión de compañías nacionales en el exterior y por ende las exportaciones, se constituye *per se* en una subvención prohibida⁶⁴. Es posible diseñar nuevas subvenciones que no estén supeditados a los resultados de exportación ni al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados, pero que permitan la internacionalización de una economía.

Obsérvese el margen de acción que dan las expresiones “se condonen o no se recauden” y “que en otro caso se percibirían” consagradas por el propio ASMC⁶⁵, y que han sido interpretadas

64 En este sentido, es interesante citar el caso de Canadá - aeronaves donde se señaló que, “el trato aplicado por el grupo especial a la orientación a la exportación en la presente diferencia no significa que haya que considerar automáticamente que *cualquier* receptor de una contribución financiera cuyas ventas se orienten a la exportación recibe una subvención prohibida a la exportación. El Brasil destaca que, al analizar las medidas del Canadá en la presente diferencia, el grupo especial ha tenido en cuenta, además de la orientación a las exportaciones, una serie de hechos”. WT/DS70/AB/R, 2 de agosto de 1999, párr. 110.

65 Ya dentro de la OMC, por medio del Órgano de Apelación en el caso de Estados Unidos y sus empresas de ventas en el extranjero (de aquí en adelante EE.UU./FSC), se ha afirmado que: “... ‘condonación’ de los ingresos ‘que en otro caso se percibirían’ implica que el gobierno ha recaudado menos ingresos de los que habría recaudado en una situación distinta, vale decir ‘en otro caso’. Además, las palabras ‘se condonen’ sugieren que el gobierno ha renunciado a la facultad de percibir ingresos que ‘en otro caso’ podría haber percibido. Esto no puede, sin embargo, ser una facultad en abstracto porque los gobiernos pueden en teoría gravar todos los ingresos. Por lo tanto, (*sic*) debe haber algún punto de referencia normativo, definido, que permita hacer una comparación entre los ingresos realmente percibidos y los ingresos que “en otro caso” se habrían percibido. Por lo tanto (*sic*), coincidimos con el grupo especial en que el término ‘en otro caso se percibirían’ implica cierto tipo de comparación entre los ingresos que se perciben en virtud de la medida impugnada y los ingresos que se percibirían en alguna otra situación”, *Informe del Órgano de Apelación sobre el*

por algunos países sosteniendo que la base de comparación debe ser las mismas normas fiscales aplicadas por el Estado en la cuestión en la que está otorgando la subvención⁶⁶.

En la medida que los estados conserven su potestad soberana, en ejercicio de ésta siempre tendrán plena autonomía para determinar y estructurar su régimen tributario, definiendo que gravan y que no gravan. Es decir, en la medida que los estados tengan total soberanía para definir el *cómo*, *qué* y *cuándo* recaudan, siempre podrán crearse nuevas subvenciones⁶⁷. Lo importante es que el diseño y estructuración de las mismas respete las obligaciones que ha asumido ese país en el marco de la OMC⁶⁸.

procedimiento inicial, párrafo 90 y Estados Unidos - Trato fiscal aplicado a las “empresas de ventas en el extranjero” WT/DS108/RW. 20 de agosto de 2001, párr. 8.10.

- 66 Caso de EE.UU. / FSC señaló que “la base de la comparación deben ser las normas fiscales aplicadas por el miembro en cuestión”, *Informe del Órgano de Apelación sobre el procedimiento inicial*, párrafo 90.
- 67 Es importante señalar cómo, el grupo especial en su *Informe para el caso Canadá - aeronaves* llegó a la conclusión de que el concepto de “costo para el gobierno” no es pertinente a la interpretación y aplicación del término “beneficio”. (*Informe del grupo especial, Canadá aeronaves*, párr. 9.112.) Esta no es todavía una posición homogénea en el seno de la OMC, pero es usual encontrar posiciones como la de Estados Unidos sostenido que “el párrafo 1 b) del artículo 1 del *Acuerdo SMC* se centra en la ventaja concedida al receptor y no en el costo para el gobierno que otorga la subvención. La subvención no es menos ventajosa para el beneficiario simplemente porque no implique un costo neto para el gobierno”, Canadá - Medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles. Wt/ds70/ab/r, 2 de agosto de 1999 párr. 110.
- 68 En Estados Unidos - trato fiscal aplicado a las “empresas de ventas en el extranjero” WT/DS108/RW. 20 de agosto de 2001, párr. 8.10. Expresamente los EE.UU. argumentó cómo: “en principio, un miembro tiene la potestad soberana de gravar cualquier categoría de ingresos que desee. También tiene la libertad de no gravar determinadas categorías de ingresos. Pero en ambos casos el miembro debe respetar las obligaciones que ha asumido en el marco de la OMC. Por lo tanto (*sic*), los ingresos que ‘en otro caso se percibirían’ dependen de las normas fiscales que cada miembro haya establecido libremente”.

II) TRANSFORMAR SUBVENCIONES PROHIBIDAS EN SUBVENCIONES RECURRIBLES

Lo primero que hay que tener en cuenta al modificar o reformar una subvención es que no se puede caer en una simple “ampliación” que no elimine intrínsecamente la existencia objetiva de la supeditación a la exportación⁶⁹.

Por ejemplo, en el caso de las *Foreign Sales Corporations* de EE.UU., el trato diferenciado que preveía la ley disponía que si las mercancías producidas en los Estados Unidos se exportaban, se podía obtener la subvención, mientras que si se vendían en el mercado interno, no se podía. Esto fue lo que hizo que la ley estuviera supeditada a los resultados de exportación en el sentido del párrafo 1 a) del artículo 3. En ese caso, añadir otras circunstancias o productos con respecto a los cuales se podía obtener la subvención (v.gr. las mercancías producidas en el extranjero) no eliminó la condicionalidad de la subvención a la exportación y, por consiguiente, no subsanó la incompatibilidad con el párrafo 1 a) del artículo 3 del *ASMC*⁷⁰.

En distintos paneles, la OMC expresamente ha señalado que no es necesario demostrar que todas las subvenciones otorgadas con arreglo a la ley dependan de la exportación, y que una subvención que está supeditada a la exportación en algunas situaciones no deja de serlo si puede también obtenerse en otras situaciones que no exigen exportar⁷¹. Es decir, un miembro de la OMC no puede eliminar una subvención a la exportación para:

69 El grupo especial en el caso de EE.UU. / FSC señaló: “El hecho de que alguna otra forma de actividad económica que se refiere a mercancías producidas fuera del territorio del miembro en cuestión también obtenga una subvención no elimina de ninguna manera la supeditación de una subvención a las exportaciones”. Estados Unidos - trato fiscal aplicado a las “empresas de ventas en el extranjero” WT/DS108/RW. 20 de agosto de 2001, párr. 8.67.

70 Véase, Estados Unidos - trato fiscal aplicado a las “empresas de ventas en el extranjero” WT/DS108/RW 20 de agosto de 2001, párr. 8.62.

71 Otro precedente, en este sentido se encuentra en *Canadá - aeronaves* donde el Órgano de Apelación afirmó que: “el hecho de que algunas de las contribuciones del

“las manzanas otorgando también una subvención para las naranjas que no esté supeditada a los resultados de exportación”⁷².

Sin embargo, expresamente el grupo especial ha señalado cómo:

“La única manera de eliminar una subvención a la exportación de un modo equivalente a la eliminación de la especificidad consiste en eliminar la base fundamental de la diferenciación en primer término, es decir, otorgar una subvención equivalente también a las mercancías para la venta o el consumo en el mercado interno. En ese caso, no estaría ya supeditada a la exportación, porque se podría obtener con respecto a mercancías producidas en el territorio de los Estados Unidos con independencia de que sean o no exportadas. Ese sería el caso que resultaría comparable a la conversión de la especificidad en disponibilidad general”. Estados Unidos - trato fiscal aplicado a las “empresas de ventas en el extranjero” WT/DS108/RW 20 de agosto de 2001, párr. 8.71.

Lo segundo, es que para efectos de transformar una subvención prohibida en una recurrible es necesario analizar los elementos que la componen (contribución financiera y beneficio, así como la noción de especificidad, ya señalados en la primera parte de este documento)

TPC, en algunos sectores industriales, *no* estén supeditadas a los resultados de exportación, ello no significa necesariamente que esto sea cierto en el caso de todas ellas. Basta con mostrar que una o varias de esas contribuciones sí constituyen subvenciones ‘supeditadas [...] *de facto* a los resultados de exportación’ (*sic*) Informe del Órgano de Apelación sobre el asunto Canadá - Aeronaves, *supra*, nota 113, párr. 179.

- 72 En nuestra opinión, la siguiente analogía respalda nuestra conclusión. Supongamos que denominamos “mercancías A” (por ejemplo, tostadoras) a las “mercancías producidas fuera de los Estados Unidos”, y que denominamos “mercancías B” (por ejemplo, aeronaves) a las “mercancías producidas dentro de los Estados Unidos”. Basándonos en ello, el requisito de uso fuera de los Estados Unidos que figura en la ley equivaldría a una estipulación de que “las mercancías A” (tostadoras) no necesitan ser exportadas desde los Estados Unidos, mientras que “las mercancías B” (aeronaves) deben ser destinadas al uso fuera de los Estados Unidos (es decir, deben ser exportados desde los Estados Unidos) para reunir las condiciones establecidas para obtener la subvención con arreglo a la ley. En nuestra opinión, esto equivale a una disposición que hace de la exportación una condición para recibir la subvención en el caso de la “mercancía B” (es decir, las aeronaves), pero no en el caso de la “mercancía A” (es decir, las tostadoras).

y determinar el margen que permitiría eliminar la prohibición sin tener que desmontar completamente los efectos del beneficio⁷³.

Por ejemplo, piénsese en una subvención antes destinada a las exportación que se reforma y que empieza a aplicarse para todas las empresas ubicadas en un país sin distinción a la actividad exportadora, pero con otros requisitos (v.gr. una tarifa de renta preferencial y diferente a la del resto de ese país por ejemplo, supeditada a la generación de empleo o por la ubicación en determinadas regiones de nuevas inversiones)⁷⁴. Esta discusión ya se presentó expresamente en el caso EE.UU. /FSC, donde los Estados Unidos establecieron una analogía entre la supeditación a las exportaciones y la especificidad con arreglo al *ASMC*, argumentando que así como:

“el arbitrio común para quitar especificidad a una subvención específica es ampliar el universo de usuarios o beneficiarios”⁷⁵, “*la forma de subsanar una subvención a la exportación es velar porque el beneficio se otorgue a un grupo más amplio que el de los exportadores solamente, esto es, que se otorgue a un grupo no específico*”⁷⁶. (bastardilla fuera de texto).

A lo cual el grupo especial en el mismo caso, señaló que:

73 El grupo especial ha establecido que, desde el punto de vista de la prueba, una alegación de existencia de subsidios a la exportación es más fuerte, en el caso de que las ventas en que se materializaría esa provisión, estén próximas al momento cuando se concede la subvención. Véase, Canadá - medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles. WT/DS70/AB/R, 2 de agosto de 1999 párr. 42.

74 En algunos países de la región en los últimos meses se ha propuesto el diseño de un beneficio tributario sectorial que remplace directamente los incentivos a las exportaciones: por ejemplo, un plan sectorial o plan de prioridades de inversión que beneficie determinados sectores de la economía, generadores de empleo o estratégicos para la economía del país que la concede. Es el caso de República Dominicana o Costa Rica, teniendo como precedente los beneficios tributarios que se otorgan por sector en Tailandia (www.boi.go.th) dentro del Plan de Reestructuración Industrial y en Filipinas, con el Plan de Prioridades de Inversión (www.peza.gov.ph)

75 Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 21 del grupo especial, anexo F-3, párrafo 72.

76 *Ibíd.*, párrafo 73.

“... una ampliación del grupo de receptores que reúnen las condiciones establecidas constituye una manera de eliminar la especificidad de una subvención...”⁷⁷.

Es decir, al eliminar el elemento de especificidad, por ejemplo mediante un incentivo sectorial de carácter tributario dificulta cualquier posibilidad de comparación o discriminación en toda una rama de producción, más si se considera que,

“discernir lo que podría describirse como “la norma nacional vigente” para un determinado régimen fiscal puede constituir una labor particularmente exigente. Incluso, en la práctica más corriente, puede resultar bastante difícil discernir qué constituye la excepción, si la hay, y qué constituye la regla”⁷⁸.

III) PUNTO K) DE LA LISTA ILUSTRATIVA⁷⁹

El punto k) de la lista ilustrativa es importante, en la manera en que ha sido interpretado representa en su contenido un *safe haven* o una cláusula de resguardo para ciertos subsidios, bajo ciertas condiciones. Alrededor de este punto confluyen varias interpretaciones respecto de los dos párrafos que lo componen⁸⁰.

77 Estados Unidos - trato fiscal aplicado a las “empresas de ventas en el extranjero” WT/DS108/RW 20 de agosto de 2001 párr. 8.65.

78 Estados Unidos - trato fiscal aplicado a las “empresas de ventas en el extranjero” WT/DS108/RW 20 de agosto de 2001, párr. 8.29.

79 El anexo I es una lista ilustrativa de subvenciones a la exportación. Esta lista contiene una serie de exportaciones, como ejemplos indicativos de algunas subvenciones a la exportación. Es importante tener en cuenta que esta es una lista ILUSTRATIVA, más no taxativa. Es decir, en esta lista se encuentran algunas subvenciones a la exportación, pero el hecho de que una subvención no se encuentre en esta lista, no significa que no lo sea.

80 Sobre todo en los asuntos en los que se relaciona Brasil y Canadá. Entre estos dos países existe una disputa casi hegemónica por la interpretación de este artículo. Por su parte Canadá opina que el párrafo que brinda una cláusula de resguardo es el segundo, únicamente. Por su parte, Brasil opina que lo propuesto por el Canadá vulnera el principio de tratamiento especial y diferenciado, que expone el artículo 27 del SMC.

A. PRIMER PÁRRAFO: VENTAJA IMPORTANTE

El primer párrafo señala:

“Anexo I

Lista ilustrativa de subvenciones a la exportación

k) 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 (bastardilla fuera de texto).

Se resalta el tema de “*lograr una ventaja importante*” ya que si bien sobre este punto han habido pocas disputas, éstas han sido de mucha trascendencia. La más representativa ha sido el caso de Brasil – aeronaves, en donde este país alegaba que el primer párrafo del punto k) de la lista ilustrativa, se constituyó en una concesión para los países en desarrollo y menos desarrollados como un defensa afirmativa, para que éstos pudieran otorgar subsidios a la exportación, siempre y cuando éstos no otorgaran una ventaja importante.

Como tal, Brasil proponía que la interpretación que se le debía dar a este párrafo debía ser una interpretación a *contrario sensu*. Es decir, que el mismo exponía aquellas conductas que se encontraban prohibidas por el ASMC, y que las demás conductas, estaban permitidas. De una manera más específica, el Brasil afirmaba que las subvenciones para los países en desarrollo y menos desarrollados eran prohibidas cuando éstas otorgaban una ventaja importante al

exportador, de otra forma, éstas estaban permitidas. Esta posición de Brasil no fue aceptada por el panel que estudió el caso⁸¹.

Sin embargo, este caso sí precisó varios temas que a futuro pueden resultar importantes para cualquier país que desee implementar un subsidio que pueda estar dentro de la lista ilustrativa.

El mencionado panel dispuso que se otorga una “ventaja importante” cuando se ofrecen condiciones en los créditos, que son más favorables que aquellas que se encontrarían en el mercado para la transacción en concreto en caso tal que no existieran las subvenciones ofrecidas por el gobierno; señalando expresamente para la interpretación del término “ventaja” que el mismo se entiende como un beneficio o como una posición superior. Sin embargo, el Órgano de Apelación señaló que si bien es claro que cualquier subsidio tiene las características de ser una contribución financiera y de otorgar un beneficio, si se equipara la expresión de ventaja importante a beneficio, el primer párrafo del punto k) de la lista ilustrativa, perdería su razón de ser, estableciendo que es necesario encontrar una medida para determinar cuáles son las condiciones del mercado por debajo de las cuales se está otorgando una ventaja importante⁸².

81 *However, we do not believe it is necessary for us to rule on these general questions in order to resolve this dispute. We, therefore, hold that the Article 21.5 Panel's finding that 'the first paragraph of item (k) cannot be used to establish that a subsidy which is contingent upon export performance within the meaning of Article 3.1(a) is 'permitted' is moot, and, thus, is of no legal effect.*

82 Por esta vía el Órgano de Apelación encontró que el Commercial Interest Reference Rate (CIRR) es un indicador muy dicente de las condiciones del mercado. En este caso el Órgano de Apelación encontró que la tasa de referencia CIRR, representa una media justa, para determinar las condiciones del mercado y en este sentido saber si se está otorgando una ventaja importante, a través de los subsidios. Sin embargo, también reconoció que esta no es la única manera de determinar si se está concediendo una ventaja importante o no, por lo que dispuso que los países tiene dos vías para probar que no ha concedido una ventaja importante: la primera de ellas es probar que los tipos de interés otorgados con los subsidios están por encima de los que dispone el CIRR. La segunda vía se compone de dos fases; la primera de ellas sería probar que existe otra medida del mercado que se ajusta mejor a sus condiciones económicas y que es realmente representativo del mercado. La segunda fase se mueve alrededor de probar que los tipo de interés ofrecidos por el Gobierno de Brasil, están por encima de esa media del mercado.

Finalmente, en ese mismo caso el Órgano de apelación dispuso que el primer párrafo del punto k) de la lista ilustrativa, no concedía una defensa afirmativa. Lo anterior es debido a que no aceptó la interpretación *contrario sensu* que presentó la defensa de Brasil, señalando que el primer párrafo del punto k) de la lista ilustrativa y el artículo 3 del SMC donde se disponen las subvenciones prohibidas, no tienen una relación directa. Dicho de otra manera, el primer párrafo del punto k) de la lista ilustrativa, no hace excepciones frente al artículo 3 del SMC.

B. SEGUNDO PÁRRAFO

En nuestra opinión este segundo párrafo del punto k) de la lista ilustrativa concede una cláusula de resguardo:

“No obstante, si un miembro es parte en un compromiso internacional en materia de créditos oficiales a la exportación en el cual sean partes por lo menos 12 miembros originarios del presente acuerdo al 1° de enero de 1979 (o en un compromiso que haya sustituido al primero y que haya sido aceptado por estos miembros originarios), o si en la práctica un miembro aplica las disposiciones relativas al tipo de interés del compromiso correspondiente, una práctica seguida en materia de crédito a *la exportación que esté en conformidad con esas disposiciones no será considerada como una subvención a la exportación de las prohibidas por el presente acuerdo*” (bastardilla fuera de texto).

Sin embargo, la misma requiere de ciertas circunstancias para su aplicación, estas circunstancias ya fueron señaladas por el Órgano de Apelación en el asunto Canadá – aeronaves:

- Primero, tiene que ser determinado que la transacción fue hecha en forma de créditos/financiamiento directos, refinanciamiento o tipos de interés apoyado en términos de devolución de por lo menos 2 años a tasa de interés fijas y por tanto estaba sujeto al arreglo y al CIRR específicamente.

- Segundo, tiene que ser determinado si el tipo de interés está por encima o por debajo del CIRR (la tasa del sector específico).
- Tercero, tiene que ser determinado cuáles de las otras provisiones del arreglo que opera para reforzar la tasa mínima de interés aplicaba a esa transacción en particular (esta es una determinación que tiene que ser hecha, caso por caso).
- Cuarto, los detalles de la transacción tienen que ser examinados para determinar si se respetó todas las provisiones adicionales y no involucró derogaciones.

Desde esta perspectiva y conforme a lo que anteriormente se había dicho, un país que otorgue subvenciones a los créditos en acuerdo con un órgano internacional, que cumpla con las características expuestas por el segundo párrafo del punto k) (actualmente sólo la OCDE), estará ante unas subvenciones permitidas por el ASMC, aun cuando normalmente estarían prohibidas por el artículo 3 del ASMC⁸³.

83 El segundo párrafo de la lista ilustrativa reza “compromiso internacional en materia de créditos oficiales a la exportación”. En esta disposición no se está configurando como tal, cuál es el organismo internacional al cual se hace referencia. No obstante, de acuerdo a reiteradas posiciones de los órganos de solución de controversias de la OMC, la OCDE es un organismo internacional que se ajusta de manera adecuada a la descripción hecha por la norma. Es tan firme la posición del Órgano de Apelación que en la asunto Canadá – aeronaves, expresó, que la OCDE es el único organismo internacional que cumple con las características expuestas por el segundo párrafo del punto k), las cuales son: 1. Compromiso internacional en materia de créditos oficiales a la exportación, 2. en el cual sean partes por lo menos 12 miembros originarios del presente acuerdo al 1º de enero de 1979 o si en la práctica un miembro aplica las disposiciones relativas al tipo de interés del compromiso correspondiente.

En resumen se puede decir que los tipos de interés dispuestos por la OCDE, organismo internacional que cumple con las características exigidas por el segundo párrafo del punto k) de la lista ilustrativa, son un marca por debajo de la cual, los países pueden conceder subvenciones, sin que éstas puedan llegar a ser declaradas prohibidas, de acuerdo con el artículo 3 del SMC.

En este sentido, la cláusula de resguardo consta en que una subvención que cumpla con las anteriores características, no podrá ser declarada como prohibida, en acuerdo con la disposiciones del artículo 3 del SMC.

Finalmente, es interesante señalar cómo en el asunto Brasil - aeronaves para efectos de comparación se señaló expresamente la necesidad por el Órgano de Apelación —que los tipos de interés CIRR, expedidos mes a mes por la OCDE—, son tipos de interés para países desarrollados, y que pedirle al Brasil estos tipos de interés sería un despropósito, teniendo en cuenta el trato especial y diferenciado que propone el ASMC. Brasil expuso frente a este planteamiento, que esta posición es violatoria del principio del ASMC, de tratamiento especial y diferenciado para los países en desarrollo o menos desarrollados, debido a que la OCDE está compuesto en su mayoría por países desarrollados, en este sentido, estos países regularían para ellos mismos, como es general⁸⁴, de forma tal que unos cuantos países estarían decidiendo, por todos los demás miembros de la OMC, por vía de la remisión.

CONCLUSIONES

1. Por un parte se tiene que recordar que si bien una contribución financiera que otorgue un beneficio, puede caber dentro de la definición de subvención del ASMC, ésta no necesariamente está prohibida por el ASMC. En este sentido, es importante que los estados utilicen las herramientas que el ASMC les da, con el fin de generar crecimiento económico en sus países.

84 Países integrantes de la OCDE: Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Comisión europea, Corea del sur, Dinamarca, España, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Gran Bretaña, Grecia, Hungría, Irlanda, Islandia, Italia, Japón, Luxemburgo, México, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Polonia, Portugal, República Checa, República Eslovaca, Suecia, Suiza, Turquía.

2. El ASMC ofrece alternativas para permitir a los países desarrollarse en el comercio internacional. Estas alternativas si bien no están explícitas en el acuerdo, sí aparecen luego de un análisis juicioso y un estudio profundo.
3. El estudio de las alternativas en el ASMC debe ser abordado por todos los estados miembros, sobre todo, aquellos estados que hacen parte del grupo de los países en desarrollo y menos desarrollados, quienes tienen unas prerrogativas especiales, en el marco del art. 27 de ASMC.
4. El ASMC de la OMC, si bien limita la acción de los estados, está más allá de ser una imposición absoluta en materia de subvenciones y debe tomarse sólo como un punto de partida, para encontrar alternativas que tengan por objeto el crecimiento económico y comercial de los países.

Por ultimo, quisiéramos dejar una inquietud en el lector frente al panorama internacional de las actuaciones de los estados en materia de comercio internacional, en este caso en el marco del ASMC, señalando cómo: “Los acuerdos internacionales en materias de comercio internacional, más allá de simplemente ser cumplidos, deben es ser administrados”.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

Diccionario de comercio internacional, HINKELMAN, EDWARD, (ed.), CECSA, Ciudad de México, 2004.

REPORTES

http://www.wto.org/english/tratop_e/scm_e/scm_stattab7_e.xls

http://www.wto.org/english/tratop_e/scm_e/scm_stattab3_e.xls

Decisión ministerial de DOHA, relativo a la implementación de problemas y preocupaciones.

OMC, G/SCM/N/3/COL/Suppl.2

G/SCM/N/16/COL/Suppl.1

G/SCM/N/25/COL/Suppl.1, 25 de julio de 1997.

Informe (2004) del Comité de Subvenciones y Medidas Compensatorias (G/L/71) del 19 de noviembre de 2004.

(G/SCM/N/128/DOM

Trade Policy Review Body - Trade Policy Review - Report by the Secretariat – Colombia, WT/TPR/S/172.

Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 21 del grupo especial, anexo F-3, párrafo 72.

ACUERDOS , TRATADOS Y LEYES

GATT de 1946.

GATT de 1954–1955.

Acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias.

Sistema Especial de Importación – Exportación de bienes de capital y repuestos SIEX.

Certificado de reembolso tributario - CERT como instrumento flexible de apoyo a las exportaciones fue creado según la Ley 48 de diciembre 20 de 1983.

Zonas francas Ley 863 de 2003.

Tratado de la OCDE.

JURISPRUDENCIA

WT/DS46/RW/2asunto Brasil – aeronaves.

Sugar – upland cotton, última decisión 3 de marzo de 2005 WT/DS267/R, WT/DS267/R/Add.1, WT/DS267/AB/R.

Comunidades europeas – azúcar, WT/DS266/R, WT/DS265/AB/R, WT/DS266/AB/R, WT/DS283/AB/R, WT/DS265/33, WT/DS266/33, WT/DS283/14.

WT/DS70/R Canadá - Medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles.

WT/DS236/R, reporte del panel Us - Madera suave III *Panel Report on US - Softwood Lumber III*.

WT/DS46/RW/2, Órgano de Apelación, Brasil - aeronaves *Appellate Body Report on Brazil - Aircraft*.

WT/DS46/RW/2, reporte del panel, Brasil - aeronaves *Panel Report on Brazil - Aircraft (Article 21.5 - Canada II)*

WT/DS126/RW, Australia – cuero para automóviles.

WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R *Appellate Body Report on Canadá - autos*.

WT/DS126/R, *Panel Report on Australia - Automotive Leather II*.

WT/DS54/R, *Panel Report on Indonesia - autos*.

WT/DS108/RW, *Foreign sales corporation Estados Unidos* - trato fiscal aplicado a las “empresas de ventas en el extranjero”.

